



CHAMBRE DES SALARIES
LUXEMBOURG

Paquet européen « Droit des sociétés »

Résumé et commentaires de la CSL

Luxembourg, le 23 octobre 2018

Le paquet « Droit des sociétés » publié par la Commission européenne (la Commission) il y a quelques mois se compose de deux propositions de directives¹. La première amende et complète une directive de 2017 abordant divers aspects du droit européens des sociétés, et notamment les règles relatives aux fusions transfrontalières de sociétés. Cette proposition concerne donc à nouveaux les fusions transfrontalières et modifie légèrement les règles applicables à ce type d'opération, elle introduit par ailleurs deux nouveaux chapitres détaillant la réglementation applicable à deux autres opérations, la transformation et la scission transfrontalières. La seconde proposition de directive traite quant à elle de la question de la numérisation des outils et processus utilisés en droit des sociétés.

Cette réforme du droit des sociétés s'inscrit dans une volonté de la Commission de favoriser la mobilité transfrontalière des entreprises qui reste compliquée, et en particulier celle des petites et moyennes entreprises (PME), en offrant un cadre juridique clair, prévisible et approprié, tout en tenant compte des risques que cette mobilité accrue fait courir aux travailleurs, créanciers, actionnaires et associés de ces sociétés.

Elle remplit donc un double objectif : « *prévoir des procédures spécifiques et exhaustives pour les transformations, scissions et fusions transfrontalières, afin de favoriser la mobilité transfrontalière au sein de l'UE, tout en offrant aux parties prenantes des sociétés une protection adéquate afin de préserver l'équité du marché unique.* »

Transformation transfrontalière

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), dans son récent arrêt *Polbud*² a jugé que la liberté d'établissement telle que prévue par les traités devait être interprétée comme englobant le droit pour les sociétés européennes d'effectuer une transformation transfrontalière, soit le droit de transférer son siège statutaire dans un autre État membre sans transférer son siège réel, et transformer ainsi la société existante en une société analogue dans un autre État membre sans perdre sa personnalité juridique et sans avoir à procéder à la dissolution ou la liquidation de celle-ci. La reconnaissance de ce droit se heurte bien sûr à l'absence totale dans de nombreux États membres de règles de fond relatives à cette opération.

Il est évident que la reconnaissance de ce droit fait naître de très nombreuses inquiétudes, et notamment en termes d'utilisation des sociétés boîte aux lettres et de protection des droits collectifs des travailleurs (information, consultation et participation). La Commission reconnaît d'ailleurs que la mise en place de garanties pour les travailleurs est indispensable et participe à la mise en œuvre du principe n°8 du Socle européen des droits sociaux³. Cette protection résulterait de la mise en place d'une procédure structurée visant à empêcher toute transformation constitutive d'un abus, en particulier s'il s'agit d'un montage artificiel destiné à obtenir des avantages fiscaux indus ou à porter indûment préjudice aux droits légaux ou contractuels des travailleurs, des créanciers et des associés minoritaires.

Fusion transfrontalière

Sans entrer dans les détails, la notion de fusion recouvre les opérations qui ont pour objet le transfert par une ou plusieurs sociétés de l'ensemble de leur patrimoine actif et passif à une société préexistante dite absorbante, à une nouvelle société qu'elles créent ou à la société qui détient la totalité des titres ou parts représentatifs de son capital social.

La procédure de fusion transfrontalière est déjà à l'heure actuelle réglementée par la directive de 2017 sur le droit des sociétés (voir supra), et reste moins stricte que celle prévue dans le cadre des

¹ Notons que cette proposition de réforme du droit des sociétés s'accompagne de l'abandon de la proposition sur la société unipersonnelle à responsabilité limitée.

² CJUE, 25 octobre 2017, *Polbud*, C-106/16, publié au recueil numérique

³ Le dialogue social et la participation des travailleurs : « Les partenaires sociaux sont consultés sur la conception et la mise en œuvre des politiques économiques, sociales et de l'emploi, conformément aux pratiques nationales. Ils sont encouragés à négocier et à établir des conventions collectives sur des sujets qui les concernent, dans le respect de leur autonomie et de leur droit à l'action collective. Le cas échéant, des accords entre les partenaires sociaux sont mis en œuvre au niveau de l'Union et de ses États membres.

Les travailleurs ou leurs représentants ont le droit d'être informés et d'être consultés, en temps opportun, sur les questions qui les intéressent, **en particulier sur le transfert, la restructuration et la fusion d'entreprises** et les licenciements collectifs. Il convient d'encourager le renforcement de la capacité des partenaires sociaux à promouvoir le dialogue social. »

transformations et scissions. La procédure diffère en effet sur de nombreux points et ne prévoit notamment pas d'examen approfondi en cas de suspicion de fraude (le texte n'aborde d'ailleurs pas la question des montages artificiels).

Scission transfrontalière

La notion de scission transfrontalière englobe toutes les situations où une société transfère tout ou partie de ses actifs et passifs à deux ou plusieurs sociétés nouvellement créées dites bénéficiaires. En raison de sa complexité, l'hypothèse selon laquelle une société transférerait son patrimoine à des sociétés préexistantes n'est pas couverte par le champ d'application proposé pour la future directive.

La procédure

La procédure proposée par la Commission se déroule en 8 étapes :

- préparation par l'entreprise du projet de transformation transfrontalière et de deux rapports destinés aux actionnaires et aux travailleurs respectivement, exposant les implications de l'opération ;
- introduction devant l'autorité compétente des États membres concernés d'une demande de désignation d'un expert indépendant en charge d'examiner l'exactitude des trois documents précités (sauf pour les PME)⁴ ;
- remise d'un rapport écrit de l'expert indépendant qui expose les bases factuelles de l'évaluation à réaliser par l'autorité compétente au sujet du risque d'abus mentionné plus haut (ce rapport est rendu public, à l'exclusion des informations confidentielles, et peut être commentés par les parties intéressées concernées)⁵ ;
- décision en assemblée générale de procéder à l'opération ;
- après soumission des documents pertinents à l'autorité compétente, celle-ci décide de délivrer ou non un certificat préalable à l'opération⁶ ;
- au terme de cet examen, si l'autorité compétente a de sérieux doutes quant à la légalité de l'opération, elle ouvre une investigation approfondie et prend une décision finale à l'issue de celle-ci ;
- en cas de délivrance du certificat préalable, celui-ci est transmis sans délai à l'autorité compétente des États membres concernés qui vérifie que le droit national relatif à la constitution des sociétés a été respecté ;
- la société est enregistrée dans le/les nouvel/nouveaux État(s) membre(s) et rayée du registre dans le/les anciens État(s) membre(s).

Rapport aux travailleurs

Ce rapport explique les conséquences de la transformation pour les travailleurs :

- les conséquences sur les activités futures de l'entreprise et sur le plan stratégique de la direction ;
- les conséquences sur la sauvegarde des relations de travail ;
- tout changement important dans les conditions d'emploi et dans le lieu d'implantation des entreprises ;
- le point de savoir si les facteurs énoncés aux trois points précédents concernent également des filiales de la société.

⁴ Le rapport de l'expert contient également une description de tous les éléments factuels nécessaires pour que l'autorité compétente procède à une évaluation approfondie, celle-ci inclut au moins : les caractéristiques de l'établissement dans l'État membre de destination, y compris l'intention, le secteur, l'investissement, le chiffre d'affaires net et le résultat, le nombre de travailleurs, la composition du bilan, la résidence fiscale, les actifs et leur localisation, le lieu de travail habituel des travailleurs et des groupes spécifiques de travailleurs, le lieu d'exigibilité des cotisations sociales et les risques commerciaux assumés par la société transformée dans l'État membre de destination et dans l'État membre de départ.

⁵ Les obligations imposées aux sociétés qui fusionnent sont moins strictes sur ce point

⁶ L'autorité compétente peut à ce stade refuser de délivrer le certificat préalable si elle estime que l'opération est illégale.

Il est soumis aux représentants des travailleurs (à défaut, les travailleurs eux-mêmes) au moins par voie électronique au plus tard deux mois avant l'assemblée générale qui devra approuver ou non le projet de transformation.

Si les représentants ou les travailleurs transmettent un avis à la direction **à temps**, les associés doivent en être informés et cet avis est annexé à ce rapport.

Ces règles s'appliquent sans préjudice des droits et procédures d'information et de consultation applicables institués au niveau national à la suite de la transposition de la directive cadre relative à l'information et la consultation, et la directive relation au comité d'entreprise européen, ainsi la directive sur le transfert d'entreprise dans le cadre des fusions et des scissions.

Indépendance de l'expert

Il convient ici de distinguer le régime applicable aux fusions (beaucoup moins strict) de celui applicable aux transformations et scissions.

Dans le cadre des fusions, la désignation d'un expert indépendant est optionnelle et effectuée sur demande conjointe des sociétés qui fusionnent. Cet expert est ensuite désigné, ou simplement agréé, par une autorité judiciaire ou administrative.

Dans le cadre des transformations et scissions, plusieurs conditions doivent être remplies⁷ :

- L'expert, ainsi que toute personne physique qui serait en mesure d'influer directement ou indirectement sur le résultat de son analyse, soit indépendant des sociétés concernées et ne soit pas associé au processus décisionnel de celles-ci.
- L'indépendance de l'expert ne doit être affectée par aucun conflit d'intérêts ni aucune relation d'affaires ou autre relation directe ou indirecte, existant(e) ou potentiel(le), l'impliquant et, le cas échéant, son réseau, ses dirigeants, ses auditeurs, ses employés, toute autre personne physique dont les services sont mis à la disposition ou placés sous le contrôle de celui-ci ou toute personne directement ou indirectement liée à lui par une relation de contrôle.
- L'expert ne peut être désigné s'il existe un risque d'auto-révision, d'intérêt personnel, de représentation, de familiarité ou d'intimidation lié à une relation financière, personnelle, d'affaires, d'emploi ou autre entre lui-même, ou son réseau et toute personne physique en mesure d'influer sur le résultat du contrôle légal des comptes, et les sociétés concernées, qui amènerait un tiers objectif, raisonnable et informé à conclure, en tenant compte des mesures de sauvegarde appliquées, que son indépendance est compromise.
- L'expert indépendant s'abstient de détenir ou d'avoir un intérêt substantiel et direct dans une des sociétés concernées, ou s'abstient de toute transaction portant sur un instrument financier émis, garanti ou autrement soutenu par une des sociétés concernées, dans le cadre de leurs activités de contrôle, sauf s'il s'agit d'intérêts détenus indirectement par l'intermédiaire d'organismes de placement collectif diversifiés, y compris des fonds gérés tels que des fonds de pension ou des assurances sur la vie.
- L'expert consigne dans son rapport tout risque important d'atteinte à son indépendance, ainsi que les mesures appliquées pour limiter ces risques.
- L'expert ne peut être désigné s'il détient des instruments financiers de la société concernée, ou des instruments financiers d'une société liée à celle-ci et dont la possession est susceptible de causer, ou susceptible d'être généralement perçue comme causant, un conflit d'intérêts, ou s'il a lié à celle-ci, par un contrat de travail, une relation d'affaires ou tout autre type de relation susceptible de causer, ou susceptible d'être généralement perçue comme causant, un conflit d'intérêts⁸.
- L'expert ne sollicite ni n'accepte de cadeaux, sous forme pécuniaire ou non pécuniaire, ni de faveurs de la société concernée ou de toute entité liée à celle-ci, sauf si leur valeur est susceptible d'être considérée par un tiers objectif, raisonnable et informé comme insignifiante ou négligeable.
- L'expert dispose d'employés compétents ainsi que du temps et des ressources nécessaires pour effectuer le contrôle de manière appropriée.

⁷ Articles 22 et 22ter de la directive 2006/43/CE

⁸ Cette restriction est limitée dans le temps mais la période ne ressort pas clairement du texte.

La protection des droits collectifs des travailleurs

La proposition de directive se concentre principalement sur la question de la participation des travailleurs au sein des organes d'administration/ de surveillance des sociétés. Concernant l'information et la consultation des travailleurs, la proposition de directive se contente de préciser succinctement que la future directive devrait s'appliquer sans préjudice des droits et procédures d'information et de consultation applicables institués au niveau national à la suite de la transposition de la directive cadre relative à l'information et la consultation, la directive relative au comité d'entreprise européen, et la directive sur le transfert d'entreprise.

Sur la question de la participation, le texte de la proposition s'appuie principalement sur les dispositions de la directive de 2001 complétant le statut de la Société européenne (SE) pour ce qui concerne l'implication des travailleurs. Elle pose en principe l'application des règles en vigueur dans l'État membre où le siège statutaire de la société est établi, mais envisage trois hypothèses d'exception qui mettent en œuvre le principe dit de l'avant-après. Si la participation des travailleurs existait avant la transformation/fusion/scission, alors elle doit être mise en place à nouveau via la négociation collective après. Cette phase de négociation, lorsque celle-ci est requise, constitue une condition de l'immatriculation de la/les société(s) issue(s) de l'opération. Comme dans le cadre de la législation sur la SE, les États membres doivent élaborer des dispositions de références qui auront vocation à s'appliquer en cas d'échec des négociations ou de décision explicite des parties à la négociation.

Lorsque la société issue de la transformation / fusion / scission transfrontalière est gérée selon un régime de participation des travailleurs, cette société est tenue de prendre des mesures pour faire en sorte que les droits en matière de participation des travailleurs soient protégés en cas de fusions transfrontalières ou nationales ultérieures pendant un délai de trois ans après que la transformation / fusion / scission transfrontalière a pris effet, en appliquant mutatis mutandis les règles fixées dans la proposition de directive.

Utilisation des outils et processus numériques

Une seconde proposition de directive traite de la question de l'accomplissement en ligne des formalités administratives relatives à la constitution et à la vie de la société.

La proposition envisage tout d'abord de réglementer les moyens d'identification autorisés par référence à un règlement existant de 2014⁹, tout en prévoyant une exception en cas de soupçon de fraude réel fondé sur des motifs raisonnables. Dans un tel cas, les autorités nationales pourront exiger la présence physique.

La Commission européenne propose ensuite la mise en place d'une obligation d'information à la charge des États membres, concernant notamment les obligations relatives à l'immatriculation et l'exploitation des sociétés et de leurs succursales, les obligations relatives à l'utilisation des formulaires types, les obligations relatives à l'authentification des actes et informations, et les règles relatives aux moyens d'identification requis dans le cadre de l'immatriculation et du dépôt en ligne¹⁰.

Le cœur de la proposition est bien entendu l'obligation pour les États membres de veiller à ce que l'immatriculation des sociétés¹¹ et de leurs succursales, le dépôt des actes et indications soumis à publicité, et la mise à jour de leurs données puissent être effectués en ligne, ceci devant inclure la possibilité de transmettre les différentes informations et actes sous forme électronique. La future directive entend également imposer un délai de 5 jours pour l'achèvement de la procédure d'immatriculation en ligne¹².

Pour faciliter la création de Sarl¹³, les États membres devront mettre à disposition des formulaires types en ligne.

⁹ Règlement (UE) n ° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE

¹⁰ L'obligation est plus large pour les informations concernant la constitution de Sarl.

¹¹ Possibilité d'exclure la SA.

¹² A compter de la réception des documents, ou du paiement des frais (voire versement du capital social le cas échéant).

¹³ Peut être élargi aux SA et société en commandite par actions

Dans un souci de prévention de la fraude, la proposition invite les autorités nationales à échanger des informations sur l'identité des personnes déchues du droit d'exercer la fonction d'administrateur (via le système d'interconnexion des registres). Un État membre pourra en conséquence refuser la nomination d'une telle personne.

La proposition de directive traite également des questions liées aux registres de commerce et des sociétés. Pour faciliter l'interconnexion des registres, les États membres doivent mettre en place un système d'identifiant unique à vocation transnationale, et s'assurer que tous les documents seront numérisés. Cette numérisation a aussi pour but de faciliter l'accès aux informations relatives aux sociétés, un certain nombre d'information devra d'ailleurs être mises à disposition gratuitement (dénomination, forme juridique, siège social, nombre de travailleurs etc), le coût relatif à la fourniture d'autres informations ne pourra dépasser le coût administratif.

Commentaires

Le législateur européen a reconnu dans le préambule de la directive (UE) 2017/828¹⁴ visant à promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires que « une plus grande implication de toutes les parties prenantes, en particulier des salariés, dans la gouvernance d'entreprise constitue un facteur important pour garantir l'adoption par les sociétés cotées d'une vision à plus long terme qu'il est nécessaire d'encourager et de prendre en considération ».

L'objectif principal de cette proposition de directive, comme le montre le choix de la base juridique¹⁵, est de faciliter la liberté d'établissement et donc la mobilité transfrontalière des entreprises, qui sont censées souffrir du manque d'uniformisation des règles en matière de droit des sociétés, et notamment pour les opérations transfrontalières les plus fréquentes, à savoir la fusion, la transformation et la scission.

La Commission reconnaît néanmoins que faciliter la mobilité des sociétés représente un risque pour les intérêts des parties prenantes évoquées plus haut. La proposition contient donc un certain nombre de dispositions visant à protéger les créanciers, les actionnaires minoritaires et les travailleurs.

Mais en se concentrant sur la protection des parties prenantes, la proposition est donc bien loin de remplir les objectifs que le législateur appelait de ses vœux dans le préambule de la directive 2017/828. La réforme souscrit une fois encore à une approche centrée sur la protection des associés ou actionnaires (shareholder approach) plutôt que sur une approche prenant réellement en compte les intérêts de toutes les parties prenantes (stakeholder approach), et en particulier les travailleurs.

Au-delà de ces remarques plus globales, la proposition pose un certains nombres de problèmes qui seront détaillés ci-dessous.

Fraude sociale

La proposition de directive reconnaît que faciliter ainsi la mobilité transfrontalière des entreprises au sein de l'UE représente un risque en termes de fraude sociale, mais plusieurs aspects de la proposition font douter de son efficacité à lutter contre la fraude sociale :

- les micro et petites entreprises sont exclues de l'examen par un expert indépendant. Or, les secteurs à risque dans lesquels une concurrence sur le coût du travail est avéré, tels que le travail intérimaire, la construction, le transport routier et l'agriculture sont des secteurs où les PME sont majoritaires¹⁶ ;
- l'examen ex-ante de l'existence de montage artificiel n'est pas complété d'un examen ex-post pourtant indispensable¹⁷ ;

¹⁴ Directive qui fait l'objet de la révision.

¹⁵ Art 50 TFUE – liberté d'établissement

¹⁶ Les paragraphes 6 des articles 86 octies et 160 decies doivent être supprimés.

¹⁷ Modification des articles 86 duovicies et 160 quatervicies de la proposition, et 134 de la directive 2017/1132 pour prévoir la possibilité de contester la validité de l'opération pendant une période de 3 ans sur le fondement de l'existence d'un montage artificiel.

- l'application des dispositions en matière d'informations confidentielles et de protection du secret des affaires devrait être strictement encadrée ;
- certains termes devraient être explicités davantage, c'est le cas par exemple de la notion de « montage artificiel » ou « d'avantage indu » (par exemple, comment le caractère indu d'une telle action doit-il être interprété ? Par rapport au droit national applicable ? Peut-on prévoir des critères clairs pour évaluer le caractère artificiel d'un montage ?) ;
- la future directive doit envisager la possibilité de consulter les représentants des travailleurs dans le cadre de l'étude approfondie. Ces derniers doivent par ailleurs avoir le droit de contester les conclusions de cette analyse (lorsque celle-ci aboutie à la délivrance du certificat préalable) ;
- les régimes applicables à la garantie de l'indépendance de l'expert doivent être alignés pour les trois opérations, et la question des compétences de l'expert, en tant que critères fondamentaux de la désignation, doit être abordée plus en détails ;
- les compétences de l'expert désigné ne peuvent par ailleurs pas se limiter aux aspects comptables et financiers de l'opération, les aspects de droit du travail et notamment relatifs aux droits collectifs (information, consultation et participation) doivent être correctement pris en compte et faire partie des critères de sélection de l'expert ;
- la proposition ne mentionne jamais le critère du siège réel. Le texte doit clairement faire état du fait qu'en cas de transfert du siège statutaire (quel que soit le moyen utilisé), l'État membre peut continuer à faire usage du critère du siège réel pour le rattachement des sociétés à leur droit national, et donc exiger le transfert de celui-ci, et ce conformément à la jurisprudence. En effet, l'article 54 TFUE met sur un pied d'égalité les critères du siège statutaire et siège réel pour le rattachement des sociétés, et la CJUE ne définit pas ces critères, il est de jurisprudence constante qu'il appartient aux États membres, et à eux seuls, de définir le lien de rattachement retenu pour la détermination de la loi applicable aux sociétés¹⁸ ;
- les opérations de fusions transfrontalières ne sont pas soumises au même régime que les transformations et scissions en matière de contrôle des montages artificiels. La Cour de justice de l'UE a déjà jugé qu'une fusion transfrontalière constituant un montage purement artificiel visant à obtenir un avantage fiscal n'est pas conforme à la liberté d'établissement telle qu'envisagée dans les traités¹⁹. Cependant, dans un souci de clarté, il serait sans doute préférable de soumettre les fusions transfrontalières au même régime que celui prévu pour les transformations et les scissions ;
- il ne ressort pas clairement du texte qu'en plus de faciliter les transformations, fusions et scissions transfrontalières, la future directive donnera aux États membres la possibilité de bloquer de telles opérations lorsque celles-ci ont pour seul but d'obtenir un avantage social ou d'éviter la mise en place ou le maintien de structures de représentation du personnel²⁰.

Protection des créanciers

Le projet de transformation/fusion/scission devrait citer spécifiquement les protections accordées aux régimes de retraites en tant que créanciers. Et prévoir expressément le droit pour ceux-ci, ainsi que pour l'administration fiscale de contester les mesures de protection qui leur sont accordées. Il ressort de la proposition que le rapport de l'expert doit contenir des informations en relation avec les éléments factuels nécessaires pour que l'autorité compétente procède à une évaluation approfondie. Ces éléments incluent entre autres : les caractéristiques de l'établissement dans l'État membre de destination, y compris l'intention, le secteur, l'investissement, le chiffre d'affaires net et le résultat, le nombre de travailleurs, la composition du bilan, la résidence fiscale, les actifs et leur localisation, le lieu de travail habituel des travailleurs et des groupes spécifiques de travailleurs, le lieu d'exigibilité des

¹⁸ Voir points 34 et 35 de CJUE, 25 octobre 2017, *Polbud*, C-106/16, publié au recueil numérique :

« la liberté d'établissement confère à Polbud, société de droit polonais, le droit de se transformer en une société de droit luxembourgeois pour autant qu'il est satisfait aux conditions de constitution définies par la législation luxembourgeoise et, en particulier, au critère retenu par le Luxembourg aux fins du rattachement d'une société à son ordre juridique national. »

¹⁹ CJUE, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, Affaire C-196/04, Rec. 2006 I-07995

²⁰ Les articles 86 quater § 2 de la proposition, l'article 120 § 4 de la directive 2017/1132 compte tenu des modifications proposées et 160 quinquies de la proposition détaillant les conditions dans lesquelles les trois opérations ne peuvent pas avoir lieu doivent être modifiés pour inclure un cas supplémentaire : « en cas de suspicion réelle de fraude sociale ou de non-respect des droits des travailleurs ». Aux mêmes articles, on pourrait encore ajouter que lorsque la société a fait l'objet « d'actions disciplinaires ou administratives ou de sanctions pénales et de décisions relatives à l'insolvabilité ou à des faillites frauduleuses qui concernent directement les compétences du prestataire ou sa fiabilité professionnelle ».

cotisations sociales et les risques commerciaux assumés par la société transformée dans l'État membre de destination et dans l'État membre de départ. Nous sommes d'avis que ce rapport devrait également inclure une analyse de l'impact de l'opération sur les régimes de pension.

Les sociétés concernées par l'opération devraient également être tenues de fournir des certificats attestant du paiement des cotisations de sécurité sociale et de l'impôt dans l'État membre de départ.

Information et consultation des travailleurs

La proposition de directive n'aborde presque pas la question de l'information et de la consultation que ce soit pour la phase précédant l'opération affectant la société ou pour la phase postérieure à celle-ci.

La proposition fait simplement référence aux directives existantes en la matière en précisant que la future directive relative au droit des sociétés s'appliquera sans préjudice des directives information et consultation (I&C) applicables. Or, les dispositions précisant que les règles de la future directive sont « sans préjudice » des dispositions en matière de I&C ne signifie pas que les travailleurs seront correctement informés et consultés lors des opérations couvertes par la directive.

En effet, la proposition devrait préciser qui doit être informé et/ou consulté, et notamment, dans les articles relatifs aux rapports devant être communiqués aux travailleurs, il devrait être fait référence aux comités d'entreprise européens.

La directive cadre définit le champ de l'I&C comme suit :

- l'information sur l'évolution récente et l'évolution probable des activités de l'entreprise ou de l'établissement et de sa situation économique;
- l'information et la consultation sur la situation, la structure et l'évolution probable de l'emploi au sein de l'entreprise ou de l'établissement, ainsi que sur les éventuelles mesures d'anticipation envisagées, notamment en cas de menace sur l'emploi;
- l'information et la consultation sur les décisions susceptibles d'entraîner des modifications importantes dans l'organisation du travail ou dans les contrats de travail, y compris en cas de licenciement collectif ou de transfert d'entreprise au sens du droit de l'UE.

Les dispositions subsidiaires de la directive sur les comités d'entreprise européens (CEE) prévoient que l'information du CEE porte notamment sur la structure, la situation économique et financière, l'évolution probable des activités, la production et les ventes de l'entreprise ou du groupe d'entreprises de dimension communautaire. L'information et la consultation porte notamment sur : la situation et l'évolution probable de l'emploi, les investissements, les changements substantiels concernant l'organisation, l'introduction de nouvelles méthodes de travail ou de nouveaux procédés de production, les transferts de production, les fusions, la réduction de la taille ou la fermeture d'entreprises, d'établissements ou de parties importantes de ceux-ci et les licenciements collectifs.

Il ne fait aucun doute que ces dispositions peuvent être interprétées de manière suffisamment large pour couvrir les hypothèses envisagées par la proposition de directive ici étudiée. Cependant dans un souci de clarté, il convient de faire une référence plus spécifique à ces procédures dans le cadre de la proposition.

Concernant plus précisément la question des rapports devant être fournis aux travailleurs, le délai de deux mois prévu (avant l'assemblée générale qui doit décider d'approuver ou non l'opération concernée) est bien trop court. En ce sens, la proposition n'est pas conforme aux dispositions de droit européen en matière d'I&C qui imposent que la procédure débute suffisamment tôt pour les travailleurs et leurs représentants puissent avoir une réelle influence sur les décisions prises par la société. Le délai de deux mois paraît donc bien trop court à cet égard. De plus, le raisonnement utilisé selon lequel l'avis des travailleurs n'est annexé au rapport que s'il est reçu à temps semble tout à fait saugrenue. L'I&C des travailleurs doit avoir lieu de telle façon à permettre aux travailleurs et à leurs représentants de rendre avis, qui sera obligatoirement pris en compte annexé audit rapport.

En termes de contenu, le rapport soumis aux travailleurs doit contenir des informations relatives aux conséquences sur les activités futures de l'entreprise et sur le plan stratégique de la direction, aux conséquences sur la sauvegarde des relations de travail, et à tout changement important dans les

conditions d'emploi et dans le lieu d'implantation des entreprises. Précisons dans un premier temps que ces informations doivent être aussi larges que possibles et couvrir les sujets d'importance cruciale pour les travailleurs, et notamment la question de l'avenir des régimes d'assurance pension complémentaire. Soulignons dans un second temps, que la superposition des obligations d'information résultant des directives existantes (cadre, CEE, transfert) et de la proposition de directive fait courir le risque d'une perte de substance. En effet, les entreprises seront tentées d'exécuter ces obligations en même temps et de négliger ainsi l'aspect « consultation » de ces obligations (la proposition de directive ne prévoit que l'information des travailleurs, pas leur consultation).

Dans le cadre des fusions et scissions, la proposition fait également référence aux procédures d'I&C résultant de la directive 2001/23/CE relative au transfert d'entreprise qui oblige l'entreprise à fournir certaines informations aux travailleurs ou à leurs représentants, excluant la question du maintien des droits de ceux-ci dans le cadre d'un transfert. La question de l'articulation des deux textes doit donc être éclaircie sur ce point. Notons également au passage que la définition de la notion de transformation telle qu'envisagée par la proposition de directive n'exclut pas la possibilité d'un transfert d'entreprise ou d'établissement au sens de la directive sur le transfert d'entreprise, la référence aux procédures d'I&C résultant de cette directive doit donc être ajoutée aux articles de la proposition de directive en matière de transformation.

La proposition aborde la question du maintien des dispositifs de participation des travailleurs plus ou moins en détails mais celle du maintien des structures compétentes en matière d'information et consultation n'est même pas évoquée. Cette question est pourtant cruciale, en particulier dans les entreprises où un comité d'entreprise européen (CEE)²¹ a été mis en place.

Toute modification de la structure de l'entreprise, comme celles envisagées par la proposition de directive, soulève des questions en matière de loi applicable aux instances transnationales de représentation des travailleurs, mais pourrait remettre en cause l'existence même de celles-ci.

Si la mise en place du CEE a fait l'objet d'un accord entre les parties concernées, il est tout à fait probable que celui-ci définisse la loi applicable, ainsi que les conséquences attachées à une modification de la structure de l'entreprise²².

Dans tous les cas, la directive CEE invite les parties à recourir à la négociation en cas de « modifications significatives interviennent dans la structure de l'entreprise ». Se pose alors la question de l'articulation de la notion de « modifications significatives interviennent dans la structure de l'entreprise » avec celles de transformation, fusion et scission telles qu'envisagées par la proposition de directive.

Il en va de même en matière de loi applicable, et à défaut d'accord des parties sur ce point, la directive CEE retient le critère de la « direction centrale ». Comment ce critère devra-t-il être apprécié dans le cadre des opérations concernées par la proposition de directive ?

Si beaucoup de questions restent sans réponse, nous estimons qu'une transformation purement juridique de la structure de l'entreprise, en particulier dans l'hypothèse d'une transformation, ne devrait pas avoir d'impact significatif sur les procédures existantes en matière d'I&C. En d'autres termes, nous pensons que pour les questions liées à l'I&C, une approche « réelle » du rattachement devrait être retenue.

Participation des travailleurs

Si la Commission ne peine pas à tirer les conclusions du fait que les règles sur les transformation/fusion/scission n'existent pas dans tous les EM, elle ne semble pas parvenir à avoir le même raisonnement en matière de participation des travailleurs alors que le constat est identique (18 EM disposent de règles en la matière). Il aurait été logique de retenir l'approche envisagée dans le cadre de la SE qui a associé les règles en matière de droit des sociétés et celles relatives à l'implication des travailleurs. Dans un marché intérieur libéralisé où la mobilité des entreprises est activement encouragée, il est indispensable d'harmoniser les dispositions souvent exclusivement nationales

²¹ Ou toute autre procédure d'I&C transnationale des travailleurs (y compris pour les références aux CEE dans la suite du texte).

²² L'article 6 § 6 point g) de la directive 2009/38/CE exige que les parties déterminent : « [...] les modalités selon lesquelles l'accord peut être amendé ou dénoncé ainsi que les cas dans lesquels l'accord doit être renégocié et la procédure pour sa renégociation, y compris, le cas échéant, lorsque des modifications interviennent dans la structure de l'entreprise de dimension communautaire ou du groupe d'entreprises de dimension communautaire ».

relatives aux droits collectifs des travailleurs (cadre européen en matière d'information, de consultation et de participation des travailleurs).

A l'heure actuelle, il est difficile d'apprécier si la reprise partielle des dispositions sur la participation des travailleurs de la directive sur la société européenne sera suffisante. Nous pouvons néanmoins d'ores et déjà souligner que la future directive devrait, contrairement à ce qui est prévu actuellement²³, retenir une approche dynamique de la participation, et prévoir des obligations de mettre en œuvre des structures de participation si l'effectif de la société augmente au-delà des seuils au cours d'une période de référence à déterminer à la suite de la transformation, la fusion ou la scission.

Lorsque la société issue de la transformation / fusion / scission transfrontalière est gérée selon un régime de participation des travailleurs, cette société est tenue de prendre des mesures pour faire en sorte que les droits en matière de participation des travailleurs soient protégés en cas de fusions transfrontalières ou nationales ultérieures pendant un délai de trois ans après que la transformation / fusion / scission transfrontalière a pris effet, en appliquant mutatis mutandis les règles fixées dans la proposition de directive. Nous sommes d'avis que cette protection des droits des travailleurs en matière de participation ne doit pas être limitée dans le temps et que le délai de 3 ans doit être supprimé.

Numérisation des procédures

L'inquiétude principale est bien entendu que la possibilité pour les sociétés d'effectuer leurs démarches en ligne, sans exiger une présence physique ou l'intervention de tiers tels que les notaires, risque de favoriser la fraude. La proposition de directive n'aborde d'ailleurs pas la question de la désignation des personnes qui doivent faire l'objet d'une identification, mais seulement celle de la reconnaissance des moyens d'identifications utilisés dans les autres États membres. La future directive devrait inclure une telle disposition, la désignation devrait par ailleurs être aussi large que possible et concerner tous les dirigeants et propriétaires de l'entreprise.

La proposition devrait aborder la question de l'authenticité des documents qui doivent être fournis en ligne par les sociétés lors des différentes procédures couvertes par celle-ci.

Tous les États membres de l'UE ne disposent pas de registres d'administrateurs faisant l'objet d'une révocation, et la proposition de directive ne l'exige pas. Le législateur devrait donc tirer les conclusions de ce constat et adapter certaines dispositions de la proposition de directive. Rappelons tout d'abord qu'en cas de soupçon de fraude réelle fondée sur des motifs raisonnables, les États membres peuvent prendre des mesures susceptibles d'exiger la présence physique des personnes, afin de vérifier leur identité, devant toute autorité compétente en matière d'immatriculation ou de dépôt en ligne. Le champ d'application de cette exception semble trop restreint et devrait donc être élargi, et notamment aux hypothèses où l'État membre d'origine de l'administrateur concerné ne dispose pas d'un tel registre, rendant ces informations difficilement accessibles. Ensuite, et dans cette même hypothèse, le délai de 5j devant être respecté par l'administration nationale pour l'immatriculation d'une société devrait être allongé.

Enfin, la liste des informations devant être mise à disposition des tiers gratuitement a été allongée. Sans remettre en cause la valeur ajoutée d'une telle disposition, il serait sans doute bon d'élargir cette liste à diverses informations concernant les travailleurs dans l'entreprise, comme par exemple le nombre de travailleurs (dans tous les cas, et pas seulement quand il est inscrit dans les états financiers de la société comme la législation nationale l'exige), ainsi que certaines informations de base concernant l'information, la consultation et la participation des travailleurs au sein de l'entreprise.

Contrôle de l'application

La proposition n'envisage aucune mesure de contrôle de l'application des dispositions de la future directive, et aucune sanction.

Luxembourg, le 23 octobre 2018

²³ Principe de l'avant-après, càd maintien des structures existantes.