



Association Nationale des Sociétés par Actions

39 rue de Prony – 75017 Paris
Tél. 01 47 63 66 41 Fax 01 42 27 13 58 - <http://www.ansa.fr> - ansa@ansa.fr

2014 – II

Comité Juridique
Réunion du 5 mars 2014

n° 14-013

Société européenne constituée sous forme de filiale sans salarié : faut-il constituer un groupe spécial de négociation ?¹

Selon le Règlement européen n° 2157/2001 du 8 octobre 2001, plusieurs sociétés relevant (pour au moins deux d'entre-elles) d'Etats membres différents ou qui ont (depuis au moins deux ans) une filiale ou une succursale située dans un autre Etat membre, peuvent constituer une société européenne (SE) en créant une filiale commune (nouvelle) (art. 2 § 3). Ce texte qui définit le statut de la SE est complété en droit français par les articles L 229-1 et s. et R 229-1 et s. du code de commerce.

A la différence des autres cas de constitution de SE, la création d'une filiale ne fait pas l'objet de dispositions spécifiques d'application en droit français (à l'exception de la création de la SE filiale unipersonnelle d'une SE existante).

La directive n° 2001/86 également du 8/11/01 fixe les modalités de l'implication des salariés dans la société européenne, ce qui nécessite en premier lieu la constitution d'un groupe spécial de négociation (GSN) (art. 3. 1)². La transposition de cette directive a fait l'objet des articles L 2351-1 et s. et D 2351-1 et s. du code du travail (v. les textes législatifs en annexe)³.

¹ Cette question a fait l'objet d'un débat lors de la séance du 8 janvier mais le Comité juridique du 5 février a préféré renvoyer à une séance ultérieure pour reprendre l'ensemble du sujet.

² Selon l'art. 2 de la directive, « Définitions », g) "groupe spécial de négociation", le groupe constitué conformément à l'article 3 afin de négocier avec l'organe compétent des sociétés participantes la fixation de modalités relatives à l'implication des travailleurs au sein de la SE: »

Article 3 de la Dir.

Création d'un groupe spécial de négociation

1. Lorsque les organes de direction ou d'administration des sociétés participantes établissent le projet de constitution d'une SE, ils prennent, dès que possible après la publication du projet de fusion ou de constitution d'une société holding ou après l'adoption d'un projet de constitution d'une filiale ou de transformation en une SE, les mesures nécessaires, y compris la communication d'informations concernant l'identité des sociétés participantes, des filiales ou des établissements, ainsi que le nombre de leurs travailleurs, pour engager des négociations avec les représentants des travailleurs des sociétés sur les modalités relatives à l'implication des travailleurs dans la SE.

2. À cet effet, un groupe spécial de négociation représentant les travailleurs des sociétés participantes ou des filiales ou établissements concernés est créé conformément aux dispositions ci-après:

³ Art. L 2351-1 du code du travail

Les dispositions du présent titre s'appliquent :

1° Aux sociétés européennes ayant leur siège en France constituées conformément au règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE) ;

2° Aux sociétés participant à la constitution d'une société européenne et ayant leur siège en France ;

3° Aux filiales et établissements situés en France d'une société européenne située dans un autre Etat membre de la Communauté européenne ou de l'Espace économique européen

Art. L 2351-3

Les modalités de l'implication des salariés dans la société européenne recouvrent l'information, la consultation et, le cas échéant, la participation.

Selon l'article L 2352-1 du code du travail, un groupe spécial de négociation est institué dès que possible après la publication du projet de fusion ou de constitution de la holding ou après l'adoption d'un projet de constitution d'une filiale ou de transformation en une société européenne. Il est doté de la personnalité juridique. Le groupe spécial de négociation détermine avec les dirigeants des sociétés participant à la création de la société européenne ou leurs représentants, par un accord écrit, les modalités de *l'implication des salariés au sein de la société européenne* (art. L 2352-2 du code du travail). L'article L 2352-9 fixe le délai maximum de la négociation (une période de six mois renouvelable une fois).

Sous certaines conditions, le GSN peut décider de ne pas entamer les négociations ou de clore des négociations déjà entamées et d'appliquer la réglementation relative à l'information et à la consultation des salariés telle qu'elle existe dans les Etats membres où la société européenne emploie des salariés (art. L 2353-13). Les articles L 2353-1 et suivants déterminent les diverses solutions prévues en cas d'absence d'accord.

Par hypothèse, la situation examinée est celle d'une société française et d'une société établie dans un autre Etat membre qui décident de constituer une filiale commune, sous la forme de SE et dont le siège serait en France. Cette société ne comporterait pas de salariés, du moins au départ. Par la suite, des transferts de salariés devraient intervenir en fonction de l'activité et du développement de l'entreprise.

En pratique, un certain nombre de SE sont des filiales d'un même groupe, souvent en attente de développement (donc loin de la vision d'origine de la SE ; instrument de coopération entre des groupes distincts).

Toute SE ayant son siège statutaire en France doit être immatriculée au registre du commerce et des sociétés (Règl. 2157/2001, art. 12 § 1). Or, le règlement dispose que l'immatriculation ne peut intervenir que si les modalités relatives à l'implication des salariés ont été fixées en application de la directive 2001/86 du 8/10/01 (art. 12 § 2), donc en l'espèce conformément aux articles L 2351-1 et suivants du code du travail.

L'article L 2355-1 punit d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 3750 euros, le fait d'apporter une entrave à la constitution d'un GSN.

Cela dit, l'objet du groupe spécial de négociation étant de proposer la forme et les modalités de l'implication des salariés « *au sein* » de la SE, on pourrait considérer *a priori* qu'en l'absence de salariés, la constitution immédiate d'une telle instance est sans objet.

Toutefois, le régime d'implication des salariés dans la SE prévu par la directive communautaire vise d'abord à mettre en place au niveau de la SE des procédures concrètes d'information et de consultation des salariés au niveau transnational dans tous les cas de création de SE, ainsi que, le cas échéant, leur participation (Directive, considérants 6 et 8).

S'agissant des droits de participation des salariés au sein des organes de la SE, la directive pose le principe selon lequel il convient de préserver les droits de participation pouvant exister dans l'une ou plusieurs sociétés participantes en les transférant à la SE dès sa constitution, à moins que les

Elles sont arrêtées par accord conclu entre les dirigeants des sociétés participantes et les représentants des salariés conformément aux dispositions du présent titre.

A défaut d'accord, ces modalités sont arrêtées conformément aux dispositions du chapitre III.

parties en décident autrement, sans établir de distinction entre la constitution d'une SE avec ou sans salariés (Directive, considérant 7).

La seule question posée au Comité juridique est de savoir si la constitution d'un GSN est ou non obligatoire pour une SE filiale sans salariés.

En cas de réponse positive, plusieurs choix de solutions s'offrent au GSN, mais le Comité juridique préfère ne pas s'engager dans l'analyse des décisions que pourraient adopter le GSN.

S'agissant de la constitution même du groupe spécial de négociation, il convient d'observer que ni le texte de la directive et celui du code du travail ne distinguent selon que la SE est constituée avec ou sans salariés.

Ainsi le Considérant 9 de la directive dispose que "*lorsque des droits de participation existent à l'intérieur d'une ou plusieurs sociétés constituant une SE, ces droits devraient être préservés par voie de transfert à la SE dès sa constitution, à moins que les parties n'en décident autrement*" (à noter que cette possibilité d'en "*décider autrement*" est strictement encadrée).

Le 11^{ème} considérant va dans le même sens, « *11) En l'absence d'un accord suivant la négociation entre les représentants des travailleurs et les organes compétents des sociétés participantes, il conviendrait de prévoir certaines exigences types s'appliquant à la SE dès sa constitution. Ces exigences types devraient garantir des pratiques efficaces d'information et de consultation transnationales des travailleurs ainsi que leur participation dans les organes pertinents de la SE dès lors qu'une telle participation existait avant la constitution de celle-ci, dans les sociétés participantes* ».

De même, l'article 3.1 de la directive prévoit l'obligation de constituer un GSN «*dès que possible ...après la publication... d'un projet de constitution de filiale* » et fixe les règles de composition de ce GSN : celui-ci est composé de représentants des "*travailleurs des sociétés participantes..*", c'est-à-dire des représentants des travailleurs des sociétés contrôlantes dans le cas de la SE constituée sous forme de filiale commune.

Selon une première interprétation, la constitution d'un GSN serait en tout état de cause obligatoire car, littéralement, ni la directive, ni le code du travail ne prévoient d'exception en cas d'absence de salariés dans la filiale SE.

Le fait que la filiale ne comprenne pas de salariés lors de sa création n'empêche pas la mise en place d'un tel GSN. En effet, les textes prévoient que le GSN comprend **des représentants des salariés des sociétés participantes**, c'est-à-dire de celles qui ont constitué la filiale commune SE (notamment, art. L 2352-3 et L 2352-5 du code du travail). Ce GSN doit négocier les modalités d'implication des (futurs) salariés de la filiale SE avec les dirigeants de ces sociétés participantes (art. L 2352-2).

Une telle position est soutenue par l'ETUI (groupement européen de syndicats)⁴.

Les « *sociétés participantes* » sont celles « *participant directement à la constitution d'une SE* » (article 2.b de la directive), c'est-à-dire celles qui souscrivent aux actions de la SE à constituer⁵.

⁴ <http://www.worker-participation.eu/European-Company-SE/Frequent-Questions> : « Is there a risk of losing existing participation rights? Can the SE be misused to avoid participation rights? »

⁵ « Article 2
Définitions

De plus, le GSN peut également représenter les salariés de filiales de la SE (Selon le paragraphe 2 de l'article 3 de la directive n° 2001/86, « *un groupe spécial de négociation représentant les travailleurs des sociétés participantes ou des filiales ou établissements concernés est créé* »). Or la définition de la « filiale concernée » est selon l'article 2, d, du même texte une « *filiale ou un établissement d'une société participante, qui deviendrait une filiale ou un établissement de la SE lors de sa constitution* ».

Par conséquent, l'obligation de constituer un GSN lors de la création d'une SE filiale sans salarié n'existera que si une ou plusieurs des sociétés participantes ou filiales de la SE emploie(nt) des salariés. Dans le cas contraire, il n'est pas obligatoire de mettre en place une GSN.

On peut estimer que les salariés des autres filiales des sociétés participantes ne sont dès lors pas considérés comme participant directement à la constitution d'une SE filiale et ne devraient pas être pris en compte pour déterminer si les sociétés participantes emploient des salariés.

Selon *une deuxième interprétation*, on pourrait admettre une dérogation à l'obligation de constituer un GSN dans l'hypothèse de l'absence de salariés à la constitution de la SE, au motif que l'objet de la négociation est inexistant en l'absence de salariés, sous la condition de l'engagement de mettre en place un tel groupe lors du recrutement ou du transfert de salariés des sociétés participantes vers la SE.

En faveur d'une position intermédiaire, certains préconisent que si un GSN doit être mis en place, il serait en droit de décider de reporter ses travaux jusqu'à l'arrivée de salariés dans la SE.

Réponse – Le *Comité juridique* considère que si au moins l'une des *sociétés participantes* à la création de la filiale (société européenne), au sens indiqué ci-dessus, ou une filiale de la SE, comporte des salariés, la constitution d'un groupe spécial de négociation (GSN) est requise, le code du travail, comme la directive, ne prévoyant aucune exception et mentionnant la représentation *des salariés des sociétés participantes et filiales concernés* (art. L 2352-5 du code du travail). En revanche, lorsqu'aucune de ces sociétés n'a de salarié et que la SE ne comporte pas de filiale avec des salariés, la mise en place d'un tel GSN est impossible (donc légalement non obligatoire), les autres sociétés du groupe (autres filiales ou sociétés contrôlant les sociétés participantes), ne pouvant être qualifiées de « *sociétés participantes* », leurs salariés ne peuvent être pris en compte.

De plus, le *Comité juridique* constate que les textes n'offrent pas la possibilité pour le GSN de décider de reporter la négociation jusqu'à l'embauche de salariés. En dehors de la conclusion d'un accord sur l'implication des salariés (dans le délai maximum d'un an), le code du travail prévoit ainsi plusieurs solutions d'une telle implication (par défaut), mais pas de report dans le futur d'une négociation (art. L 2352-13, L 2353-28 et L 2353-30).

Aux fins de la présente directive, on entend par:

- a) "SE", une société constituée conformément au règlement (CE) n° 2157/2001;
 - b) "sociétés participantes", les sociétés [participanti](#) directement à la constitution d'une SE;
 - c) "filiale" d'une société, une entreprise sur laquelle ladite société exerce une influence dominante au sens de l'article 3, paragraphes 2 à 7, de la directive 94/45/CE;
 - d) "filiale ou établissement concerné", une filiale ou un établissement d'une société participante, qui deviendrait une filiale ou un établissement de la SE lors de sa constitution;
- »

ANNEXE

Article L2351-4

On entend par information celle fournie par l'organe dirigeant de la société européenne à l'organe représentant les salariés sur les questions qui soit concernent la société européenne elle-même et toute filiale ou tout établissement situé dans un autre Etat membre, soit excèdent les pouvoirs des instances de décision situées dans un Etat membre. Cette information se fait selon des modalités permettant aux représentants des salariés d'en évaluer l'incidence éventuelle et, le cas échéant, de préparer des consultations avec l'organe compétent de la société européenne.

Article L2351-5

On entend par consultation l'instauration d'un dialogue et d'un échange de vues entre l'organe représentant les salariés ou les représentants des salariés et l'organe compétent de la société européenne selon des modalités permettant aux représentants des salariés, à partir des informations fournies, d'exprimer un avis sur les mesures envisagées par l'organe compétent.

Cet avis peut être pris en considération dans le cadre du processus décisionnel au sein de la société européenne.

Article L2351-6

On entend par participation l'influence exercée par l'organe représentant les salariés ou par les représentants des salariés sur les affaires d'une société sous les formes suivantes :

- soit en exerçant leur droit d'élire ou de désigner certains membres de l'organe de surveillance ou d'administration de la société ;*
- soit 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 ou de s'y opposer.*

Article L2352-1

Un groupe spécial de négociation est institué dès que possible après la publication du projet de fusion ou de constitution de la holding ou après l'adoption d'un projet de constitution d'une filiale ou de transformation en une société européenne.

Il est doté de la personnalité juridique.

Article L2352-2

Le groupe spécial de négociation détermine avec les dirigeants des sociétés participant à la création de la société européenne ou leurs représentants, par un accord écrit, les modalités de l'implication des salariés au sein de la société européenne mentionnées à l'article L. 2351-3.

Article L2352-3

Les sièges au sein du groupe spécial de négociation sont répartis entre les Etats membres en proportion du nombre de salariés employés dans chacun de ces Etats par rapport aux effectifs des sociétés participantes et des filiales ou établissements concernés dans l'ensemble des Etats membres. Leur nombre est fixé par décret en Conseil d'Etat.

A l'issue de la répartition ainsi opérée, le nombre de salariés que chaque membre du groupe spécial de négociation représente est déterminé aux fins de procéder aux calculs et votes mentionnés à l'article L. 2352-3.

Article L2352-4

Lorsqu'une société européenne se constitue par voie de fusion et qu'au moins une société participante perd son existence juridique propre et n'est pas représentée directement par un membre du groupe spécial de négociation, ce dernier comprend, outre les sièges alloués conformément à l'article L. 2352-3, un ou plusieurs sièges supplémentaires.

Toutefois, quel que soit le nombre de sociétés en cause, le nombre de membres supplémentaires ne peut excéder 20 % du nombre total de membres déterminé par application de l'article L. 2352-3. Si les sièges supplémentaires sont en nombre inférieur au nombre de sociétés perdant leur existence juridique propre et n'ayant aucun salarié désigné membre du groupe spécial de négociation, ils sont attribués à ces sociétés selon l'ordre décroissant de leurs effectifs. Si cet ordre comporte successivement deux sociétés ayant leur siège social dans le même Etat, le siège supplémentaire suivant est attribué à la société qui a l'effectif immédiatement inférieur dans un Etat différent.

Il est procédé, selon des modalités fixées par décret, à la détermination du nombre de salariés représentés par chaque membre du groupe spécial de négociation.

Article L2352-5

Les membres du groupe spécial de négociation sont désignés par les organisations syndicales de salariés parmi leurs élus aux comités d'entreprise ou d'établissement ou leurs représentants syndicaux, sur la base des résultats des dernières élections.

Il en va de même des représentants des salariés des sociétés participantes, filiales ou établissements concernés situés en France et relevant d'une société européenne située dans un Etat autre que la France.

Pour les sociétés situées en France, les sièges sont répartis entre les collèges proportionnellement à l'importance numérique de chacun d'entre eux. Les sièges affectés à chaque collège sont répartis selon la règle de la représentation proportionnelle au plus fort reste entre les organisations syndicales, proportionnellement au nombre d'élus qu'elles ont obtenu dans ces collèges.

Les membres du groupe spécial de négociation désignés par les sociétés participantes implantées dans un des Etats membres autre que la France sont élus ou désignés selon les règles en vigueur dans chaque Etat membre.

La désignation de ces membres est notifiée par l'organisation syndicale à l'employeur dans des conditions déterminées par voie réglementaire.

Article L2352-6

Lorsqu'il n'existe pas d'organisation syndicale dans la société européenne dont le siège social se trouve en France, les représentants du personnel au groupe spécial de négociation sont élus directement selon les règles applicables au comité d'entreprise.

Il en va de même lorsqu'il n'existe pas d'organisation syndicale dans l'établissement ou l'entreprise implanté en France et appartenant à une société européenne.

Article L2352-7

Si des changements substantiels interviennent durant les négociations, notamment un transfert de siège, une modification de la composition de la société européenne ou une modification dans les effectifs susceptible d'entraîner une modification dans la répartition des sièges d'un ou plusieurs Etats membres au sein du groupe spécial de négociation, la composition de ce dernier est modifiée en conséquence.

Article L2352-8

Les contestations relatives à la désignation des membres du groupe spécial de négociation et des représentants des salariés au comité de la société européenne dont le siège se situe en France, ainsi que des salariés des sociétés participantes, des établissements ou filiales implantés en France sont portées devant le juge judiciaire.

Article L2352-9

Les dirigeants des sociétés participant à la constitution de la société européenne invitent le groupe spécial de négociation à se réunir et communiquent à cet effet aux représentants du personnel et aux dirigeants des établissements et filiales concernés, qui en l'absence de représentants du personnel en informent directement les salariés, l'identité des sociétés participantes ainsi que le nombre de salariés qu'elles comprennent.

Les négociations débutent dès que le groupe spécial de négociation est constitué. Elles peuvent se poursuivre pendant les six mois qui suivent, sauf si les parties décident, d'un commun accord, de prolonger ces négociations dont la durée totale ne peut dépasser un an.

Durant cette période, le groupe spécial de négociation est régulièrement informé du processus de création de la société européenne.

Article L2352-10

Le temps passé en réunion par les membres du groupe spécial de négociation est considéré comme temps de travail et payé à l'échéance normale.

Article L2352-11

Les dépenses nécessaires à la bonne exécution de la mission du groupe spécial de négociation sont à la charge des sociétés participantes.

Article L2352-12

Pour négocier, le groupe spécial de négociation peut être assisté d'experts de son choix à tout niveau qu'il estime approprié. Ces experts participent aux réunions du groupe à titre consultatif.

L'ensemble des sociétés participantes prend en charge les dépenses relatives aux négociations et à l'assistance d'un seul expert.

Article L2352-13

Le groupe spécial de négociation prend ses décisions à la majorité absolue de ses membres, laquelle doit également représenter la majorité absolue des salariés des sociétés participantes, des filiales et établissements concernés.

Par dérogation à ces dispositions, la décision de ne pas entamer les négociations ou de clore des négociations déjà entamées et d'appliquer la réglementation relative à l'information et à la consultation dans les Etats membres où la société européenne emploie des salariés, est prise à la majorité des deux tiers des membres du groupe spécial de négociation, issus d'au moins deux Etats membres et à la condition qu'ils représentent au moins les deux tiers des salariés des sociétés participantes, des filiales et établissements concernés. Dans ce cas, les dispositions prévues par le chapitre III ne sont pas applicables. Une telle décision ne peut être prise dans le cas d'une société européenne constituée par transformation, lorsqu'il existe un système de participation dans la société qui doit être transformée.

Lorsque la participation concerne une proportion du nombre total des salariés employés par les sociétés participantes d'au moins 25 % en cas de constitution d'une société européenne par fusion, et d'au moins 50 % en cas de constitution par holding ou filiale commune, et lorsque le groupe spécial de négociation envisage de fixer un nombre ou une proportion des membres de l'organe de surveillance ou d'administration par lesquels les salariés exercent leurs droits à participation à un niveau inférieur à celui qui était le plus élevé au sein de l'une des sociétés participantes, la décision est prise dans les conditions de majorité prévues au deuxième alinéa.

Article L2352-14

Aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de l'exercice du droit prévu par l'article L. 2352-13. Toute décision ou tout acte contraire est nul de plein droit.

Article L2352-15

Les membres du groupe spécial de négociation ainsi que les experts qui les assistent sont tenus au secret professionnel et à l'obligation de discrétion prévus à l'article L. 2325-5.

Article L2353-1

Un comité de la société européenne est institué lorsque, à l'issue de la période de négociation prévue à l'article L. 2352-9, aucun accord n'a été conclu et que le groupe spécial de négociation n'a pas pris la décision mentionnée à l'article L. 2352-13.

Article L2353-2

Dans le cas prévu à l'article L. 2353-1, l'immatriculation de la société européenne ne peut intervenir que si les parties décident de mettre en oeuvre les dispositions du présent chapitre ainsi que du chapitre IV ou que si les dirigeants des sociétés participantes s'engagent à en faire application.

Article L2353-28

Lorsque aucun accord n'a été conclu et que le groupe spécial de négociation n'a pas pris la décision prévue au deuxième alinéa de l'article L. 2352-13, la participation des salariés dans la société européenne est régie par les dispositions suivantes :

1° Dans le cas d'une société européenne constituée par transformation, s'il existe un système de participation des salariés dans l'organe d'administration ou de surveillance avant l'immatriculation, tous les éléments de la participation des salariés continuent de s'appliquer à la société européenne ;

2° Dans les autres cas de constitution d'une société européenne, et lorsque la participation au sein des sociétés participant à la constitution de la société européenne atteint les seuils fixés au troisième alinéa de l'article L. 2352-13, la forme applicable de participation des salariés au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, selon le cas, est déterminée après examen des différents systèmes nationaux existant au sein de chacune des sociétés participantes concernées avant l'immatriculation de la société européenne.

Article L2353-29

Si une seule forme de participation existe au sein des sociétés participantes, ce système est appliqué à la société européenne en retenant pour sa mise en place la proportion ou, selon le cas, le nombre le plus élevé de membres concernés par les droits à participation au sein de l'organe d'administration ou de surveillance.

Si plusieurs formes de participation existent au sein des sociétés participantes, le groupe spécial de négociation détermine laquelle de ces formes est instaurée dans la société européenne.

Article L2353-30

A défaut d'accord du groupe spécial de négociation sur le choix de la forme de participation, les dirigeants déterminent la forme de participation applicable.

Il est toujours retenu, pour la mise en place du système applicable, la proportion ou le nombre le plus élevé de membres de l'organe d'administration ou de surveillance concernés par les droits à participation.

Article L2353-31

Lorsque la forme de participation applicable consiste en la recommandation ou l'opposition à la désignation de membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, le comité de la société européenne détermine les conditions dans lesquelles s'exerce cette forme de participation.

Lorsque la forme de participation choisie consiste en l'élection de membres du conseil d'administration ou, le cas échéant, du conseil de surveillance, la procédure se déroule conformément aux dispositions des articles L. 225-28 à L. 225-34 et L. 225-80 du code de commerce, exception faite de l'exigence de territorialité prévue au premier alinéa de l'article L. 225-28.
