

Position de la CES Le nouveau paquet législatif 2018 sur le droit des sociétés : Une occasion manquée pour plus de démocratie au travail

Adoptée lors du Comité Exécutif des 25 et 26 Juin 2018

- La CES réclame depuis longtemps une 14^{ème} directive sur le droit des sociétés incluant la question du transfert transfrontalier du siège de l'entreprise et d'une réelle participation des travailleurs.
- Une telle réglementation est plus que jamais nécessaire pour combler le vide laissé par l'arrêt Polbud.
- Cependant, dans son état actuel, le paquet sur le droit des sociétés requiert d'importantes améliorations concernant : a) le lien entre le lieu principal d'activité de l'entreprise et son siège social et b) les droits transnationaux à l'information, à la consultation et à la représentation au conseil d'administration.
- Le principe du siège réel est nécessaire pour éviter la multiplication de sociétés boîtes aux lettres.
- La voix des travailleurs est un élément clé d'une gouvernance d'entreprise durable et doit être intégrée dans le paquet.
- L'enregistrement en ligne complet des entreprises sans aucune vérification mènera à une explosion du nombre de sociétés boîtes aux lettres.
- Les deux propositions doivent rester groupées.

Le 25 avril 2018, la Commission européenne a publié sa proposition de directive modifiant la directive (UE) 2017/1132 concernant les conversions, fusions et scissions transfrontalières et sa proposition amendant cette même directive concernant l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés.

La première proposition de la Commission permettrait aux entreprises d'effectuer une conversion transfrontalière en remplaçant leur forme juridique dans un État membre par une forme juridique similaire dans un autre État membre, de procéder à une fusion et de se scinder.

La Commission a souligné sa volonté de préserver la dimension sociale mais son objectif premier est de favoriser la mobilité des entreprises. Il n'y a aucun changement de paradigme du principe de la valeur actionnariale au profit de la valeur partenariale.

Le point de départ était le même tant du côté des entreprises que du côté des travailleurs. Il existe des règles européennes en matière de fusions (directive sur les fusions transfrontalières) et d'information et de consultation (directive-cadre, directive CEE). Toutefois, lorsqu'il y en a, ce qui n'est pas le cas dans la plupart des États membres, il n'existe que des règles nationales relatives aux conversions et scissions. 18 États membres disposent de règles sur la représentation dans les conseils d'administration mais les autres n'en ont aucune. Une approche à deux niveaux aurait été logique (comme pour les statuts de la société européenne (SE) avec son règlement et, en parallèle, une directive sur la participation des travailleurs) mais la Commission a opté pour une approche partielle incluant conversions, fusions et scissions côté entreprise, mais rien côté travailleurs.

Pour la première fois, la Commission propose l'adoption de règles harmonisées sur les conversions transfrontalières, le transfert de siège et les scissions.

En l'état actuel, la proposition pourrait permettre beaucoup trop facilement le contournement des obligations en matière de sécurité sociale, de fiscalité et d'implication des travailleurs et générerait encore plus d'incertitude. La Commission n'a ancré ni le principe du siège unique comme pour les statuts de la SE ni un cadre européen horizontal concernant les droits à l'information, à la consultation et à la représentation au conseil d'administration.

Selon la CES, deux éléments parmi d'autres sont particulièrement importants : mettre fin à la création de ce qu'on appelle les sociétés boîtes aux lettres¹ et améliorer les droits transnationaux à l'information, à la consultation et à la représentation des travailleurs.

Des lacunes importantes doivent être comblées

La CES nourrit de vives inquiétudes à propos de l'arrêt rendu le 25 octobre 2017 dans l'affaire Polbud, la Cour de justice de l'Union européenne ayant jugé que transférer le siège social d'une entreprise dans un autre État membre dans le but de bénéficier d'une législation plus avantageuse n'est pas constitutif d'un abus. Polbud est une affaire dans laquelle ce sont les juges qui font la loi. En présence d'un vide juridique (c.-à-d. l'absence de règlement européen harmonisé), la CJUE a déclaré le tourisme fiscal acceptable tout comme la création de sociétés boîtes aux lettres et le contournement des règles relatives à la fiscalité et à la sécurité sociale et des droits des travailleurs. Un État membre ne peut empêcher une entreprise de transférer son siège même si ce transfert débouche sur la création d'une structure de type boîte aux lettres ou est motivé par des raisons fiscales ou de contournement des règles. Il n'y a aucune obligation de lier l'endroit du siège social à celui des activités économiques. La mobilité des capitaux semble être considérée comme bien supérieure aux droits sociaux fondamentaux ou à d'autres valeurs ancrées dans le traité. Dans ce contexte, il est évident que la Commission était mise au défi de présenter une proposition pour corriger le préjugé de l'affaire Polbud qui va à l'encontre des intérêts des travailleurs. La CJUE a fait référence à l'absence de réglementation européenne et c'est précisément ce vide qui a rendu l'affaire Polbud possible. Malheureusement, la Commission n'a pas été capable de développer une vision européenne claire et convaincante qui soit elle-même ancrée dans une vision sociale pour combler ce vide de manière adéquate. La Commission s'est en partie sentie obligée de tenir compte de la décision Polbud plutôt que de la revoir entièrement. Les problèmes liés à cette affaire n'ont pas été complètement résolus et se reflètent donc dans cette proposition ambiguë de la Commission sur le droit des sociétés.

A titre de précaution, la Commission envisage un rapport pour prévenir les risques d'abus concernant les conversions. Le rapport doit aussi être d'application pour les fusions et doit être publié dans son intégralité. Selon la Commission, établir une entreprise « dans le but de bénéficier d'une législation plus avantageuse n'est pas, en soi (!), constitutif d'abus ». L'autorité compétente devra évaluer la situation et un expert indépendant étudiera l'exactitude des informations. Le rôle de l'expert indépendant doit être mieux défini tandis que les autorités financières, le fonds d'assurance sociale, l'organe représentatif des travailleurs ainsi que les syndicats dans l'État membre de départ doivent être impliqués. La définition de ce qui constitue un « montage artificiel » ne semble pas sans faille et laisse une grande marge d'interprétation. Il sera important de développer des indicateurs ou des critères clairs pour donner du sens à cette notion de « montage artificiel » et prévenir la création de nouvelles sociétés boîtes aux lettres. Il est important d'ajouter une référence obligatoire au principe du siège réel, comme stipulé dans les statuts de la Société européenne.

¹ Selon des estimations récentes, il existerait actuellement 500.000 sociétés boîtes aux lettres en Europe.

Toutefois, seul, le principe du siège réel ne suffira pas ; des exigences substantielles liant le siège social à l'endroit où les activités économiques ont lieu doivent être ajoutées et doivent être cumulatives. Les très petites et petites entreprises (comptant respectivement jusqu'à 10 et 50 employés) seraient exemptées de l'exigence du rapport d'expert. Cette exemption ne se justifie pas.

La Commission propose qu'une « autorité compétente » de l'État membre de départ mène une évaluation pour déterminer si l'opération consiste en un montage artificiel « destiné à obtenir des avantages fiscaux indus (!) ou à porter indûment (!) préjudice aux droits légaux ou contractuels des travailleurs, des créanciers ou des associés minoritaires ». Apparemment, le simple fait de transférer [le siège de l'entreprise] pour bénéficier d'une législation ou d'un régime fiscal plus avantageux ne doit pas être considéré comme relevant d'un montage artificiel. La CES demande que la notion de montage artificiel soit maintenue mais sans les termes « indus » et « indûment ». Le certificat préalable à la conversion sera transmis à l'État membre de destination. L'État membre de départ ne donnera pas son autorisation si l'évaluation est négative. La conversion ne pourra pas avoir lieu avant que l'État membre de départ ait procédé à toutes les vérifications.

Le point de départ de la Commission concernant les fusions était la procédure harmonisée définie en 2005 par la directive sur les fusions transfrontalières qui, selon les chiffres de la Commission, a débouché sur une augmentation de 173% des fusions entre 2008 et 2012.

Des droits à l'information, à la consultation et à la représentation au conseil d'administration sont nécessaires

Etant donné qu'une majorité des États membres n'autorisent par les conversions et les scissions, il est assez logique qu'aucune règle portant sur l'implication des travailleurs n'existe pour ce type de situation. Toutefois, comme la Commission veut rendre les conversions et les scissions possibles, elle aurait dû introduire en même temps les règles nécessaires à ce sujet. Une telle omission est inacceptable car des règles transfrontalières en matière d'information, de consultation et de représentation dans les conseils d'administration sont aussi nécessaires dans les États membres où les scissions et les conversions ne sont pas prévues.

Pourtant, la Commission ne propose pas de droits à l'information et la consultation transnationales. Rien de spécifique n'est prévu en matière de représentation des travailleurs au niveau national ou de comités d'entreprise européens. La CES exige que, lorsque le PE et le Conseil envisageront d'approuver le paquet sur le droit des sociétés, des règles en matière d'information et de consultation transnationales ainsi que de représentation au conseil d'administration soient ajoutées comme proposé dans le cadre européen horizontal relatif aux droits à l'information, à la consultation et à la représentation dans les conseils d'administration (y compris l'approche de l'escalier). Il est impératif que le droit à l'information, à la consultation et à la représentation dans les conseils d'administration soit systématiquement inclus dans les trois instruments transfrontaliers proposés.

Il est important de faire la distinction entre deux dimensions de l'information et de la consultation dans le paquet mobilité des entreprises. La première est le droit à l'information et à la consultation concernant la proposition de réorganisation de l'entreprise elle-même et la seconde porte sur les dispositions futures en matière d'implication des travailleurs dans l'entité ou les entités qui résulteront de la réorganisation.

La représentation dans les conseils d'administration au niveau européen est prévue dans les statuts de la société européenne (2001) et de la coopérative européenne et dans la directive sur les fusions transfrontalières. En dehors de ces dispositions, il n'existe aucune autre modalité sur la représentation dans les conseils d'administration au niveau européen. Les modalités de la directive sur la SE sont basées sur le principe avant-après. Comme la proposition se présente actuellement, l'absence de composante dynamique résulte en une perte pour les droits des travailleurs dans le cas où le volume de l'emploi augmente au-delà du seuil du nombre de travailleurs sans entraîner l'obligation d'instaurer une (plus forte) représentation au conseil d'administration.²

La Commission propose un article sur la participation des travailleurs afin de protéger le droit à la représentation au conseil d'administration (dans le cas d'une conversion mais pas d'une fusion). Les normes définies dans la directive SE devraient à tout le moins servir de références. Cela garantirait non seulement la cohérence des règles mais inverserait également la tendance à la dégradation des normes et favoriserait une convergence à la hausse. La Commission propose que, lorsque le nombre de travailleurs dépasse les quatre cinquièmes du seuil défini dans la législation du pays d'origine, l'entreprise soit tenue d'entamer des négociations pour déterminer les formes de participation. Toutefois, les négociations qui auraient lieu avant que les seuils applicables soient atteints ne bénéficieraient pas de l'avantage d'une position de repli. L'expérience a montré l'inutilité de ce type de négociations à moins que des solutions de repli claires existent. De nouvelles négociations doivent être entamées dès que le seuil de l'État membre de départ a été franchi. La proposition de la Commission est un petit pas en avant mais elle ne fait que renvoyer le problème de blocage à un niveau inférieur. Elle n'inclut aucune composante dynamique. Dès lors, la CES considère que ces modalités sont insuffisantes et réclame une approche européenne de telle sorte que les travailleurs soient traités sur un pied d'égalité en cas de conversions, de fusions ou de scissions d'entreprises.

L'entreprise ne devra maintenir les droits de participation que durant trois ans. Cette disposition offre une protection temporaire des modalités du pays d'origine. Une telle clause de limitation dans le temps est évidemment insuffisante. La protection des droits à participation durant au moins dix ans est un minimum. La CES rejette la possibilité pour les États membres de ne pas passer par les négociations et de choisir directement la législation de l'État membre de destination. Les États membres ne devraient pas être autorisés à réduire à un tiers la représentation des travailleurs au conseil d'administration. En l'état, la proposition de la Commission est à l'évidence à sens unique car, bien qu'elle facilite la vie des entreprises, elle ne présente, pour les travailleurs, aucune mesure pour plus de démocratie au travail.

Numérisation du droit des sociétés et stratégie de la CES pour plus de démocratie au travail

Aujourd'hui, seuls 17 États membres autorisent un enregistrement en ligne complet. La directive sur l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés rend obligatoire la création en ligne des entreprises. Le fondateur d'une entreprise n'est pas obligé de se rendre auprès d'une autorité ou chez un notaire mais peut la créer au moyen d'outils en ligne. La CES est très inquiète à l'idée que la directive proposée puisse réduire la qualité et la fiabilité des informations dans les registres de commerce. Une certaine forme de contrôle a posteriori doit être prévue.

² *La représentation au conseil d'administration peut contribuer à l'efficacité économique et éviter les inégalités sociales extrêmes. Les entreprises où elle n'existe pas dépensent davantage pour les paquets salariaux les plus élevés que les entreprises où une telle représentation existe. De même, ventes ou revenus nets sont plus élevés dans les entreprises avec représentation que dans les autres. (La voix des travailleurs dans les 100 plus grandes entreprises européennes. MBF-Report no. 31, 04/2017, p. 4-5).*

La proposition pourrait augmenter le potentiel de fraudes en raison de la suppression du rôle de « gardien » joué par une tierce partie telle qu'un notaire ou un tribunal pour détecter des documents frauduleux ou identifier des administrateurs déchus. La CES met en garde contre le risque d'une augmentation des fraudes. Une vérification préventive par un notaire permettrait d'éviter ce risque.

La création en ligne ne devrait être autorisée que pour les personnes physiques. La CES exige l'implication des notaires non seulement pour la création des entreprises, mais également tout au long du cycle de vie des entreprises. Le contrôle d'identité devrait être obligatoire. Un système d'interconnexion des registres du commerce aurait davantage de sens lorsque des normes minimales strictes existent. Comme l'analyse d'impact de la Commission le souligne à raison, il y a des risques de diminution des recettes fiscales.³

Le recours frauduleux à des entités juridiques ne doit pas être facilité. Une évaluation approfondie des risques pour des secteurs sensibles (transport, construction) est nécessaire. De plus, les États membres devraient être autorisés à exclure de la création en ligne les secteurs d'activités sensibles aux fraudes. L'État membre de destination devrait également avoir un mot pour déterminer s'il existe un « arrangement artificiel ».

La CES mène activement campagne en faveur de plus de démocratie et d'une démocratie renforcée au travail⁴. Cette campagne se prolongera jusqu'aux élections européennes de mai 2019 et aux auditions des nouveaux Commissaires désignés à l'automne 2019. L'un des éléments de la campagne est un appel européen qui a recueilli plus de 650 signatures et qui a été publié dans plusieurs journaux.

La CES demande à ses affiliés d'accroître leurs efforts pour collecter davantage de signatures (sur <http://european-appeal.org/>) avant la remise en automne de l'appel au Président du Parlement européen et au Président de la Commission européenne.

La campagne doit renforcer la visibilité des revendications de la CES concernant un cadre européen horizontal, la révision de la directive CEE et les mesures pertinentes en droit des sociétés, en particulier la suppression définitive des sociétés boîtes aux lettres et un renforcement significatif de la participation des travailleurs.

Le paquet sur le droit des sociétés est une occasion manquée pour plus de démocratie au travail. La CES demande au PE et au Conseil de transformer la proposition déséquilibrée et à sens unique en un document gagnant-gagnant tant pour les entreprises que pour les travailleurs.

Doutant fortement de la nécessité des fusions, la CES ne voit aucune raison valable de les faciliter et demande dès lors au PE et au Conseil de rejeter cette proposition.

La CES est favorable à des règles claires pour les entreprises leur permettant de se déplacer au sein du marché intérieur. Toutefois, la CES réclame des avancées quant au fond dans le domaine de la protection des parties prenantes. Il est essentiel de garder groupées les deux propositions. La CES continuera à suivre de près les débats au PE et au Conseil. Si aucune amélioration significative n'est apportée, la CES lancera un appel au PE pour qu'il rejette le paquet tout entier. La voix des travailleurs est un élément clé d'une gouvernance d'entreprise durable et d'un processus décisionnel juste dans l'entreprise.

³ « Faciliter la création d'entreprises au moyen d'outils numériques tout comme faciliter les opérations transfrontalières (fusions, scissions, conversions) pourrait avoir un impact négatif sur les recettes fiscales dans certains EM (résultant de la délocalisation d'entreprises). » Document de travail des services de la Commission, Bruxelles, 25.04.2018, SWD(2018) 141 final, p. 92 (https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/com-2018-239_en)

⁴ Stratégie pour davantage de démocratie au travail. Résolution de la CES adoptée par le Comité exécutif des 7 et 8 mars 2018 (<https://www.etuc.org/fr/document/resolution-de-la-ces-strategie-pour-davantage-de-democratie-au-travail-0>)

Contexte

La Commission a mené des consultations publiques en 2012, 2013, 2015 et 2017 auxquelles 496, 86, 151 et 207 réponses ont été reçues. La CES a constamment insisté pour que les entreprises ne soient autorisées à transférer leur siège social que si ce transfert s'accompagnait de celui de leur siège réel. A chaque fois, la CES a rappelé la nécessité d'un cadre horizontal concernant les droits des travailleurs à l'information, à la consultation et à la représentation dans les conseils d'administration. Elle s'est en outre montrée extrêmement sceptique concernant les scissions en raison des risques de contournement des seuils. Un processus de consultation a eu lieu en parallèle au sein du groupe d'experts en droit des sociétés (CLEG) à partir de 2012. En 2014, un groupe informel d'experts en droit des sociétés (ICLEG) a été créé. De plus, la Commission a recueilli les avis des parties prenantes lors de réunions bilatérales avec les syndicats et les organisations représentatives des entreprises. En septembre 2017, une conférence s'est tenue à Tallinn pour débattre du sujet. Les avis étant très divergents sur de nombreuses questions, la Commission en a conclu qu'elle avait trouvé le bon équilibre.

En décembre 2017, la CES a réitéré ses revendications en vue de la publication prochaine du paquet droit des sociétés : « Le prochain train de mesures relatif au droit des sociétés ne peut s'avérer bénéfique pour les travailleurs que s'il met en place des limites effectives contre les pratiques du type « sociétés boîtes aux lettres » et les entorses à l'implication/la participation des travailleurs... La CES exige la protection efficace des dispositions nationales existantes sur l'information, la consultation et la représentation au sein des conseils d'administration et de supervision liées à l'approche européenne évoquée ci-dessus pour élargir les droits à l'information, la consultation et la représentation au sein des conseils d'administration et de supervision à toutes les sociétés européennes en cours de transformation sur la base de la législation européenne. L'approche en forme d'escalier permettrait de protéger la plupart des systèmes nationaux et mettrait fin aux entorses aux dispositions nationales qui ont lieu actuellement grâce au droit européen des sociétés. L'escalier comprend une clause dynamique qui empêcherait la transition vers une société européenne (ou l'utilisation des instruments propres au droit européen des sociétés) avant d'avoir atteint certains seuils fixés par l'État initial. L'approche de l'escalier enracine le principe de négociation 'à l'ombre de la législation' et des droits forts. Le résultat de la négociation peut être très différent d'un cas à l'autre, mais ne devrait pas entraver les droits syndicaux nationaux conformément aux dispositions et/ou aux pratiques nationales. Selon la CES, les sociétés utilisant les instruments propres au droit européen des sociétés doivent mettre en œuvre des mesures de protection pour les droits relatifs à l'information, à la consultation et à la représentation au sein des conseils d'administration et de supervision, comme exposé dans la position de la CES sur le nouveau cadre de l'UE. »⁵

A la veille de la publication du paquet sur le droit des sociétés, la CES a exhorté la Commission européenne à inclure dans son paquet « des mesures contraignantes visant à protéger les travailleurs et à mettre fin au tourisme fiscal qui permet aux entreprises en Europe de déplacer leur siège dans un autre État membre où elles paieront moins d'impôts et de moindres salaires indépendamment du lieu où elles exercent leur véritable activité économique... Une harmonisation des règles et des garanties pour les travailleurs sont des conditions essentielles au soutien de la CES ». ⁶

⁵ Position de la CES : Revendications de la CES en vue du paquet sur le droit des sociétés, adoptée au Comité exécutif des 13-14 décembre 2017 <https://www.etuc.org/sites/default/files/document/files/adopte-f-etuc-demands-in-view-of-the-upcoming-company-law-package-draft-position.pdf>

⁶ Communiqué de presse de la CES du 24 avril 2018 : Le droit européen des sociétés doit mettre fin au tourisme fiscal <https://www.etuc.org/fr/pressrelease/le-droit-europeen-des-societes-doit-mettre-fin-au-tourisme-fiscal>

Le jour de la publication, la CES a déclaré « Un principe effectif de « siège réel » doit être inclus dans le texte final. La définition de ce qui constitue une activité économique doit en outre être sans ambiguïté tant du point de vue fiscal que du point de vue juridique... De plus, les propositions portant sur les droits à l'information, à la consultation et à la participation doivent être sérieusement revues pour assurer que les travailleurs soient à même d'anticiper et d'influencer les décisions de la direction...

La mobilité des entreprises doit s'accompagner de droits réels à l'information, à la consultation et à la représentation au conseil d'administration. »⁷

Le 15 mai 2018, la CES a envoyé une lettre ouverte à la Commissaire Thyssen avec copie au Président de la Commission, M. Juncker : « La proposition de paquet sur le droit des sociétés de la Commission nous met face à une situation dans laquelle les différentes règles nationales concernant le transfert du siège des entreprises, les fusions et les scissions sont réglementées au niveau européen alors qu'il n'y a aucune exigence similaire pour la représentation des travailleurs. Les différentes règles nationales en matière de droits à l'information, à la consultation et à la représentation dans les conseils d'administration ne sont pas renforcées ou complétées par un cadre au niveau européen. La proposition de la Commission n'offre qu'une « survivance temporaire » des règles nationales existantes. C'est clairement insuffisant... Veuillez considérer l'appel européen comme un encouragement à agir et à soutenir « Plus de démocratie au travail ». Plus de démocratie est un antidote contre les mouvements populistes et d'extrême droite qui, malheureusement, gagnent du terrain dans de nombreux États membres de l'Union européenne. Faisons un pas décisif vers Plus de démocratie au travail. »⁸

⁷ Communiqué de presse de la CES du 25 avril 2018 : Les propositions de la Commission sur le droit des sociétés permettent d'avancer. Des améliorations sont toutefois nécessaires. <https://www.etuc.org/fr/pressrelease/les-propositions-de-la-commission-sur-le-droit-des-societes-permettent-d'avancer-des>

⁸ Communiqué de presse de la CES du 22 mai 2018 : Lettre de la CES à la Commissaire Thyssen concernant la proposition de directive sur le paquet droit des sociétés (en anglais) <https://www.etuc.org/fr/node/16973>