



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. JEAN RICHARD DE LA TOUR
presentadas el 7 de diciembre de 2023¹

Asunto C-706/22

Konzernbetriebsrat der O SE & Co. KG
con intervención de
Vorstand der O Holding SE

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesarbeitsgericht (Tribunal Supremo de lo Laboral, Alemania)]

«Procedimiento prejudicial — Sociedad Anónima Europea — Reglamento (CE) n.º 2157/2001 — Artículo 12, apartado 2 — Implicación de los trabajadores — Supeditación del registro de la Sociedad Anónima Europea a la tramitación previa del procedimiento de negociación sobre la implicación de los trabajadores a que se refiere la Directiva 2001/86/CE — Sociedad Anónima Europea constituida e inscrita sin trabajadores que pasa a ser una sociedad matriz de filiales que emplean a trabajadores — Inexistencia de la obligación de iniciar *a posteriori* el procedimiento de negociación — Prohibición de recurrir de forma indebida a la constitución de una Sociedad Anónima Europea con el propósito de privar a los trabajadores de los derechos de implicación»

I. Introducción

1. La presente petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 12, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE),² en relación con los artículos 3 a 7 de la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.³

2. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre el Konzernbetriebsrat der O SE & Co. KG (comité de empresa de la sociedad O SE & Co. KG; en lo sucesivo, «comité de empresa del grupo O KG») y el Vorstand der O Holding SE (dirección de O Holding SE) relativo a una solicitud de constitución de una comisión negociadora (en lo sucesivo, «CN») con el fin de iniciar *a posteriori* el procedimiento de negociación sobre la implicación de los trabajadores mencionado en los artículos 3 a 7 de la Directiva 2001/86.

¹ Lengua original: francés.

² DO 2001, L 294, p. 1.

³ DO 2001, L 294, p. 22.

3. La Directiva 2001/86 es fruto de más de 30 años de negociaciones, ya que la primera propuesta legislativa relativa a la creación de una Sociedad Anónima Europea (en lo sucesivo, «SE») mediante un Reglamento fue presentada por la Comisión Europea en 1970.⁴ Las negociaciones se estancaron durante mucho tiempo en dos puntos: la estructura dualista o monista de la sociedad y la implicación de los trabajadores,⁵ que se define como la información, la consulta y la participación, y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se adopten en la empresa.⁶

4. El proyecto de legislación para la creación de una SE se dividió en dos propuestas de la Comisión, que fueron presentadas el 25 de agosto de 1989: por un lado, una propuesta de Reglamento por el que se establece el Estatuto de la SE⁷ y, por el otro, una propuesta de Directiva por la que se completa el Estatuto de la SE en lo relativo a la posición de los trabajadores.⁸ En la propuesta de Reglamento se contempló la posibilidad de constituir una SE holding por ciertas sociedades anónimas sujetas al Derecho de al menos dos Estados miembros o que tuvieran una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro desde, por lo menos, dos años antes.⁹

5. Avanzadas las negociaciones, el principio de antes-después,¹⁰ presentado como la toma en consideración, en la nueva SE, de los derechos de implicación existentes con anterioridad a la constitución de dicha SE, permitió sentar las bases de un compromiso en 1998.¹¹ Esta propuesta nuclear condujo a un acuerdo, adoptado por unanimidad tras el cambio de base jurídica para la Directiva 2001/86.

6. Pues bien, muy pronto se puso de manifiesto que la mayoría de las SE constituidas en determinados Estados miembros eran SE sin trabajadores y habían podido registrarse sin que hubieran tenido lugar previamente las negociaciones con la CN previstas en el artículo 12, apartado 2, del Reglamento n.º 2157/2001.

7. Sin embargo, dado que un número elevado de SE sin trabajadores se registró sin llevar a cabo negociaciones previas sobre la implicación de los trabajadores,¹² se plantea la cuestión de si procede permitir o imponer tales negociaciones *a posteriori* y definir el plazo durante el cual dichas negociaciones podrían iniciarse tras el registro de la SE.

⁴ Véase el considerando 9 del Reglamento n.º 2157/2001.

⁵ Véase el Informe final del Grupo de Expertos «Sistemas Europeos de Participación de los Trabajadores» (informe Davignon) de mayo de 1997 (C4-0455/97), apartado 9: «Pese a los esfuerzos por aproximar las posiciones de unos y otros (de los detractores, por un lado, de “una sociedad europea sin participación” y, por otro lado, “de la exportación de los modelos nacionales de participación”), se ha llegado a una situación de bloqueo.»

⁶ Véase el artículo 2, letra h), de la Directiva 2001/86.

⁷ Véase la propuesta de Reglamento (CEE) del Consejo por el que se establece el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea [COM(89) 268 final — SYN 218].

⁸ Véase la propuesta de Directiva del Consejo por la que se completa el Estatuto de la SE en lo relativo a la posición de los trabajadores [COM(89) 268 final — SYN 219].

⁹ Véase el artículo 2, apartado 1, de dicha propuesta de Reglamento, actual artículo 2, apartado 2, del Reglamento n.º 2157/2001.

¹⁰ Véase el considerando 18 de la Directiva 2001/86.

¹¹ Véase el proyecto de acta de la sesión n.º 2102 del Consejo (Trabajo y Asuntos Sociales), celebrada en Luxemburgo el 4 de junio de 1998 (8717/98), disponible en la siguiente dirección de Internet: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8717-1998-INIT/es/pdf>, p. 8.

¹² En 2017, de entre las 2 695 SE registradas, 450 desarrollaban una actividad efectiva y empleaban a más de cinco trabajadores, si bien debe tenerse en cuenta que los datos de un cierto número de SE registradas no son accesibles [véase el documento de trabajo de Waddington, J., y Conchon, A., titulado «Is Europeanised board-level employee representation specific? The case of European Companies (SEs)», The European Trade Union Institute, Bruselas, 2017, p. 7].

8. En las presentes conclusiones, propondré al Tribunal de Justicia que declare que la Directiva 2001/86 no exige que se inicien negociaciones *a posteriori*, aunque lo permite en caso de uso indebido.

II. Marco legal

A. Derecho de la Unión

1. Reglamento (UE) n.º 2157/2001

9. Los considerandos 1 y 21 del Reglamento n.º 2157/2001 disponen:

«(1) La realización del mercado interior y la mejora de la situación económica y social que tal realización debe fomentar en el conjunto de la [Unión] implican, además de la eliminación de los obstáculos a los intercambios, una reestructuración a escala de la [Unión] de las estructuras de producción. A tal fin es indispensable que las empresas cuya actividad no se limite a satisfacer necesidades puramente locales puedan concebir y llevar a cabo la reorganización de sus actividades a escala [de la Unión].

[...]

(21) La Directiva 2001/86/CE está destinada a garantizar que los trabajadores tengan el derecho de implicarse en las cuestiones y decisiones que afecten la vida de sus SE. Otras cuestiones objeto de la legislación social y laboral, en particular el derecho de los trabajadores a la información y consulta como se regula en los Estados miembros, se rigen por las disposiciones nacionales aplicables, en las mismas condiciones, a las sociedades anónimas.»

10. El artículo 1, apartados 1 y 4, de dicho Reglamento establece:

«1. Podrán constituirse sociedades en el territorio de la [Unión] en forma de [SE] en las condiciones y con arreglo a las modalidades previstas en el presente Reglamento.

[...]

4. La implicación de los trabajadores en una SE estará regulada por la Directiva [2001/86].»

11. Con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra a), del citado Reglamento:

«Las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada contempladas en el anexo II del presente Reglamento, constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la [Unión] podrán promover la constitución de una SE holding, siempre que al menos dos de ellas:

a) estén sujetas al ordenamiento jurídico de distintos Estados miembros [...].»

12. El artículo 8, apartados 1, 14 y 16, del Reglamento n.º 2157/2001 tiene el siguiente tenor:

«1. Se podrá trasladar el domicilio social de la SE a otro Estado miembro [...]. Dicho traslado no dará lugar a la disolución de la SE ni a la creación de una nueva persona jurídica.

[...]

14. La legislación de un Estado miembro podrá establecer, en lo que respecta a las SE registradas en su territorio, que un traslado de domicilio que suponga un cambio de la legislación aplicable no surtirá efecto si, en el plazo de dos meses [...], la autoridad competente de dicho Estado miembro se opusiere a ello. [...]

[...]

16. Se considerará que una SE que haya trasladado su domicilio social a otro Estado miembro, con respecto a cualquier reclamación que se suscitara con anterioridad a dicho traslado [...] tiene su administración central y su domicilio social en el Estado miembro donde dicha SE estuviera registrada con anterioridad al traslado, aun cuando la demanda interpuesta contra la SE sea posterior al traslado.»

13. De conformidad con el artículo 9, apartado 1, letra c), de dicho Reglamento:

«Las SE se registrarán:

[...]

c) respecto de las materias no reguladas por el presente Reglamento o, si se trata de materias reguladas solo en parte, respecto de los aspectos no cubiertos por el presente Reglamento:

[...]

ii) por las disposiciones legales de los Estados miembros que fuesen de aplicación a una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social;

[...]».

14. El artículo 12, apartados 1 y 2, del citado Reglamento preceptúa:

«1. Toda SE deberá estar registrada en el Estado miembro de su domicilio social en el registro que señale la legislación de ese Estado miembro [...].

2. No podrá registrarse ninguna SE salvo que se haya celebrado un acuerdo de implicación de los trabajadores en virtud del artículo 4 de la Directiva [2001/86], se haya tomado una decisión en virtud del apartado 6 del artículo 3 de la mencionada Directiva o haya expirado el período de negociaciones conforme al artículo 5 de la Directiva sin que se haya celebrado ningún acuerdo.»

2. Directiva 2001/86

15. En virtud de los considerandos 3, 7 y 18 de la Directiva 2001/86:

«(3) Para fomentar los objetivos sociales de la [Unión] deben fijarse disposiciones especiales, sobre todo en el ámbito de la implicación de los trabajadores, encaminadas a garantizar que el establecimiento de las SE no suponga la desaparición ni la reducción de las prácticas existentes de implicación de los trabajadores en las empresas que participen en la creación de las SE[. Ese] objetivo debe perseguirse mediante el establecimiento de una serie de normas aplicables en este ámbito, que completen las disposiciones del Reglamento [n.º 2157/2001].

[...]

(7) Cuando en una o más de las sociedades participantes en una SE existan derechos de participación, dichos derechos deben preservarse mediante su transferencia a la SE, una vez creada esta, salvo que las partes no decidan lo contrario.

[...]

(18) La protección de los derechos adquiridos de los trabajadores en materia de implicación en las decisiones de la empresa es un principio fundamental y un objetivo declarado de la presente Directiva. Los derechos de los trabajadores existentes con anterioridad a la constitución de las SE representan también un punto de partida para la configuración de su derecho a la implicación en la SE (principio de antes-después). Esta consideración es válida en consecuencia no solo para la nueva constitución de una SE sino también para las modificaciones estructurales de una sociedad europea ya constituida y para los procesos estructurales de modificación de las sociedades de que se trate.»

16. Con arreglo al artículo 1 de dicha Directiva:

«1. La presente Directiva regula la implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas [SE], contempladas en el Reglamento [n.º 2157/2001].

2. A tal fin se establecerán disposiciones sobre la implicación de los trabajadores en cada SE según el procedimiento de negociación previsto en los artículos 3 a 6 o, en las circunstancias contempladas en el artículo 7, de conformidad con lo dispuesto en el anexo.»

17. El artículo 2, letras b) y g), de la citada Directiva define las sociedades participantes como «toda sociedad que participe directamente en la constitución de una SE» y la CN como «el grupo constituido con arreglo al artículo 3 a fin de negociar con el órgano competente de las sociedades participantes el establecimiento de las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la SE».

18. El artículo 3 de la Directiva 2001/86, titulado «Constitución de la [CN]», prevé en sus apartados 1, 2 y 6:

«1. Cuando los órganos de dirección o de administración de las sociedades participantes establezcan el proyecto de constitución de una SE, iniciarán lo antes posible, una vez publicado el proyecto de fusión o de constitución de una sociedad holding, o después de adoptarse un proyecto

de crear una filial o de transformarse en una SE, las gestiones necesarias, incluida la comunicación de las informaciones relativas a la identidad de las sociedades participantes, filiales o establecimientos afectados, así como el número de sus trabajadores, para entablar negociaciones con los representantes de los trabajadores de las sociedades sobre las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la SE.

2. A tal fin, se constituirá una [CN] representativa de los trabajadores de las sociedades participantes y sus filiales o establecimientos interesados [...].

[...]

6. La [CN] podrá decidir [...] no iniciar negociaciones o terminar las negociaciones ya iniciadas y basarse en las disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores que estén vigentes en los Estados miembros en que la SE tenga trabajadores. Dicha decisión pondrá fin al procedimiento destinado a la adopción del acuerdo previsto en el artículo 4. Cuando se haya tomado dicha decisión, no se aplicará ninguna de las disposiciones del anexo.

[...]

La [CN] volverá a ser convocada cuando así lo soliciten, por escrito, el 10 % por lo menos de los trabajadores de la SE, de sus filiales y establecimientos o de sus representantes, siempre que hayan transcurrido al menos dos años desde la fecha de la citada decisión, salvo que las partes acuerden reiniciar las negociaciones con anterioridad. Si la [CN] decide reanudar las negociaciones con la dirección, pero no se llega a un acuerdo como resultado de dichas negociaciones, no se aplicará ninguna de las disposiciones del anexo.»

19. El artículo 7 de dicha Directiva, titulado «Disposiciones de referencia», establece en sus apartados 1 y 2:

«1. A fin de asegurar la consecución del objetivo descrito en el artículo 1, los Estados miembros establecerán [...] disposiciones de referencia sobre la implicación de los trabajadores, que deberán cumplir las disposiciones previstas en el anexo.

Las disposiciones de referencia previstas por la legislación del Estado miembro en el que vaya a situarse la sede social de la SE se aplicarán a partir de la fecha de inscripción de la SE:

- a) cuando las partes así lo decidan; o
- b) cuando no se haya alcanzado ningún acuerdo en el plazo establecido por el artículo 5 y
 - los órganos competentes de cada una de las sociedades participantes decida aceptar la aplicación de las disposiciones de referencia relativas a la SE y continuar el procedimiento de registro de la SE; y
 - la [CN] no haya adoptado la decisión prevista en el apartado 6 del artículo 3.

2. Además, las disposiciones de referencia establecidas por la legislación nacional del Estado miembro de registro con arreglo a la Parte 3 del anexo solo se aplicarán:

[...]

- c) en el caso de una SE constituida mediante la creación de una sociedad holding o de una filial:
- si, antes de la inscripción de la SE, se aplicaban una o más formas de participación en una o más de las sociedades participantes que afectasen al menos al 50 % del número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes; o
 - si, antes de la inscripción de la SE, se aplicaban una o más formas de participación en una o más de las sociedades participantes que afectasen a menos del 50 % del número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes y la [CN] así lo decide.

Si hubiere habido más de una forma de participación en el seno de las diferentes sociedades participantes, la [CN] decidirá cuál de estas formas debe ser establecida en la SE. Los Estados miembros podrán establecer las normas aplicables en ausencia de decisión en la materia para una sociedad registrada en su territorio. La [CN] informará al órgano competente de las sociedades participantes sobre las decisiones adoptadas con arreglo al presente apartado.»

20. A tenor del artículo 11 de la citada Directiva, titulado «Uso indebido de los procedimientos»:

«Los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas, de conformidad con el Derecho [de la Unión], para evitar que se recurra de forma indebida a la constitución de una SE con el propósito de privar a los trabajadores de los derechos de implicación que ostentasen o de hacer los mismos ineficaces.»

21. Con arreglo al artículo 12, apartado 2, de la misma Directiva:

«Los Estados miembros preverán medidas adecuadas para el caso de incumplimiento de la presente Directiva; en particular, velarán por la existencia de procedimientos administrativos o judiciales que permitan la ejecución de las obligaciones derivadas de la presente Directiva.»

B. Derecho alemán

22. La Directiva 2001/86 fue transpuesta al Derecho alemán mediante la Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (Ley sobre la Implicación de los Trabajadores en una Sociedad Anónima Europea),¹³ de 22 de diciembre de 2004.

23. El artículo 18 de dicha Ley, titulado «Reanudación de las negociaciones», establece en su apartado 3:

«A iniciativa de la dirección o del comité de empresa de la SE, deberán iniciarse negociaciones sobre los derechos de implicación de los trabajadores cuando se proyecten modificaciones estructurales de la SE que puedan restringir dichos derechos. En tal caso, no será preciso que se vuelva a constituir la [CN], sino que las negociaciones con la dirección de la SE podrán llevarse a cabo de común acuerdo por el comité de empresa de la SE y los representantes de los trabajadores afectados por la modificación estructural prevista que hasta entonces no hubieran estado representados por el comité de empresa de la SE. Si tras las negociaciones no se alcanzara un acuerdo, se aplicarán por ministerio de la ley los artículos 22 a 33 sobre el comité de empresa, así como los artículos 34 a 38 relativos a la participación de los trabajadores.»

¹³ BGBl. 2004 I, p. 3675.

24. En virtud del artículo 43 de la citada Ley:

«No podrá recurrirse de forma indebida a la constitución de una SE con el propósito de privar a los trabajadores de sus derechos de implicación o de denegarlos. Se presumirá que existe un uso indebido cuando, sin que se haya llevado a cabo el procedimiento previsto en el artículo 18, apartado 3, se introducen modificaciones estructurales que tengan por efecto privar a los trabajadores de sus derechos de implicación o denegarlos durante el año siguiente a la constitución de la SE.»

III. Hechos del litigio principal y cuestiones prejudiciales

25. El 28 de marzo de 2013, la sociedad O Holding SE, constituida, con arreglo al artículo 2, apartado 2, del Reglamento n.º 2157/2001, por O Ltd y O GmbH, dos sociedades establecidas respectivamente en el Reino Unido y en Alemania, las cuales no empleaban a trabajadores ni tenían filiales que emplearan a trabajadores, fue inscrita en el registro de Inglaterra y Gales sin que hubieran tenido lugar las negociaciones sobre la implicación de los trabajadores a que se refieren los artículos 3 a 7 de la Directiva 2001/86.

26. Un día más tarde, el 29 de marzo de 2013, O Holding SE pasó a ser la socia única de O Holding GmbH, sociedad domiciliada en Hamburgo (Alemania) que tenía un consejo de vigilancia en el que un tercio de los miembros eran representantes de los trabajadores. El 14 de junio de 2013, O Holding SE acordó transformar la referida sociedad en una sociedad comanditaria denominada O KG. Este cambio de forma social fue inscrito en el registro el 2 de septiembre de 2013, fecha a partir de la cual los trabajadores dejaron de participar en el consejo de vigilancia.

27. Aunque O KG emplea a alrededor de 816 trabajadores y tiene filiales en varios Estados miembros que emplean, en total, a unos 2 200 trabajadores, sus socias (O Holding SE, socia comanditaria, y O Management SE, socia colectiva, con domicilio social en Hamburgo y cuya única accionista es O Holding SE) no emplean a ningún trabajador.

28. O Holding SE trasladó su domicilio social a Hamburgo con efectos a partir del 4 de octubre de 2017.

29. El comité de empresa del grupo O KG, al considerar que la dirección de O Holding SE estaba obligada a constituir una CN *a posteriori*, puesto que tenía filiales, en el sentido del artículo 2, letra c), de la Directiva 2001/86, que empleaban trabajadores en varios Estados miembros, presentó una demanda ante la jurisdicción social. La dirección de O Holding SE se opuso a dicha demanda.

30. A raíz de que el Arbeitsgericht Hamburg (Tribunal de lo Laboral de Hamburgo, Alemania) desestimase la demanda presentada ante él por el comité de empresa del grupo O KG y de que Landesarbeitsgericht Hamburg (Tribunal Regional de lo Laboral de Hamburgo, Alemania) confirmara tal desestimación, se interpuso recurso ante el Bundesarbeitsgericht (Tribunal Supremo de lo Laboral, Alemania), órgano jurisdiccional remitente.

31. Para resolver el litigio, el órgano jurisdiccional remitente solicita que se interprete el artículo 12, apartado 2, del Reglamento n.º 2157/2001, en relación con los artículos 3 a 7 de la Directiva 2001/86. Afirma, en efecto, que estas disposiciones no prevén expresamente que, cuando no se haya llevado a cabo un procedimiento de negociación sobre la implicación de los

trabajadores, dicho procedimiento deba tramitarse *a posteriori*. Considera, no obstante, que, como resulta, en particular, de los considerandos 1 y 2 del citado Reglamento, este último y la referida Directiva parten del principio de que las sociedades participantes o sus filiales ejercen una actividad económica que implica el empleo de trabajadores, de modo que el procedimiento de negociación puede llevarse a cabo en la fase de constitución de la SE, antes de su inscripción en el registro. Dicho órgano jurisdiccional se pregunta, por consiguiente, si, en caso de registro de una SE cuyas sociedades participantes no emplean a trabajadores ni tienen filiales que empleen a trabajadores, el objetivo perseguido por los artículos 3 a 7 de la referida Directiva podría exigir la tramitación *a posteriori* del procedimiento de negociación sobre la implicación de los trabajadores, cuando la SE ha pasado a ejercer el control de filiales en varios Estados miembros que emplean a trabajadores.

32. En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente considera que tal obligación podría imponerse cuando menos a la luz del artículo 11 de la Directiva 2001/86 si, como sucede en el litigio principal, existe un estrecho vínculo temporal entre el registro de la SE y la adquisición de filiales, pues ello podría ser indicativo de que se trata de un montaje indebido que tiene por objeto privar a los trabajadores de sus derechos de implicación o hacerlos ineficaces.

33. Si existiera la obligación de tramitar *a posteriori* el procedimiento de negociación sobre la implicación de los trabajadores, se plantearían las cuestiones de si dicha obligación está sujeta a una limitación temporal y de si su aplicación ha de regirse por el Derecho del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio actual o por el del Estado miembro en el que se registró por primera vez, habida cuenta de que, en el presente asunto, este último Estado se retiró de la Unión después de que se trasladase a Alemania el domicilio social de la SE.

34. En estas circunstancias, el Bundesarbeitsgericht (Tribunal Supremo de lo Laboral) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) ¿Debe interpretarse el artículo 12, apartado 2, del Reglamento [n.º 2157/2001], en relación con los artículos 3 a 7 de la Directiva [2001/86], en el sentido de que, cuando se ha constituido una SE holding por sociedades participantes que no emplean a trabajadores ni tienen filiales que empleen a trabajadores (en lo sucesivo, “SE sin trabajadores”) y se ha inscrito en el registro de un Estado miembro sin llevar a cabo previamente un procedimiento de negociación sobre la implicación de los trabajadores en la SE con arreglo a dicha Directiva, dicho procedimiento de negociación debe llevarse a cabo posteriormente si la SE pasa a ejercer el control de filiales en varios Estados miembros [...] que emplean a trabajadores?
- 2) En caso de respuesta afirmativa del Tribunal de Justicia a la primera cuestión prejudicial: ¿Es posible y necesario que en esos supuestos el procedimiento de negociación se lleve a cabo posteriormente sin limitación temporal alguna?
- 3) En caso de respuesta afirmativa del Tribunal de Justicia a la segunda cuestión prejudicial: ¿Se opone el artículo 6 de la Directiva [2001/86] a la aplicación del Derecho del Estado miembro en el que la SE tiene su domicilio social actual a la tramitación *a posteriori* del procedimiento de negociación cuando la “SE sin trabajadores” ha sido inscrita en el registro de otro Estado miembro sin haberse realizado previamente dicho procedimiento y, ya antes del traslado de su domicilio social, ha pasado a ejercer el control de filiales en varios Estados miembros [...] que emplean a trabajadores?

4) En caso de respuesta afirmativa del Tribunal de Justicia a la tercera cuestión prejudicial: ¿Procede aplicar el mismo criterio si el Estado en el que se registró por primera vez esta “SE sin trabajadores” se ha retirado de la Unión [...] después del traslado del domicilio social de la SE y su legislación ya no contiene disposiciones sobre la tramitación de un procedimiento de negociación para la implicación de los trabajadores en la SE?»

35. Han presentado observaciones escritas el Gobierno alemán y la Comisión.

36. En la vista celebrada el 28 de septiembre de 2023, el comité de empresa del grupo O KG, la dirección de O Holding SE, los Gobiernos alemán y luxemburgués, y la Comisión formularon sus observaciones orales y respondieron a las preguntas formuladas por el Tribunal de Justicia para su respuesta oral.

IV. Análisis

37. La constitución de las SE está sujeta a una serie de grandes principios.

38. En primer lugar, una SE puede constituirse exclusivamente a través de cuatro vías: la fusión, la constitución de una SE holding, la constitución de una SE filial o la transformación de una sociedad anónima en SE.¹⁴

39. En segundo lugar, las SE se rigen:

- por lo dispuesto en el Reglamento n.º 2157/2001;
- cuando dicho Reglamento lo autorice expresamente, por las disposiciones de los estatutos de la SE, o
- respecto de las materias no reguladas (totalmente o en parte) por el referido Reglamento, por las disposiciones de Derecho nacional adoptadas en aplicación de medidas del Derecho de la Unión que se refieran específicamente a las SE; por las disposiciones aplicables a las sociedades anónimas del Estado miembro de registro de la SE y por las disposiciones de los estatutos de la SE, en las mismas condiciones que rigen para las sociedades anónimas del Estado miembro de registro de la SE.¹⁵

40. En tercer lugar, no podrá registrarse ninguna SE salvo que se haya celebrado un acuerdo de implicación de los trabajadores en virtud del artículo 4 de la Directiva 2001/86, que la CN haya decidido basarse en las disposiciones vigentes en los Estados miembros en que la SE tenga trabajadores, o que haya expirado el período de negociaciones conforme al artículo 5 de dicha Directiva sin que se haya celebrado ningún acuerdo.¹⁶

41. La participación de los trabajadores, definida como la influencia del órgano de representación de los trabajadores o los representantes de los trabajadores en una sociedad,¹⁷ fue, como se ha recordado en las presentes conclusiones, uno de los puntos cruciales que bloqueaba las

¹⁴ Véase el artículo 2 del Reglamento n.º 2157/2001.

¹⁵ Véase el artículo 9, apartado 1, del Reglamento n.º 2157/2001.

¹⁶ Véase el artículo 12, apartado 2, del Reglamento n.º 2157/2001.

¹⁷ Véase el artículo 2, letra k), de la Directiva 2001/86.

negociaciones sobre la propuesta legislativa de creación de una SE.¹⁸ El principio de antes-después, vinculado al respeto del alto grado de protección de los derechos de implicación existentes, fue determinante y permitió que tales negociaciones llegaran a buen puerto. Dicho principio fue aceptado tanto por los defensores de la protección de la participación, en la medida en que permitía mantener un alto nivel de participación de los trabajadores, como por los Estados miembros poco familiarizados con este sistema, que vieron en él un medio para que las empresas se domicilien en su territorio.¹⁹

42. Con todo, el principio de antes-después se refiere únicamente a las sociedades participantes y permite proteger los derechos de implicación existentes en ellas.²⁰

43. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, al Tribunal de Justicia si las negociaciones sobre la implicación de los trabajadores pueden llevarse a cabo *a posteriori*, es decir, tras el registro de la SE holding constituida por sociedades que, en el momento de dicho registro, no empleaban a trabajadores.

44. Con carácter preliminar, procede recordar que, contrariamente a lo que sugiere la redacción de esta cuestión prejudicial, el hecho de que la SE holding tenga o no filiales que empleen a trabajadores carece de incidencia en el nacimiento de la obligación de constituir una CN y de entablar negociaciones *ab initio* sobre la implicación de los trabajadores. En efecto, los artículos 2, letra b), y 3, apartado 1, de la Directiva 2001/86 únicamente se refieren a las sociedades que participan directamente en la constitución de la SE, de modo que solo se tienen en cuenta los derechos de implicación de los trabajadores adquiridos en dichas sociedades. En cambio, en el momento de constituir la CN²¹ y alcanzar el acuerdo,²² se toman en consideración las filiales y los establecimientos interesados.²³

45. Aunque, en virtud del artículo 12, apartado 2, del Reglamento n.º 2157/2001, el registro de una SE se supedita a que se lleven a cabo negociaciones con la CN, en la práctica hay supuestos en los que tal registro se realiza sin que se constituya la CN ni se entablen negociaciones sobre la implicación de los trabajadores, porque ello resulta imposible.

46. Eso es lo que sucede cuando se constituye una SE en forma de holding y las sociedades que promueven dicha creación no emplean a trabajadores. También se da este supuesto cuando varias sociedades que no emplean a trabajadores constituyen una filial en forma de SE.²⁴ En estos casos, dado que las sociedades participantes no emplean a trabajadores, la CN no puede constituirse conforme a lo previsto en la Directiva 2001/86.

¹⁸ Véase el punto 3 de las presentes conclusiones.

¹⁹ Véase Sick, S.: «Worker participation in SEs — a workable, albeit imperfect compromise», en Cremers, J., Stollt, M., y Vitols, S.: *A decade of experience with the European Company*, The European Trade Union Institute, Bruselas, 2013, pp. 93 a 106, en particular pp. 96 y 97.

²⁰ Véanse los considerandos 3, 7 y 18 de la Directiva 2001/86.

²¹ Véase el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2001/86.

²² Véase el artículo 4, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/86.

²³ Véase el documento de trabajo n.º 6 del grupo de expertos compuesto por expertos nacionales y asesores en asuntos sociales creado por la Comisión como foro de debate sobre las modalidades de transposición de la Directiva 2001/86 al Derecho nacional (en lo sucesivo, «grupo de expertos SE»), de 2 de octubre de 2002, titulado «Définition de “sociétés participantes” — Article 2, paragraphe b)» [Definición del concepto de «sociedades participantes» — Artículo 2, letra b)], pp. 30 y 31.

²⁴ Véase Stollt, M., y Kelemen, M.: «A big hit or a flop? A decade of facts and figures on the European Company (SE)», en Cremers, J., Stollt, M., y Vitols, S., *A decade of experience with the European Company*, *op. cit.*, pp. 25 a 47, en particular pp. 45 y 46.

47. La cuestión de si es posible registrar una SE que no sea conforme con el artículo 12, apartado 2, del Reglamento n.º 2157/2001 ha sido planteada ante los órganos jurisdiccionales alemanes. El Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Düsseldorf, Alemania)²⁵ se basó en una interpretación teleológica de esta disposición para aceptar el registro de dicha SE, pese a la oposición de los sindicatos.²⁶

48. Son varios los Estados miembros donde se han registrado SE sin que se hayan llevado a cabo negociaciones *ab initio* sobre la implicación de los trabajadores (sobre todo, Alemania y República Checa, donde tales sociedades abundan).²⁷

49. La aceptación del registro de esas SE, contraria al tenor literal del artículo 12, apartado 2, del Reglamento n.º 2157/2001, se ha justificado, según el Gobierno alemán, mediante una interpretación teleológica de esta disposición según la cual está destinada a permitir el ejercicio de las libertades económicas en el mercado único, lo que no implica necesariamente que la SE emplee a sus propios trabajadores. Dicho Gobierno afirma, además, que se ha reconocido que, a falta de trabajadores en las sociedades participantes, no podía constituirse una CN, y que los trabajadores no tenían derechos previos que debieran protegerse, de modo que no podía aplicarse el principio de antes-después. En su opinión, imponer tales negociaciones habría llevado a prohibir la constitución de SE en tales supuestos. Por su parte, la Comisión expone en sus observaciones que dicho registro sin negociaciones previas podía basarse en las normas del Reglamento n.º 2157/2001 según las cuales las materias no reguladas por dicho Reglamento están sujetas a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social y, en consecuencia, si tal legislación nacional permite que se constituyan sociedades anónimas sin trabajadores, también debería permitirse en el caso de las SE.²⁸

50. Así pues, no se discute que el registro de SE sin trabajadores sea posible en el supuesto planteado al Tribunal de Justicia.²⁹

51. Por consiguiente, la cuestión que se suscita es si las negociaciones sobre la implicación de los trabajadores pueden entablarse *a posteriori*.

52. La Directiva 2001/86 establece en su artículo 3, apartado 6, párrafo cuarto, que tales negociaciones posteriores al registro solo pueden llevarse a cabo cuando así lo soliciten, por escrito, el 10 % por lo menos de los trabajadores de la SE, de sus filiales y establecimientos o de sus representantes, siempre que hayan transcurrido al menos dos años desde la fecha de la decisión de la CN de no iniciar o de terminar las negociaciones previas, salvo que las partes acuerden otra cosa sobre la fecha de renegociación. En consecuencia, resulta evidente que las negociaciones *a posteriori* únicamente pueden tener lugar si la CN se ha constituido *ab initio* y se trata de una renegociación propiamente dicha. En el anexo de la citada Directiva también se contempla la posibilidad de que se entablen negociaciones cuatro años después de la constitución del órgano de representación, cuando sean aplicables las disposiciones de referencia.³⁰

²⁵ Véase la sentencia I-3 Wx 248/08, de 30 de marzo de 2009.

²⁶ Véase Köstler, R.: «SEs in Germany», en Cremers, J., Stollt, M., y Vitols, S., *A decade of experience with the European Company*, op. cit., pp. 123 a 131, en particular pp. 128 y 129.

²⁷ Véase Stollt, M., y Wolters, E.: *Implication des travailleurs dans la Société européenne (SE) — Guide pour les acteurs de terrain*, The European Trade Union Institute, Bruselas, 2013, p. 93.

²⁸ Véase el artículo 9, apartado 1, letra c), inciso ii), del Reglamento n.º 2157/2001.

²⁹ También lo sería en el supuesto de constitución de una SE filial por empresas participantes sin trabajadores.

³⁰ Véase el anexo, parte 1, letra g), de la Directiva 2001/86.

53. El considerando 18 de la Directiva 2001/86 dispone, por un lado, que los derechos de los trabajadores existentes con anterioridad a la constitución de las SE representan un punto de partida para la configuración de su derecho a la implicación en la SE (principio de antes-después) y, por otro lado, que esta consideración es válida en consecuencia no solo para la nueva constitución de una SE sino también para las modificaciones estructurales de una SE ya constituida y para los procesos estructurales de modificación de las sociedades de que se trate. Por tanto, este considerando no basta para fundamentar el derecho a que se entablen *a posteriori* negociaciones sobre la implicación de los trabajadores cuando no se ha constituido una CN *ab initio*.

54. En efecto, contrariamente a lo que afirman los Gobiernos alemán y luxemburgués, que no se prevea la posibilidad de iniciar las negociaciones *a posteriori* no resulta de un descuido en la elaboración de la Directiva 2001/86, sino de una elección consciente del legislador de la Unión derivada del compromiso sobre el principio de antes-después.

55. Son varios los elementos que pueden señalarse en este sentido. En primer lugar, el informe Davignon, que sirvió de base a las últimas negociaciones del Reglamento n.º 2157/2001 y de la Directiva 2001/86, sin duda preconizó que las negociaciones sobre la implicación de los trabajadores se lleven a cabo con anterioridad al registro, en pro de la previsibilidad para accionistas y trabajadores, y de la estabilidad de la vida de la SE.³¹ En segundo lugar, el Parlamento Europeo había propuesto un considerando 7 *bis* en el que se preveían expresamente las negociaciones *a posteriori*, que se rechazó³² en favor de la formulación mucho más vaga del considerando 18 de la Directiva 2001/86.

56. Esta elección del legislador de la Unión también se puso de manifiesto en la elaboración del Estatuto de la sociedad cooperativa y en la Directiva 2003/72/CE³³ relativa a la implicación de los trabajadores en tales sociedades, en la medida en que se mencionan de forma expresa las negociaciones *a posteriori* sobre la implicación de los trabajadores en caso de que se supere el umbral de 50 trabajadores en al menos dos Estados miembros.³⁴ Por tanto, en ese caso, los Estados miembros acordaron establecer una obligación de entablar negociaciones *a posteriori*, supeditada, ciertamente, a la superación de un umbral, pero ello no se previó en la normativa a aplicable a las SE.

57. Por otra parte, la dificultad inherente a las SE sin trabajadores fue señalada ya en 2003 por el grupo de expertos SE,³⁵ así como por el grupo de expertos independientes designado por la Comisión con vistas a la revisión de la Directiva 2001/86 prevista en el artículo 15 de dicha Directiva.³⁶

³¹ Véanse el informe Davignon, apartados 50 y 69, y el documento de trabajo n.º 19 del grupo de expertos SE, de 23 de junio de 2003, titulado «Détournement de procédure — Article 11» [Uso indebido de los procedimientos — Artículo 11] (en lo sucesivo, «documento de trabajo n.º 19 del grupo de expertos SE»), pp. 125 y 126.

³² Véase el informe del Parlamento Europeo, de 21 de junio de 2001, sobre el proyecto de Directiva del Consejo por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (A5-0231/2001), p. 7.

³³ Directiva del Consejo, de 22 de julio de 2003, por la que se completa el Estatuto de la sociedad cooperativa europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (DO 2003, L 207, p. 25).

³⁴ Véase el artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2003/72.

³⁵ Véase el documento de trabajo n.º 19 del grupo de expertos SE, p. 124.

³⁶ Véase Valdès Dal-Ré, F.: *Studies on the implementation of Labour Law Directives in the enlarged European Union, Directive 2001/86/EC supplementing the European Company with regard to the involvement of employees, Synthesis report*, pp. 101 y 102.

58. Así pues, la Comisión conocía perfectamente esta dificultad cuando elaboró y redactó su informe y su comunicación relativos a la aplicación del Reglamento n.º 2157/2001 y a la revisión de la Directiva 2001/86. En el primero, tras mencionar la cuestión de la activación de las SE durmientes,³⁷ la Comisión observó que «toda modificación que se pretenda introducir en el Estatuto de la SE para resolver los problemas prácticos que han identificado diversos interesados deberá tener en cuenta que ese Estatuto fue el resultado del delicado compromiso al que se llegó tras largas negociaciones. La Comisión está realizando hoy un ejercicio de reflexión sobre las posibles modificaciones del Estatuto a fin de presentar, en su caso, en 2012 las propuestas que sean oportunas».³⁸ En la segunda, tras precisar asimismo que la Directiva 2001/86 no contiene disposiciones relativas a las SE constituidas sin trabajadores,³⁹ la Comisión reconoció que, pese a las dificultades que había detectado, dado que la adopción del Reglamento n.º 2157/2001 y de la Directiva 2001/86 era el resultado de un delicado compromiso que costó lograr más de 30 años de negociaciones, consideraría la conveniencia de revisar tales instrumentos en el momento en que debía reexaminarse ese Reglamento en 2009.⁴⁰

59. Por otra parte, esta cuestión fue objeto de un examen más profundo, realizado con mayor distancia temporal respecto de la fecha de transposición al Derecho interno de la Directiva 2001/86, en una obra dedicada a los diez años de aplicación de la SE.⁴¹

60. Mediante una resolución de 2021, el Parlamento pidió a la Comisión que realizase las mejoras necesarias en el marco regulador de las SE y las sociedades cooperativas europeas y, sobre la base de una evaluación que esta habrá realizado en el momento oportuno, en el paquete del Derecho de sociedades, y que modificase estos instrumentos para establecer unas normas mínimas de la Unión sobre participación y representación de los trabajadores en los consejos de supervisión.⁴²

61. Aunque entre 2003 y 2021 se detectaron dificultades relativas a la constitución y la vida de una SE, en particular, por lo que respecta a la creación de SE sin que se constituya una CN, la Comisión no propuso modificar el Reglamento n.º 2157/2001 o la Directiva 2001/86 para hacerles frente. La Comisión no solo se ha abstenido de sugerir modificaciones en este sentido, sino que sus otras propuestas de textos en materia de Derecho de sociedades con incidencia en la participación o la implicación de los trabajadores en la estructura y el papel de los sindicatos en la elaboración del proyecto no han tenido éxito (propuesta de sociedad privada europea de responsabilidad limitada, presentada en 2008 y retirada en 2014; propuesta de sociedad unipersonal privada de responsabilidad limitada, presentada en 2014 y retirada en 2018⁴³).

³⁷ Véase el informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 17 de noviembre de 2010, sobre la aplicación del Reglamento (CE) n.º 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) [COM(2010) 676 final], p. 9.

³⁸ Véase el informe citado en la nota 37 de las presentes conclusiones, p. 11.

³⁹ Véase la comunicación de la Comisión, de 30 de septiembre de 2008, sobre el reexamen de la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores [COM(2008) 591 final], p. 7.

⁴⁰ Véase la Comunicación citada en la nota 39 de las presentes conclusiones, p. 9.

⁴¹ Véase Cremers, J., Stollt, M., y Vitols, S.: *A decade of experience with the European Company*, *op. cit.*, en particular capítulos 1, 4 y 6 (véanse, respectivamente, las notas 24, 19 y 26 de las presentes conclusiones).

⁴² Véase la resolución del Parlamento Europeo, de 16 de diciembre de 2021, sobre la democracia en el trabajo: un marco europeo para los derechos de participación de los trabajadores y revisión de la Directiva sobre el comité de empresa europeo ([2021/2005(INI)], apartados 6 y 10.

⁴³ Véase la ficha temática sobre la Unión Europea, del Parlamento Europeo, titulada «El Derecho de Sociedades», disponible en la siguiente dirección de Internet: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/35/le-droit-des-societes>.

62. En esta fase de la reflexión, me parece, pues, incuestionable que la falta de inclusión de una norma relativa a la posibilidad de entablar *a posteriori* las negociaciones sobre la implicación de los trabajadores en el supuesto de una SE constituida sin CN es el resultado de una elección consciente del legislador de la Unión, aun cuando pueda ser vista como una laguna por los defensores del sistema de implicación de los trabajadores, en particular por lo que respecta a la participación.

63. Por consiguiente, en este contexto, el considerando 18 de la Directiva 2001/86 debe entenderse en el sentido de que se refiere a los supuestos de modificaciones estructurales de una SE en la que se ha constituido una CN, lo que resulta tanto más lógico cuanto que su redacción alude a «esta consideración», es decir, el principio antes-después, enunciado en la frase anterior, que implica la existencia de derechos adquiridos con anterioridad. En consecuencia, dicho considerando pretende aclarar, en realidad, el principio según el cual las negociaciones en la materia gozan de prioridad, que se refleja en el hecho de que el acuerdo inicial sobre la implicación de los trabajadores debe establecer la fecha de entrada en vigor del acuerdo, su duración, los casos en los que el acuerdo deberá renegociarse y el procedimiento para su renegociación.⁴⁴

64. Así lo han entendido también los expertos nacionales y asesores en asuntos sociales del grupo de expertos SE (que participaron en las negociaciones de la Directiva 2001/86 y se encargaron de elaborar un informe destinado a facilitar su transposición), quienes consideran que, más allá de las referencias de la Directiva en las que se aborda la cuestión de forma implícita y parcial,⁴⁵ las normas de dicha Directiva se concibieron para ser aplicadas únicamente con ocasión de la constitución de la SE y en el momento inmediatamente anterior a esta, y que, por consiguiente, las partes interesadas pueden necesitar aplicar las normas de la misma Directiva, que están concebidas sobre todo para proteger los sistemas de participación de los trabajadores, de manera dinámica, y no solo en el momento en el que se establece la SE. Añaden que de la experiencia en la aplicación de la Directiva 94/45/CE⁴⁶ resulta patente que estas dificultades se solucionan sobre todo mediante acuerdo. Concluyen que, dado que la Directiva 2001/86 no va más allá, la cuestión de las modificaciones que no se realizan de forma indebida parece agotarse en una mera referencia detallada de los supuestos de modificaciones estructurales posteriores incluida en las disposiciones nacionales de transposición del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva sobre el contenido del acuerdo con el fin de advertir a las partes sobre la existencia de tales modificaciones.⁴⁷

65. Por tanto, el grupo de expertos SE no contempla que los Estados miembros dispongan de más margen de maniobra a este respecto.

66. En cambio, esos expertos han señalado claramente que las negociaciones *a posteriori* sobre la implicación de los trabajadores pueden constituir una sanción eficaz en caso de uso indebido de la SE para privar a los trabajadores de sus derechos de participación y que esa sanción incluso presenta la ventaja de ser una respuesta uniforme para todos los Estados miembros.⁴⁸ En efecto, el artículo 11 de la Directiva 2001/86 dispone que los Estados miembros adoptarán las medidas

⁴⁴ Véase el artículo 4, apartado 2, letra h), de la Directiva 2001/86.

⁴⁵ Véanse el artículo 4, apartado 2, letra h), y el anexo, parte 1, letra g), de la Directiva 2001/86.

⁴⁶ Directiva del Consejo, de 22 de septiembre de 1994, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (DO 1994, L 254, p. 64).

⁴⁷ Véase el documento de trabajo n.º 17 del grupo de expertos SE, de 23 de junio de 2003, titulado «Contenu de l'accord — Article 4» [Contenido del acuerdo — Artículo 4], pp. 113 y 114.

⁴⁸ Véase el documento de trabajo n.º 19 del grupo de expertos SE, pp. 124 a 126.

adecuadas, de conformidad con el Derecho de la Unión, para evitar que se recurra de forma indebida a la constitución de una SE con el propósito de privar a los trabajadores de los derechos de implicación que ostentasen o de hacer los mismos ineficaces.

67. Los citados expertos ilustraron sus observaciones con ejemplos de situaciones en las que puede haber un uso indebido no solo en caso de constitución de una SE sin participación a través de filiales sin participación, cuando dicha SE toma posteriormente el control de todas las filiales, sujetas o no a un régimen de participación, sino también en caso de constitución de una SE mediante transformación, en un Estado miembro que no prevea un régimen de participación, seguida de un traslado de domicilio a un Estado miembro que sí contemple dicho régimen, o incluso en caso de constitución de una SE antes de que se alcancen los umbrales que dan lugar a la aplicación del régimen de participación.⁴⁹

68. Estos ejemplos tienen en común que las SE se constituyen sin que se lleven a cabo negociaciones previas sobre la implicación de los trabajadores en la CN, puesto que dichas SE se crean a partir de sociedades que no están sujetas al régimen de participación. Así pues, es evidente que el grupo de expertos SE, por un lado, tenía en mente supuestos de constitución de SE sin negociaciones previas y sin aplicación por defecto de las disposiciones de referencia y, por otro lado, únicamente contemplaba negociaciones legales *a posteriori* en caso de modificaciones estructurales si se había recurrido de forma indebida a la constitución de la SE.

69. Dicho grupo de expertos, prosiguiendo con su reflexión, propuso la redacción de una posible disposición de Derecho nacional destinada a evitar el uso indebido,⁵⁰ basada en la idea de que, en los supuestos mencionados en el punto 67 de las presentes conclusiones, deben entablarse negociaciones una vez probado dicho uso indebido con arreglo a las normas generales, y que permita establecer una presunción simple de uso indebido en los casos en que las modificaciones se apliquen en un plazo breve (por ejemplo, un año) desde el registro de la SE.⁵¹ Preciso que la solución ideal pasa por adoptar una disposición que prevea la renegociación en tales supuestos sobre la base, en su caso, de las disposiciones de referencia en materia de participación recogidas en el anexo de la Directiva 2001/86.⁵² A tal fin, según el grupo de expertos, los artículos 3 a 7 de la Directiva deben aplicarse *mutatis mutandis* y las referencias al momento de registro de la SE deben sustituirse por referencias al momento del fracaso de las negociaciones.⁵³

70. En cualquier caso, sin perjuicio de la apreciación del juez nacional, el mero traslado de domicilio social o la aplicación de una disposición de Derecho nacional que permita suprimir la participación de los trabajadores en una filial de una SE, sujeta al Derecho nacional, no pueden constituir por sí solos un uso indebido, so pena de poner en entredicho la efectividad del Reglamento n.º 2157/2001 y de la Directiva 2001/86.

71. Para concluir, aunque el resultado de las negociaciones del Reglamento y de la Directiva puede parecer incompleto, en realidad, los Estados miembros optaron deliberadamente por que el principio de antes-después se aplique en el momento de registro de la SE, de modo que, a mi juicio, la jurisprudencia no puede ampliar los derechos de implicación de los trabajadores, puesto que ello pondría en peligro el difícil equilibrio al que se llegó con dichas negociaciones. En efecto, si las negociaciones *a posteriori* sobre la implicación de los trabajadores se extendieran más allá de

⁴⁹ Véase el documento de trabajo n.º 19 del grupo de expertos SE, p. 124.

⁵⁰ Véase el documento de trabajo n.º 19 del grupo de expertos SE, pp. 126 a 127.

⁵¹ Véase el documento de trabajo n.º 19 del grupo de expertos SE, p. 125.

⁵² Véase el anexo, parte 3, de la Directiva 2001/86.

⁵³ Véase el documento de trabajo n.º 19 del grupo de expertos SE, p. 127.

los casos de uso indebido, menoscabarían la estabilidad del funcionamiento de las sociedades que también persigue la normativa,⁵⁴ por cuanto que tales negociaciones podrían tener lugar en los casos de transformación en SE sin que se superen los umbrales a partir de los cuales se exige la participación con arreglo al Derecho nacional o cada vez que el ámbito de actuación de los trabajadores se modificara como consecuencia de la cesión o adquisición de filiales.

72. Habida cuenta de todas las razones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la primera cuestión prejudicial que el artículo 12, apartado 2, del Reglamento n.º 2157/2001, en relación con los artículos 3 a 7 de la Directiva 2001/86, debe interpretarse en el sentido de que, cuando se registra una SE holding constituida por sociedades participantes que no emplean a trabajadores, sin que previamente se hayan llevado a cabo negociaciones sobre la implicación de los trabajadores, no es obligatorio que tales negociaciones se inicien posteriormente por el mero hecho de que dicha SE holding pase a ejercer el control de filiales en uno o varios Estados miembros que emplean a trabajadores.

73. A la vista de esta respuesta, no me parece necesario que el Tribunal de Justicia responda a las demás cuestiones prejudiciales.

V. Conclusión

74. Habida cuenta de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Bundesarbeitsgericht (Tribunal Supremo de lo Laboral, Alemania):

«El artículo 12, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), en relación con los artículos 3 a 7 de la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores,

debe interpretarse en el sentido de que:

cuando se registra una SE holding constituida por sociedades participantes que no emplean a trabajadores, sin que previamente se hayan llevado a cabo negociaciones sobre la implicación de los trabajadores, no es obligatorio que tales negociaciones se inicien posteriormente por el mero hecho de que dicha SE holding pase a ejercer el control de filiales en uno o varios Estados miembros que emplean a trabajadores.»

⁵⁴ Véase el informe Davignon, apartado 50, citado en el documento de trabajo n.º 19 del grupo de expertos SE, p. 126.