



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
presentadas el 4 de mayo de 2017¹

Asunto C-566/15

**Konrad Erzberger
contra
TUI AG**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Kammergericht Berlin (Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Berlín, Alemania)]

«Procedimiento prejudicial — Libre circulación de trabajadores — Igualdad de trato —
Artículos 18 TFUE y 45 TFUE — Elecciones de los representantes de los trabajadores en el consejo de supervisión de una sociedad — Normativa nacional que limita el derecho de sufragio activo y pasivo únicamente a los trabajadores empleados dentro del territorio nacional»

I. Introducción

1. El presente asunto tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Kammergericht Berlin (Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Berlín, Alemania), que tiene por objeto la interpretación del artículo 18 TFUE, relativo al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, y del artículo 45 TFUE, relativo a la libre circulación de los trabajadores.
2. Esta petición ha sido presentada en el marco de un litigio entre el Sr. Konrad Erzberger, accionista, y TUI AG, una sociedad alemana, acerca de la constitución del consejo de supervisión de dicha sociedad. El accionista invoca, en particular, la incompatibilidad de la legislación alemana en materia de participación de los trabajadores en la empresa con los artículos 18 TFUE y 45 TFUE, en la medida en que establece que sólo los trabajadores empleados en los centros de una sociedad o en las sociedades del grupo al que pertenece esta sociedad situados en el territorio alemán tienen derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones de los representantes de los trabajadores en el consejo de supervisión de dicha sociedad.
3. La cuestión de principio que constituye el objeto central del presente asunto es la de si, en el contexto de un régimen nacional de participación de los trabajadores en la empresa, se puede obligar a los Estados miembros, en virtud de los artículos 18 TFUE y 45 TFUE, a conceder a los trabajadores empleados en las filiales establecidas en otros Estados miembros el mismo derecho de sufragio activo y pasivo del que disfrutaban los trabajadores nacionales.
4. En las presentes conclusiones, explicaré los motivos por los cuales considero que esta cuestión exige una respuesta negativa y que los artículos 18 TFUE y 45 TFUE no se oponen a una normativa nacional como la considerada en el litigio principal.

¹ Lengua original: francés.

II. Marco jurídico alemán

A. Ley de participación

5. El artículo 1 de la Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (MitbestG) (Ley de participación de los trabajadores en la empresa), de 4 de mayo de 1976² (en lo sucesivo, «Ley de participación»), que lleva por título «Empresas contempladas», dispone en su apartado 1:

«En las empresas

1. que adopten la forma de sociedad anónima, de sociedad comanditaria por acciones, de sociedad de responsabilidad limitada o de cooperativa y
2. que empleen habitualmente a más de 2 000 personas,

la presente Ley reconoce a los trabajadores un derecho de participación.»

6. El artículo 3 de la Ley de participación, titulado «Trabajadores y empresa», dispone en su apartado 1 que:

«Se considerarán trabajadores en el sentido de la presente Ley

1. las personas definidas en el artículo 5, apartado 1, de la [Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) (Ley de órganos de representación)], exceptuando al personal de alta dirección definido en el artículo 5, apartado 3, de dicha Ley,
2. el personal de alta dirección definido en el artículo 5, apartado 3, de la Ley de órganos de representación.

Las personas a las que se refiere el artículo 5, apartado 2, de la Ley de órganos de representación no serán consideradas trabajadores en el sentido de la presente Ley.»

7. El artículo 5 de la Ley de participación, que lleva por título «Grupos de empresas», dispone lo siguiente en su apartado 1:

«Cuando una empresa [...] sea la empresa dominante de un grupo [artículo 18, apartado 1, de la Aktiengesetz (Ley de sociedades anónimas)], los trabajadores de las empresas del grupo se asimilarán a los trabajadores de la empresa dominante a los efectos de la aplicación de la presente Ley[...].»

8. El artículo 7 de la Ley de participación, titulado «Composición del consejo de supervisión», dispone lo siguiente en su apartados 1, punto 3, 2, punto 3, y 4:³

(1) El consejo de supervisión de una empresa

[...]

3. que habitualmente tenga más de 20 000 trabajadores se compondrá de diez miembros que representarán a los accionistas y de diez miembros que representarán a los trabajadores.

² BGBI. 1976 I, p. 1153.

³ Con arreglo al artículo 7, apartados 1, puntos 1 y 2, y 2, puntos 1 y 2, de la Ley de participación, el consejo de supervisión se compondrá, para las empresas que habitualmente no tengan más de 10 000 trabajadores y para las empresas que habitualmente tengan más de 10 000 trabajadores, pero menos de 20 000, de doce y de dieciséis miembros respectivamente, la mitad de los cuales serán representantes de los trabajadores (repartidos entre trabajadores de la empresa y representantes de los sindicatos).

[...]

(2) Entre los miembros del consejo de supervisión que representan a los trabajadores deberán figurar

[...]

3. en un consejo de supervisión que cuente con diez representantes de los trabajadores, siete trabajadores de la empresa y tres representantes de sindicatos.»

[...]

(4) Los trabajadores de la empresa a los que se refiere el apartado 2 deberán tener la edad mínima de 18 años y contar con una antigüedad mínima en la empresa de un año. Para el cómputo del año de antigüedad en la empresa, se deberán tener en cuenta los períodos de antigüedad en otra empresa cuyos trabajadores participen en las elecciones de los miembros del consejo de supervisión de la empresa antes mencionada en virtud de la presente Ley. Estos períodos deberán ser inmediatamente anteriores al momento a partir del cual los trabajadores adquieran el derecho a participar en las elecciones de los miembros del consejo de supervisión de la empresa. Se deberán cumplir los restantes requisitos de admisibilidad establecidos en el artículo 8, apartado 1, de la Ley de órganos de representación».

9. El artículo 10 de la Ley de participación, que lleva por título «Elección de los delegados», establece lo siguiente en sus apartados 1 a 3:

«(1) En cada centro de la empresa, los trabajadores elegirán delegados en votación secreta y proporcional.

(2) Tendrán derecho de sufragio activo para la elección de delegados los trabajadores de la empresa mayores de 18 años. Se aplicará por analogía el artículo 7, segunda frase, de la Ley alemana de órganos de representación.

(3) Tendrán derecho de sufragio pasivo los trabajadores a los que se refiere el apartado 2, primera frase, que cumplan los requisitos de admisibilidad establecidos en el artículo 8 de la Ley alemana de órganos de representación».

B. Ley de órganos de representación

10. El artículo 7 de la Ley de órganos de representación en su versión publicada el 25 de septiembre de 2001,⁴ titulado «Derecho de sufragio activo», dispone:

«Tendrán derecho de sufragio activo todos los trabajadores del centro mayores de 18 años. Los trabajadores cedidos por otras empresas para trabajar en el centro tendrán asimismo derecho de sufragio activo si la cesión se prolonga por un período superior a tres meses».

⁴ BGBI. 2000 I, p. 2518.

11. El artículo 8 de la Ley de órganos de representación, que lleva por título «Sufragio pasivo», dispone lo siguiente:

«(1) Tendrán derecho de sufragio pasivo todos los electores con más de seis meses de antigüedad en el centro o que hayan trabajado con carácter principal para el centro en modalidad de teletrabajo, durante un período mínimo de seis meses. Se computarán a los efectos de esa antigüedad mínima de seis meses los períodos inmediatamente anteriores en que el trabajador haya estado afectado al servicio de otro centro de la misma empresa o del mismo grupo de empresas (artículo 18, apartado 1, de la Ley de sociedades anónimas). Carecerán de derecho de sufragio pasivo quienes hayan sido condenados a inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

(2) Si el centro tiene menos de seis meses de antigüedad, no obstante lo dispuesto en el apartado 1 en cuanto a la antigüedad de servicio de seis meses, tendrán derecho de sufragio pasivo los trabajadores que presten servicio en el centro al iniciarse el procedimiento de elección del comité de empresa y que cumplan los demás requisitos para obtener el derecho de sufragio pasivo».

III. Litigio principal, cuestión prejudicial y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

12. El recurrente en el litigio principal, el Sr. Erzberger, es accionista de la parte recurrida, TUI, sociedad con domicilio social en Berlín (Alemania) y en Hannover (Alemania). TUI encabeza y controla un grupo de sociedades (en lo sucesivo, «Grupo TUI»), dedicado al sector turístico. El grupo opera a nivel mundial y emplea aproximadamente a 10 103 personas en Alemania y aproximadamente a 39 536 personas en los demás Estados miembros de la Unión Europea. Ni TUI ni ninguna otra sociedad del Grupo TUI tienen sucursales dependientes ni centros en otros Estados miembros distintos de aquel en el que tienen su domicilio social.

13. Con arreglo a la Ley de participación, el consejo de supervisión de TUI⁵ cuenta con 20 miembros repartidos entre diez miembros que representan a los accionistas y diez miembros que representan a los trabajadores.⁶

14. El artículo 98 de la Ley de Sociedades Anónimas prevé la posibilidad de dirimir judicialmente los litigios acerca de la normativa aplicable a la constitución de un consejo de supervisión. El Sr. Erzberger ha hecho uso de esta posibilidad.

15. El Sr. Erzberger alega, en particular, que el consejo de supervisión de TUI se constituyó de forma indebida. Dicho consejo sólo debería estar constituido por miembros nombrados por los accionistas de la sociedad. La normativa alemana en materia de participación de los trabajadores no debería haberse aplicado a su constitución, en la medida en que vulnera los artículos 18 TFUE y 45 TFUE. En cambio, TUI considera, esencialmente, que esta normativa es conforme con el Derecho de la Unión.

16. Tras haber conocido del litigio en primera instancia, el Landgericht Berlin (Tribunal Regional Civil y Penal de Berlín, Alemania), mediante auto de 12 de mayo de 2015, declaró que la normativa alemana en materia de participación no vulneraba el Derecho de la Unión.

17. El Sr. Erzberger interpuso un recurso de apelación contra dicha resolución ante el órgano jurisdiccional remitente, que ha expresado sus dudas sobre la conformidad con el Derecho de la Unión de la normativa alemana en materia de participación de los trabajadores en la empresa.

⁵ El Gobierno alemán ha explicado en sus observaciones escritas que, con arreglo al Derecho alemán, el consejo de supervisión y el consejo de administración son órganos de la sociedad. Mientras que el consejo de administración está encargado de la gestión de la sociedad, el consejo de supervisión tiene como cometido supervisar al consejo de administración (sistema dualista).

⁶ Véase el artículo 7 de la Ley de participación, reproducido en el punto 8 de las presentes conclusiones. Cabe recordar que entre los diez representantes de los trabajadores, siete son trabajadores de la empresa y tres son representantes de los sindicatos.

18. A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente señala que, en virtud de la opinión mayoritaria de la doctrina y de la jurisprudencia alemana,⁷ se entiende por «trabajador», a los efectos de la aplicación de la Ley de participación, únicamente los trabajadores de las empresas situadas en el territorio nacional. Si bien no se desprende del tenor literal de las disposiciones de esta Ley, entiende que se debe alcanzar esta conclusión combinando el principio de territorialidad, según el cual el orden social alemán no puede hacerse extensivo al territorio de otros Estados, con la génesis de dicha Ley.⁸

19. El órgano jurisdiccional remitente señala asimismo que, según la jurisprudencia del Bundesarbeitsgericht (Tribunal Supremo de Trabajo, Alemania),⁹ la Ley de órganos de representación, cuyo artículo 5, apartado 1, establece una definición del concepto de «trabajador» a la que remite el artículo 3 de la Ley de participación,¹⁰ no es aplicable a los centros de empresas alemanas situados en el extranjero.

20. Según el órgano jurisdiccional remitente, de estos datos se desprende que sólo los trabajadores empleados en Alemania pueden elegir a los miembros del consejo de supervisión que representan a los trabajadores, ser elegidos como delegados y convertirse en miembros del consejo de supervisión. Asimismo, un trabajador deberá abandonar las funciones que ejerza en el seno del consejo de supervisión cuando acepte un puesto en otro Estado miembro, aun cuando siga estando empleado por la sociedad alemana o por una empresa del mismo grupo.

21. El órgano jurisdiccional remitente considera verosímil que la legislación alemana en materia de participación dé lugar a una discriminación de los trabajadores en la empresa por razón de la nacionalidad, en el sentido del artículo 18 TFUE, en la medida en que, a diferencia de los trabajadores empleados en Alemania, aquellos que prestan servicio en otro Estado miembro —que presumiblemente no serán alemanes por lo general—, no pueden elegir el órgano de supervisión de la parte recurrida o ser elegidos para éste y, en consecuencia, no están suficientemente representados en dicho órgano de supervisión. El órgano jurisdiccional remitente considera que no se puede identificar ninguna justificación suficiente a este respecto.

22. En todo caso, el órgano jurisdiccional remitente estima plausible que la legislación alemana en materia de participación de los trabajadores en la empresa menoscabe la libre circulación de los trabajadores, establecida en el artículo 45 TFUE. Así pues, debido al riesgo de pérdida de la condición de miembro de un órgano de supervisión, esta legislación podría, en su caso, disuadir a los trabajadores de presentar su candidatura a puestos que hayan sido efectivamente ofrecidos y de trasladarse libremente, a tal fin, al territorio de otros Estados miembros.

7 El órgano jurisdiccional remitente hace referencia, en particular, a la resolución de 5 de junio de 1979 del Landgericht Düsseldorf (Tribunal Regional Civil y Penal de Düsseldorf, Alemania) (25 AktE 1/78, DB 1979, p. 1451). No obstante, se desprende de la resolución de remisión que la jurisprudencia alemana en la materia no es unívoca. El órgano jurisdiccional remitente indica, en particular, que en un auto de 16 de febrero de 2015, el Landgericht Frankfurt am Main (Tribunal Regional Civil y Penal de Fráncfort del Meno, Alemania) (Beschluss Az. 3-16 O 1/14) declaró que los trabajadores que prestaban servicio en el extranjero no estaban excluidos del sistema de participación y que, por tanto, debían participar en la elección de los representantes de los trabajadores en el consejo de supervisión. Según el Gobierno alemán, esta resolución aún no ha adquirido fuerza de cosa juzgada y el procedimiento se encuentra actualmente suspendido a la espera de la decisión del Tribunal de Justicia en el presente asunto.

8 Según el órgano jurisdiccional remitente, la voluntad del legislador alemán de no incluir a los trabajadores que prestan sus servicios en otros Estados miembros en el sistema de participación (en el marco de un grupo de empresas) se desprende de un informe de la Ausschuss für Arbeit und Sozialordnung des Bundestages (Comisión de Trabajo y del Orden social del Bundestag alemán) de 10 de marzo de 1976 (BT-Drucksache 7/4845, p. 4).

9 El órgano jurisdiccional remitente hace referencia a la resolución de 22 de marzo de 2000 del Bundesarbeitsgericht (Tribunal Supremo de Trabajo, Alemania) (7 ABR 34/98, NZA 2000, p. 1119 [1121]).

10 Véase el punto 6 de las presentes conclusiones.

23. Habida cuenta de todo lo anterior, el Kammergericht Berlin (Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Berlín, Alemania) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Es compatible con el artículo 18 TFUE (principio de no discriminación) y con el artículo 45 TFUE (libre circulación de trabajadores) que un Estado miembro sólo conceda el derecho de sufragio activo y pasivo para la elección de los representantes de los trabajadores en el órgano de supervisión de una empresa a los trabajadores que estén empleados en los centros de la empresa o en las empresas del grupo situados en el territorio nacional?»

24. Han presentado observaciones escritas el Sr. Erzberger, TUI, Betriebsrat der TUI AG/TUI Group Services GmbH, Franz Jakobi y otros y Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di (en lo sucesivo, denominados conjuntamente, «Betriebsrat der TUI y otros») —a las que se adhiere la Vereinigung Cockpit e.V.—, los Gobiernos alemán y austriaco y la Comisión Europea. En la vista celebrada el 24 de enero de 2017, el Sr. Erzberger, TUI, Betriebsrat der TUI y otros, los Gobiernos alemán, francés, luxemburgués, neerlandés y austriaco, el Órgano de Vigilancia de la AELC y la Comisión presentaron informes orales.

IV. Análisis jurídico

A. Sobre la competencia del Tribunal de Justicia

25. Con carácter preliminar, TUI afirma que el Tribunal de Justicia no es competente para responder a la cuestión prejudicial, puesto que la situación examinada en el litigio principal no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.

26. En este contexto, esta parte señala, en particular, que el recurrente en el litigio principal, el Sr. Erzberger, al ser accionista de la sociedad recurrida y no un trabajador de ésta, no se ve afectado por los supuestos efectos discriminatorios o restrictivos de la normativa alemana en cuestión, circunstancia que también invocan Betriebsrat der TUI y otros y los Gobiernos luxemburgués y austriaco.

27. A este respecto, me permito observar que, según jurisprudencia reiterada, el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre una normativa que no esté comprendida en el ámbito del Derecho de la Unión cuando el objeto del litigio no presente ningún factor de conexión con ninguna de las situaciones a las que se refieren las disposiciones de los Tratados.¹¹

28. Sin embargo, la negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una petición de decisión prejudicial presentada por un órgano jurisdiccional nacional sólo está justificada cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder útilmente a las cuestiones planteadas.¹²

29. Pues bien, no es esto lo que sucede en el presente caso.

¹¹ Véase, en particular, el auto de 25 de enero de 2007, Koval'ský (C-302/06, no publicado, EU:C:2007:64), apartado 20.

¹² Véase la sentencia de 12 de octubre de 2016, Ranks y Vasiļevičs (C-166/15, EU:C:2016:762), apartado 22.

30. En efecto, si bien es cierto que las disposiciones alemanas en materia de participación de los trabajadores en la empresa no atañen al recurrente en el litigio principal, el Sr. Erzberger, como accionista de TUI, de la resolución de remisión se desprende que el interesado ha ejercido su derecho, previsto en el Derecho nacional,¹³ de recurrir a la justicia en caso de litigio acerca de la normativa aplicable a la constitución del consejo de supervisión, invocando, en particular, la inaplicabilidad de dichas disposiciones a la constitución del consejo de supervisión de TUI, por estimarlas contrarias al Derecho de la Unión. Asimismo, el órgano jurisdiccional remitente considera que su resolución sobre el recurso interpuesto por el Sr. Erzberger depende de la respuesta que dé el Tribunal de Justicia a la cuestión prejudicial. Según dicho órgano jurisdiccional, si la normativa alemana en materia de participación de los trabajadores en la empresa resulta total o parcialmente inaplicable debido a que infringe el Derecho de la Unión, se debería estimar dicho recurso parcial o totalmente.

31. De ello se deduce que la interpretación de los artículos 18 TFUE y 45 TFUE solicitada por el órgano jurisdiccional remitente presenta una conexión directa con el objeto del litigio principal.

32. En estas circunstancias, considero que el Tribunal de Justicia es competente para responder a la cuestión prejudicial.

B. Sobre el fondo

1. Sobre el objeto de la cuestión prejudicial

33. Mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente se plantea la cuestión de la compatibilidad con los artículos 18 TFUE y 45 TFUE de la normativa alemana en materia de participación¹⁴ de los trabajadores, y lo hace sobre diversos aspectos.

34. Por una parte, dicho órgano jurisdiccional pregunta si, por lo que respecta a los trabajadores del Grupo TUI empleados *en otros Estados miembros* distintos de Alemania, esta normativa supone una discriminación por razón de la nacionalidad, toda vez que, a diferencia de los trabajadores del grupo empleados en Alemania, estos primeros trabajadores carecen de derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones de los representantes de los trabajadores en el consejo de supervisión de la sociedad matriz del grupo (TUI).

35. En este sentido, cabe señalar que TUI no tiene sucursales dependientes ni centros en otros Estados miembros.¹⁵ Por consiguiente, el análisis desarrollado en las presentes conclusiones no se refiere al supuesto en que el trabajador está empleado en un centro o una sucursal dependiente situados en un Estado miembro distinto de aquel en el que está establecida la sociedad. En cambio, procede determinar si una normativa como la considerada en el litigio principal supone una discriminación de los trabajadores del Grupo TUI empleados en las filiales del grupo establecidas en otros Estados miembros.¹⁶

¹³ Véase el punto 14 de las presentes conclusiones.

¹⁴ Cabe observar que el Derecho alemán distingue entre dos tipos de participación en la empresa por parte de los trabajadores: por un lado, la participación que se ejerce a nivel del centro, a través del comité de empresa (Betriebsrat) y, por otro, la participación que se ejerce a nivel de la sociedad en el seno del consejo de supervisión (Aufsichtsrat). El presente asunto se refiere únicamente al segundo tipo de participación. Véase, en particular, Henssler, M.: «Arbeitnehmermitbestimmung im deutschen Gesellschaftsrecht», *Unternehmens-Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedstaaten*, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 2004, p. 133.

¹⁵ Véase el punto 12 de las presentes conclusiones.

¹⁶ Véase también la nota 37 de las presentes conclusiones.

36. Por otra parte, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta sobre si, por lo que respecta a los trabajadores del Grupo TUI empleados *en Alemania*, la legislación alemana constituye una restricción de la libre circulación de los trabajadores, dado que, debido al riesgo de pérdida del derecho de sufragio activo y pasivo, esta legislación puede disuadir a dichos trabajadores de solicitar o aceptar un puesto en otro Estado miembro o hacer menos atractivo su traslado.

37. Así pues, la cuestión prejudicial se refiere a dos situaciones diferentes relativas a dos categorías de trabajadores, que se deben distinguir claramente al realizar la interpretación de las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión.

2. Sobre las disposiciones del Derecho de la Unión que han de interpretarse

38. Procede constatar que la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente se refiere a la vez al artículo 18 TFUE, que consagra el principio general de no discriminación por razón de la nacionalidad, y al artículo 45 TFUE, relativo a la libre circulación de los trabajadores.

39. Según una reiterada jurisprudencia, el artículo 18 TFUE sólo está destinado a aplicarse de manera autónoma en situaciones que se rijan por el Derecho de la Unión y para las que el Tratado no prevea normas específicas que prohíban la discriminación.¹⁷ Pues bien, el principio de no discriminación se concreta específicamente, en el ámbito de la libre circulación de los trabajadores, en el artículo 45 TFUE, apartado 2.¹⁸

40. Por tanto, el Tribunal de Justicia no tendrá que pronunciarse acerca del artículo 18 TFUE si el artículo 45 TFUE es aplicable al presente asunto.

41. Debo indicar, desde un principio, que en mi opinión el artículo 45 TFUE no es aplicable a los trabajadores del Grupo TUI que presten servicio fuera de Alemania, sino que es aplicable a los trabajadores del grupo empleados en Alemania.

3. Sobre la aplicabilidad del artículo 45 TFUE

a) Sobre el concepto de «demás condiciones de trabajo»

42. Con carácter preliminar, debe recordarse que el artículo 45 TFUE, apartado 2, establece que la libre circulación de los trabajadores supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.¹⁹

43. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el concepto de «demás condiciones de trabajo» tiene un alcance amplio, en la medida en que esta disposición establece la igualdad de trato para todos los aspectos relacionados directa o indirectamente con el ejercicio de una actividad por cuenta ajena en el Estado miembro de acogida.²⁰

¹⁷ Véanse, en particular, la sentencia de 4 de septiembre de 2014, Schiebel Aircraft (C-474/12, EU:C:2014:2139), apartado 20 y jurisprudencia citada, y, en este sentido, la sentencia de 29 de octubre de 2015, Nagy (C-583/14, EU:C:2015:737), apartado 24.

¹⁸ Véanse, en este sentido, las sentencias de 1 de diciembre de 2011, Comisión/Hungría (C-253/09, EU:C:2011:795), apartado 44 y jurisprudencia citada, y de 4 de septiembre de 2014, Schiebel Aircraft (C-474/12, EU:C:2014:2139), apartado 21 y jurisprudencia citada.

¹⁹ Véase la sentencia de 2 de marzo de 2017, Eschenbrenner (C-496/15, EU:C:2017:152), apartado 32.

²⁰ Véase la sentencia de 8 de mayo de 2003, Wählergruppe Gemeinsam (C-171/01, EU:C:2003:260), apartado 85. En este contexto, el Tribunal de Justicia ha declarado, en particular, que el artículo 45 TFUE, apartado 2, se aplica al derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones celebradas en organismos como las cámaras profesionales, a las que los trabajadores deben afiliarse obligatoriamente y deben pagar una cotización y que se encargan de la defensa y representación de sus intereses. Véase la sentencia de 16 de septiembre de 2004, Comisión/Austria (C-465/01, EU:C:2004:530), apartados 28 y 30 y jurisprudencia citada. Véase también la sentencia de 18 de mayo de 1994, Comisión/Luxemburgo (C-118/92, EU:C:1994:198).

44. En estas circunstancias, considero que el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones de los representantes de los trabajadores en el consejo de supervisión de la sociedad, tal como está previsto en la normativa alemana controvertida, se enmarca en el concepto de «demás condiciones de trabajo» en el sentido del artículo 45 TFUE, apartado 2.²¹ En efecto, en virtud de esta normativa, el derecho de sufragio activo y pasivo depende precisamente de si una persona tiene la condición de «trabajador» en el sentido de dicha normativa.²² Por consiguiente, está directamente relacionado con el ejercicio de una actividad por cuenta ajena en Alemania.

b) Sobre la existencia de un factor de conexión con el Derecho de la Unión

1) Observaciones generales

45. Para que el artículo 45 TFUE sea aplicable al presente caso, también es necesario que el litigio principal presente un vínculo con una de las situaciones contempladas en dicha disposición.

46. TUI, Betriebsrat der TUI y otros y el Gobierno alemán niegan la aplicabilidad del artículo 45 TFUE en el presente asunto, alegando, en esencia, la inexistencia de un elemento transfronterizo. En cambio, el Sr. Erzberger, el Órgano de Vigilancia de la AELC y la Comisión estiman que existe efectivamente tal elemento, especialmente por cuanto un trabajador empleado por una sociedad alemana que acepte un puesto en otro Estado miembro pierde su derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al consejo de supervisión, aunque continúe prestando servicio para dicha sociedad.

47. Cabe observar que, en lo tocante a la cuestión de la aplicabilidad del artículo 45 TFUE, procede distinguir entre las dos categorías de trabajadores a las que se refiere la cuestión prejudicial: por una parte, los trabajadores del Grupo TUI empleados en las filiales establecidas en otros Estados miembros distintos de Alemania y, por otra, los que prestan servicio en Alemania.²³

2) Sobre los trabajadores del Grupo TUI empleados en las filiales establecidas en otros Estados miembros

48. Por lo que respecta a los trabajadores del Grupo TUI empleados en las filiales establecidas en Estados miembros distintos de Alemania, procede señalar que estos trabajadores no son necesariamente personas que hayan ejercido su derecho a la libre circulación con arreglo al artículo 45 TFUE. En efecto, es muy probable que esta categoría de trabajadores incluya un gran número de personas que sean nacionales del Estado miembro en el que está establecida la filial o en el que ejercen su actividad por cuenta ajena, o que residen en éste.

49. Pues bien, reconocer la aplicabilidad del artículo 45 TFUE a personas que nunca han ejercido su derecho a la libre circulación y que, además, no presentan ningún vínculo con el mercado de trabajo del Estado miembro cuya legislación se impugna, por el mero hecho de que la filial para la que trabajan esté controlada por una sociedad establecida en dicho Estado miembro, no tiene, hasta donde alcanza mi conocimiento, ningún precedente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la libre circulación de los trabajadores.²⁴

21 Por lo demás, ni las partes ni los interesados que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia han cuestionado esta conclusión. Ahora bien, aunque reconocen que el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al consejo de supervisión constituye una condición de trabajo en el sentido del artículo 45 TFUE, apartado 2, Betriebsrat der TUI y otros opinan que no sucede lo mismo en cuanto al mandato en el consejo de supervisión. Considero que no cabe establecer tal distinción entre, por una parte, el derecho de sufragio pasivo y, por otra, el mandato en el consejo de supervisión. En efecto, a mi juicio los dos aspectos están intrínsecamente relacionados.

22 Véanse los puntos 5 a 11 de las presentes conclusiones.

23 Véanse los puntos 33 a 37 de las presentes conclusiones.

24 Quiero señalar que, a diferencia del presente asunto, el que dio lugar a la sentencia de 8 de mayo de 1994, Comisión/Luxemburgo (C-118/92, EU:C:1994:198), se refería a una normativa que negaba a los ciudadanos de otros Estados miembros *que trabajaban en el Estado miembro en cuestión* el derecho a participar en las elecciones de las cámaras profesionales.

50. En efecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que el conjunto de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de personas tiene por objeto facilitar a los ciudadanos de la Unión Europea el ejercicio de cualquier tipo de actividad profesional en el territorio de la Unión y se opone a las medidas que pudieran colocar a estos ciudadanos en una situación desfavorable en el supuesto de que desearan ejercer una actividad económica en el territorio de un Estado miembro distinto de su Estado miembro de origen. En este contexto, los nacionales de los Estados miembros disfrutan, en particular, del derecho, fundado directamente en el Tratado, de abandonar su Estado miembro de origen para desplazarse al territorio de otro Estado miembro y permanecer en éste con el fin de ejercer allí una actividad económica.²⁵

51. Así pues, el artículo 45 TFUE garantiza a grandes rasgos la libre circulación en dos sentidos. Por una parte, los nacionales de los Estados miembros tienen el derecho, en virtud de ese artículo, de disfrutar del mismo trato que los trabajadores nacionales en el mercado de trabajo del *Estado miembro de acogida*.²⁶ Por otra parte, dicho artículo prohíbe al *Estado miembro de origen* restringir indebidamente el derecho de sus nacionales a abandonar su territorio para ejercer una actividad económica en otro Estado miembro.²⁷

52. La situación de los trabajadores del Grupo TUI empleados por las filiales establecidas en otros Estados miembros que nunca hayan ejercido su derecho a la libre circulación no se corresponde con ninguno de estos supuestos.²⁸ La aplicación del artículo 45 TFUE a estos trabajadores implicaría, por tanto, una ampliación considerable del ámbito de aplicación de este artículo.²⁹

53. Pues bien, desde el punto de vista teleológico, me cuesta imaginar cómo el objetivo del artículo 45 TFUE podría justificar semejante ampliación del ámbito de aplicación de esta disposición. En efecto, considero que el carácter transfronterizo de las relaciones en el seno de un grupo de sociedades no altera en modo alguno el hecho de que la situación de dichos trabajadores es, en realidad, puramente interna, dado que todos los elementos que determinan su situación laboral se circunscriben a un único Estado miembro.³⁰

25 Véase, en particular, la sentencia de 13 de julio de 2016, Pöpperl (C-187/15, EU:C:2016:550), apartado 23 y jurisprudencia citada.

26 Véanse también los artículos 7 y 8 del Reglamento (UE) n.º 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión (DO 2011, L 141, p. 1), que establece la igualdad de trato de un trabajador nacional de un Estado miembro *empleado en el territorio de otro Estado miembro*.

27 El Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 45 TFUE se opone también a una normativa que sitúe a un trabajador en situación de desventaja por el mero hecho de haber ejercido su derecho a la libre circulación. Véanse, en este sentido, las sentencias de 10 de marzo de 2011, Casteels (C-379/09, EU:C:2011:131), apartados 29 y 30, y de 13 de julio de 2016, Pöpperl (C-187/15, EU:C:2016:550), apartados 24 a 26.

28 Debo señalar que, en la medida en que tal trabajador por cuenta ajena haya ejercido de forma efectiva su derecho a la libre circulación, habiéndose desplazado al extranjero desde un centro o una filial del grupo situados en Alemania, su situación se enmarcaría en la otra hipótesis contemplada en la cuestión prejudicial: la de los trabajadores del grupo que prestan servicio en Alemania. Véase el punto 36 de las presentes conclusiones.

29 Observo, a este respecto, que el razonamiento desarrollado por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 30 de abril de 1996, Boukhalfa (C-214/94, EU:C:1996:174), invocada por la Comisión, no es en absoluto aplicable al presente supuesto. Cabe decir lo mismo en cuanto a las sentencias de 6 de junio de 2000, Angonese (C-281/98, EU:C:2000:296), de 16 de enero de 2003, Comisión/Italia (C-388/01, EU:C:2003:30), y de 11 de enero de 2007, ITC (C-208/05, EU:C:2007:16), invocadas por el Órgano de Vigilancia de la AELC.

30 Cabe recordar, en virtud de una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que las disposiciones del Tratado FUE en materia de libre circulación de personas no pueden aplicarse a las actividades que no presenten ningún punto de conexión con alguna de las situaciones contempladas en el Derecho de la Unión y que conciernan en todos sus aspectos a un único Estado miembro. Véase, en particular, la sentencia de 6 de octubre de 2015, Brouillard (C-298/14, EU:C:2015:652), apartado 26 y jurisprudencia citada. Véase también, en cuanto a las disposiciones del Tratado FUE en materia de libertad de establecimiento, de libre prestación de servicios y de libre circulación de capitales, la sentencia de 15 de noviembre de 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874), apartado 47.

54. A modo de ejemplo, considero que la situación de un trabajador que preste servicio en la filial francesa del Grupo TUI concierne únicamente a la República Francesa. Trabaja en Francia para una sociedad constituida con arreglo al Derecho francés,³¹ por el que, en principio, se rigen también su contrato de trabajo³² y, de forma más general, las condiciones de trabajo.³³ A este respecto, el lugar en el que se centraliza la propiedad o el control de la sociedad que emplea a dicho trabajador es irrelevante para su situación laboral, que, de hecho, es plenamente equiparable a la de cualquier otro trabajador que preste servicio en Francia.

55. En estas circunstancias, considero que el hecho de que la sociedad que emplea al trabajador sea propiedad de una sociedad establecida en otro Estado miembro, o esté controlada por ésta, no basta por sí solo para constituir un factor de conexión con ninguna de las situaciones contempladas en el artículo 45 TFUE. Dicho de otro modo, la libre circulación de los trabajadores no se ve menoscabada por el hecho de que la empresa para la que presta servicio el trabajador sea adquirida por una sociedad establecida en otro Estado miembro. En efecto, desde el punto de vista de la situación del trabajador, esta circunstancia constituye un factor externo que no tiene relación alguna con la actuación del trabajador.³⁴

56. Esta conclusión no puede verse desvirtuada por los argumentos invocados por el Sr. Erzberger según los cuales, por una parte, los trabajadores empleados en las filiales de TUI situadas en otros Estados miembros resultan directamente afectados por las decisiones del consejo de supervisión de TUI³⁵ y, por otra parte, la exclusión de estos primeros trabajadores del régimen alemán de participación en la empresa supone una sobrerrepresentación de los intereses de los trabajadores nacionales en el seno de dicho consejo, lo que a su entender es particularmente problemático en el caso de decisiones sobre la apertura o el cierre de centros en otros Estados miembros.³⁶

57. En efecto, sin prejuzgar la pertinencia de estas consideraciones en el contexto político nacional, procede constatar que no pueden extender el ámbito de aplicación del artículo 45 TFUE a situaciones que no presentan ningún factor de conexión con la libre circulación de los trabajadores.

31 Véanse, en lo tocante a la vinculación de una sociedad al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, las sentencias de 9 de marzo de 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126), apartado 20; de 5 de noviembre de 2002, Überseering (C-208/00, EU:C:2002:632), apartado 57; de 30 de septiembre de 2003, Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512), apartado 97, y de 12 de diciembre de 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:773), apartado 43.

32 Véase, a este respecto, el artículo 8, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DO 2008, L 177, p. 6), en virtud del cual, en la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente.

33 Véanse, en este sentido, los puntos 74 y 75 de las presentes conclusiones.

34 En cambio, la estructura y la composición del capital de la filial pueden resultar pertinentes para la aplicabilidad de otras disposiciones del Tratado relativas a las libertades fundamentales. Así pues, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, están comprendidas en el ámbito de aplicación material de las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento las disposiciones nacionales que son de aplicación a la tenencia por un nacional del Estado miembro de que se trate de una participación en el capital de una sociedad establecida en otro Estado miembro que le confiere una influencia real en las decisiones de dicha sociedad y le permite determinar las actividades de ésta. Véase la sentencia de 29 de marzo de 2007, Rewe Zentralfinanz (C-347/04, EU:C:2007:194), apartado 22 y jurisprudencia citada. En cambio, las disposiciones nacionales aplicables a las participaciones adquiridas con el único objetivo de realizar una inversión de capital sin intención de influir en la gestión y en el control de la empresa deben examinarse exclusivamente en relación con la libre circulación de capitales. Véase la sentencia de 13 de noviembre de 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-35/11, EU:C:2012:707), apartado 92.

35 En este sentido, el Sr. Erzberger señala que el área de influencia de dicho consejo no está limitada al territorio alemán, sino que incluye la totalidad del grupo de sociedades, incluidos los centros y las filiales situados en otros Estados miembros.

36 Véanse, en lo tocante al supuesto «déficit de legitimación» del régimen alemán de participación de los trabajadores en la empresa, debido a la exclusión de los trabajadores empleados fuera del territorio alemán, Hellgardt, A.: «Unionsrechtswidrigkeit der deutschen Mitbestimmung», y Hellwig, H.-J.: «Vorschlag zur Einbeziehung im Ausland tätiger Arbeitnehmer in die deutsche Unternehmensmitbestimmung: Inpflichtnahme des Vorstands anstelle der Betriebsverfassungsorgane zur Organisation der Wahlen», *Deutsche Mitbestimmung unter europäischem Reformzwang*, Fachmedien Recht und Wirtschaft, dfv Mediengruppe, Fráncfort del Meno, 2016, pp. 25, 26, 162 y 163, el informe de la Kommission Mitbestimmung, *Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen, Bilanz und Perspektiven*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 1998, pp. 106 y 107, y la propuesta del Grupo de Trabajo «Unternehmerische Mitbestimmung» (ZIP 2009, p. 885), sección A.II.1.

58. Habida cuenta de lo que antecede, considero que el artículo 45 TFUE no es aplicable a los trabajadores del Grupo TUI empleados en las filiales del grupo situadas en otros Estados miembros.³⁷

59. Asimismo, cabe observar que, contrariamente a lo que parecen alegar el Sr. Erzberger y la Comisión, el artículo 18 TFUE tampoco puede aplicarse a estos trabajadores. Tal como se desprende de una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de no discriminación consagrado por este artículo no puede aplicarse a situaciones puramente internas de un Estado miembro que no presenten ningún factor de conexión con cualquiera de las situaciones previstas por el Derecho de la Unión.³⁸

3) Sobre los trabajadores del Grupo TUI empleados en Alemania

60. En lo referente a los trabajadores del Grupo TUI que prestan servicio en Alemania, considero, en cambio, que, contrariamente a lo que sostienen TUI y el Gobierno alemán, el artículo 45 TFUE es aplicable.

61. Por consiguiente, considero que nos encontramos efectivamente ante una situación contemplada en el artículo 45 TFUE cuando un trabajador del Grupo TUI empleado en Alemania abandone o desee abandonar dicho Estado miembro para aceptar un puesto en una filial perteneciente al mismo grupo y establecida en otro Estado miembro.

62. A diferencia de TUI, considero que no se trata de una perspectiva profesional puramente hipotética, que pueda suponer la inaplicabilidad del artículo 45 TFUE.³⁹ Muy al contrario, en el caso de un grupo de sociedades con carácter transfronterizo, como el grupo al que pertenece la sociedad recurrida,⁴⁰ la posibilidad de que un trabajador sea trasladado, sea por iniciativa propia, sea a solicitud de su empresario, entre dos sociedades vinculadas al grupo y situadas en diferentes Estados miembros me parece totalmente plausible.

63. Tampoco puedo suscribir el argumento que parece defender el Gobierno alemán, según el cual el artículo 45 TFUE no puede aplicarse a los trabajadores del Grupo TUI empleados en Alemania, toda vez que el artículo 45 TFUE, apartado 3, letra c), concede únicamente a los trabajadores el derecho de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo «de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales».

64. A este respecto, cabe señalar que el apartado 3 del artículo 45 TFUE no pretende delimitar el ámbito de aplicación de dicho artículo, sino más bien precisar el *contenido* del derecho a la libre circulación, en caso de que este artículo sea efectivamente aplicable.⁴¹

37 Me gustaría destacar que el análisis desarrollado en las presentes conclusiones no se refiere al supuesto en que el trabajador esté empleado en un centro o una sucursal dependiente situados en un Estado miembro distinto de aquel en el que esté establecida la sociedad, dado que esta situación no se da en el litigio principal. Véanse los puntos 12 y 35 de las presentes conclusiones. Por tanto, no puede excluirse que en el futuro pueda ser necesario aclarar la aplicabilidad del artículo 45 TFUE a tal situación. En efecto, en la medida en que el trabajador preste servicio directamente para la sociedad, la propia relación laboral tendrá un carácter transfronterizo.

38 Véase, en este sentido, la sentencia de 15 de enero de 1986, Hurd (44/84, EU:C:1986:2), apartado 55 y jurisprudencia citada.

39 Observo, a este respecto, que el razonamiento elaborado por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 28 de junio de 1984, Moser (180/83, EU:C:1984:233), invocado por TUI, no es aplicable a las circunstancias del presente asunto, dado que se refiere a un supuesto distinto del que se ha presentado a la apreciación del Tribunal de Justicia en el marco del presente asunto.

40 Cabe recordar que el Grupo TUI cuenta con una plantilla de aproximadamente 10 103 efectivos en Alemania y 39 536 en los demás Estados miembros de la Unión. Véase el punto 12 de las presentes conclusiones.

41 Según el artículo 45 TFUE, apartado 3, letra c), «sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores *implicará el derecho*: [...] de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales» (el subrayado es mío). En cambio, considero que esta disposición es efectivamente pertinente cuando se trata de determinar si la legislación impugnada supone una restricción de la libre circulación de los trabajadores. Véanse, a este respecto, los puntos 74 y siguientes de las presentes conclusiones.

65. Por último, debe observarse que, a diferencia de lo que parecen alegar TUI y el Gobierno alemán, la falta de armonización a nivel de la Unión en materia de participación de los trabajadores en la empresa es irrelevante para la aplicabilidad del artículo 45 TFUE en el litigio principal.

66. Si bien es cierto que, a falta de tal armonización,⁴² los Estados miembros en principio son libres de determinar el grado de implicación de los trabajadores en la gestión de las sociedades que operan en sus respectivos territorios, dicha competencia ha de ejercerse respetando el Derecho de la Unión y, en particular, las disposiciones del artículo 45 TFUE relativas a la libre circulación de los trabajadores.⁴³

67. Teniendo en cuenta todo lo anterior, considero que el artículo 45 TFUE es aplicable a los trabajadores del Grupo TUI empleados en Alemania, cuando abandonen o deseen abandonar dicho Estado miembro con el fin de aceptar un puesto en una filial vinculada al grupo y situada en otro Estado miembro.

68. Por lo tanto, en estas circunstancias, cabe plantearse la compatibilidad con el artículo 45 TFUE de una normativa como la considerada en el litigio principal. En cambio, no procede examinar esta normativa a la luz del artículo 18 TFUE.⁴⁴

69. En el análisis que desarrollaré a continuación, expondré los motivos por los cuales considero que tal normativa no restringe la libre circulación de los trabajadores [sección 4, epígrafe a)]. Con carácter subsidiario, explicaré las razones por las cuales considero que los potenciales efectos restrictivos de tal normativa están justificados por razones imperiosas de interés general [sección 4, epígrafe b)].

4. Sobre la compatibilidad de una normativa como la considerada en el litigio principal con el artículo 45 TFUE

a) Sobre la inexistencia de restricción

70. Procede señalar que, según una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, aunque por su tenor las disposiciones relativas a la libre circulación de los trabajadores tienen por objeto, en particular, garantizar el derecho al trato nacional en el Estado miembro de acogida, se oponen también a que el Estado miembro de origen obstaculice la libre aceptación y el ejercicio de un empleo por uno de sus nacionales en otro Estado miembro.⁴⁵

42 Salvo en lo referente a la sociedad europea (SE), la sociedad cooperativa europea (SCE), las empresas de dimensión comunitaria y los grupos de empresas de dimensión comunitaria, así como las fusiones transfronterizas de sociedades de capital, la cuestión de la participación de los trabajadores en la empresa no ha sido objeto de ninguna normativa a nivel europeo, salvo error por mi parte. Véanse, a este respecto, 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 (DO 2001, L 294, p. 22), la Directiva 2003/72/CE 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), la Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, 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 2009, L 122, p. 28), y el artículo 16 de la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital (DO 2005, L 310, p. 1), respectivamente.

43 Véase, en este sentido, la sentencia de 26 de febrero de 2015, Martens (C-359/13, EU:C:2015:118), apartado 23.

44 Véanse los puntos 39 y 40 de las presentes conclusiones.

45 Véase, en particular, la sentencia de 26 de mayo de 2016, Kohll y Kohll-Schlesser (C-300/15, EU:C:2016:361), apartado 36 y jurisprudencia citada.

71. En este contexto, el Tribunal de Justicia ha precisado que las disposiciones nacionales que impiden o disuaden a un trabajador nacional de un Estado miembro de abandonar su país de origen para ejercer su derecho a la libre circulación constituyen obstáculos a dicha libertad, aun cuando se apliquen con independencia de la nacionalidad de los trabajadores afectados.⁴⁶ El Tribunal de Justicia también ha declarado que el artículo 45 TFUE se opone a cualquier medida que, aunque se aplique sin discriminación por razón de la nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio por los nacionales de la Unión de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado.⁴⁷

72. Basándose en esta jurisprudencia, el Sr. Erzberger, el Órgano de Vigilancia de la AELC y la Comisión afirman que la exclusión de los trabajadores del Grupo TUI empleados en otros Estados miembros del régimen alemán de participación en la empresa supone una restricción de la libre circulación de los trabajadores en el sentido del artículo 45 TFUE. En opinión de estas partes, el hecho de que un trabajador empleado en Alemania pierda su derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones de los representantes de los trabajadores en el consejo de supervisión de la sociedad matriz del grupo, si es trasladado a una filial del grupo establecida en otro Estado miembro, puede disuadirlo de ejercer su derecho a la libre circulación o, como mínimo, hacer menos atractivo el ejercicio de este derecho. Esto es tanto más cierto respecto de los trabajadores que ya hayan sido elegidos al consejo de supervisión, puesto que deben renunciar a su mandato en dicho consejo cuando pasen a depender de una filial establecida en otro Estado miembro.⁴⁸

73. Por su parte, TUI, Betriebsrat der TUI y otros y los Gobiernos alemán, luxemburgués, neerlandés y austriaco sostienen que no existe ninguna restricción a la libre circulación de los trabajadores.

74. Debo señalar, en primer lugar, que, según lo dispuesto en el artículo 45 TFUE, apartado 3, letra c), el derecho a la libre circulación de los trabajadores, consagrado en este artículo, implica en particular el derecho de «residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, *de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales*».⁴⁹

75. Así pues, en virtud del artículo 45 TFUE, el trabajador migrante goza de igualdad de trato con los trabajadores nacionales en el Estado miembro de acogida, de manera que pueda ejercer en éste una actividad económica de conformidad con la normativa de dicho Estado miembro. En cambio, el artículo 45 TFUE no concede a dicho trabajador el derecho de «exportar» las condiciones de trabajo de las que disfruta en su Estado miembro de origen a otro Estado miembro. En efecto, tal como ha señalado el Abogado General Fennelly en sus conclusiones relativas al asunto Graf, «en condiciones normales, el trabajador migrante debe aceptar el mercado de trabajo nacional tal como lo encuentra».⁵⁰

76. Lógicamente, según jurisprudencia reiterada, el artículo 45 TFUE no se refiere a las posibles desigualdades de trato que puedan resultar, entre un Estado miembro y otro, de las divergencias existentes entre las legislaciones de los diferentes Estados miembros, siempre que éstas afecten a todas las personas comprendidas en su ámbito de aplicación según criterios objetivos independientes de su

46 Véase, en particular, la sentencia de 17 de marzo de 2005, Kranemann (C-109/04, EU:C:2005:187), apartado 26 y jurisprudencia citada.

47 Véase, en particular, la sentencia de 10 de marzo de 2011, Casteels (C-379/09, EU:C:2011:131), apartado 22 y jurisprudencia citada.

48 Además de la pérdida de influencia y prestigio, un trabajador miembro del consejo de supervisión pierde también, según el Sr. Erzberger, los derechos pecuniarios vinculados a su participación en este consejo, en caso de traslado a otro Estado miembro. El Sr. Erzberger añade que los miembros del consejo de supervisión de TUI perciben, conforme a los estatutos de la sociedad recurrida, una compensación fija de 50 000 euros anuales, que se complementa con una compensación en función de los servicios prestados, a la que se añaden asimismo dietas de asistencia. Precisa que los presidentes y sus representantes perciben un múltiplo de esta compensación.

49 El subrayado es mío. Véase también el artículo 2 del Reglamento n.º 492/2011, con arreglo al cual «todo nacional de un Estado miembro y todo empresario que ejerzan una actividad en el territorio de un Estado miembro podrán intercambiar sus demandas y ofertas de empleos, formalizar contratos de trabajo y ejecutarlos *de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en vigor, sin que de ello pueda resultar discriminación alguna*» (el subrayado es mío).

50 Conclusiones del Abogado General Fennelly presentadas en el asunto Graf (C-190/98, EU:C:1999:423), punto 32.

nacionalidad.⁵¹ En el mismo sentido, el Tribunal de Justicia también ha declarado, por lo que se refiere al artículo 18 TFUE, que no puede considerarse contraria al principio de no discriminación la aplicación de una normativa nacional por el solo hecho de que otros Estados miembros apliquen disposiciones menos rigurosas.⁵²

77. Asimismo, el Tribunal de Justicia ha declarado que el Derecho primario de la Unión no puede garantizar a un asegurado que el desplazamiento a un Estado miembro distinto de su Estado miembro de origen sea neutro en lo que respecta a la seguridad social, puesto que tal desplazamiento, habida cuenta de las disparidades existentes entre los regímenes y las legislaciones de los Estados miembros, puede ser más o menos ventajoso, según el caso, para la persona de que se trate en el plano de la protección social.⁵³ A mi modo de ver, este razonamiento es directamente extrapolable a los regímenes de los Estados miembros relativos a la participación de los trabajadores en la empresa. A este respecto, debo recordar que el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones de los representantes de los trabajadores en el consejo de supervisión de la sociedad, tal como está regulado en la normativa alemana de que se trata, constituye, en mi opinión, una condición de trabajo en el sentido del artículo 45 TFUE, apartado 2.⁵⁴

78. De ello se deduce, a mi juicio, que un trabajador que abandone Alemania con el fin de ejercer una actividad económica en otro Estado miembro no puede conservar, con arreglo al artículo 45 TFUE, el disfrute de los derechos de participación en la empresa que establece la normativa alemana. En cambio, gozará en dicho Estado miembro de derechos de participación, en la medida en que la normativa de ese Estado miembro le conceda tales derechos.

79. En el presente asunto, se plantea, no obstante, la cuestión de si estas conclusiones son también aplicables en caso de traslado del trabajador *dentro de un grupo de sociedades*. Dicho de otro modo, se debe determinar si un trabajador que es trasladado de una sociedad a otra, cuando éstas estén establecidas en diferentes Estados miembros pero pertenezcan al mismo grupo, puede invocar el artículo 45 TFUE con el fin de conservar, tras su traslado, determinados derechos en materia de participación en la sociedad matriz del grupo que le confería la legislación de su Estado miembro de origen. Esto es esencialmente lo que alegan el Sr. Erzberger, el Órgano de Vigilancia de la AELC y la Comisión.

80. Considero que debe darse una respuesta negativa a esta cuestión.

81. En efecto, no encuentro ningún fundamento en los Tratados ni en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para establecer una distinción entre el trabajador que cambie de empleo entre dos sociedades no vinculadas establecidas en diferentes Estados miembros y el que sea trasladado entre dos sociedades pertenecientes al mismo grupo de sociedades pero establecidas en diferentes Estados miembros. Desde el punto de vista de la libre circulación de los trabajadores, se trata, en ambos casos, de un desplazamiento de un Estado miembro hacia otro, con todas las implicaciones que de ello se derivan para el trabajador, incluido el cambio de las condiciones de trabajo aplicables. Como ya se ha indicado, el carácter transfronterizo del *grupo* de sociedades no influye en el hecho de que la situación laboral del *trabajador* se determina principalmente según la legislación del Estado miembro en la que se ejerce la actividad por cuenta ajena.⁵⁵

51 Véase, en particular, la sentencia de 28 de junio de 1978, Kenny (1/78, EU:C:1978:140), apartado 18.

52 Véase la sentencia de 17 de octubre de 1995, Fishermen's Organisations y otros (C-44/94, EU:C:1995:325), apartado 45 y jurisprudencia citada.

53 Véase en particular, en este sentido, la sentencia de 13 de julio de 2016, Pöpperl (C-187/15, EU:C:2016:550), apartado 24. Véanse también, en materia impositiva, las sentencias de 26 de abril de 2007, Alevizos (C-392/05, EU:C:2007:251), apartado 76 y jurisprudencia citada, y de 2 de marzo de 2017, Eschenbrenner (C-496/15, EU:C:2017:152), apartado 46.

54 Véanse los puntos 42 a 44 de las presentes conclusiones.

55 Véanse los puntos 53 a 54 de las presentes conclusiones.

82. Si bien simpatizo con la idea según la cual todo trabajador empleado por un grupo de sociedades debería disfrutar, dentro de la Unión, de los mismos derechos de participación en dicho grupo, independientemente de la ubicación de su lugar de trabajo, procede señalar que, en el estado actual del Derecho de la Unión, la implicación de los trabajadores en la gestión de las sociedades nacionales de los Estados miembros no ha sido objeto de armonización a nivel europeo.⁵⁶ A falta de tal armonización, considero que la cuestión de incluir o no a los trabajadores del grupo empleados en otros Estados miembros en el régimen nacional de participación en la empresa está sujeto a la elección de los Estados miembros.⁵⁷

83. Dicho de otro modo, considero que, en el estado actual del Derecho de la Unión, los Estados miembros no están obligados, en virtud del artículo 45 TFUE, a otorgar a los trabajadores que abandonen su territorio con el fin de ejercer una actividad económica en otro Estado miembro los mismos derechos de participación que aquellos de los que gozan los trabajadores que prestan servicio dentro del territorio nacional, pero que siempre tienen la facultad de hacerlo con arreglo a su Derecho nacional.⁵⁸

84. Por consiguiente, concluyo que una normativa como la considerada en el litigio principal, que establece que sólo los trabajadores empleados en los centros de una sociedad o en las sociedades del grupo que estén situados en el territorio nacional tienen derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones de los representantes de los trabajadores en el consejo de supervisión de la sociedad, no constituye una restricción a la libre circulación de los trabajadores en el sentido del artículo 45 TFUE.

85. En aras de la exhaustividad y en previsión de que el Tribunal de Justicia declare que una normativa nacional como la considerada en el litigio principal supone una restricción a la libre circulación de los trabajadores, en el sentido del artículo 45 TFUE, expondré en la siguiente sección las razones por las cuales considero que, en cualquier caso, dicha restricción estaría justificada.⁵⁹

56 Véase la nota 42 de las presentes conclusiones. Debo señalar que la Comisión propuso en 1972 armonizar parcialmente las normas de los Estados miembros relativas a la participación de los trabajadores en el nombramiento o la destitución de miembros del órgano de supervisión de las sociedades anónimas, iniciativa que, no obstante, no obtuvo el apoyo del Consejo. Véanse, en particular, el considerando 8 y el artículo 4 de la propuesta, presentada por la Comisión el 9 de octubre de 1972, de una quinta Directiva tendente a coordinar las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la estructura de las sociedades anónimas y a los poderes y obligaciones de sus órganos [COM(1972) 887]. La propuesta fue retirada mediante la Comunicación de la Comisión de 21 de diciembre de 2001 [COM(2001) 763 final/2].

57 Debo señalar que las legislaciones de los Estados miembros en materia de participación de los trabajadores en la empresa presentan considerables divergencias. Véase, a este respecto, el anexo III del Informe final del Grupo de Expertos, *Sistemas europeos de participación de los trabajadores*, de mayo de 1997 (Informe Davignon) (C4-0455/97) y el apartado 3.2 del Informe del Reflection Group On the Future of EU Company Law de 5 de abril de 2011, ambos elaborados a iniciativa de la Comisión. Los dos informes hacen mención expresa del régimen de participación alemán. Véase también *Unternehmens-Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedstaaten* (antes citado, nota 14) y Wansleben, T.: «Arbeitnehmermitbestimmung auf Organebene in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union im Rechtsvergleich», *Deutsche Mitbestimmung unter europäischem Reformzwang* (antes citado, nota 36), pp. 108 a 134.

58 Determinados Estados miembros conceden efectivamente a los trabajadores empleados en otros Estados miembros el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones a los órganos de administración o de gestión de las sociedades nacionales. Véanse, por lo que se refiere a Dinamarca, el artículo 140, apartado 1, y el artículo 141, apartados 1 y 3, de la lovbekendtgørelse nr. 1089 om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven) (Decreto-ley n.º 1089 sobre Sociedades), de 14 de septiembre de 2015, y los artículos 2, 15, 16 y 48 del bekendtgørelse nr. 344 om medarbejderrepræsentation i aktie- og anpartsselskaber (Decreto n.º 344 sobre la representación de los trabajadores en las sociedades), de 30 de marzo de 2012. En virtud de dichas disposiciones, los trabajadores empleados en los centros de una sociedad danesa situados en otros Estados miembros de la Unión y del Espacio Económico Europeo (EEE) están incluidos en el régimen de participación en el órgano de gestión de dicha sociedad. Asimismo, la junta general de la sociedad danesa también puede decidir incluir a los trabajadores empleados en las filiales de esta sociedad situadas en otros Estados miembros de la Unión y del EEE en el régimen de participación en el órgano de gestión de la sociedad matriz danesa. El Órgano de Vigilancia de la AELC indica que la legislación noruega también prevé la posibilidad de extender a los trabajadores del grupo que presten servicio en el extranjero el régimen de participación en el órgano de supervisión de la sociedad matriz noruega.

59 Con el mismo afán de exhaustividad, debo señalar que, en este supuesto, la jurisprudencia Graf (sentencia de 27 de enero de 2000, C-190/98, EU:C:2000:49), apartados 24 y 25 y jurisprudencia citada, invocada por varias partes e interesados, no puede aplicarse a una normativa como la considerada en el litigio principal. En efecto, la pérdida del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones de los representantes de los trabajadores en el consejo de supervisión de la sociedad y, en su caso, la pérdida del mandato en dicho consejo, en caso de traslado del trabajador a otro Estado miembro, no puede considerarse, en mi opinión, como una circunstancia demasiado aleatoria e indirecta en el sentido de esta jurisprudencia. Véase, en este sentido, la sentencia de 1 de abril de 2008, Gouvernement de la Communauté française y gouvernement wallon (C-212/06, EU:C:2008:178), apartado 51. Véase también, en un sentido análogo y en relación con la libre circulación de capitales, consagrada en los artículos 63 TFUE y siguientes, la sentencia de 14 de febrero de 2008, Comisión/España (C-274/06, no publicada, EU:C:2008:86), apartado 24.

b) Con carácter subsidiario, sobre la posible existencia de una justificación

86. Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una medida nacional que puede obstaculizar la libre circulación de los trabajadores —lo cual está, en principio, prohibido por el artículo 45 TFUE— sólo puede justificarse si persigue alguno de los objetivos legítimos establecidos en el Tratado o se justifica por razones imperiosas de interés general. En tal caso, también es necesario que su aplicación sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.⁶⁰

87. En el presente asunto, ni las partes ni los interesados que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia han invocado ninguno de los objetivos legítimos expresamente enunciados en el artículo 45 TFUE, apartado 3.⁶¹ En cambio, han invocado razones imperiosas de interés general, para el caso de que el Tribunal de Justicia estime que la legislación alemana en cuestión supone una restricción a la libre circulación de los trabajadores en el sentido del artículo 45 TFUE.

1) Sobre las razones imperiosas de interés general invocadas

88. TUI y los Gobiernos alemán y austriaco alegan, esencialmente, justificaciones basadas en el principio de territorialidad, tal como está reconocido en el Derecho internacional y el Derecho de la Unión.⁶² De este principio se desprende, a su entender, que la competencia del legislador alemán se limita al territorio alemán, lo que impide incluir a los trabajadores empleados en otros Estados miembros en el régimen alemán de participación en la empresa. El Gobierno francés opina, más bien, que el presente asunto ofrece al Tribunal de Justicia la oportunidad de acoger una nueva razón imperiosa de interés general, basada en la necesidad de reconocer la diversidad de los modelos sociales de los Estados miembros en materia de representación de los trabajadores. En la misma línea, Betriebsrat der TUI y otros hacen referencia al artículo 4 TUE, apartado 2, en virtud del cual la Unión respetará la identidad nacional de los Estados miembros. Por último, la Comisión considera que la necesidad de garantizar el buen funcionamiento de las normas en materia de participación en la empresa puede justificar una restricción de la libre circulación de los trabajadores, lo que corresponde determinar al órgano jurisdiccional nacional.⁶³

89. En cambio, el Sr. Erzberger y el Órgano de Vigilancia de la AELC opinan que las razones imperiosas de interés general invocadas en el presente asunto no pueden justificar la restricción de la libre circulación de los trabajadores que se deriva de la normativa en cuestión. Me parece que el órgano jurisdiccional remitente comparte esta postura.⁶⁴

2) Sobre la justificación basada en el principio de territorialidad

90. De entrada procede señalar que en el marco del presente asunto, el principio de territorialidad se invoca como un obstáculo a la aplicación del régimen alemán de participación en la empresa a los trabajadores empleados fuera de Alemania. En efecto, de dicho principio se desprende que el legislador alemán no posee la competencia legislativa necesaria para incluir a estos trabajadores en dicho régimen.

⁶⁰ Véase, en este sentido, la sentencia de 5 de diciembre de 2013, Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken (C-514/12, EU:C:2013:799), apartados 35 y 36 y jurisprudencia citada.

⁶¹ Cabe recordar que el artículo 45 TFUE, apartado 3, admite restricciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas.

⁶² Se hace referencia, en particular, a las sentencias de 24 de noviembre de 1992, Poulsen y Diva Navigation (C-286/90, EU:C:1992:453), apartados 9, 28 y 29; de 14 de julio de 1994, Peralta (C-379/92, EU:C:1994:296), apartados 46 y 47; de 5 de octubre de 1994, van Schaik (C-55/93, EU:C:1994:363), apartado 16; de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763), apartados 36 y ss., y de 29 de noviembre de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), apartados 43 y ss.

⁶³ A este respecto, según la Comisión, dicho órgano jurisdiccional debería verificar, en particular, si, desde un punto de vista práctico y organizativo, la participación en la empresa con arreglo a la normativa alemana puede extenderse a los trabajadores empleados en otros Estados miembros.

⁶⁴ Véase el punto 21 de las presentes conclusiones.

91. Tal como se desprende del análisis expuesto más arriba, considero que la República Federal de Alemania *no está obligada*, con arreglo al artículo 45 TFUE, a conceder a los trabajadores que abandonen su territorio con el fin de ejercer una actividad económica en otro Estado miembro, los mismos derechos de participación que aquellos de los que gozan los trabajadores empleados en Alemania con arreglo a la normativa alemana en cuestión.⁶⁵ En el caso de que el Tribunal de Justicia declare que esta normativa supone una restricción de la libre circulación de los trabajadores, en el sentido del artículo 45 TFUE, considero, no obstante, que el principio de territorialidad *no impide* a la República Federal de Alemania incluir a los trabajadores antes mencionados en su régimen de participación en la empresa.

92. El principio de territorialidad ha sido reconocido por el Tribunal de Justicia como un objetivo legítimo que puede justificar una restricción a la libre circulación, en particular, en el contexto de las normativas nacionales en materia tributaria que obstaculizan la libertad de establecimiento consagrada por el Tratado.⁶⁶ En este sentido, dicho principio se asocia a menudo a otro objetivo legítimo: el de la preservación del reparto de la potestad impositiva entre los Estados miembros.⁶⁷ A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que el principio de territorialidad tiene por función introducir, en la aplicación del Derecho de la Unión, la necesidad de tener en cuenta los límites de las competencias fiscales de los Estados miembros.⁶⁸

93. Tengo serias dudas de que la jurisprudencia en materia tributaria sea extrapolable al presente supuesto.

94. En primer lugar, en el ámbito tributario, el principio de territorialidad, tal como lo reconoce el Tribunal de Justicia, pretende resolver problemas específicos de dicho ámbito, como la necesidad de suprimir la doble imposición⁶⁹ y de prevenir situaciones que puedan afectar al derecho del Estado miembro de origen a ejercer su competencia fiscal sobre las actividades realizadas en su territorio.⁷⁰

95. Ahora bien, el régimen de participación de los trabajadores en la empresa no plantea problemas de este tipo. Considero, de este modo, que nada se opone a que un trabajador que preste servicio en una filial establecida en un Estado miembro distinto de aquel en el que se encuentra la sociedad matriz disfrute de una «doble representación»: por una parte, en la filial, en virtud de la normativa del Estado miembro en el que esté empleado, y, por otra, en la sociedad matriz, con arreglo a la normativa del Estado miembro en el que esté establecida esta sociedad.

65 Véase el punto 83 de las presentes conclusiones. Asimismo, las directivas relativas a la participación de los trabajadores en la sociedad europea (SE) y en la sociedad cooperativa europea (SCE) tampoco prevén la aplicación del régimen de participación nacional a los trabajadores empleados en otros Estados miembros. Véanse, en particular, las disposiciones de referencia previstas en la parte 1, letra a) y letra b), párrafo primero, del anexo de las Directivas 2001/86 y 2003/72. Lo mismo sucede en lo referente a la constitución del comité de empresa europeo en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, según los requisitos subsidiarios adoptados por los Estados miembros en virtud de la Directiva 2009/38. Véase el apartado 1, letra b), del anexo I de esta última Directiva.

66 Véase, en particular, la sentencia de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763), apartado 39. En aras de la exhaustividad, debo precisar que el reconocimiento por parte del Tribunal de Justicia del principio de territorialidad no se limita al ámbito tributario. Sin embargo, la jurisprudencia relativa a dicho principio en otros ámbitos no se refiere a las libertades fundamentales del Tratado y, por tanto, carece de interés para el presente asunto.

67 Véanse, en particular, las sentencias de 7 de septiembre de 2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525), apartados 41 a 46; de 29 de noviembre de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), apartados 45 a 48; de 16 de abril de 2015, Comisión/Alemania (C-591/13, EU:C:2015:230), apartados 64 y 65, y de 8 de junio de 2016, Hünnebeck (C-479/14, EU:C:2016:412), apartado 65. Véase también la sentencia de 21 de marzo de 2002, Cura Anlagen (C-451/99, EU:C:2002:195), apartado 40, en la que el Tribunal de Justicia declaró que los Estados miembros pueden «repartir entre ellos esta competencia tributaria sobre la base de criterios tales como el territorio en el que el vehículo se utiliza realmente o la residencia del conductor, que son diversos *componentes del principio de territorialidad*» (el subrayado es mío).

68 Véase la sentencia de 29 de marzo de 2007, Rewe Zentralfinanz (C-347/04, EU:C:2007:194), apartado 69, en el que el Tribunal de Justicia hace referencia a las conclusiones del Abogado General Poiras Maduro presentadas en el asunto Rewe Zentralfinanz (C-347/04, EU:C:2006:350), punto 49.

69 Véase en particular, en este sentido, la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Comisión/Portugal (C-503/14, EU:C:2016:979), apartados 50 y 51 y jurisprudencia citada.

70 Véase, en particular, la sentencia de 16 de abril de 2015, Comisión/Alemania (C-591/13, EU:C:2015:230), apartado 65 y jurisprudencia citada.

96. En segundo lugar, contrariamente a lo que alegan tanto TUI como los Gobiernos alemán y neerlandés, considero que la inclusión de los trabajadores empleados en otros Estados miembros en el régimen alemán de participación en la empresa no implica, en sí misma, una injerencia en la soberanía o en las competencias legislativas de otros Estados miembros. En efecto, estimo, al igual que el Órgano de Vigilancia de la AELC y de la Comisión, que la determinación de cuáles son los trabajadores que pueden participar en las elecciones de los miembros del consejo de supervisión de una sociedad alemana es facultad exclusiva del legislador alemán.⁷¹ En otros términos, no existe ningún conflicto de competencia.⁷²

97. En estas circunstancias, soy de la opinión de que no puede considerarse que la exclusión de los trabajadores empleados en otros Estados miembros del régimen alemán de participación en la empresa se derive del principio de territorialidad.

98. Sin embargo, el Gobierno alemán estima que en el contexto del régimen alemán de participación en la empresa se plantea la cuestión de la extraterritorialidad, por el hecho de que dicho régimen impone, en el marco del reglamento electoral,⁷³ determinadas obligaciones para la organización y la celebración de las elecciones a todas las sociedades pertenecientes al grupo de sociedades, así como a los trabajadores que participan en las elecciones.⁷⁴ Así pues, en virtud de este reglamento, las elecciones al consejo de supervisión de la sociedad alemana no se organizan de manera centralizada por parte de la dirección de esta sociedad, sino más bien de manera descentralizada por los propios trabajadores en cada sociedad del grupo. Según el Gobierno alemán, dado que las filiales establecidas en otros Estados miembros y los trabajadores que prestan servicio en ellas no son sujetos de Derecho alemán, el legislador alemán no puede imponer obligaciones de conformidad con el reglamento electoral y, por consiguiente, no puede incluirlos en el régimen alemán de participación en la empresa.

99. Por lo tanto, debo señalar que lo que obstaculiza que los trabajadores empleados en otros Estados miembros sean incluidos en el régimen alemán de participación en la empresa es, según el Gobierno alemán, la *concepción específica* de este régimen, junto con las obligaciones derivadas del reglamento electoral. La exclusión de estos trabajadores no es, por consiguiente, una necesidad absoluta vinculada a los límites del poder legislativo del legislador alemán, sino más bien la consecuencia de determinadas decisiones que éste ha tomado, en particular en lo referente a la mecánica de las elecciones.⁷⁵

100. Por lo tanto, procede examinar si la normativa de que se trata en el litigio principal puede justificarse por su objetivo de garantizar la participación de los trabajadores en la empresa, de conformidad con las particularidades sociales, económicas y culturales nacionales, como alegan, en esencia, el Gobierno francés y Betriebsrat der TUI y otros.⁷⁶

71 A este respecto, el presente asunto se distingue del que dio lugar a la sentencia de 14 de julio de 1994, Peralta (C-379/92, EU:C:1994:296), invocado por TUI y por el Gobierno alemán.

72 Véanse, a este respecto, las sentencias de 29 de marzo de 2007, Rewe Zentralfinanz (C-347/04, EU:C:2007:194), apartado 69, y de 8 de junio de 2016, Hünnebeck (C-479/14, EU:C:2016:412), apartado 66. Cabe recordar que determinados Estados miembros de la Unión y del EEE otorgan efectivamente a los trabajadores empleados en otros Estados miembros el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones relativas a los órganos de administración y gestión de las sociedades nacionales. Véase la nota 58 de las presentes conclusiones.

73 El Gobierno alemán hace referencia, en particular, al Dritte Wahlordnung zum Mitbestimmungsgesetz (3. WOMitbestG) (tercer reglamento electoral por el que se desarrolla la Ley de participación) de 27 de mayo de 2002 (BGBl. 2002 I, p. 1741), en su versión modificada en último lugar por el Verordnung (Reglamento) de 26 de agosto de 2015 (BGBl. 2015 I, p. 1443).

74 El Gobierno alemán menciona, en particular, la obligación de la filial de apoyar el establecimiento de comités electorales, de proporcionar listas de personal y otros datos para que dichos comités puedan elaborar listas electorales, con arreglo a las disposiciones alemanas pertinentes, y de liberar a los trabajadores, con pago de una remuneración, para que puedan desempeñar sus funciones en el comité electoral.

75 En la vista, el Gobierno alemán reconoció, en respuesta a una cuestión planteada por el Tribunal de Justicia, que, si la participación en la empresa se organizara de manera que la dirección de la sociedad matriz concediera el derecho de sufragio activo y pasivo a los trabajadores empleados en sus filiales en el extranjero y dicha dirección organizara por sí misma la elección, no existiría injerencia en las competencias de otros Estados miembros.

76 Véase el punto 88 de las presentes conclusiones.

3) *Sobre la justificación basada en el objetivo de garantizar la participación de los trabajadores en la empresa, de conformidad con las particularidades sociales, económicas y culturales nacionales*

101. Procede señalar que, pese a que Betriebsrat der TUI y otros se basan en el artículo 4 TUE, apartado 2,⁷⁷ en virtud del cual la Unión respetará la identidad nacional de los Estados miembros inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, el Gobierno alemán no ha invocado esta disposición.⁷⁸

102. El mismo Gobierno indica, no obstante, que la normativa alemana relativa a la participación de los trabajadores en la empresa y las disposiciones de los reglamentos electorales que regulan concretamente las elecciones de los miembros del consejo de supervisión que representan a los trabajadores están adaptadas a las estructuras empresariales, sociales y sindicales alemanas y que dicha normativa no sirve únicamente a los intereses de los trabajadores, sino más bien al interés general, por cuanto tiene por objeto garantizar la cooperación y la integración, tomando también en consideración otros intereses distintos de los propios intereses directos.⁷⁹ En la vista, este Gobierno indicó asimismo que la participación de los trabajadores es un elemento central de la cultura de cooperación en Alemania, que constituye el desarrollo legal de la libertad sindical y que permite el ejercicio de esa libertad, garantizada por la Grundgesetz (Ley Fundamental).⁸⁰

103. En estas circunstancias, no veo nada claro que se pueda calificar el régimen alemán de participación en la empresa de elemento de la identidad nacional, en el sentido del artículo 4 TUE, apartado 2. Sin embargo, no me cabe la menor duda de que este régimen constituye un elemento esencial del mercado de trabajo alemán y, de manera más general, del orden social alemán.

104. Además, se debe constatar que la participación de los trabajadores en la gestión de la sociedad constituye un objetivo legítimo con arreglo al Derecho de la Unión.⁸¹ El Derecho de la Unión reconoce, no obstante, la diversidad de las normas y prácticas nacionales en el ámbito de la política social⁸² y, más concretamente, por lo que respecta a la manera en que se implican los representantes

⁷⁷ Véase el punto 88 de las presentes conclusiones.

⁷⁸ Cabe recordar que en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia también se ha reconocido que la salvaguardia de la identidad nacional de los Estados miembros constituye un objetivo legítimo y respetado por el ordenamiento jurídico de la Unión. Véase la sentencia de 2 de julio de 1996, Comisión/Luxemburgo (C-473/93, EU:C:1996:263), apartado 35. Véanse también, en lo referente al artículo 4 TUE, apartado 2, las sentencias de 22 de diciembre de 2010, Sayn-Wittgenstein (C-208/09, EU:C:2010:806), apartado 92; de 12 de mayo de 2011, Runevič-Vardyn y Wardyn (C-391/09, EU:C:2011:291), apartado 86, y de 2 de junio de 2016, Bogendorff von Wolffersdorff (C-438/14, EU:C:2016:401), apartado 73.

⁷⁹ Basándose en la resolución del Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal, Alemania) de 1 de marzo de 1979 (1 BvR 532/77, 1 BvL 21/78, 1 BvR 419/78 y 1 BvR 533/77) (NJW 1979, p. 699), apartado 189, el Gobierno alemán señala que la legislación en materia de participación de los trabajadores en la empresa tiene como objetivo atenuar, mediante una participación institucionalizada en las decisiones empresariales, el poder de decisión de terceros que, en las sociedades de un determinado tamaño, es inherente al hecho de que los trabajadores están sujetos a la facultad de dirección y de organización de personas externas a la sociedad y sustituir la legitimación económica de la dirección de la sociedad por una legitimación social. Véase, en lo tocante al desarrollo del régimen alemán de participación en la empresa, el capítulo 3 del Informe de la Kommission Mitbestimmung, *Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen, Bilanz und Perspektiven* (antes citado, nota 36 de las presentes conclusiones).

⁸⁰ El Gobierno también menciona el hecho de que, en una carta abierta común, las organizaciones centrales de los interlocutores sociales alemanes han calificado dicho régimen de pilar social esencial del sistema social y del mercado de trabajo alemán. Siempre según dicho Gobierno, el Presidente alemán ha indicado asimismo que la participación de los trabajadores en la empresa representa un elemento de cultura nacional bien establecido, con un elemento generador de identidad.

⁸¹ Véase, en particular, el apartado 17 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores a la que se hace referencia en el artículo 151 TFUE, párrafo primero. Véase, asimismo, el artículo 153 TFUE, apartado 1, letra f). Véase también el artículo 27 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea relativo al derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa.

⁸² Véase, en particular, el artículo 151 TFUE, párrafo segundo, y el artículo 152 TFUE, párrafo primero.

de los trabajadores en el proceso de toma de decisiones de las sociedades.⁸³ En el estado actual del Derecho de la Unión, éste concede así a los Estados miembros, por una parte, la opción de adoptar o no legislación sobre la participación de los trabajadores en la empresa y, por otra, la tarea de determinar la mecánica de sus respectivos regímenes en la materia.⁸⁴

105. Por lo que respecta a las particularidades del régimen alemán de participación en la empresa, se debe señalar que este régimen se caracteriza por un nivel particularmente alto de implicación de los trabajadores en la gestión de la sociedad.⁸⁵ Al mismo tiempo, dicho régimen prevé, en virtud del reglamento electoral,⁸⁶ procedimientos relativamente complejos, que abarcan varias etapas y que tienen por objeto asegurar el buen desarrollo de las elecciones de los representantes de los trabajadores y garantizar elecciones libres, equitativas y secretas de los miembros del consejo de supervisión que representan a los trabajadores.⁸⁷ En este contexto, el Gobierno alemán indica que el régimen alemán de participación en la empresa está concebido partiendo del principio de que la organización y la celebración de las elecciones de los representantes de los trabajadores se encomiendan a los trabajadores, que deben organizarse ellos mismos, en el seno de cada sociedad del grupo, y cooperar con los sindicatos y las sociedades del grupo.

106. Opino que, en el marco de semejante régimen nacional de participación de los trabajadores, tales consideraciones relativas a la mecánica de la organización y de la celebración de las elecciones constituyen la expresión de decisiones de política económica y social legítimas, que, en el estado actual del Derecho de la Unión, corresponde determinar a los Estados miembros.⁸⁸ Por consiguiente, creo que una normativa como la considerada en el litigio principal está justificada por el objetivo de garantizar la participación de los trabajadores en la empresa de conformidad con las particularidades sociales, económicas y culturales nacionales.

107. Considero, asimismo, que esta normativa es proporcionada a ese objetivo, es decir, que es apta para garantizar la realización de la participación de los trabajadores en la empresa, de conformidad con las particularidades sociales, económicas y culturales nacionales, y que no va más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

108. A este respecto, me permito recordar que el Tribunal de Justicia ya ha precisado que no es indispensable que una medida restrictiva corresponda a una concepción compartida por el conjunto de los Estados miembros en cuanto a las modalidades de protección del derecho fundamental o interés legítimo controvertido y que, por el contrario, el mero hecho de que un Estado miembro haya elegido un sistema de protección diferente del adoptado por otro Estado miembro no excluye la necesidad y la proporcionalidad de las disposiciones adoptadas en la materia.⁸⁹

83 Véanse los considerandos 5 y 9 de las Directivas 2001/86 y 2003/72. Véase, en lo referente al principio de subsidiariedad, el considerando 20 de la Directiva 2009/38. Debo señalar que, al contrario que esta última Directiva, las Directivas 2001/86 y 2003/72 no fueron adoptadas sobre la base de las disposiciones del Tratado FUE relativas a la política social, sino más bien sobre la base del artículo 352 TFUE.

84 Véase, en lo referente a las divergencias entre las legislaciones de los Estados miembros en la materia, la nota 57 de las presentes conclusiones.

85 Cabe recordar que, en virtud de la normativa alemana en materia de participación de los trabajadores en la empresa, se concede a los trabajadores incluidos en el régimen de participación, en una situación como la considerada en el litigio principal, el derecho a designar, conjuntamente con los sindicatos, a la mitad de los miembros del consejo de supervisión de la sociedad. Véase el punto 8 de las presentes conclusiones.

86 Véase la nota 73 de las presentes conclusiones.

87 Según el Gobierno alemán, en un grupo de una cierta importancia, las elecciones de los miembros de consejo de supervisión duran entre seis y doce meses y, en la práctica, los preparativos comienzan mucho antes.

88 Véanse, en este sentido, las sentencias de 14 de julio de 1981, Oebel (155/80, EU:C:1981:177), apartado 12, y de 23 de noviembre de 1989, B & Q (C-145/88, EU:C:1989:593), apartado 14.

89 Véase la sentencia de 2 de junio de 2016, Bogendorff von Wolffersdorff (C-438/14, EU:C:2016:401), apartado 73 y jurisprudencia citada.

109. Además, procede reconocer que no es posible incluir en el ámbito de aplicación personal del régimen alemán de participación a los trabajadores empleados fuera de Alemania sin tener que modificar las características fundamentales de dicho régimen. En efecto, tal ampliación del régimen alemán supondría que la responsabilidad de la organización y la celebración de las elecciones debería ser transferida de los trabajadores y de las sociedades del grupo a la dirección de la sociedad matriz alemana, lo que iría en contra de los principios en los que se basa dicho régimen.

110. Aunque es efectivamente posible, como sugiere la Comisión, obligar a la sociedad matriz a conceder también a los trabajadores empleados en otros Estados miembros un derecho de sufragio activo y pasivo en cuanto a la composición de su consejo de supervisión, en virtud de su influencia determinante en las sociedades del grupo, considero que los Estados miembros no están obligados, con arreglo al Derecho de la Unión, a optar por tal enfoque en el marco de sus regímenes de participación de los trabajadores en la empresa.

111. En estas circunstancias, considero que, en el supuesto de que el Tribunal de Justicia declare que una normativa nacional como la considerada en el litigio principal supone una restricción a la libre circulación de los trabajadores en el sentido del artículo 45 TFUE, en el estado actual del Derecho de la Unión procede considerar que el mantenimiento de tal normativa está justificado, en la medida en que ésta es el reflejo de determinadas decisiones de política económica y social legítimas que están en manos de los Estados miembros.

112. Por todos estos motivos, soy de la opinión de que el artículo 45 TFUE no se opone a una normativa, como la considerada en el litigio principal, en virtud de la cual sólo los trabajadores empleados en los centros de una sociedad o en las sociedades del grupo situados en el territorio nacional tienen derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones de los representantes de los trabajadores en el consejo de supervisión de esta sociedad.

V. Conclusión

113. A la vista de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda de la siguiente manera a la cuestión prejudicial planteada por el Kammergericht Berlin (Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Berlín, Alemania):

«Los artículos 18 TFUE y 45 TFUE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa, como la considerada en el litigio principal, que establece que sólo los trabajadores empleados en los centros de una sociedad o en las sociedades del grupo situados en el territorio nacional tienen derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones de los representantes de los trabajadores en el consejo de supervisión de esa sociedad.»