

Arrêt *Polbud* de la CJUE : de la créature de droit national au sujet de droit de l'Union européenne

Isabelle Corbisier

1. Récemment, la CJUE a rendu un arrêt important dans l'affaire "*Polbud*"⁽¹⁾. En l'espèce, une SARL de droit polonais avait transféré son siège statutaire au Grand-Duché de Luxembourg sans y transférer son siège réel ni même une activité économique quelconque. L'avocat général J. Kokott avait émis une opinion défavorable à ce qu'un tel transfert soit protégé par les articles 49 et 54 du TFUE, reprenant à son compte une opinion répandue dans la doctrine allemande, à savoir qu'un acteur économique ne peut mettre en œuvre sa liberté d'établissement que s'il a l'intention de transférer une activité économique effective et durable dans le pays de migration⁽²⁾. Les juges de la CJUE n'ont pas suivi l'opinion de leur avocat général : "(...) *la liberté d'établissement confère à Polbud, société de droit polonais, le droit de se transformer en une société de droit luxembourgeois pour autant qu'il est satisfait aux conditions de constitution définies par la législation luxembourgeoise et, en particulier, au critère retenu par le Luxembourg aux fins du rattachement d'une société à son ordre juridique national*" (n° 35).

2. Quel chemin parcouru depuis l'arrêt *Daily Mail* (1988), par lequel la CJUE avait autorisé l'État britannique (pays de siège statutaire) à s'opposer à un transfert du siège réel vers les Pays-Bas pour des raisons fiscales ! La Cour avait mis en œuvre une conception de la société en tant que "*créature de droit national*" ("*(...) unlike natural persons, companies are creatures of the law and, in the present state of community law, creatures of national law*", n° 19) alors que l'arrêt *Polbud* couronnerait, selon certains⁽³⁾, une conception des sociétés relevant du droit d'un État membre en tant que sujets de droits de l'Union européenne.

3. Il est vrai que le chemin fut jalonné d'étapes, la CJUE prenant en quelque sorte le relais d'une Commission enlisée dans le désaccord des États membres sur le contenu de normes à adopter en matière de mobilité transfrontalière.

On peut tout d'abord regrouper trois arrêts significatifs : une société valablement constituée dans un État de siège statutaire peut déplacer son siège réel dans un autre État où elle doit être acceptée dans sa capacité juridique (*Überseering*, 2002) et habilitée à y exercer éventuellement l'ensemble de son activité économique au moyen d'un établissement secondaire (succursale), qui constitue de fait son administration centrale ou siège réel (*Centros*, 2002), et ce, sans que l'État d'accueil puisse subordonner l'acceptation de cet établissement secondaire à l'application de ses règles sociétaires internes, dans une approche consistant à considérer la société comme étant "*pseudo étrangère*" (*Inspire Art*, 2003).

Ensuite, l'arrêt *Sevic* (2005), concernant la fusion par absorption d'une société anonyme luxembourgeoise par une société allemande, admit pour la première fois qu'un établissement *primaire*, à savoir un déplacement d'une société par la voie d'une fusion transfrontalière, puisse s'opérer directement en invoquant la liberté d'établissement.

Enfin, les arrêts *Cartesio* (2008), *Vale* (2012) et *Polbud* (2017) ont, tous les trois, concerné l'autre technique (aux côtés de la fusion transfrontalière) de migration (transfert de l'établissement primaire) par la voie d'un transfert de siège. Dans l'affaire "*Cartesio*", une société avait transféré son siège réel vers un

* Prise de position personnelle de l'auteur.

1. CJUE, gr. ch., 25 octobre 2017, aff. C-106/16, *Polbud*, ECLI:EU:C:2017:804.

2. Conclusions de l'Avocat général J. KOKOTT (ECLI:EU:C:2017:351), 4 mai 2017.

3. M. COMBET, "Le renforcement du droit à transformation des sociétés dans le marché intérieur", *Sem. jur.*, n° 51, 18 décembre 2017, p. 2323 et 2327.

autre État membre, tout en souhaitant conserver la forme juridique de son État d'origine, qui s'y était opposé, à raison estima la Cour se référant à l'arrêt *Daily Mail*. Toutefois, cette décision fut particulièrement remarquée pour un *obiter dictum* (n° 111) : "(...) un tel cas de transfert du siège d'une société constituée selon le droit d'un État membre dans un autre État membre sans changement du droit dont elle relève doit être distingué de celui relatif au déplacement d'une société relevant d'un État membre vers un autre État membre avec changement du droit national applicable, la société se transformant en une forme de société relevant du droit national de l'État membre dans lequel elle se déplace". L'arrêt *Vale* consacrera la possibilité de la transformation transfrontalière par transfert de siège et changement corrélatif du droit applicable. Il concernait toutefois un cas de transfert des sièges statutaire et réel ainsi que de l'activité économique dans l'État de migration. Cette circonstance avait conduit la CJUE à formuler une observation⁽⁴⁾ qui amena certains auteurs à défendre l'opinion qu'un transfert de siège statutaire sans transfert corrélatif de siège réel ne serait pas couvert par la liberté d'établissement⁽⁵⁾. Or "*Polbud*" va à l'encontre de cette opinion.

4. À notre sens, la CJUE aurait difficilement pu rendre une décision différente dans l'affaire *Polbud*, en l'état actuel du droit de l'Union européenne, car l'article 54 du TFUE met sur un pied d'égalité les facteurs de rattachement tirés du siège statutaire et du siège réel. Ainsi, la rétention du critère du siège statutaire par le TFUE implique d'accepter que le siège réel puisse se trouver dans un autre État. En outre, il serait paradoxal d'imposer à une société transférant son siège statutaire dans un État de siège statutaire qu'elle y transfère également son siège réel, car elle pourrait alors immédiatement retransférer son siège réel dans son État d'origine en vertu de la jurisprudence *Centros-Überseering-Inspire Art*. Le principe de libre mobilité consacré par l'arrêt *Polbud* n'est toutefois pas inconditionnel : un État membre ne peut en faire profiter ses entreprises que si le critère de rattachement tiré du siège statutaire y est pratiqué. En effet, en cas d'application du critère du siège réel, l'État

concerné ne peut désormais plus s'opposer à la migration de ses sociétés vers un État de siège statutaire alors même que le siège réel demeure localisé sur son territoire; en outre, son propre droit ne s'appliquera qu'aux sociétés qui accompagneront le transfert de leur siège statutaire sur leur territoire d'un transfert du siège réel. À l'évidence, l'arrêt *Polbud* stimule une concurrence réglementaire à deux vitesses, dans laquelle les États de siège réel se trouvent engagés avec un solide handicap...

5. L'ironie de l'affaire *Polbud* est que le Luxembourg applique toujours la théorie du siège réel pour rattacher une société à son ordre juridique⁽⁶⁾. Certes, le législateur luxembourgeois s'est attaché, depuis quelques années, à réduire, sur son territoire, les inconvénients suscités par l'application de la théorie du siège réel, héritée du droit belge⁽⁷⁾. Mais l'arrêt *Polbud* pourrait amener le législateur luxembourgeois à revoir sa position, d'autant plus que le législateur belge s'apprête à abandonner la théorie du siège réel en faveur du critère du siège statutaire.

6. En septembre 2017, dans sa lettre d'intention sur l'état de l'Union, Jean-Claude Juncker annonçait un "*Train de mesures relatif au droit des sociétés de l'UE visant à tirer le meilleur parti des solutions numériques et à prévoir des règles efficaces applicables aux opérations transfrontières (...)*"⁽⁸⁾. Quelques jours avant la décision de la CJUE, la Commission signalait que sa future proposition révisée en matière de mobilité transfrontalière reposerait sur un principe d'unité des sièges⁽⁹⁾. En d'autres termes, une société transférant son siège statutaire dans un autre État membre devrait également y transférer son siège réel. Or c'est précisément ce que récuse l'arrêt *Polbud*, en se fondant sur les dispositions du TFUE, alors qu'il est fortement improbable que l'Allemagne adhère à une proposition de directive autorisant une dissociation des sièges⁽¹⁰⁾. Depuis lors, la présentation du "*EU Company Law Package*" - maintes fois repoussée - est annoncée pour les prochaines semaines.

4. N° 34 : "S'agissant de l'existence d'une restriction à la liberté d'établissement, il convient de rappeler que la notion d'établissement (...) implique l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable dans l'État membre d'accueil pour une durée indéterminée. Elle suppose, par conséquent, une implantation réelle de la société concernée dans cet État et l'exercice d'une activité économique effective dans celui-ci (...)"

5. W. BAYER et J. SCHMIDT, "Grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften : Formwechsel durch isolierte Sitzungssitzverlegung", *ZIP* 47/2017, p. 2225-2229 et la doctrine citée.

6. Art. 1300-2, al. 1er de la loi luxembourgeoise concernant les sociétés commerciales. Voyez A. STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, 5e éd., Luxembourg, Editions Saint-Paul, 2017, n° 185-186; P.-H. CONAC, "Le siège social en droit luxembourgeois des sociétés", *JTL*, 2009, p. 2-6; H. MASSARD, "Le transfert international de siège des sociétés en droit luxembourgeois", *Pas. lux.* 25, 4/2012, p. 769-795.

7. I. CORBISIER, "La réforme du droit luxembourgeois des sociétés", *RPS-TRV*, 2017, p. 416, spéc. n° 2, 49 & 79.

8. https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/letter-of-intent-2017_fr.pdf (p. 6).

9. F. SIMON, "Bruxelles s'attaque à la mobilité des sièges sociaux", *Euractiv*, 3 octobre 2017 (<https://www.euractiv.fr/section/economie/news/eu-eyes-corporate-rules-shake-up-with-law-on-seat-transfer/>).

10. Ch. TEICHMANN, "Der Fall "Polbud" : Formwechsel in die Briefkastengesellschaft", *GmbHRR*, 2017, p. 356.