

# Arrêt « Polbud » : la consécration de la *possibilité* d'un principe inconditionnel de libre mobilité

Isabelle Corbisier<sup>(\*)</sup>

- Dans son arrêt Polbud<sup>1</sup>, la Cour de justice de l'Union européenne permet qu'une transformation transfrontalière par transfert de siège puisse se faire en dissociant les sièges statutaire et réel
- Cette jurisprudence devrait accentuer le phénomène de concurrence réglementaire entre les droits des sociétés des États membres et pourrait également fragiliser encore davantage la théorie du siège réel
- L'arrêt Polbud remet possiblement en question l'approche fondée sur l'unité des sièges dans la future nouvelle proposition de 14<sup>e</sup> directive sur le transfert transfrontalier de siège

## Introduction

L'arrêt *Polbud*, qui revêt la solennité d'une décision rendue par la grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après : la « C.J.U.E. »), clôture pour l'heure une liste d'arrêts délimitant les contours de la notion de liberté d'établissement applicable aux sociétés (articles 49 et 54 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ci-après : « TFUE »)<sup>2</sup>.

## 1 Mise en contexte

On rappelle que pour les sociétés la notion de « liberté d'établissement » revêt deux formes, secondaire, qui vise la possibilité pour une société d'établir une agence, succursale ou filiale dans un autre État membre<sup>3</sup>, et primaire lorsque la société quitte le territoire de son État d'origine pour aller s'établir dans un autre État membre sans rupture de sa personnalité juridique, ayant pour cela recours soit au procédé de la fusion transfrontalière soit au transfert de siège de son État d'origine vers l'État membre d'accueil.

S'agissant de la liberté d'établissement dite « primaire », une difficulté particulière se posait dès le départ en ce que le Traité instituant la communauté économique européenne (Traité CEE,

1957), ancêtre de l'actuel TFUE, ne la consacrait pas, se contentant, par son article 220, d'inviter les États membres à adopter un nouveau traité qui réglerait la question<sup>4</sup>. Or, du fait précisément des divergences existant entre les États membres dans leur conception du facteur de rattachement applicable aux sociétés, la question ne put être réglée<sup>5</sup>.

Les divergences en question sont bien connues : s'agissant du facteur de rattachement des sociétés à leur droit, les États membres se divisent — schématiquement, des régimes intermédiaires existant à cet égard — entre les États dits de « siège réel » et ceux dits de « siège statutaire », les premiers (notamment la France et l'Allemagne) appliquant d'autorité leur droit aux sociétés en lien factuel (centre de direction ou siège réel) avec leur territoire tandis que les seconds (pays relevant de la tradition de *common law*, Pays-Bas, pays scandinaves...) reconnaissent pour leurs sociétés en lien formel (les fondateurs ont choisi d'établir leur siège statutaire sur leur territoire) avec eux. Le critère du siège réel est reconnu comme apte à prévenir les fraudes, notamment le phénomène des sociétés dites « boîtes aux lettres » mais s'avère aujourd'hui d'une manipulation malaisée du fait du développement des technologies de communication rendant difficile la localisation du centre de direction. Le critère du siège statutaire, à l'inverse, est dans l'air du temps de la contractualisation du droit des sociétés<sup>6</sup> car reposant sur le choix de la société, qui conservera l'avantage d'une certaine sécurité juridique puisque son rattachement à un ordre juridique ne pourra être remis en cause du fait du déplacement de son centre de direction<sup>7</sup>.

(\*) L'auteure est Associate Professor of European and Comparative Commercial Law à l'Université du Luxembourg (Luxembourg) et professeur invité à l'École de gestion de l'Université de Liège (Belgique). (1) Arrêt *Polbud*, 25 octobre 2017, aff. C-106/16, EU:C:2017:804. (2) Arrêts *Daily Mail*, 27 septembre 1988, aff. 81/87, EU:C:1988:456 ; *Centros*, 9 mars 1999, aff. C-212/97, EU:C:1999:126 ; *Überseering*, 5 novembre 2002, aff. C-208/00, EU:C:2002:632 ; *Inspire Art*, 30 septembre 2003, aff. C-167/01, EU:C:2003:512 ; *Sevic*, 13 décembre 2005, aff. C-411/03, EU:C:2005:762 ; *Cartesio*, 16 décembre 2008, aff. C-210/06, EU:C:2008:723 et *Vale*, 12 juillet 2012, aff. C-378/10, EU:C:2012:440. (3) L'article 49, alinéa 1<sup>er</sup>, TFUE dispose en effet que « (...) les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre ». (4) L'article 220 disposait que : « Les États membres engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants : (...) la reconnaissance mutuelle des sociétés au sens de l'article 58, alinéa 2, le maintien de la personnalité juridique en cas de transfert du siège de pays en pays et la possibilité de fusion de sociétés relevant de législations nationales différentes, (...) ». Cette disposition ne figure plus dans l'actuel TFUE (Traité de Lisbonne, 2007). (5) Ainsi notamment la Convention du 29 février 1968 sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales (dont le texte peut être consulté sous le lien suivant, p. 11 : <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/rgd/1973/06/20/n1/jo>) n'entra jamais en vigueur du fait du refus de ratification opposé par les Pays-Bas. Pour un exposé notamment historique, cons. G. Mustaki et V. Engammare, *Droit européen des sociétés*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2009. (6) Voy. I. Corbisier, *La société : contrat ou institution ?*, Bruxelles, Larcier, 2011. (7) Pour un exposé synthétique sur cette question dite de la « nationalité » des sociétés, cons. J. Malherbe, Y. De Cordt, P. Lambrecht et P. Malherbe, *Droit des sociétés - Précis - Droit européen, droit belge*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, nos 1740-1748 ; A. Steichen, *Précis de droit des sociétés*, 5<sup>e</sup> éd., Luxembourg, Éditions Saint-Paul, 2017, nos 184-192.

## Commentaires

Dans ce contexte, la C.J.U.E. se montra d'abord circonspecte dans l'affaire *Daily Mail* (1988), se référant à l'article 220 (précité) du Traité CEE et mettant en œuvre une conception de la société en tant que « créature » de droit national, autorisant l'État britannique (pays de siège statutaire) à s'opposer au transfert du siège réel de la société vers les Pays-Bas pour des raisons fiscales<sup>8</sup>. La déception suscitée par cette décision notamment dans les milieux d'affaires fut à l'origine du dépôt par la Commission d'un avant-projet de 14<sup>e</sup> directive relative au transfert de siège (1997) mais celui-ci ne tarda pas à s'enliser<sup>9</sup>.

Ce fut donc, d'abord à la surprise générale, la C.J.U.E. qui prit le relais pour faire progresser la cause de la mobilité des sociétés dans l'Union européenne à dater de l'arrêt *Centros* (1999). Aux fins d'une analyse synthétique on peut regrouper les arrêts *Centros*, *Überseering* (2002) et *Inspire Art* (2003) : 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 et à ester en justice (*Überseering*), doit être 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*) 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*)<sup>10</sup>. Ensuite, l'arrêt *Sevic* (2005) posa 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 sous le couvert des dispositions du TFUE (articles 49 et 54) en matière de liberté d'établissement.

Les arrêts *Cartesio* (2008), *Vale* (2012) et *Polbud* (2017) concernent tous les trois la technique de migration (établissement primaire) par la voie d'un transfert de siège. Dans le premier cas (*Cartesio*), une société avait transféré son siège réel vers un autre État membre tout en souhaitant conserver la forme juridique de son État d'origine, ce à quoi ce dernier s'était opposé, à raison estima la Cour se référant à l'arrêt *Daily Mail*. Toutefois cette décision fut plus particulièrement remarquée pour un *obiter dictum* aux termes duquel : « (...) 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 »<sup>11</sup>. L'arrêt *Vale* (2012) consacra la possibilité de la transformation transfrontalière par transfert de siège et changement corrélatif du droit applicable, opération qui, néanmoins, n'est pas sans susciter des difficultés procédurales en l'absence d'une harmonisation européenne en la matière puisque les règles relevant de deux ordres juridiques différents doivent être

combinées et appliquées successivement. L'arrêt *Vale* concernait toutefois un cas de transfert des sièges statutaire et réel. En outre la société transférait également son activité économique dans l'État de migration. Cette circonstance a amené la C.J.U.E. à formuler une considération<sup>12</sup> qui, spécialement en doctrine allemande, a amené 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<sup>13</sup>. Or, l'affaire *Polbud* concerne précisément un cas de transfert de siège statutaire sans transfert corrélatif du siège réel.

## 2 L'arrêt *Polbud*

En 2011, les associés de *Polbud*, à savoir une société à responsabilité limitée polonaise, décidèrent de transférer le siège statutaire de la société au Luxembourg, sans que le centre de direction ou le lieu de l'exercice de son activité économique ne s'en trouvent modifiés. Le droit polonais reconnaît la continuité de la personnalité juridique en cas de transfert de siège mais impose la mise en œuvre d'un processus de dissolution-liquidation à cette occasion, qui fut enclenché mais non mené à son terme par la société. En 2013 le transfert de siège fut effectivement réalisé devant notaire au Luxembourg, les statuts de la société étant adaptés à la forme d'une s. À r.l. de droit luxembourgeois et le nom de la société étant changé à cette occasion. La société fut alors immatriculée au registre des sociétés luxembourgeois et sollicita sa radiation du registre polonais, radiation qui fut refusée par les autorités polonaises, arguant du fait que la liquidation n'avait pas été menée à son terme, la société répliquant qu'il n'y avait pas lieu d'y procéder puisque la société continuait son existence en tant que personne morale de droit luxembourgeois. L'affaire aboutit *in fine* devant la Cour suprême qui posa à la C.J.U.E., en substance (résumé), les questions de savoir si la liberté d'établissement couvre la situation d'une société déplaçant son siège statutaire en vue de sa transformation transfrontalière sans transfert corrélatif de son siège réel et, d'autre part, si cette liberté s'oppose à une réglementation étatique imposant un processus de dissolution-liquidation à l'occasion de ce transfert.

La Cour répond par l'affirmative à ces deux questions, choisissant, s'agissant de la première, de ne pas suivre les conclusions de l'avocat général Kokott qui, invoquant l'arrêt *Vale*<sup>14</sup>, avait considéré qu'une opération de transfert de siège statutaire en vue d'une transformation transfrontalière n'était couverte par la liberté d'établissement que pour autant qu'il existe ou soit envisagée une implantation réelle dans l'État de migration aux fins de l'exercice d'une activité économique effective. La C.J.U.E. y opposa sa jurisprudence *Centros* (la société concernée en cette affaire ayant été constituée dans un État où elle n'avait pas l'intention d'exercer d'activité économique).

(8) La formulation retenue dans la version anglaise de l'arrêt est particulièrement frappante (point 19) : « (...) it should be borne in mind that, unlike natural persons, companies are creatures of the law and, in the present state of community law, creatures of national law. They exist only by virtue of the varying national legislation which determines their incorporation and functioning ». (9) Voy. notamment W. Bayer et J. Schmidt, « Grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften : Formwechsel durch isolierte Satzungssitzverlegung », ZIP 47/2017, 2225-2234, 2225-2226. (10) *Ibidem*, 2226. (11) Point 111 de l'arrêt *Cartesio*, précité. (12) Point 34 de l'arrêt *Vale*, précité : « S'agissant de l'existence d'une restriction à la liberté d'établissement, il convient de rappeler que la notion d'établissement, au sens des dispositions du Traité relatives à la liberté 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 (arrêt du 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas*, aff. C-196/04, EU:C:2006:544, point 54 ainsi que jurisprudence citée) ». (13) W. Bayer et J. Schmidt, *op. cit.*, pp. 2228-2229. (14) Conclusions de l'avocat général J. Kokott, présentées le 4 mai 2017, EU:C:2017:351, point 34.

La consultation de la doctrine publiée à propos de l'arrêt *Polbud*, spécialement en France et en Allemagne, révèle à la fois une certaine convergence dans l'interprétation à lui conférer et un sentiment mitigé, surtout en Allemagne, à l'endroit de la décision formulée par la C.J.U.E. s'agissant de la possibilité de transférer le siège statutaire avec changement de droit applicable sans transfert corrélatif du siège réel.

Ainsi la C.J.U.E. a mis en évidence que le facteur de rattachement (siège réel ou siège statutaire) demeure, en l'état actuel du droit de l'Union (l'article 54 TFUE les mettant sur un pied d'égalité), de la compétence des États membres<sup>15</sup>, en telle sorte qu'une société peut se transformer en une société relevant du droit d'un autre État membre à condition de respecter le critère de rattachement de ce dernier et donc éventuellement celui tiré du seul siège statutaire<sup>16</sup>. Par ailleurs les sociétés semblent ressortir de l'arrêt *Polbud* dotées du statut de véritable « sujets de droit » de l'Union européenne, aux antipodes des entités artificielles tirant leur existence d'un ordre juridique national (*Daily Mail*)<sup>17</sup> : les personnes morales disposent désormais de la possibilité de choisir, selon un principe de libre mobilité inconditionnelle selon certains<sup>18</sup>, le droit qui leur sera applicable<sup>19</sup> non seulement à l'occasion de leur constitution (*Centros*) mais également en cours de vie sociale<sup>20</sup>. Par conséquent, l'arrêt *Polbud* aura pour effet de stimuler la concurrence réglementaire entre les États membres en ce qui concerne leur droit des sociétés<sup>21</sup>. Cette liberté connaît toutefois une limite : celle posée par les États membres appliquant le critère du siège réel. En effet le droit de ces derniers ne pourra être applicable que si le transfert du siège statutaire s'accompagne du transfert du siège réel<sup>22</sup>. Cette liberté est donc une *possibilité* et non pas une conséquence nécessaire de la mise en œuvre de la liberté d'établissement et ce même si certains estiment que l'arrêt *Polbud* porte un « coup de grâce » à la théorie du siège réel<sup>23</sup>.

Si certains approuvent la jurisprudence *Polbud*<sup>24</sup>, d'autres ne sont pas tendres à son endroit<sup>25</sup>, spécialement en Allemagne où, pré-

cisément, avait été défendue avec le plus de vigueur l'opinion selon laquelle la liberté d'établissement ne pouvait couvrir le transfert du siège statutaire qu'en corrélation avec l'exercice d'une activité économique effective dans l'État de migration<sup>26</sup>. Il est relevé que si cette décision n'impose pas aux États membres d'accepter que des sociétés « boîtes aux lettres » se constituent sur leur territoire, ils ne pourront s'opposer à ce que d'autres États membres laissent des sociétés boîtes aux lettres opérer sous leur bannière<sup>27</sup>. D'autre part, un caractère « anachronique » est relevé pour cette jurisprudence, à l'ère post Brexit (le Royaume-Uni étant le partisan le plus influent de la théorie du siège statutaire) et au moment où l'Union européenne s'attache à répondre aux scandales LuxLeaks, Panama papers et Paradise papers<sup>28</sup>. De fait, juste avant que la C.J.U.E. ne rende sa décision dans l'affaire *Polbud*, la Commission remettait le projet de 14<sup>e</sup> directive sur le transfert transfrontalier de siège sur le métier en comptant faire prévaloir un principe d'unité des sièges<sup>29</sup> récusé par la C.J.U.E. dans sa décision *Polbud*.

## Conclusion

Pour notre part nous estimons que la C.J.U.E. ne pouvait rendre une décision différente de celle qu'elle a rendue dans l'affaire *Polbud*, en l'état du droit de l'Union européenne. En effet, le TFUE place sur un pied d'égalité les critères de rattachement en termes de siège statutaire ou de siège réel. Or l'acceptation du critère du siège statutaire par le TFUE implique que l'on accepte que le siège réel puisse se trouver dans un autre État. En outre, ainsi que l'on fait observer W. Bayer et J. Schmidt<sup>30</sup>, 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 re-transférer son siège réel dans son État d'origine en vertu de la jurisprudence *Centros-Überseering-Inspire Art* telle que résumée ci-avant.

(15) Voy. point 43 de l'arrêt commenté. (16) Cons. notamment : D. Simon, *V<sup>o</sup> « Liberté d'établissement - Transfert du siège d'une société commerciale »*, *Encyclopédie Europe*, n<sup>o</sup> 12, LexisNexis, décembre 2017, comm. 462 ; T. Mastrullo, « Droit à la transformation transfrontalière des sociétés dans l'Union : la C.J.U.E. passe la troisième ! », *Bull. Joly - Sociétés*, pp. 19 et s. (17) M. Combet, « Le renforcement du droit à transformation des sociétés dans le marché intérieur », *Sem. jur.*, n<sup>o</sup> 51, 18 décembre 2017, pp. 2322-2327, 2323 et 2327. (18) L. d'Avout, « Vers l'itinérance inconditionnelle (ou nomadisme) des sociétés en Europe ? », *Rec., Dalloz*, 2017, pp. 2512 et s., n<sup>os</sup> 1 (« figure de la mobilité juridique inconditionnelle, sans expansion spatiale de l'activité économique sous-jacente »), 2, 9 et 10. (19) E.-M. Kieninger, « Niederlassungsfreiheit als Freiheit der nachträglichen Rechtswahl - Die Polbud-Entscheidung des EuGH », *NjW*, pp. 3624-3627, 3626. Et ce à l'encontre de l'opinion de l'avocat général J. Kokott qui estimait (conclusions précitées, point 38) que la liberté d'établissement couvrirait le libre choix du lieu d'exercice de l'activité économique et non le choix du droit applicable. (20) L. d'Avout, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 1 et 8. (21) E.-M. Kieninger, *op. cit.*, 3624 ; J. Meeusen, « Het Polbud-arrest van het Hof van Justitie : Europese vennootschapsmobiliteit op nieuwe wegen », *R.W.*, 2017-2018, 602. Cons. généralement sur ce thème : A. Cotiga, *Le droit européen des sociétés - Compétition entre les systèmes juridiques dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2013. (22) Pour cette observation effectif, contrairement W. Bayer et J. Schmidt, *op. cit.*, pp. 2231-2232. (23) J. Meeusen, *op. cit.* (24) C'est le cas de W. Bayer et J. Schmidt, *op. cit.* ; J. Meeusen, *op. cit.* (on sait à cet égard que la Belgique devrait prochainement, à l'occasion d'une réforme de son droit des sociétés, délaisser le critère du siège réel au profit du siège statutaire) ; plutôt approuvateur également : S. Stiegler, « Grenzüberschreitender Formwechsel : Zulässigkeit eines Herausformwechsels - Die Polbud-Entscheidung und ihre Konsequenzen », *AG*, 2017, pp. 846-852, (25) En France c'est particulièrement le cas de L. d'Avout (*op. cit.*) qui partage l'opinion soutenue par l'avocat général Kokott et qui qualifie la C.J.U.E. de « souverain de fait qui gouverne mal », capable de « duperies » par rapport au contenu de sa jurisprudence antérieure. (26) La majorité de la doctrine allemande apparaît ainsi défavorablement critique à l'endroit de l'arrêt *Polbud* : voy. Kindler, *Münchener Kommentar zum BGB*, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, C.H. Beck, 7. Auflage, 2018, n<sup>o</sup> 138b et 832 (manque au but d'intégration du marché intérieur sous-tendant la liberté d'établissement, référence à Vale et son exigence d'un établissement effectif, contrairement au principe d'unité des sièges figurant au Règlement de 2001 organisant la société européenne) ; E.-M. Kieninger, *op. cit.*, p. 3626. (27) P. Stelmaszczyk, « Grenzüberschreitender Formwechsel durch isolierte Verlegung des Sitzungssitzes EuGH präzisiert den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit », *EuZW*, 2017, pp. 890-894, 893-894 ; C. Teichmann, « Der Fall "Polbud" : Formwechsel in die Briefkastengesellschaft », *GmbHRR*, 2017, pp. 356-358, 357. (28) P. Stelmaszczyk, *op. cit.*, p. 894. (29) F. Simon, « Bruxelles s'attaque à la mobilité des sièges sociaux », *Euractiv*, 3 octobre 2017 sous le lien suivant : <https://www.euractiv.fr/section/economie/news/eu-eyes-corporate-rules-shake-up-with-law-on-seat-transfer/>. (30) W. Bayer et J. Schmidt, *op. cit.*, pp. 2230-2231.