

# FUSIONS ET ACQUISITIONS EN POLOGNE : RÉGIME JURIDIQUE



*par Lucien Peczynski,  
Copernic Avocats*

## INFORMATIONS GÉNÉRALES

Remarque : la présente étude concerne essentiellement les sociétés de capitaux définies comme telles par le Code des sociétés commerciales polonais, à savoir les sociétés à responsabilité limitée (sp. z o.o., appelées ci-après par commodité SARL) et les sociétés anonymes (ci-après S.A.). Précisons que les autres sociétés commerciales en Pologne sont : la société en nom collectif, la société civile professionnelle, la société en commandite simple et en commandite par actions.

## DISPOSITIONS APPLICABLES AUX FUSIONS-ACQUISITIONS

Les opérations de fusions et d'acquisitions sont régies par de nombreux textes de loi, tels que :

- Le Code de sociétés commerciales
- Le Code civil
- Le Code du travail
- La loi sur la protection de la concurrence et des consommateurs
- La loi sur la privatisation et la commercialisation
- La loi sur l'acquisition de biens immobiliers par les étrangers

Les dispositions polonaises s'inspirent largement du droit de l'Union Européenne ainsi que du droit anglo-saxon. Néanmoins, les opérations de fusion-acquisition doivent respecter de nombreuses dispositions impératives du droit polonais auxquelles il ne peut être dérogé.

## TYPOLOGIE DES FUSIONS-ACQUISITIONS

D'une manière générale, les opérations portent soit sur des titres de sociétés, soit sur des actifs. Ce choix conditionne le déroulement de l'ensemble de la transaction : de l'étendue de l'audit juridique jusqu'aux formalités à effectuer.

Même si chaque opération présente des caractéristiques propres adaptées aux besoins de l'investisseur ainsi qu'aux sociétés participantes, il est possible de distinguer les modalités suivantes :

- la fusion (par constitution d'une nouvelle société ou par absorption)
- la scission (par absorption ou par constitution d'une nouvelle société sans ou avec disparition de la société scindée)
- l'acquisition des titres d'une société (parts sociales ou actions)
- l'acquisition soit d'un fonds de commerce ou d'une branche organisée de celui-ci, soit de certains actifs déterminés

### ÉTAPE PRÉPARATOIRE

En pratique, les parties concluent fréquemment un contrat préliminaire (par ex. contrat de confidentialité et engagement de négociier de bonne foi) ou sous conditions suspensives (consistant, par ex., dans l'obtention d'un financement, d'une autorisation ou encore dans l'attente du résultat positif d'un audit) dont dépendra la conclusion définitive de l'opération.

### FRAIS DE PUBLICATION

Les opérations de fusion, de scission, d'acquisition de titres ou d'une entreprise requièrent un enregistrement auprès du registre compétent pour chaque société concernée. Elles sont par ailleurs publiées au Bulletin officiel. Les frais d'inscription au registre et de publication s'élèvent à 80 euros environ.

### AGRÈMENTS PRÉALABLES

#### CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS

Une concentration doit être notifiée au préalable au Président de l'Office de la Protection de la Concurrence et des Consommateurs (UOKiK, équivalent de l'Autorité de la Concurrence en France) si au cours de l'exercice précédent, le chiffre d'affaires total de l'ensemble des sociétés prenant part à l'opération (et des groupes dont elles font partie) dépasse l'un des deux seuils suivants :

- 1 milliard euros dans le monde,
- 50 millions euros en Pologne.

L'opération n'est pas soumise à l'obligation de notification à l'UOKiK si la société cible n'a pas réalisé plus de 10 millions euro de chiffre d'affaires en Pologne au cours des deux derniers exercices ou lorsqu'elle est effectuée au sein d'un même groupe.

Le Président de l'UOKiK peut refuser l'agrément uniquement dans l'hypothèse où la concentration restreindrait la concurrence de manière significative ce qui a lieu en principe en cas de création ou de renforcement d'une position dominante sur le marché. Par ailleurs, sa décision peut comporter certaines conditions qui devront être remplies afin d'obtenir l'agrément.

Les parties ne peuvent réaliser l'opération qu'après l'obtention de la décision du Président de l'Office de la Protection de la Concurrence et des Consommateurs.

Les frais administratifs de la procédure devant l'UOKiK s'élèvent à 15.000 zł (+/- 3.400 euros) indépendamment du nombre de parties prenant part à l'opération ou de sa valeur.

Par contre, si l'opération présente une dimension internationale, c'est la Commission Européenne qui est compétente pour accorder l'autorisation sans qu'il soit nécessaire d'obtenir l'agrément de l'UOKiK.

### AGRÈMENT DU MINISTRE DES AFFAIRES INTÉRIEURES

Lorsqu'une société étrangère envisage d'acquérir des titres d'une société commerciale polonaise propriétaire d'un bien immobilier, un agrément préalable du Ministre des affaires intérieures est requis. Cette condition ne s'applique pas aux sociétés de l'Espace Economique Européen..

La procédure d'agrément est soumise à une taxe de 1.570 zł (+/- 350 euros).

### DISPOSITIONS SPÉCIFIQUES AUX DIFFÉRENTS TYPES D'OPÉRATIONS

#### ACQUISITION DE TITRES DE SOCIÉTÉS (PARTS SOCIALES OU ACTIONS)

La loi ne prévoit pas de limitation quant à la libre cessibilité à un tiers de parts sociales (SARL) ou d'actions nominatives (S.A.) ; les statuts peuvent néanmoins prévoir une telle forme de contrôle, par exemple par la soumission de l'opération à l'accord d'un organe de la société.

L'acte de cession de parts sociales (SARL) revêt une forme écrite, les signatures devant être certifiées par un notaire. La cession d'actions nominatives s'opère par inscription d'une mention sur l'action elle-même, accompagnée d'un transfert de l'action. Quant aux actions au porteur, un simple transfert de l'action suffit. Enfin, les actions des sociétés cotées sont cédées par inscriptions en compte-titres.

Les dispositions générales relatives à la garantie des vices cachés des biens cédés s'appliquent pour l'acquisition de titres. Cependant, cette garantie ne s'applique en principe qu'à l'objet de la transaction, à savoir le titre acquis, et ne s'étend pas aux vices cachés des actifs de la société. Il est par conséquent souhaitable de prévoir de telles dispositions dans le contrat par le biais d'une garantie d'actif et/ou de passif.

Après la cession, il convient de notifier le changement d'associé/d'actionnaire à la société concernée. Dans le cas d'une SARL, chaque partie à la transaction peut y procéder alors que l'inscription dans le livre d'actions d'une S.A. est effectuée à la demande de l'acquéreur des actions.

Lorsque l'acquéreur des titres (appelée « société dominante ») est une société commerciale qui vient à détenir plus de la moitié des titres d'une société (SARL ou S.A.) dont les titres ont été cédés, il est également tenu d'en informer cette dernière dans le délai de 2 semaines à compter de la naissance de la « relation de domination ». A défaut, la société acquéreur ne pourra exercer son droit de vote pour les titres représentant plus de 33 % du capital social de la société « dépendante ».

La cession de parts sociales ou d'actions n'est pas soumise à la TVA. Sauf en cas de cession d'actions de sociétés cotées, l'acquéreur est tenu d'acquitter l'impôt sur les transactions civiles (PCC) à hauteur de 1% de la valeur vénale des titres. Le cédant est imposé sur la plus-value éventuellement réalisée au taux de 19%.

**ACQUISITION SOIT D'UN FONDS DE COMMERCE OU D'UNE BRANCHE ORGANISÉE DE CELUI-CI, SOIT DE CERTAINS ACTIFS DÉTERMINÉS**

La notion d'entreprise est proche de celle du fonds de commerce en droit français. Elle désigne l'ensemble des éléments matériels et immatériels permettant d'exercer une activité économique. Elle comprend notamment la propriété (et les droits voisins) des biens mobiliers et immobiliers, les licences, les concessions et les autorisations, le savoir-faire, les marques et les brevets. Il convient de souligner que la cession d'entreprise n'entraîne qu'un transfert d'actifs. Par conséquent, l'acquéreur est tenu d'obtenir l'accord de chaque contractant pour assurer le transfert des contrats. Par ailleurs, la cession d'entreprise ou d'une branche organisée de celle-ci entraîne le transfert des salariés ou de ceux dont le travail est lié à cette branche organisée. Par mesure de simplification, nous utiliserons par la suite l'expression « fonds de commerce » pour qualifier cette notion d'entreprise.

La cession du fonds de commerce requiert, pour les SARL, une résolution des associés adoptée à la majorité de 2/3 des voix, pour les S.A. une décision des actionnaires adoptée à la majorité des 3/4 des voix. Les mêmes modalités s'appliquent à la cession d'une branche organisée du fonds de commerce et, dans les SARL uniquement, à la cession d'actifs dont la valeur dépasse le double du capital social.

Comme pour la cession de parts sociales, l'acte de cession du fonds de commerce est obligatoirement établi par écrit avec signatures certifiées par notaire. Par ailleurs, lorsque le fonds de commerce comporte un bien immobilier, le contrat de cession doit être conclu sous la forme d'un acte notarié.

L'acquéreur et le vendeur sont solidairement responsables des dettes de ce dernier dans le cadre de son activité économique sauf si l'acquéreur peut faire la preuve, qu'avec toute la diligence nécessaire, il ne pouvait en avoir connaissance. La responsabilité de l'acquéreur est limitée par la composition du fonds de commerce existant au jour de la cession mais sa valeur est calculée au jour où le créancier est payé.

Les dispositions générales relatives à la garantie de vices cachés s'appliquent également aux acquisitions de fonds de commerce ou d'une branche organisée de celui-ci.

Le régime fiscal varie en fonction du type d'opération réalisée. Ainsi, la cession de fonds de commerce ou d'une branche organisée de celui-ci n'est pas soumise à la TVA.

Elle relève de l'impôt sur les transactions civiles (PCC) s'élevant à 1% ou 2% de la valeur de l'opération dont est redevable l'acquéreur suivant la nature de chaque bien cédé. Le vendeur est imposé sur la plus-value éventuellement réalisée au taux de 19% s'il s'agit d'une société commerciale, au taux progressif de 18% et de 32% pour les personnes physiques. L'acquéreur et le vendeur sont solidairement responsables des impôts non acquittés par ce dernier dans le cadre de son activité économique.

S'agissant de la cession d'actifs déterminés, elle est soumise à la TVA dont le taux de base s'élève à 23%. Certains biens sont imposables à des taux réduits, voire exonérés de TVA. Lorsque la cession n'est pas soumise à la TVA, l'impôt sur les transactions civiles au taux de 1% ou 2% sur la valeur de l'opération s'applique selon la nature des actifs cédés. Le vendeur est imposé sur la plus-value éventuellement réalisée au taux de 19% s'il s'agit d'une société commerciale, au taux progressif de 18% et de 32% pour les personnes physiques. Par contre, l'acquéreur n'est pas solidairement responsable des impôts non acquittés par le vendeur dans le cadre de son activité économique.

**FUSIONS**

La fusion est une opération effectuée soit par le transfert de l'ensemble du patrimoine d'une société (absorbée) à une autre société (absorbante) en contrepartie de titres de la société absorbante octroyés aux associés de la société absorbée (fusion absorption), soit par la création d'une société de capitaux à laquelle est transféré le patrimoine de l'ensemble des sociétés participantes (fusion par création d'une société nouvelle). Il est également possible de réaliser une fusion « à l'envers » par laquelle la société dépendante absorbe une société dominante.

L'opération débute par l'élaboration d'un projet de traité de fusion entre les sociétés participantes. La version définitive de ce projet, accompagnée de la demande de désignation d'un expert ad hoc, doit être notifiée au registre compétent pour chaque société participant à la fusion. Il convient de publier le projet de traité de fusion au moins un mois avant la date de la réunion de l'assemblée des associés/actionnaires des sociétés participantes devant statuer sur l'opération. Cette publication s'effectue soit au Bulletin officiel soit par Internet. Le projet doit faire l'objet d'un rapport écrit établi par l'expert ad hoc dans un délai de deux mois à compter de sa désignation qui peut toutefois ne pas être établi si tous les associés/actionnaires le décident.

Le directoire de chaque société participante est également tenu d'élaborer un rapport détaillant le but de la fusion, ses fondements légaux et économiques et notamment la parité d'échange des parts sociales/actions retenue. Ici encore, ce rapport n'aura pas à être établi si tous les associés/actionnaires

le décident. Les associés/actionnaires sont informés à deux reprises du projet de fusion (ceci selon les modalités prévues pour la convocation des assemblées d'associés/d'actionnaires). La première information, qui a lieu au moins un mois avant la date de l'assemblée envisagée, est suivie d'une deuxième information au moins deux semaines plus tard.

La fusion requiert une décision de l'assemblée des associés/actionnaires de chaque société à la majorité des 3/4 des voix représentant au moins la moitié du capital social. Cette majorité est réduite à 2/3 du capital social pour les sociétés cotées. Les statuts peuvent prévoir des conditions de vote plus rigoureuses. Enfin, la décision de l'assemblée est communiquée par chaque directoire au registre compétent. Les directoires déposent également une demande d'inscription de la fusion au registre de la société absorbante ou nouvellement créée ; c'est au jour de cette inscription que la fusion intervient au plan juridique et fiscal. C'est également à ce jour que la société absorbante ou nouvellement créée est subrogée dans l'ensemble des droits et obligations de la société absorbée, y compris pour les autorisations administratives faisant partie de ses actifs apportés (sauf dispositions légales ou administratives contraires). La date de fusion est en réalité du ressort du registre compétent ; en pratique, les sociétés participant à l'opération prennent le soin de déposer leur demande d'inscription modificative 3 à 4 semaines à l'avance et suggèrent simplement au registre une date de réalisation.

Il existe une procédure simplifiée dont peuvent bénéficier les sociétés absorbantes détenant au moins 90% du capital social de la société absorbée. Les fusions simplifiées ne nécessitent pas l'élaboration d'un rapport du directoire sur la fusion, d'examen du projet de fusion par un expert ad hoc ni de résolution de l'assemblée des associés/actionnaires. La procédure est par conséquent moins coûteuse et plus rapide. L'absorption d'une filiale à 100% est encore plus aisée, notamment par l'absence de parité d'échange.

Il est possible, depuis 2008, de réaliser sur la base des règles communautaires une fusion entre une société de capitaux ou en commandite par actions avec une société étrangère immatriculée dans l'Espace Économique Européen.

En principe, les fusions ne sont pas soumises à la TVA ni à l'impôt sur les transactions civiles (PCC) et les sociétés participantes à l'opération bénéficient d'un régime de faveur en matière d'impôt sur les sociétés.

### ACQUISITION D'UN FONDS DE COMMERCE DANS LE CADRE D'UNE LIQUIDATION VOLONTAIRE OU D'UNE PROCÉDURE COLLECTIVE

Une société en liquidation volontaire peut prendre part à une fusion à condition que le partage de ses biens entre les associés/actionnaires n'ait pas encore débuté.

S'agissant des sociétés en redressement ou en liquidation judiciaire, elles ne peuvent ni fusionner ni se scinder. Cette interdiction ne s'applique pas en cas d'adoption d'un plan de redressement.

Par contre, le fonds de commerce d'une société bénéficiant d'une procédure collective peut être acquis par voie d'enchères publiques, voire de gré à gré sous certaines conditions. Le fonds de commerce ainsi acquis ne comprend que des actifs et est libre de droits des tiers.

### OBLIGATIONS RÉSULTANT DU DROIT DU TRAVAIL

Les obligations relatives au droit du travail varient en fonction du type d'opération.

- Si celle-ci porte uniquement sur les parts sociales ou les actions, elle n'influe, en principe, pas sur les obligations de l'employeur envers les salariés. De plus, elle n'engendre pas automatiquement d'obligation préalable d'information ou de consultation à la cession. Cependant, si l'opération a notamment pour conséquence un changement d'activité de l'entreprise ou une réduction d'effectifs, l'employeur peut être tenu d'en informer le conseil des salariés, s'il existe, ou même de le consulter.

- Par contre, en cas d'opération portant sur les actifs de la société, y compris en cas de fusion, le nouvel employeur est subrogé dans les droits et les obligations de son prédécesseur. Ce transfert s'effectue indépendamment de la volonté des salariés ou de l'avis de leurs représentants. Les deux employeurs sont tenus d'informer les organisations syndicales ou le conseil des salariés de l'opération ou, à défaut de représentation, les salariés eux-mêmes au moins 30 jours avant sa date prévue. Cette information est suffisante si le nouvel employeur n'envisage pas de modifier les conditions d'emploi des salariés. Dans l'hypothèse inverse, il est tenu de soumettre le projet à la consultation des organisations syndicales en vue de conclure un accord ou, à défaut, de consulter le conseil des salariés. Le non-accomplissement des obligations d'information ou de consultation visées ci-avant n'entraîne pas la nullité de l'opération mais peut engager la responsabilité pénale de l'employeur.

- Enfin, en cas de cession de l'intégralité de l'entreprise, le nouvel employeur devient seul responsable des obligations salariales tandis que lors d'un transfert partiel, l'ancien et le nouvel employeur sont solidairement responsables de ces obligations.