

L E T T R E

ALLEMAGNE

Lettre bimestrielle d'information sur l'actualité juridique et fiscale allemande

LAINÉ & C^{ie} est un cabinet d'avocats franco-allemand implanté à Berlin dont la vocation est le conseil juridique et fiscal aux entreprises françaises sur le marché allemand

DROIT FISCAL	2
1. Impôt sur les successions relatif à des revenus du capital	2
2. Régime fiscal du prêt sans intérêt entre parents proches	2
3. Régime fiscal des contrats d'assurance vie conclus à l'étranger	3
4. Droit aux allocations familiales allemandes	4
DROIT DES AFFAIRES	4
1. Transformation transfrontalière de société	4
2. Droit de rétractation du consommateur	5
TRANSACTIONS IMMOBILIÈRES	5
1. Régime de récupération de la TVA d'amont	5
2. Droits de mutations immobilières	6
DROIT DES SUCCESSIONS	6
1. Testament conjonctif	6
2. Renonciation à une succession par un mineur	7
3. Accès au livre foncier de l'héritier légal	8

DROIT FISCAL

1. Impôt sur les successions relatif à des revenus du capital

Le § 12 de la loi allemande sur les successions (ErbStG) prévoit que les droits de succession payés à l'étranger, sur le patrimoine étranger (*Auslandsvermögen*), sont déductibles des droits de succession payés en Allemagne, lorsque le de cujus avait sa résidence en Allemagne à la date de son décès et que de ce fait, l'acquisition de la succession est entièrement imposable en Allemagne (*unbeschränkt Erbschaftsteuerpflicht*). Le tribunal des finances du Bade-Wurtemberg a cependant jugé dans un arrêt du 6.11.2013 que cette disposition ne s'applique pas aux titres de valeur mobilière (*Wertpapier*) et avoirs en banque. En effet, les titres de valeur mobilière et les avoirs en banque ne sont pas considérés comme du patrimoine étranger (*Auslandsvermögen*) et, en conséquence, les droits de succession payés à l'étranger sur ce type de patrimoine ne sont pas déductibles des droits de succession payés en Allemagne sur ce même patrimoine. Cette jurisprudence est conforme au droit de l'Union et à la jurisprudence de la CJUE.

2. Régime fiscal du prêt sans intérêt entre parents proches

La Cour fédérale des finances (*Bundesfinanzhof – BFH*) a jugé dans un arrêt du 27.11.2013 (II R 25/12) que l'octroi d'un prêt sans intérêts entre personnes proches (partenaires ou époux) peut être assimilé fiscalement à une donation imposable, alors même que cet acte ne serait pas considéré comme une donation en droit civil. C'est en principe le cas lorsque, selon la Cour, la contrepartie n'est pas valorisable en argent (§ 7 al. 3 ErbStG). En effet, en application du § 7 al. 3 ErbStG, les contreparties éventuellement existantes mais

non quantifiables en argent ne peuvent être prises en considération pour déterminer si une opération a été faite à titre onéreux. Afin d'éviter cette situation, il est recommandé en pratique de toujours mettre en place une contrepartie quantifiable ou une rémunération raisonnable, correspondant au taux du marché et si possible de se procurer des offres à conditions comparables sur le marché bancaire. En l'absence, le prêt sera imposable comme donation. Concernant la valorisation de la donation, celle-ci dépend de la question de savoir si le « prêt » en question a été remboursé. Si tel est le cas, la donation sera considérée comme rémunérée au taux d'intérêt forfaitaire de 5,5% par an (§ 12 BewG) et sera capitalisée sur la durée de la donation après application du barème légal prévu à l'annexe 9a BewG. Dans l'affaire en question, un « prêt » sans intérêts de 300.000 € consenti sur 6 ans aura été imposable chez le bénéficiaire pour un montant de 84.693 €. Notons que, même en présence d'une contrepartie quantifiable, il importe que les parties rédigent une convention écrite et exécutent leur convention en procédant au paiement régulier des intérêts convenus.



Photo : Land Berlin

3. Régime fiscal des contrats d'assurance vie conclus à l'étranger

Conformément aux dispositions de l'article 20 alinéa 1er n° 6 EStG (loi allemande relative à l'impôt sur le revenu), les revenus provenant de contrats d'assurance-vie – même non distribués – provenant de contrats d'assurance vie à caractère patrimonial conclus en France ou au Luxembourg sont imposables chaque année au fur et à mesure que ces revenus sont réputés acquis par le bénéficiaire, et non pas en fin de contrat. Telle est la position claire de l'administration fiscale allemande qui n'hésite pas à sanctionner les bénéficiaires pour fraude fiscale lorsqu'ils ne déclarent pas ces revenus (voir notamment l'instruction fiscale du BMF du 01.10.2009/06.03.2012 sur la fiscalité des revenus d'assurances).

Pour l'administration fiscale allemande, il y a fraude fiscale quand les revenus provenant de contrats d'assurance-vie ne sont pas déclarés et que le contrat n'est pas une assurance vie au sens classique du droit allemand. C'est le cas lorsque le contrat d'assurance-vie est qualifié de patrimonial mais aussi lorsqu'il ne couvre pas ou presque pas de risque biométrique, lorsque l'assurance ne prend pratiquement aucun risque, lorsque la prime supplémentaire versée en cas de décès est inférieure à 50% de ce qui a été placé dans le contrat. Le fisc considère que le contrat est patrimonial lorsqu'un dépôt d'argent est placé dans le contrat au début et que le contribuable continue à en disposer. Ces conditions sont souvent remplies par les contrats de compagnies étrangères appelés à tort « contrats d'assurances vie » alors qu'ils correspondent beaucoup plus à du placement, et en tout cas pas au type de l'assurance vie capitalistique allemande classique dite « *Kapitallebensversicherung* ».

Pire, le fisc, agissant en matière pénale, considère que ces critères documentent

l'intention frauduleuse : le contribuable ne cherche pas une assurance contre le risque de décès mais un placement. Ainsi, un contrat n'est pas un contrat AV si le bénéficiaire reçoit seulement 105% de ce qu'a placé le souscripteur.

Le risque des contribuables ne déclarant pas leurs revenus est gravissime : ceux-ci pourraient, à tout moment, être inculpés de fraude fiscale et auraient de maigres cartes pour faire valoir leur bonne foi, alors que les dispositions fiscales légales sont claires. Ils risqueraient des pénalités mais aussi, au pire, une peine d'emprisonnement avec ou sans sursis. En effet, lorsque, après quelques années, le montant de l'impôt soustrait dépasse parfois plusieurs dizaines de milliers d'euros, ce qui rend le délit de fraude fiscale particulièrement grave. Rien ne servirait alors de plaider la bonne foi en arguant que l'on avait l'intention d'imposer les revenus en fin de contrat. Le mal est fait.

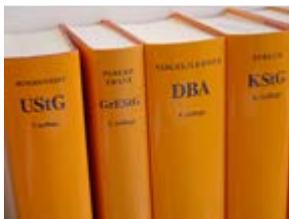
La seule chose que je vous propose serait de déclarer la somme sur la prochaine déclaration et de contester l'avis d'imposition devant le juge. Ceci est parfaitement légal – mais coûte un peu d'argent bien entendu (procédure longue). Je crains fortement toutefois que cela ne mènerait pas à grand-chose.

Les compagnies d'assurance vie étrangères, françaises, luxembourgeoises, suisses et autres sont actuellement dans le collimateur du fisc allemand, comme les banques suisses le sont déjà. Le fisc leur reproche de distribuer des produits dont elles devraient savoir qu'ils sont imposables au fur et à mesure et de participer à une fraude fiscale généralisée. Ce faisant, elles risquent de se rendre coupables de complicité de fraude. La situation est grave.

4. Droit aux allocations familiales allemandes

La Cour fédérale des finances a jugé dans un arrêt du 18.12.2013 qu'un ressortissant allemand résident à l'étranger avec sa famille a droit aux allocations familiales allemandes (*Kindergeld*) dans la mesure où il a conservé en Allemagne une résidence (au sens fiscal du terme - *Wohnsitz*). Le droit aux allocations familiales pourrait être réduit si l'enfant du contribuable concerné par ces allocations familiales allemandes dispose d'un droit équivalent à l'étranger.

Le tribunal des finances de Cologne précise en outre, dans un arrêt du 23.04.2014, que le droit à des allocations familiales allemandes revient, en principe, au parent ayant la garde de l'enfant. Cela suppose cependant que ce parent ait un droit à des allocations familiales en Allemagne. En l'espèce, la mère et l'enfant habitaient dans un pays de l'Union Européenne et n'avaient pas le droit à des allocations familiales allemandes, mais seulement à celles du pays de résidence, tandis que le père habitait et travaillait en Allemagne. Le tribunal a jugé que l'octroi d'allocations familiales allemandes est déterminé en fonction du droit allemand lorsqu'au moins l'un des parents travaille et habite en Allemagne (Règlement 883/2004). Le père avait donc droit à des allocations familiales allemandes en l'espèce, desquelles les allocations reçues par la mère à l'étranger étaient à déduire.



DROIT DES AFFAIRES

1. Transformation transfrontalière de société

Pour la première fois, une juridiction allemande, en l'occurrence la Cour d'appel de Nuremberg (« OLG Nürnberg »), a décidé le 19.06.2013 que le transfert du siège d'une Sarl luxembourgeoise par le biais d'une transformation en GmbH allemande, en sauvegardant l'identité de la Sarl, est possible selon le droit allemand (*grenzüberschreitender Formwechsel*).

Cette décision fait suite à un arrêt de la CJUE (« VALE ») en date du 12.07.2012. La CJUE avait estimé dans cet arrêt que les lois nationales qui permettent uniquement des transformations de sociétés nationales mais n'autorisent pas une transformation d'une société étrangère en société nationale violent la liberté d'établissement européenne.

La loi allemande relative aux transformations des sociétés (*Umwandlungsgesetz, UmwG*) ne contient pas de règles particulières à la transformation des sociétés étrangères. La Cour d'appel de Nuremberg a décidé que les articles 190 et suivants UmwG doivent être interprétés de façon conforme au droit européen et qu'ils sont donc applicables, alors même que ces articles ne sont adaptés qu'à une solution nationale. La solution, comme prévue par la Cour d'Appel de Nuremberg, est par conséquent une solution temporaire.

La doctrine appelle, à maintes reprises, le législateur européen à légiférer sur les transformations transfrontalières sous forme de directive (*Sitzverlegungsrichtlinie*). D'ici l'élaboration d'une telle directive, les tribunaux nationaux seront dorénavant forcés de mettre les règles de loi allemande relative aux transformations des sociétés en conformité avec tout ordre juridique d'une société étrangère qui se transforme en société allemande.

2. Droit de rétractation du consommateur

Le droit de rétractation (*Widerrufsbelehrung*) du consommateur ayant conclu des contrats en ligne avec des consommateurs est modifié le 13.06.2014 suite à la transposition de la directive européenne relative aux droits des consommateurs 11/83/UE (*europäische Verbraucherrechte-Richtlinie 11/83/EU*) publié le 22.11.2011. Le nouveau droit apporte des modifications importantes en faveur des commerçants en ligne. Les modifications les plus importantes sont les suivantes :

- Le client doit exercer son droit de rétractation dans les 14 jours qui suivent la réception de la marchandise.
- Les consommateurs doivent déclarer explicitement la rétractation. Le renvoi de la marchandise ne suffit plus. Ils peuvent se servir d'un modèle de déclaration qui doit être fourni par le commerçant en ligne.
- Même en cas d'informations fausses sur le droit de rétractation, le droit de rétractation expire à l'issue de l'année qui commence après l'expiration du délai de 14 jours.
- Le commerçant en ligne a un nouveau droit qui lui permet d'exclure la rétractation dans les cas où il a vendu de la marchandise qui n'est pas susceptible d'être retournée pour des raisons hygiéniques ou pour des raisons de protection de la santé.
- Les frais du renvoi peuvent être imposés au consommateur s'il était informé sur ce fait auparavant.
- Le commerçant peut refuser le remboursement du prix tant que le consommateur n'a pas encore retourné la marchandise.

Le délai de transposition de la directive expire le 13.06.2014. Par conséquent, le 13.06.2014, les commerçants en ligne doivent avoir adapté leurs CGV aux nouvelles règles.

TRANSACTIONS IMMOBILIÈRES

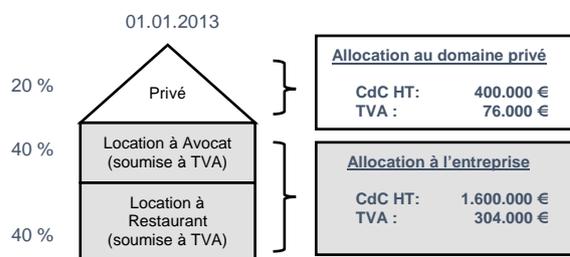
1. Régime de récupération de la TVA d'amont

Correction de la taxe d'amont pour changement de l'usage prévu – obligations de documentation § 15a, 22 UStG.

En régime de TVA immobilière allemande, la taxe d'amont payée au titre des coûts de construction d'un immeuble est récupérable immédiatement par le propriétaire (on suppose qu'il s'agit d'un entrepreneur assujéti à la TVA, par exemple une GmbH) pour la quote-part des coûts de construction de la partie de l'immeuble destinée à être louée avec TVA. Au contraire, la TVA d'amont qui concerne une partie de l'immeuble qui ne sera pas louée avec TVA n'est pas récupérable.

Exemple :

Construction d'un bâtiment résidentiel et commercial
Coûts de construction (CdC) : 2.000.000 € HT
(TVA allemande à 19 % : 380.000 €)



TVA d'amont déductible 2013 : 304.000 €

Dans cet exemple, 20% de la TVA d'amont ne sera pas récupérable pour un immeuble ayant coûté TTC 2.380.000 € (2 Mio + 19% de TVA) à la construction mais dont 20% des coûts de construction (400.000 € dans l'exemple) concernent une partie qui sera utilisée par le constructeur à des fins privées (ses propres locaux commerciaux par exemple). Les 80% restants (304.000 € sur 380.000 € au total) sont récupérables immédiatement, au fur et à mesure de leur facturation ou de leur paiement selon les cas, lorsque le constructeur peut justifier de son intention

de louer plus tard l'immeuble construit à des professionnels en régime TVA (ce qui exclue les banques et la plupart des professions médicales notamment).

S'il s'avère ensuite que, au moment de sa mise en location, une partie de cet immeuble est finalement louée sans TVA, contrairement à ce qui avait été prévu initialement, le contribuable est tenu de reverser au fisc, pour chaque année où le bien est loué en exonération de TVA et pendant 10 ans maximum, 10% de la TVA d'amont qu'il avait récupérée à l'origine (§ 15a UStG – loi allemande sur la TVA).

Ainsi, dans notre exemple, le contribuable devra reverser 15.200 € au fisc en N+1 s'il avait récupéré 304.000 € de TVA d'amont l'année N (quote-part de 80% des coûts de construction pour la partie destinée initialement à la location en régime TVA) mais qu'il s'avère en N+1 que seule la moitié de la partie totale louée est effectivement louée en régime TVA (par exemple à un centre commercial), le reste étant loué sans TVA (par exemple à une banque).

Pour les années N+2 à N+9, si rien ne change dans l'affectation de l'immeuble, le contribuable devra reverser 1/10 de la TVA d'amont qui concernait la partie louée sans TVA, soit 136.800 € sur 9 ans.

Conformément au § 22 al. 4 UStG Le contribuable est tenu de documenter très précisément, dès le moment où il récupère la taxe d'amont, les opérations pour lesquelles une correction de la TVA est possible dans un espace de temps donné (10 ans en l'occurrence).



2. Droits de mutations immobilières

Les directions supérieures de finances des 16 Länder ont publié le 18.2.2014 (BStBl I 2014, 561), une importante instruction fiscale commune pour préciser très en détail le régime de l'exigibilité des droits de mutations immobilières (DMI) en cas de cession de 95% ou plus des parts d'une société de personne à de nouveaux associés, réglementé au § 1 (2a) de la loi sur les droits de mutations immobilières – GrEStG.

Cette disposition prévoit que lorsqu'une société de personnes détient un immeuble en Allemagne et que 95% au moins des parts sociales passent à de nouveaux associés en l'espace de cinq ans, cela est assimilé à une cession directe de l'immeuble, rendant exigibles les DMI. Ne sont toutefois pas prises en considération les transmissions à cause de mort.

DROIT DES SUCCESSIONS

1. Testament conjointif

Selon un arrêt de la Cour d'appel de Hamm du 09.01.2014 (référence du dossier 10 U 10/13), même en présence d'un testament conjointif (*gemeinschaftliches Testament*) prévoyant qu'un tiers déterminé devra recevoir un bien du patrimoine après le décès du deuxième conjoint, le conjoint survivant est en droit de donner ce bien à une autre personne que celle désignée par le testament.

Dans l'affaire jugée par le Cour d'Appel de Hamm, des conjoints ont prévu dans leur testament conjointif que leur fille devrait obtenir au moment du décès du deuxième époux une partie de la maison appartenant aux parents.

Après le décès du mari, l'épouse est devenue, comme également prévu dans le testament, héritière unique de son mari. En raison de conflits familiaux, le conjoint survivant a donné à son neveu la partie de la maison prévue initialement pour sa fille.

La fille, demanderesse dans cette affaire devant la Cour d'appel de Hamm, exigea après le décès de sa mère que son neveu lui retransmettre la maison faisant l'objet de la donation susmentionnée. Elle prétend que la donation en faveur de son neveu a été seulement réalisée par sa mère afin de lui nuire et de la priver de la succession

Cette demande est restée sans succès.

Le tribunal considère que la demanderesse ne peut exiger la retransmission du bien par son neveu, conformément à l'art. 2287 al. 1 BGB. Il est vrai qu'il existe des dispositions légales stipulant l'obligation pour le bénéficiaire de retransmettre aux héritiers ou légataires prévus dans un testament un bien faisant l'objet d'une donation lorsque la donation a été réalisée dans l'intention de priver l'héritier désigné par le testament de la succession. Le tribunal considère que ces conditions ne sont pas réunies en l'occurrence.

Le tribunal statue en outre que le testament conjonctif rédigé en 1990 par les époux ne constitue pas une institution de la demanderesse comme héritière, mais seulement comme légataire (*Vermächtnisnehmer*). Ceci résulte d'une interprétation du testament des parents. Sur la base des circonstances au moment de la rédaction du testament, la Cour considère que l'intention principale des époux était de laisser au conjoint survivant la plus grande liberté possible et notamment celle de disposer des biens appartenant au patrimoine des époux réalisé par l'institution mutuelle comme héritier unique. En outre, il résulte des circonstances que la disposition testamentaire en faveur de leur fille ne revêt pas de caracté-

rière contraignant conformément à l'art. 2270 BGB. L'institution de leur fille comme légataire n'a pas été une condition pour l'institution mutuelle des époux comme héritier. Par conséquent, il ne s'agit pas d'une disposition réciproque à effet contraignant (*wechselbezügliche Verfügung*) conformément à l'art. 2270 al. 2 BGB et celle-ci ne pourra donc pas produire d'effet contraignant après le décès du premier parent. Le conjoint survivant pouvait donc disposer de ce bien et le donner à une autre personne que celle désignée par le testament.

2. Renonciation à une succession par un mineur

La Cour fédérale de justice a précisé dans une ordonnance du 12.02.2014 (XII ZB 592/12) les conditions de validité d'une renonciation à la succession par un enfant mineur.

La Cour rappelle qu'un enfant mineur doit être représenté obligatoirement par ses parents ou un tuteur pour pouvoir renoncer valablement à une succession. La renonciation fait l'objet d'une autorisation judiciaire, conformément à la loi (§ 1822 Code civil, *Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*).

Elle considère que les parents ou le tuteur sont également habilités à réceptionner ensuite l'autorisation judiciaire. La Cour précise ensuite que la nomination d'un curateur à titre spécial (*Ergänzungspfleger*) pour l'autorisation et par voie de conséquence pour la réception de cette autorisation est exigée uniquement en cas de conflit d'intérêts entre l'enfant et ses parents ou son tuteur. Dans cette hypothèse, le tribunal doit constater en outre ce conflit d'intérêt officiellement.

La Cour rappelle dans ce contexte l'absence de base légale pour la nomination obligatoire d'un curateur à titre spécial pour la réception de l'acte de renonciation.

Elle indique en outre qu'il n'est pas non plus obligatoire de procéder à sa nomination d'office pour la réception de l'autorisation judiciaire: Dans le cadre de la procédure judiciaire relative à l'autorisation de la renonciation, le tribunal examinera obligatoirement un conflit d'intérêt entre les parents et l'enfant. Si le tribunal devait constater à ce stade l'existence d'un conflit d'intérêts, il demandera la nomination d'un curateur à titre spécial.

3. Accès au livre foncier de l'héritier légal

La Cour d'Appel de Düsseldorf a décidé par ordonnance du 04.02.2014 que la qualité d'héritier légal confère à ce dernier l'intérêt légitime nécessaire afin d'obtenir accès au

livre foncier pour l'examen des chances de succès d'une action judiciaire pour faire valoir des droits successoraux légaux et comportant un bien immobilier dont le défunt était propriétaire avant son décès.

L'intérêt légitime étant obligatoire pour obtenir accès au livre foncier résulte de la position juridique de l'héritier légal. Pour un traitement favorable de la demande de l'héritier légal, il est suffisant de démontrer au livre foncier la position juridique de l'héritier légal et son intérêt économique à obtenir les informations demandées.

Une opposition éventuelle d'un héritier testamentaire n'est pas susceptible d'influencer un traitement favorable de la demande de l'héritier légal par le livre foncier.



LAINÉ & C^{ie} est membre de LEXUNION, réseau international de notaires, avocats et fiscalistes.

Avertissement légal

Cette lettre diffuse des informations juridiques et fiscales à caractère général destinées à aider les entreprises françaises et francophones sur le marché allemand. Nous nous efforçons de présenter des informations correctes et corrigerons, le cas échéant, les éventuelles erreurs qui pourraient nous être signalées. Toutefois, les informations contenues dans cette lettre ne constituent en aucune manière un conseil personnalisé susceptible d'engager, de quelque manière que ce soit, la responsabilité de l'auteur.

Titularité des droits

Cette lettre d'information est la propriété du Cabinet LAINÉ & C^{ie}. Toute reproduction et/ou diffusion, en tout ou partie, par quelque moyen que ce soit est interdite sans autorisation préalable. Toute infraction constitue un acte de contrefaçon engageant les responsabilités civile et pénale de leur auteur.

Abonnement / Téléchargement

Vous pouvez télécharger cette lettre ainsi que consulter nos archives gratuitement depuis notre site Internet www.avolegal.de sous publications/Lettre Allemagne. Vous trouverez y également un formulaire d'inscription sur notre liste de distribution.

Directeur de la publication

Hugues LAINÉ

Lettre ALLEMAGNE n° 2014-01

LAINÉ & C^{ie}
AVOCATS • RECHTSANWÄLTE



Südwestkorso 1 | D-12161 Berlin
Tel.: +49 (0) 30 88 92 74 30
Fax: +49 (0) 30 88 92 74 40
E-mail: bouet@avolegal.de
Internet: www.avolegal.de