

LETTRE

ALLEMAGNE

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

LAINÉ & Cie 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 3

→ Fiscalité internationale	3
1. Observatoire des conventions fiscales	3
2. Intégration fiscale	3
3. CJUE - Taxation des plus-values en cas de transfert international du siège d'une société	3
4. CJUE - Retenue à la source sur dividendes	3
→ Fiscalité des entreprises	4
1. Convention fiscale franco-allemande	4
2. Nouvelle instruction sur la fiscalité des restructurations	4
3. Dépréciation de titres cotés	4
4. TVA – Livraisons intracommunautaires	4
5. Paiement des droits de mutations immobilières en cas de changement d'associé d'une GbR immobilière	4
6. Taux des droits de mutations immobilières	4
→ Fiscalité des personnes	4
- Fiscalité des couples pacsés	4

DROIT DES AFFAIRES 5

1. Projet de loi portant réforme du droit des actions	5
2. Exclusion d'un associé d'une GmbH	5
3. Indépendance du directeur d'une AG	5
4. Droit de la vente – vices cachés	5

DROIT SOCIAL 6

1. Contrat à durée déterminée	6
2. Sécurité sociale, nouveaux taux	6
3. Renforcement du « whistleblowing » en droit du travail	6
4. Congés en cas d'incapacité de travail	7
5. Obligations du salarié en cas d'arrêt maladie	7

DROIT DES SUCCESSIONS	8
1. Reconnaissance d'un certificat d'héritier étranger	8
2. La Commission européenne propose des mesures contre des problèmes liés aux successions transfrontalières	8
DROIT DU BAIL	8
1. Restitution d'un appartement loué	8
2. Réforme du droit du bail - Lutte contre les locataires mauvais payeurs	8
LÉGISLATION	9
1. Codification du régime matrimonial franco-allemand	9
2. Promotion du raccourcissement des procédures	9
3. Lancement de l'annuaire européen des notaires	9

DROIT FISCAL

→ Fiscalité internationale

1. Observatoire des conventions fiscales

L'Allemagne a convenu une nouvelle convention fiscale de non double imposition avec l'Espagne le 19.10.2011.

2. Intégration fiscale

La Cour fédérale des finances (BFH) a jugé dans un arrêt du 09.02.2011 (I R 54, 55/10) qu'une société de capitaux ayant son siège social et son siège de direction en Allemagne pouvait être intégrée fiscalement, au titre de la taxe professionnelle, avec une société mère ayant son siège en Grande-Bretagne. Selon la Cour, les dispositions contraires du § 14 KStG contreviennent au principe de non discrimination visé à l'article 20 de la convention fiscale germano-anglaise. Le ministère fédéral des finances, s'opposant à cette analyse, a publié le 27.12.2011 une instruction de non application de cet arrêt au-delà du cas individuel.

3. CJUE - Taxation des plus-values en cas de transfert international du siège d'une société

La CJUE a pris position dans un arrêt du 29.11.2011 (C-371/10 National Grid Indus) sur la légalité de dispositions fiscales nationales (Pays-Bas en l'occurrence) qui taxent immédiatement les plus-values latentes en cas de transfert du siège à l'étranger. Pour la CJUE, une taxation des plus-values latentes est licite mais une taxation immédiate enfreint la liberté d'établissement garantie par le droit européen. Cette jurisprudence aura peut-être des incidences en **Allemagne** qui a une réglementation comparable dans les cas de transfert de biens dans des établissements stables étrangers, de transferts de fonctions et de fusions transfrontalières. Certes, tout au moins dans les deux premières situations, le droit allemand permet d'étailler le paiement de l'impôt sur 5 ans (§ 4g et § 36 al. 5 EStG). La légalité de ces aménagements n'en reste pas moins criti-

quable au regard de cette décision de la CJUE.

4. CJUE - Retenue à la source sur dividendes

La CJUE a jugé dans un arrêt du 20.10.2011 (C-284/09, Commission / Allemagne) que l'Allemagne, en soumettant les dividendes distribués à des sociétés établies dans d'autres États membres, dans le cas où n'est pas atteint le seuil de participation d'une société mère dans le capital de sa filiale prévu à l'article 3 de la directive 90/435/CEE du Conseil du 23.07.1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres, à une imposition plus lourde, en termes économiques, que celle grevant les dividendes distribués à des sociétés dont le siège est situé sur son territoire, avait manqué à ses obligations qui lui incombe en vertu de l'article 56, § 1, du Traité CE.

Cet arrêt va avoir des conséquences très importantes en Allemagne et va notamment permettre de clore les procédures en cours lancées par les maisons mères françaises sous forme de SAS qui n'avaient pu obtenir une exonération totale de retenue à la source sur les dividendes qui leur avaient été distribués par leur filiales allemandes avant 2004. Plus généralement, toute retenue à la source opérée en Allemagne non imputable sur l'impôt payé par la maison mère bénéficiaire et non remboursée par les autorités de celle-ci est dorénavant reconnue comme violant les disposition du Traité CE.

Ce nouveau coup porté à la fiscalité allemande va probablement avoir également une influence importante sur la nouvelle rédaction du § 50d al. 3 EStG, attendue prochainement. Rappelons que le § 50d al. 3 EStG, dans sa version actuelle, permet de contourner l'application des conventions fiscales en matière de retenue à la source lorsque la société mère ne peut justifier d'une activité économique propre générant au moins 10% de ses revenus bruts totaux. Cette disposition actuelle est critiquée comme étant disproportionnée aux objectifs poursuivis (combattre les abus de droit) et donc contraire au droit européen.

→ Fiscalité des entreprises

1. Convention fiscale franco-allemande

Les dividendes versés par une filiale française à sa maison mère allemande, exonérés en Allemagne en application de la convention fiscale franco-allemande, ne peuvent être imposés en Allemagne dans le but d'y obtenir l'imputation de l'IS payé en France. Tel en a jugé le tribunal des finances de Cologne dans son jugement du 06.09.2011 (13 K 170/06). La mère allemande avait tenté d'obtenir pour les années 1991-1994 l'imposition de ces dividendes en Allemagne pour pouvoir imputer l'IS français sur l'IS allemand et obtenir au total un avantage fiscal considérable en raison de ses reports déficitaires.

2. Nouvelle instruction sur la fiscalité des restructurations

Cinq ans après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi fiscale sur les restructurations d'entreprises (UmwStG), le ministère fédéral des finances a publié le 11.11.2011 sa nouvelle instruction fiscale « 2011 » (Umwandlungssteuererlass 2011) relative à son interprétation des textes légaux en vigueur en matière de restructuration d'entreprises, remplaçant celle du 25.03.1998.

3. Dépréciation de titres cotés

Le BFH a jugé dans deux arrêts du 21.09.2011 (I R 89/10 et I R 7/11), sur le fondement du § 6 al. 1 EStG, qu'une entreprise était en droit de déprécier les titres de sociétés cotées qu'elle détenait en portefeuille dès lors que le cours de bourse au jour de clôture du bilan était inférieur de 5% au prix d'acquisition. Ce faisant, il écarte la position de l'administration fiscale allemande qui exigeait une différence de 40% (instruction du 26.03.2009, BStBl I S 514). L'évolution du cours de bourse après la date du bilan ne doit pas être prise en considération.

4. TVA – Livraisons intracommunautaires

A compter du 01.01.2012, les **livraisons intracommunautaires** ne seront exonérées de TVA en Allemagne qu'à la condition de présenter un justificatif de livraison des mar-

chandises dans un autre pays de l'UE signé par le destinataire ou le transporteur. Ce justificatif doit contenir les noms et adresse du destinataire, la quantité de marchandise livrée, sa désignation (numéro d'identification des véhicules pour les livraisons de véhicules), le jour et le lieu de la remise ainsi que la date du justificatif.

5. Paiement des droits de mutations immobilières en cas de changement d'associé d'une GbR immobilière

Il ressort de la quasi personnalité juridique de la GbR (société de droit civil allemand) que celle-ci est propriétaire des biens immobiliers qu'elle détient, non pas ses associés. Sur la base de ce principe, la Cour fédérale des finances a jugé dans un arrêt du 23.11.2011 (II R 64/07) que la prise de participation par un individu dans une telle société ne déclenche pas en principe d'obligation de payer des droits de mutations immobilières. Toutefois, la Cour souligne qu'il peut en aller autrement – sur le fondement de l'abus de droit, § 42 AO – lorsque la part sociale acquise permet à l'associé de se comporter juridiquement et économiquement comme s'il était propriétaire de l'immeuble. Ce peut être notamment le cas lorsque les statuts lui donnent un droit de cession du terrain.

6. Taux des droits de mutations immobilières

Le taux des droits de mutations immobilières va prochainement passer de 4,5 à 5% à Berlin au 01.04.2012. Ce taux est en principe de 3,5% mais varie selon les Länder.

→ Fiscalité des personnes

- Fiscalité des couples pacés

Le tribunal des finances de Cologne a provisoirement ordonné que, jusqu'à une décision au fond de la Cour constitutionnelle fédérale, les couples pacés devaient être traités de la même manière que les couples mariés en matière d'impôt sur le revenu (FG Köln 7.12.2011, 4 V 2831/11).

DROIT DES AFFAIRES

1. Projet de loi portant réforme du droit des actions

Le ministère fédéral de la justice a déposé le 20.12.2011 un projet de loi de réforme du droit des actions, se donnant pour objectif de regagner la confiance des marchés financiers. La réforme doit faciliter aux entreprises et aux banques la reconstitution de leur capital par la création d'actions privilégiées sans droit de vote.

Les points cardinaux de la réforme sont également la réforme du statut des actions au porteur, des actions nominatives, modifiant le régime des obligations convertibles en actions et le régime des actions de préférence sans droit de vote.

Dans un objectif de transparence, une société non cotée en bourse émettant des actions au porteur sera dorénavant obligée d'informer de l'identité de ses actionnaires et sera soumise à des obligations renforcées.

La sécurité juridique est renforcée en ce qui concerne les résolutions des associés en limitant la possibilité d'engager des recours en nullité de résolutions à un mois à compter de la publication d'une première action engagée contre la résolution.

Enfin, un certain nombre de modifications concerne les obligations d'information et les indications obligatoires pour la convocation à l'assemblée générale. Ces modifications tendent à réduire la bureaucratie au sein de la société.

2. Exclusion d'un associé d'une GmbH

La Cour fédérale de justice (BGH) a statué le 05.04.2011 qu'un associé d'une GmbH ne peut être exclu que si l'indemnité à laquelle l'associé a droit peut être payée des capitaux distribuables de la société. Dans le cas contraire, le capital social de la société se trouverait entamé, ce qui serait contraire au principe de la préservation du capital social, prévu au § 30 I GmbHG (BGH, 05.04.2011, II ZR 263/08).

3. Indépendance du directeur d'une AG

Le pouvoir d'appréciation entrepreneurial du membre du directoire d'une société anonyme de droit allemand (Aktiengesellschaft, AG) lui permet d'agir même à l'encontre des intérêts d'un actionnaire majoritaire de l'AG. Aux termes des §§ 76 f. AktG, le membre du directoire exerce la direction et la gestion de la société sous sa propre responsabilité, sans être soumis aux instructions des associés, dans la limite des règles statutaires et légales. Par son arrêt du 17.08.2011, la Cour d'appel (OLG) de Francfort confirme ce pouvoir d'appréciation large du directoire pour toutes les décisions d'entreprise, dites "Business Judgement Rule" (OLG Frankfurt a.M., 17.08.2011, 13 U 100/10).

4. Droit de la vente – vices cachés

Le BGH a jugé dans un arrêt du 21.12.2011 (VIII ZR 70/08), sur le fondement du § 439 I BGB, que le vendeur d'une chose viciée qui ne pouvait être réparée était tenu de l'enlever et d'en assurer son évacuation en sus de son obligation de livrer une nouvelle chose exempte de vices. En cas de disproportion manifeste, le vendeur pourra se limiter au versement d'un dédommagement de montant raisonnable qui prendra en compte la valeur de la chose exempte de vices et l'importance du vice.



DROIT SOCIAL

1. Contrat à durée déterminée

Dans un arrêt du 06.04.2011, la Cour fédérale du travail (BAG) a fait un revirement de jurisprudence important quant à la légalité des contrat à durée déterminée (CDD). En effet, selon les dispositions du § 14 (2) de la loi allemande relative au travail à temps partiel et travail à durée déterminée (TzBfG), un CDD peut être conclu sans motif objectif pour une durée de deux ans, sauf en cas d'un contrat précédent entre les mêmes parties qui était considéré par la jurisprudence comme un obstacle à la conclusion d'un nouveau CDD. Dans son arrêt du 06.04.2011, la Cour admet désormais qu'un nouveau CDD pourra valablement être conclu si le dernier contrat entre les parties remonte à plus de trois ans (BAG, 06.04.2011, 7 AZR 716/09).

Dans une affaire de CDD successifs, le BAG avait, par ordonnance du 17.11.2010, décidé de se référer à statuer et de poser à la CJUE deux questions préjudiciales sur la conformité de l'interprétation et de l'application d'une disposition nationale prévoyant que le renouvellement d'un CDD soit justifié par une raison objective lorsque le salarié remplace un autre salarié, en ce sens qu'une telle raison objective existe également en cas de besoin permanent en personnel de remplacement, alors que ce besoin pourrait également être couvert par l'embauche d'un salarié en CDI pour assurer des remplacements. Par son arrêt du 26.01.2012, la CJUE a répondu par l'affirmative et a déclaré que le besoin temporaire en personnel de remplacement, prévu par une réglementation nationale peut, en principe, constituer une raison objective au sens de ladite clause. Le seul fait qu'un employeur soit obligé de recourir à des remplacements temporaires de manière récurrente, voire permanente, et que ces remplacements puissent également être couverts par l'embauche de salariés en vertu de contrats de travail à durée indéterminée n'implique pas l'absence d'une raison objective pour la conclusion d'un CDD. Toutefois, lors de l'appréciation de la question de savoir si le renouvellement de contrats ou de relations de travail à durée déterminée est justifié par une telle raison objective, les autorités

des États membres, dans le cadre de leurs compétences respectives, doivent prendre en compte toutes les circonstances de la cause, y compris le nombre et la durée cumulée de contrats ou de relations de travail à durée déterminée conclus dans le passé avec le même salarié (CJUE, 26.01.2012, C-586/10, Küçük / Land Nordrhein-Westfalen).

2. Sécurité sociale, nouveaux taux

Le taux des cotisations retraite est passé de 19,9 à 19,6% au 01.01.2012. La cotisation U1 passe de 0,6 à 0,7%. La cotisation U2 reste inchangée à 0,14%. La cotisation insolvabilité passe à 0,04%.

Le plafond de sécurité sociale a été rehaussé, de sorte que les salariés et employeurs ne versent pas de cotisations sociales sur la partie du salaire excédant 67.200 euros (vieillesse et chômage) ou 45.900 euros (maladie).

3. Renforcement du « whistleblowing » en droit du travail

Par un arrêt du 21.07.2011, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a renforcé la position juridique des "whistleblowers" (lanceurs d'alertes), c'est à dire des personnes qui décident de porter à la connaissance du public des circonstances qu'elles ont découvertes et qu'elles considèrent comme menaçantes pour l'intérêt général. En l'espèce, une infirmière en gériatrie avait attiré l'attention sur les pratiques de son employeur pour des erreurs commises dans le service de soins aux personnes âgées. Suite à cela, elle avait été licenciée et le licenciement jugé licite. La Cour a déclaré ce licenciement contraire à l'art. 10 de la Convention européenne des droits de l'homme qui garantit la liberté d'expression et a condamné l'Allemagne à payer des dommages-intérêts à la requérante.



Photo : Land Berlin

4. Congés en cas d'incapacité de travail

Par un arrêt du 09.08.2011, le BAG a décidé qu'un salarié qui est malade pendant 3 1/2 ans ne peut pas prétendre à prendre les congés de ces trois dernières années une fois guéri. En règle générale, les congés doivent être pris au cours de l'année en cours, de manière exceptionnelle, ils peuvent être déplacés sur l'année suivante (BAG, 09.08.2011, 9 AZR 425/10).

Ceci vaut également, en ce qui concerne le droit à une compensation financière des congés non pris, dès lors qu'une convention collective a exclu la possibilité de revendiquer ces congés six mois après la fin d'un contrat de travail (BAG, 09.08.2011, 9 AZR 352/10).

La CJUE a admis, par un arrêt du 22.11.2011, qu'une disposition ou pratique nationale, telle qu'une convention collective, peut limiter le droit de cumul des droits au regard des congés annuels d'un salarié - en incapacité de travail pendant plusieurs périodes de référence consécutives - à une période de report de quinze mois. A l'expiration de cette période, le droit au congé payé annuel s'éteint (CJUE, 22.11.2011, C-214/10).

C'est dans ce sens, que le tribunal régional du travail de Bade-Wurtemberg a décidé, dans un arrêt du 21.12.2011, qu'à compter d'une période de report de 15 mois suivant l'année pendant laquelle est né le droit au congé payé, un salarié ne peut plus faire valoir ni son droit au congé payé, ni la compensation financière de ces derniers (LAG B-W, 21.12.2011, 10 Sa 19/11).

Lorsque le contrat de travail prend fin par le décès du salarié alors qu'avant son décès il était en arrêt de travail pour maladie, le droit cumulé à des congés annuels s'éteint et ne se transforme pas non plus en droit à une compensation financière que pourraient faire valoir ses héritiers (BAG, 20.10.2011, 9 AZR 416/10).

5. Obligations du salarié en cas d'arrêt maladie

En cas d'absence pour cause de maladie, le salarié est tenu d'en informer immédiatement son employeur et de présenter un certificat médical au plus tard le 4^e jour de son absence.

Le conseil des prud'hommes (LAG) de Cologne vient d'augmenter ces obligations dans un arrêt du 14.09.2011 (3 Sa 597/11) et a jugé que l'employeur peut également exiger de son salarié - dès le premier jour d'absence pour maladie - la présentation d'une attestation médicale sans qu'il ait besoin d'une raison particulière, d'un cas répétitif ou d'un doute motivé.

La violation répétée de l'obligation de présenter un tel certificat ainsi que de l'obligation générale d'informer l'employeur de l'absence en cas de maladie (LAG Francfort, 18.1.2011, 12 Sa 522/10) peut entraîner des mesures disciplinaires voire même un licenciement.



Photo : Land Berlin

DROIT DES SUCCESSIONS

1. Reconnaissance d'un certificat d'héritier étranger

A été jugé que, pour demander l'inscription d'un héritier au registre foncier suite à une succession, l'héritier doit présenter un certificat d'héritier allemand. En l'espèce, un héritier avait sollicité la modification du registre foncier et son inscription comme propriétaire d'un immeuble à la place du défunt, en présentant un testament sous seing privé ainsi qu'un certificat d'héritier anglais, établi par le „District Probate Registry at Brighton“. Le registre foncier a refusé la modification demandée au motif que le statut d'héritier ne peut être prouvé que par un certificat d'héritier. Subsidiairement, la preuve peut être apportée par un testament notarié, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce (OLG Bremen, 19.5.2011, 3 W 6/11).

2. La Commission européenne propose des mesures contre des problèmes liés aux successions transfrontalières

La Commission européenne a engagé le 15.11.2011 un certain nombre de mesures en matière de fiscalité des successions transfrontalières destinées à aboutir sur une modification des législations des États membres. Ces mesures devront permettre d'éviter que les citoyens de l'Union européenne qui héritent d'une propriété étrangère aient à s'acquitter des taxes dans plusieurs États membres concernés par la succession. D'autre part, la Commission entend mettre fin à la discrimination subie par les héritiers ayant à verser des droits de successions plus lourds lorsqu'ils sont non-résidents. Dans les trois ans à venir, la Commission veut lancer une discussion avec les États membres en ce qui concerne l'imposition des successions afin de décider de nouvelles mesures nécessaires à la fin de cette période.

DROIT DU BAIL

1. Restitution d'un appartement loué

La Cour fédérale de justice (BGH) a jugé qu'un appartement ne peut être considéré comme ayant été valablement restitué si les conditions de sa restitution ne sont pas conformes à ce qui avait été convenu entre les parties. En l'espèce, le locataire avait rendu les clés de l'appartement au bailleur en les mettant dans sa boîte aux lettres, alors que les parties avaient convenu de faire un état des lieux quelques jours plus tard (BGH 12.10.2011, VIII ZR 8/11). Rappelons que la date de restitution de l'appartement est décisive puisqu'elle marque le point de départ du délai de six mois pendant lequel le bailleur a le droit de faire valoir des dommages-intérêts pour dégradation de l'appartement (§ 548 BGB).

2. Réforme du droit du bail - Lutte contre les locataires mauvais payeurs

Le 17.11.2011, le gouvernement fédéral a présenté un projet de loi pour la réforme du droit du bail. Le projet contient notamment des mesures permettant aux bailleurs de se débarrasser plus vite d'un locataire mauvais payeur, également appelé "locataire-nomade".

En cas de procès contre un tel locataire, celui-ci pourrait se voir obligé de consigner les loyers correspondants à toute la durée de procédure. Cela permet de se prémunir contre l'insolvabilité du locataire. Le locataire qui ne donnerait pas suite à cette ordonnance de dépôt pourrait être expulsé plus rapidement qu'aujourd'hui.



LÉGISLATION

1. Codification du régime matrimonial franco-allemand

Le 15.12.2011, le Bundestag a voté la loi relative à la codification du régime matrimonial franco-allemand. Cette loi porte adoption et codification du traité franco-allemand du 04.02.2010 relatif à la création d'un régime matrimonial franco-allemand.

2. Promotion du raccourcissement des procédures

Le 03.12.2011 est entrée en vigueur la loi tenant à raccourcir les procédures judiciaires. Cette loi permet aux justiciables de demander des dommages-intérêts si une procédure judiciaire est extraordinairement longue, à condition d'avoir, dans un premier temps, faire parvenir une plainte au tribunal pour le retard pris dans la gestion de l'affaire, et, dans un deu-

xième temps, d'introduire une demande en justice en indemnité du préjudice matériel et moral subi par la durée inappropriée de l'affaire. A titre d'exemple, une procédure en matière civile devant un tribunal d'instance dure actuellement entre 3,9 et 5,8 mois et devant les Tribunaux de grande instance entre 6,3 et 11,0 mois.

3. Lancement de l'annuaire européen des notaires

Avec le soutien de la Commission européenne, les notaires d'Europe (CNUE) ont créé le site internet www.annuaire-des-notaires.eu permettant aux citoyens de l'Union européenne de trouver un notaire qui parle leur langue partout en Europe. Le citoyen sera désormais en mesure, par exemple, de trouver un notaire en Allemagne qui parle le français et pourra l'aider dans ses démarches trans-frontalières telles que l'acquisition d'un bien immobilier ou le règlement d'une succession.



LAINÉ & Cie 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 corrigérons, 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 & Cie. 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° 31 Janvier – Février 2012

