



LETTRE BIMESTRIELLE D'INFORMATION SUR L'ACTUALITÉ JURIDIQUE ET FISCALE ALLEMANDE

LETTRE ALLEMAGNE

FISCALITÉ	2
1. Déductibilité des intérêts de refinancement immobilier	2
2. Imposition de la plus-value de cession de parts de GmbH cédées à la GmbH	2
3. Retenue à la source sur dividendes	2
4. Distribution occulte de dividendes	2
5. Taxe foncière allemande illégale : réforme avant fin 2019	3
DROIT DES AFFAIRES	3
1. Gérant et sécurité sociale	3
2. Création d'une GmbH allemande par-devant notaire suisse	3
DROIT DES SUCCESSIONS	4
- Qualification successorale du quart forfaitaire pour le conjoint survivant	4
DROIT DU TRAVAIL	4
1. Régime des périodes d'astreinte	4
2. Modification d'un contrat de travail par accord d'entreprise	4
IMMOBILIER	4
1. Délai de paiement du loyer	4
2. Calcul de la surface louée	5
LÉGISLATION	5
- Droit de protection des données personnelles	5

FISCALITÉ

1. Déductibilité des intérêts de refinancement immobilier

La Cour fédérale des finances (BFH) a précisé dans un arrêt du 06.12.2017 (IX R 4/17) les conditions dans lesquelles les intérêts sont déductibles de revenus fonciers. C'est le cas lorsque le prêt est contracté pour l'acquisition du bien générateur des revenus mais aussi s'ils proviennent d'un refinancement ultérieur ou lorsque le bien est vendu mais qu'un nouveau bien est racheté avec le prix de vente. En revanche, lorsqu'aucun nouveau bien immobilier n'est racheté avec le prix de vente, il faut examiner si le prix de vente aurait pu suffire à rembourser le prêt. Lorsque le prix de vente aurait été suffisant pour pouvoir rembourser le prêt, le cas échéant en ayant en sus à verser des indemnités de remboursement anticipé raisonnables (on suppose que le contribuable ne l'a pas fait), les intérêts ne seront plus déductibles. En revanche, lorsque le prix de vente n'aurait pas suffi à rembourser le prêt, le cas échéant en ayant en sus à verser des indemnités de remboursement anticipé raisonnables, les intérêts afférents à la quote-part théorique du prêt non remboursable avec le prix de vente restent déductibles.

2. Imposition de la plus-value de cession de parts de GmbH cédées à la GmbH

La Cour fédérale des finances (BFH) a jugé dans un arrêt du 06.12.2017 (IX R 7/17) que la plus-value réalisée à l'occasion de la cession de parts sociales de GmbH à la GmbH elle-même (acquéreur) était imposable chez le cédant au titre du § 17 EStG, alors même que, par ailleurs, l'opération était qualifiée de liquidation partielle et traitée comme une diminution de capital par les dispositions du code de commerce visées au § 271 al. 1a et 1b du HGB.

3. Retenue à la source sur dividendes

L'article 50d al. 3 EStG réglementant les conditions du remboursement de la retenue à la source prélevée en cas de distribution de dividendes à une société mère non résidente avait été jugé illégal par la Cour de Justice européenne (CJUE) dans son arrêt du 20.12.2017 (C-504/16, C-613/16, Juhler Holding). Selon cet article, ce remboursement prévu par la directive mère-fille était refusé dans les cas où (1ère condition) il aurait été refusé si les associés de la mère avaient été directement associés à la filiale allemande et (2ème condition) lorsque l'une des trois conditions alternatives suivantes est remplie: (1) la maison mère étrangère ne peut pas présenter de motifs économiques ou autres justifiant son interposition entre ses propres associés et la filiale allemande; (2) la mère n'a pas d'activité économique propre et substantielle; (3) la mère ne présente pas une organisation commerciale lui permettant de faire face à son objet social (nombre de salariés etc.). En dépit de l'arrêt de la CJUE susmentionné (voir aussi Lettre Allemagne n°1), le ministère fédéral des finances a publié une instruction en date du 04.04.2018 (2018/0148776) précisant que les conditions du remboursement de la retenue à la source n'étaient pas remplies lorsque l'interposition de la société étrangère était motivée essentiellement par des considérations fiscales.

4. Distribution occulte de dividendes

Le tribunal des finances de Münster a jugé dans un arrêt du 07.12.2016 (13 K 4037/13), publié le 13.04.2018, que les intérêts versés à une société sœur en rémunération d'un prêt pouvaient constituer une distribution occulte de dividendes justifiant un redressement de la société débitrice à hauteur de la partie des intérêts ne correspondant plus au taux du marché. Ce faisant, le tribunal rappelle que l'administration doit appliquer le principe de pleine concurrence et que, conformément à une jurisprudence bien établie de la Cour fédérale des finances, il n'y a pas de méthode privilégiée prioritaire par

rapport aux trois méthodes de détermination de ce prix internationalement reconnue par l'OCDE. En l'occurrence, la méthode cost-plus pouvait s'appliquer au motif que la méthode de comparaison des prix de marché devait en l'espèce être exclue, la société prêteuse n'étant pas comparable à un institut bancaire. Le taux d'intérêt à retenir fût donc finalement calculé sur la base des coûts de refinancement de la société prêteuse, y compris les coûts de mobilisation de ses capitaux propres. Le coefficient de marge retenu est de 5%. Un recours en cassation a été engagé devant le BFH (BFH I R 4/17).

5. Taxe foncière allemande illégale : réforme avant fin 2019

La Cour constitutionnelle allemande a jugé dans un arrêt du 10.04.2018 que les dispositions relatives au calcul de la taxe foncière (*Grundsteuer*) étaient inconstitutionnelles et a enjoint le législateur allemand à refondre la réglementation fiscale de la taxe foncière avant la fin 2019, auquel cas les dispositions actuelles pourront encore s'appliquer jusque fin 2024 au plus tard. Ces dispositions qui partent d'une valeur vénale assise sur la situation de 1964 sont en effet discriminatoires et injustifiées dans la mesure où les biens immobiliers ont connu, depuis cette date, des évolutions très différentes les uns par rapport aux autres (créations d'infrastructures etc.).

* * *

DROIT DES AFFAIRES

1 Gérant et sécurité sociale

La Cour sociale fédérale (BSG) a rendu deux arrêts du 15.03.2018 (B 12 KR 13/17 R et B 12 R 5/16 R) qui rappellent sous quelles conditions le salaire du gérant est soumis ou pas à des charges sociales.

Normalement, le gérant d'une GmbH est considéré comme un salarié de celle-ci car il est soumis aux directives de l'assemblée générale, il bénéficie donc du régime de la sécurité sociale. Lorsque le gérant est associé de la GmbH et qu'il a de plus l'autorité juridique de la diriger librement, il n'est plus salarié mais indépendant. C'est le cas notamment lorsqu'il détient au moins 50 % des parts sociales, car il exerce alors un contrôle dans l'assemblée générale. Il peut aussi avoir moins de 50 % mais disposer d'une « minorité de blocage générale ». Ce terme vise la possibilité pour le gérant associé d'empêcher valablement - en vertu de règles statutaires explicites - les directives de l'assemblée générale qui ne lui conviennent pas. Les simples conventions sur l'exercice du droit de vote relevant du droit des obligations n'ont cependant pas d'incidence.

2. Création d'une GmbH allemande par-devant notaire suisse

Lors de la création d'une GmbH de droit allemand, les statuts doivent être authentifiés par un notaire. Il y a depuis très longtemps une controverse tournant autour de la question de savoir si l'authentification doit obligatoirement se faire par-devant notaire admis en Allemagne ou si elle peut également (d'une manière générale ou au cas par cas) se faire par-devant notaire étranger.

Par une ordonnance du 24.01.2018 (22 W 25/26) la Cour d'appel de Berlin a décidé qu'il est possible de créer une GmbH de droit allemand par-devant notaire admis en Suisse et ayant son office dans le canton de Berne lorsque celui lit à haute voix la consignation par écrit des statuts en présence des comparants et que ceux-ci acceptent et signent ces statuts en main propre.

* * *

DROIT DES SUCCESSIONS

- Qualification successorale du quart forfaitaire pour le conjoint survivant

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), sur question préjudicielle, a eu à se prononcer, par une décision du 01.03.2018 (C-558/16) sur le champ d'application du règlement successoral européen n° 650/2012 du 04.07.2012 au regard du régime matrimonial allemand. En effet, le droit allemand prévoit qu'en cas de décès d'un des époux, le régime matrimonial légal de la participation aux acquêts (*Zugewinnngemeinschaft*) sera liquidé forfaitairement par augmentation d'1/4 de la part successorale du conjoint survivant sans calcul concret de la créance de participation, alors même qu'il n'y a pas d'accroissement réel (art. 1371 al. 1 BGB). La question se posait de savoir s'il s'agissait là d'une disposition de droit matrimonial ou de droit successoral.

Dans le passé, si la loi régissant le régime matrimonial était une autre que celle régissant le régime successoral, l'art. 1371 al. 1 BGB avait majoritairement été interprété comme étant une disposition « matrimoniale » en ce sens qu'il ne s'est appliqué que lorsque les époux s'étaient mariés sous le régime matrimonial légal allemand de la participation aux acquêts. La CJUE retient dorénavant une interprétation successorale de la disposition. Selon la Cour, cette disposition détermine la part successorale du conjoint par rapport aux autres héritiers et relève ainsi du champ d'application du règlement successoral n° 650/2012.

Désormais, le quart forfaitaire s'applique toujours si les époux se sont mariés sous un régime matrimonial étranger qui correspond au régime légal allemand de la participation aux acquêts, sous condition que le droit successoral allemand soit applicable.

* * *

DROIT DU TRAVAIL

1. Régime des périodes d'astreinte

Par arrêt du 21.02.2018 (C-518/15), la Cour de Justice de l'Union Européenne a décidé que la période d'astreinte d'un salarié (un pompier) doit être considérée comme temps de travail lorsque le salarié doit être présent à un endroit déterminé par l'employeur et lorsqu'il doit répondre aux appels de son employeur dans un délai déterminé par celui-ci (8 minutes en l'occurrence). La Cour a considéré que ces circonstances restreignent de manière significative les possibilités d'avoir d'autres activités, même si le salarié a droit de passer ce temps d'astreinte à son domicile.

2. Modification d'un contrat de travail par accord d'entreprise

Par arrêt du 11.04.2018 (4 AZR 119/17), la Cour fédérale du travail (BAG) a décidé qu'un accord d'entreprise ne peut pas modifier de manière négative l'accord conclu entre un salarié et un employeur relatif à la rémunération du salarié et fixé dans un avenant au contrat de travail. Même si l'accord d'entreprise prévoit son application automatique à tous les contrats de travail en cours, et même en cas de signature d'un avenant correspondant, l'accord individuel sera toujours prioritaire lorsque l'accord d'entreprise est moins favorable au salarié ou lorsque cet accord est ensuite résilié par une des parties.

* * *

IMMOBILIER

1. Délai de paiement du loyer

Dans un arrêt du 03.03.2017, le TGI (LG) de Berlin a confirmé qu'un loyer a été réglé à temps et conformément au § 556b BGB, lorsque le locataire a

donné ordre de virement jusqu'au troisième jour ouvrable d'un mois. Si aux termes du § 556b BGB, le loyer doit être payé jusqu'au troisième jour ouvrable d'un mois, il suffit que l'ordre de virement soit donné à ce moment. La date de réception du loyer par le bailleur est inopérante. Une résiliation du bail pour retard de paiement du locataire ne sera admis qu'à expiration de ce moment si aucun paiement n'a été ultérieurement enregistré (63 S 254/16).

2. Calcul de la surface louée

Par arrêt du 17.01.2018 (18 S 308/13), le TGI (LG) de Berlin a décidé que la surface du balcon ne doit être prise en compte qu'à un quart et non pas à la moitié lors du calcul du loyer.

En absence de stipulation dans le bail, la détermination de la surface se fait selon les usages locaux qui appliquent par analogie l'Ordonnance relative au calcul de la surface louée dans les logements sociaux (*Wohnflächenverordnung – WoFIV*). Cette ordonnance impose une prise en compte de la surface d'un balcon à un quart, une prise en compte à la moitié n'est prévue que dans des circonstances exceptionnelles, telles qu'un balcon ensoleillé avec vue sur un parc (§ 4 n° 4 WoFIV). Une expertise dans le cadre du procès a démontré que l'ordonnance WoFIV est appliquée par une grande partie des bailleurs privés, mais dont la plupart l'appliquent incorrectement en prenant en compte la surface d'un balcon à la moitié.

Pour déterminer les usages locaux en la matière, le TGI a donc décidé que l'ordonnance WoFIV constitue bien un tel usage, mais dans une application correcte et conforme à son texte.

En raison de l'importance fondamentale de l'affaire, le TGI admis le recours en cassation qui a déjà été interjeté (BGH, Az. VIII ZR 33/18).

* * *

LÉGISLATION

- Droit de protection des données personnelles

Le 25.05.2018 entrera en vigueur le Règlement Général relatif à la Protection des Données ainsi que la nouvelle Loi allemande relative à la protection des données personnelles. Pour le professionnel traitant des données personnelles, ces deux réglementations comportent une série de changements en la matière que le professionnel devra intégrer dans sa pratique quotidienne jusqu'au 25.05.2018, à savoir :

- (1) Nouvelle définition du terme de « données à caractère personnel » qui inclut désormais
 - les données personnelles ayant fait l'objet d'une pseudonymisation,
 - l'adresse IP.Le traitement comprendra également le ciblage comme moyen d'identification d'une personne physique.
- (2) Nouveaux droits individuels, à côté des droits individuels existants, tels que
 - le droit à la limitation du traitement des données personnelles ;
 - le droit à la portabilité/au transfert des données personnelles à un tiers.
- (3) Le responsable du traitement doit
 - limiter le traitement de données personnelles à un minimum nécessaire ;
 - mettre en œuvre toutes les mesures techniques et organisationnelles appropriées pour garantir la sécurité et la confidentialité des données ;
 - engager et contrôler de sous-traitants (p. ex. l'hébergeur d'un site) par rapport à ces obligations.
- (4) Le règlement augmente le pouvoir de sanction de l'autorité nationale en charge de protection des données personnelles. Désormais, des amendes d'un montant égal à 20 Mio € peuvent être infligées.

(5) Mesures à prendre :

- les entreprises ayant 10 salariés ou plus et traitant des données seront obligées d'avoir un Délégué à la protection des données ;
 - établir un répertoire des procédures par lesquelles sont traitées des données protégées et prévoir pour chaque procédure les règles et délais à respecter ;
 - analyser les points faibles de chaque procédure en vue des obligations légales et prévoir des remèdes ;
 - assurer la sécurité des données personnelles ;
- établir des manuels de procédure pour tout collaborateur ayant à traiter des données personnelles ; les obligations des sous-traitants doivent être fixées dans un contrat écrit ;
 - respecter les obligations légales d'information envers les clients, les collaborateurs et les partenaires professionnels ;
 - informer les autorités nationales en charge de la protection des données personnelles de toute violation des obligations susmentionnées.

Nous sommes un cabinet d'avocats franco-allemand implanté à Berlin dont la vocation est le conseil juridique et fiscal aux entreprises et particuliers français ou francophones sur le marché allemand.

Nous sommes 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. 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