

DJP AVOCATS
DUCHEMIN JOUAN & PARTNERS

NEWSLETTER N° 48
FÉVRIER 2017



LOCAL ET
INTERNATIONAL



BDO

SOMMAIRE

DROIT FISCAL :

- Prix de transfert
- Suramortissement : extension du dispositif aux biens commandés avant le 15 avril 2017
- TVA
- Non majoration de 25% de la base des prélèvements sociaux sur les distributions occultes
- La CSG-CRDS reconnue comme un impôt par la convention franco-américaine ?

DROIT DES AFFAIRES :

- Immatriculation au Registre du Commerce et des Sociétés du particulier louant de façon régulière des chambres d'hôtes
- Fusion : la société absorbante ne peut être condamnée pénalement pour des faits commis par la société absorbée
- Mise en place d'une obligation d'information sur les bénéficiaires effectifs des sociétés au Registre du Commerce et des Sociétés

DROIT SOCIAL :

- PSE : contrôle de la Direccte sur la pondération des critères d'ordre
- PSE et motivation de la décision de l'administration
- Discrimination : annulation d'un licenciement fondé sur les convictions religieuses
- Désignation des membres du CHSCT et point de départ du délai de contestation
- Statut protecteur et commission paritaire professionnelle nationale
- Prise d'acte justifiée en cas de non respect des dispositions relatives à la médecine du travail

Pour toute question relative au contenu de cette lettre d'actualité juridique, n'hésitez pas à nous contacter :

www.djp-avocats-bdo.fr

PRIX DE TRANSFERT

La DGFIP a publié le formulaire 2258-SD de déclaration « Pays par Pays ».

Les premières déclarations « pays par pays », au titre des exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2016 doivent être transmises obligatoirement par voie électronique dans les 12 mois suivants la date de clôture de l'exercice. A cet effet, la DGFIP a publié le formulaire 2258-SD consacré à cette déclaration. Parallèlement, un accord multilatéral vient d'être ratifié par 31 pays, dont la France, ayant pour objet d'organiser l'échange des déclarations « pays par pays » qui doit en principe intervenir dès 2018.

(loi n° 2017-117 du 1er février 2017)

La Cour Administrative d'Appel de Paris (la « CAA ») a jugé que l'Administration fiscale ne pouvait pas déduire de la seule situation déficitaire d'une société française l'inadéquation de la méthode dite du prix de revente et y substituer la méthode transactionnelle de la marge nette (« TNMM »).

Une société française, membre d'un groupe international exerçant dans le commerce de produits pharmaceutiques, en charge de la distribution desdits produits (la « Société »), déterminait ses prix d'acquisition auprès des entités du groupe selon la méthode dite du prix de revente.

Pour rappel, cette méthode consiste à retenir le prix de vente final et à y défalquer une marge bénéficiaire appropriée, par référence à une marge de pleine concurrence.

Compte tenu de la situation déficitaire de la Société, au terme d'une vérification de comptabilité, le Service avait substitué la méthode TNMM de sorte que la Société présente en France un résultat opérationnel positif et ainsi que soit assurée l'existence d'une base taxable en France.

Le jugement rendu par le Tribunal Administratif de Paris avait confirmé la position du service vérificateur.

En revanche, la CAA infirme ce jugement au motif que la méthode du prix de revente est recommandée par l'OCDE pour ce type d'opérations et note que la situation déficitaire d'une société peut être justifiée par d'autres facteurs conjoncturels et structurels, tels que la situation du marché, la position concurrentielle de la société, l'efficacité de sa gestion ou encore la structure de ses coûts fixes et variables.

En l'espèce, la situation déficitaire de la Société résultait (i) de l'importance de ses coûts fixes, (ii) de son positionnement concurrentiel et (iii) de l'interdiction de commercialisation des produits en France.

Dans ce contexte, de manière inédite, le juge écarte l'application du TNMM par l'Administration.

(CAA Paris, 26 janvier 2017, n° 15PA02206)

SURAMORTISSEMENT : EXTENSION DU DISPOSITIF AUX BIENS COMMANDES AVANT LE 15 AVRIL 2017

L'administration précise les conditions d'application du suramortissement aux biens commandés avant le 15 avril 2017.

Pour bénéficier de la déduction supplémentaire de 40%, les commandes devront être réalisées avant le 15 avril 2017 et assorties du versement d'un ou plusieurs acomptes au moins égaux à 10% du prix de la commande. Si l'acompte intervient postérieurement à la commande, il devra en tout état de cause intervenir avant le 15 avril 2017. En outre, les biens commandés devront être acquis dans les 24 mois à compter de la date de la commande.

(BOI-BIC-BASE-100-20170201)

TVA

Le Conseil d'Etat a jugé que le gestionnaire d'un programme de fidélisation de la clientèle d'un groupe hôtelier ne pouvait déduire la TVA grevant les frais facturés par les hôtels adhérents au programme et correspondant aux coûts des récompenses octroyées aux clients.

Le Conseil d'Etat, se basant sur deux arrêts de la Cour de Justice de l'Union européenne dans deux arrêts du 7 octobre 2010 (Loyalty Management UK Ltd et Baxi Group Ltd), a estimé que les paiements effectués par un gestionnaire de programme de fidélité aux fournisseurs qui offrent aux clients des biens ou des services doivent être considérés comme la contrepartie, versée par un tiers, d'une prestation rendue à ces clients. En conséquence, sauf pour la partie des sommes facturées par les fournisseurs qui correspondrait à une prestation de services distincte, ces sommes ne consistent pas en la rémunération de biens et de services utilisés par le gestionnaire de programme pour les besoins de ses opérations, ce qui fait obstacle à la déductibilité de la TVA.

(CE, 7 décembre 2016, n°396460, Marriott Rewards)

La Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) précise les conditions d'exonération de TVA des livraisons intracommunautaires.

La CJUE s'est opposée au refus d'exonérer les livraisons intracommunautaires au motif que l'acquéreur n'était ni inscrit dans le système VIES, ni soumis à un régime de taxation des livraisons intracommunautaires dès lors qu'il n'existe aucun indice sérieux de l'existence d'une fraude et que les conditions de fond de l'exonération sont réunies. Les conditions d'exonération telles que précisées par la CJUE sont plus souples que celles exigées par l'administration fiscale française. Il ne faudra pas hésiter à s'en prévaloir pour contester les refus d'exonération.

(CJUE, 9 février 2017, C-21/16, Euro Tyre)

NON MAJORATION DE 25% DE LA BASE DES PRÉLÈVEMENTS SOCIAUX SUR LES DISTRIBUTIONS OCCULTES

Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité introduite le 7 décembre 2016, le Conseil Constitutionnel a jugé inconstitutionnel la majoration de 25% de la base des prélèvements sociaux en cas de distributions occultes.

Le Conseil Constitutionnel a jugé conforme à la Constitution l'article L136-6, I-c du Code de la sécurité sociale précisant que les revenus de capitaux mobiliers sont soumis au prélèvements sociaux sur la base retenue pour l'impôt sur le revenu. Or, au cas d'espèce, il s'agissait de distributions occultes qui avaient été imposé majorées de 25%.

Sans pour autant retenir une inconstitutionnalité du texte, le Conseil Constitutionnel a soulevé une inégalité devant les charges publiques rendant cette majoration contestable pour l'application des prélèvements sociaux.

Cette décision est opposable à l'administration pour toutes les instances en cours mais également pour toutes les contributions sociales non prescrites où il est possible d'introduire une réclamation.

(Conseil Constitutionnel, QPC 10 février 2017, n°2016-610)

LA CSG-CRDS RECONNUE COMME UN IMPÔT PAR LA CONVENTION FRANCO-AMÉRICAINE ?

L'administration fiscale française considère que les prélèvements sociaux sont couverts par les conventions fiscales en matière d'impôt sur les revenus contrairement aux administrations étrangères.

Les non résidents français percevant des revenus immobiliers de source française sont soumis à l'impôt sur le revenu ainsi qu'aux prélèvements sociaux depuis 2012.

Leur pays de résidence leur accorde généralement un crédit pour l'impôt sur le revenu acquitté en France contrairement aux prélèvements sociaux. En effet, ces derniers sont considérés comme des cotisations sociales hors champ des conventions. Cette situation crée une double imposition pour le bénéficiaire des revenus fonciers.

Aux Etats-Unis, une décision de la Cour d'Appel de Columbia du 5 août 2015 a considéré que la CSG/CRDS entrait bien dans le cadre de la convention fiscale conclue entre la France et les Etats-Unis contrairement à la position de l'administration fiscale américaine (IRS). Suite à la question posée par un député sur cette décision, l'administration fiscale française indique que cette décision « pourrait amener les autorités américaines à revoir leur position » et qu'elle lui offre « l'occasion d'appuyer l'interprétation qu'elle s'attache de longue date à soutenir auprès de l'IRS » mais « sans qu'il soit possible à ce stade d'anticiper les résultats de ces démarches ». *(Réponse ministérielle à la question n°99134 publiée au JO le 07/02/2017)*

IMMATRICULATION AU REGISTRE DU COMMERCE ET DES SOCIÉTÉS DU PARTICULIER LOUANT DE FAÇON RÉGULIÈRE DES CHAMBRES D'HÔTES

Le loueur de chambres d'hôtes qui exerce cette activité à titre commercial, de manière saisonnière ou tout au long de l'année, est tenu de s'immatriculer au Registre du Commerce et des Sociétés (RCS).

Le Comité de coordination du RCS, après avoir rappelé que la loi répute tout acte de commerce l'activité de fourniture de services (art. L.110-1, 6° du Code de commerce), a confirmé que l'activité de location de chambres d'hôtes entre dans cette catégorie.

Par conséquent, les personnes physiques qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle, dont notamment l'activité de mise à disposition de chambres meublées, assortie de prestations de services liées à un hébergement temporaire, telles que l'accueil de la clientèle, le service d'un petit déjeuner et plus généralement de repas, la fourniture de linge de maison, le nettoyage de la chambre, l'accès au réseau internet, la mise à disposition d'un parking privatif, l'accès à une piscine, la location de bicyclettes, voire la garde d'enfants, doivent s'immatriculer au RCS en application des articles L.121-1 et L.123-1, 1° du Code de commerce.

Le loueur de chambres d'hôtes ne devra toutefois respecter cette obligation que s'il exerce son activité de façon régulière, c'est-à-dire répétitive, soit de manière saisonnière, soit tout au long de l'année et dans l'intention de réaliser des profits.

Selon le Comité, l'obligation de loueur de s'immatriculer au Registre du Commerce tombe lorsque l'activité exercée revêt un caractère civil (par exemple lorsque la location de chambres d'hôtes est exercée par un exploitant agricole et a pour support l'exploitation agricole).

(Avis CCRCS 2016-018 des 15-9 et 18-10-2016 mis en ligne le 23-12-2016 : www.textes.justice.gouv.fr)

FUSION : LA SOCIÉTÉ ABSORBANTE NE PEUT ÊTRE CONDAMNÉE PÉNALEMENT POUR DES FAITS COMMIS PAR LA SOCIÉTÉ ABSORBÉE

Des poursuites pénales ne peuvent être engagées à l'encontre de la société

absorbante pour des faits commis par la société absorbée avant que cette dernière ne soit radiée du Registre du Commerce.

La Cour de justice de l'Union européenne avait jugé qu'une fusion-absorption entraîne la transmission de l'obligation de payer une amende infligée par une décision définitive après la fusion, pour des infractions commises avant celle-ci par la société absorbée (CJUE 5-3-2015 aff. 343/13 : BRDA 5/15 inf.1).

Rappelant les dispositions de l'article 19.1 de la directive fusion (Dir. 2011/35 du 5-4-2011, ex-dir 78/855 du 9-10-1978) selon lesquelles la fusion entraîne non seulement « la transmission universelle, tant entre la société absorbée et la société absorbante qu'à l'égard des tiers, de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée à la société absorbante » mais également la disparition de l'absorbée, la CJUE estime que si l'obligation de payer l'amende n'était pas transmise comme élément du passif de celle-ci, sa responsabilité pénale serait éteinte, ce qui serait contraire à la nature même d'une fusion par absorption telle que définie par la directive.

La chambre criminelle de la Cour de cassation n'a pas entendu s'aligner sur la position de la Cour européenne. Elle fonde sa décision sur le principe de la personnalité des peines en application de l'article 121-1 du Code pénal, dans une affaire où une société exploitant un laboratoire d'analyses médicales qui en avait absorbé une autre était poursuivie pour le versement par cette dernière de commissions aux auxiliaires médicaux en violation des règles du Code de la santé publique.

Se basant par ailleurs sur le fait que la directive européenne ne peut avoir d'effet direct à l'égard des personnes physiques ou morales, conformément à la jurisprudence de la CJUE selon laquelle une directive ne peut par elle-même créer d'obligation à l'égard d'un particulier et ne peut être invoquée en tant que telle à son encontre, la chambre criminelle conclut l'interdiction d'engager des poursuites pénales à l'encontre de la société absorbante pour des faits commis par la société absorbée avant que cette dernière perde son existence juridique. La Cour affirme en outre, de façon inédite, qu'en matière de responsabilité pénale, la date à prendre en considération pour la disparition de la société absorbée est celle de sa radiation au Registre du Commerce et non pas celle de l'assemblée générale approuvant l'opération de fusion.

Cette solution rejoint celle déjà adoptée par la chambre commerciale de la Cour de cassation qui avait retenu que la date à prendre en compte, pour déterminer si une société dissoute à la suite d'une fusion a la capacité d'agir en justice, est celle de la publication de sa dissolution au Registre du Commerce et des Sociétés (Cass. Com. 24-5-2011 n°10-19.222 F-PB : RJDA 8-9/11 n°702).

(Cass. Crim. 25-10-2016 n°16-80.366 FS-PB)

MISE EN PLACE D'UNE OBLIGATION D'INFORMATION SUR LES BÉNÉFICIAIRES EFFECTIFS DES SOCIÉTÉS AU REGISTRE DU COMMERCE ET DES SOCIÉTÉS

Une ordonnance du 1er décembre 2016 impose aux sociétés non cotées immatriculées au RCS de communiquer au greffe l'identité des bénéficiaires effectifs, tandis que la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 l'impose à toutes les sociétés immatriculées.

L'ordonnance 2016-1635 du 1er décembre 2016, prise pour la transposition de la directive européenne antiblanchiment 2015/849 du 20 mai 2015, a mis à la charge des sociétés non cotées immatriculées au RCS une obligation d'information sur leur « bénéficiaire effectif », tel que défini à l'article L.561-2-2 du Code monétaire et financier, c'est-à-dire la personne physique qui, en dernier lieu, possède ou contrôle la société ou pour le compte de qui une opération ou une activité est réalisée.

Or, l'article 139 de la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016, pris pour la transposition de la même directive, a également créé après l'article L.561-45 du Code monétaire et financier une section intitulée « Le bénéficiaire effectif » prévoyant des règles d'information sur les bénéficiaires effectifs des sociétés tenues de s'immatriculer au RCS, sociétés cotées comprises. Le régime de ces deux séries de règles différant sensiblement, la question qui se pose est de savoir quel régime appliquer.

Pour une partie de la doctrine, la loi Sapin 2 étant le texte le plus récent publié, elle devrait se substituer à l'ordonnance du 1er décembre 2016 et s'appliquer à compter du 1er avril 2017. Reste donc à lever cette incertitude.

(Ord. 2016-1635 du 1-12-2016 art.8 et loi Sapin 2 n°2016-1691 du 9-12-2016 art.139)

PSE : CONTRÔLE DE LA DIRECCTE SUR LA PONDERATION DES CRITÈRES D'ORDRE

Le document unilatéral fixant le plan de sauvegarde de l'emploi (« PSE ») ne peut omettre l'un des critères d'ordre énoncés à l'article L. 1233-5 du Code du travail ni affecter l'un d'eux de la même valeur pour tous les salariés.

En l'espèce, le PSE avait été mené à la suite de l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire avec plan de cession, prévoyant le licenciement de 35 des 72 salariés. Dans un premier temps homologué par la Direccte, le document fixant le PSE est ensuite contesté par plusieurs salariés au motif que celui-ci prévoit pour le critère d'ordre lié à la qualification professionnelle une pondération uniforme d'un point par salarié. Le Conseil d'Etat fait droit aux demandes desdits salariés et énonce que « le document unilatéral de l'employeur fixant le plan de sauvegarde de l'emploi ne saurait légalement, ni omettre l'un de ces critères, ni affecter l'un d'entre eux de la même valeur pour tous les salariés, dès lors que l'omission d'un critère dans le plan de sauvegarde de l'emploi, ou l'interdiction de le moduler, ont pour effet d'empêcher par avance que ce critère puisse être effectivement pris en compte au stade de la détermination de l'ordre des licenciements ». La Haute juridiction précise que seule une impossibilité matérielle de mettre en œuvre un critère d'ordre permettrait de faire exception à ce principe.

Conseil d'Etat, 1er février 2017, n°387886

PSE ET MOTIVATION DE LA DÉCISION DE L'ADMINISTRATION

Les éléments essentiels qui doivent figurer dans la décision de la Direccte sont précisés par le Conseil d'Etat.

Un jugement du 16 décembre 2014 annule pour insuffisance de motivation l'homologation du document unilatéral fixant le contenu du PSE d'une société. La Cour administrative d'appel confirme ce jugement. Le Conseil d'Etat rejette quant à lui le pourvoi en indiquant qu'il appartient à l'administration de faire apparaître dans sa décision les éléments essentiels de son examen. A cette occasion, il précise la teneur de ces éléments. Ainsi, doivent figurer dans la décision de la Direccte les éléments « relatifs à la régularité de la procédure d'information et de consultation des instances représentatives du personnel, ceux tenant au caractère suffisant des mesures contenues dans le plan au regard des moyens de l'entreprise et, le cas échéant, de l'unité économique et sociale ou du groupe ». S'y ajoutent « les éléments relatifs à la recherche, par l'employeur, des postes de reclassement et (...) tout élément sur lequel elle aurait été, en raison des circonstances propres à l'espèce, spécifiquement amenée à porter une appréciation ». Rappelons que l'article L. 1235-16 du Code du travail permet désormais à l'administration de rendre une nouvelle décision dans un délai de 15 jours en cas d'annulation de l'homologation pour insuffisance de motivation.

Conseil d'Etat, 1er février 2017, n°391744

DISCRIMINATION : ANNULATION D'UN LICENCIEMENT FONDE SUR LES CONVICTIONS RELIGIEUSES

La Cour de cassation a jugé discriminatoire le licenciement d'un contrôleur de la RATP ayant refusé de prêter serment en utilisant la formule « je jure » au motif que sa religion le lui interdisait.

L'exercice de la fonction d'agent de contrôle de la RATP nécessite une assermentation en vue d'être habilité à dresser des procès-verbaux d'infraction. En l'espèce, lors de son admission dans le cadre permanent de la RATP, une salariée est convoquée devant le Tribunal de grande instance afin de prêter serment. Lors de la cérémonie d'assermentation, ladite salariée explique que sa religion chrétienne lui interdit d'utiliser la formule « je le jure » proposant au Tribunal d'utiliser la formule « je m'engage ». Le Tribunal de grande instance refuse cette alternative et considère le serment comme non prêté. Quelques semaines plus tard, la RATP licencie la salariée pour faute grave sur ce fondement. La salariée saisit la juridiction prud'homale en se prévalant du caractère abusif et vexatoire du licenciement. La Cour d'appel juge le licenciement pour faute justifié. La Cour de cassation censure l'arrêt rendu par les juges du fond et annule le licenciement prononcé à l'égard de la salariée et énonce « qu'il résulte de l'article 23 de la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer que le serment des agents de surveillance exerçant au sein des entreprises visées par cette disposition peut être reçu selon les formes en usage dans leur religion ; qu'il s'ensuit que la salariée n'avait commis aucune faute en proposant une telle formule et que le licenciement prononcé en raison des convictions religieuses de la salariée était nul ».

Cour de cassation, 1er février 2017, n°16-10459

DÉSIGNATION DES MEMBRES DU CHSCT ET POINT DE DÉPART DU DÉLAI DE CONTESTATION

La date à prendre en compte concernant l'expédition de la requête est celle du cachet figurant sur le récépissé de dépôt de l'envoi en recommandé.

Les membres d'un CHSCT sont désignés le 15 octobre 2015. L'employeur saisit le tribunal d'instance compétent d'une demande d'annulation de cette désignation par courrier recommandé reçu au greffe de la juridiction le 2 novembre 2015. Constatant que le cachet de la Poste figurant sur l'enveloppe contenant la requête mentionne la date du 31 octobre 2015, le tribunal d'instance dit la demande irrecevable comme tardive, considérant le délai de contestation de 15 jours de l'article R. 4613-11 du Code du travail échu au moment de l'envoi du recours. Or, en l'espèce, l'employeur produisait le récépissé du dépôt de son envoi recommandé délivré par les services de l'administration de la Poste, sur lequel figure la date du 29 octobre 2015. Après avoir rappelé qu'aux termes de l'article 699 du Code de procédure civile la date d'expédition d'une notification faite par voie postale est celle qui figure sur le cachet du bureau d'émission, la Cour de cassation condamne l'analyse du tribunal d'instance en ce qu'il n'a pas pris en compte comme date d'envoi celle du cachet figurant sur le récépissé de dépôt de l'envoi en recommandé.

Cour de cassation, 18 janvier 2017, n°15-28.806

STATUT PROTECTEUR ET COMMISSION PARITAIRE PROFESSIONNELLE NATIONALE

Le salarié mandaté par une organisation syndicale pour siéger au sein d'une telle commission instituée par accord bénéficié de la protection contre le licenciement.

Un salarié est mandaté par une organisation syndicale pour siéger au sein d'une commission paritaire nationale instituée par voie conventionnelle, en l'espèce par la convention collective nationale des cabinets ou entreprise de géomètres-experts. Il conteste la validité du licenciement dont il a fait l'objet, considérant qu'il bénéficie du statut de salarié protégé en sa qualité de membre de cette commission, de sorte que son employeur aurait dû solliciter une autorisation administrative de licenciement. Il est débouté par les juges du fond qui relèvent qu'il est dépourvu de mandat énuméré par l'article L. 2421-1 du Code du travail ainsi que l'absence de protection prévue par la loi ou par l'accord concerné aux salariés mandatés pour être membres d'une commission paritaire nationale. La Cour de cassation censure cette analyse au visa des articles L. 2251-1 et L. 2234-3 du Code du travail. Elle déduit en effet de ces textes que « le législateur a entendu accorder aux salariés membres des commissions paritaires professionnelles créées par accord collectif la protection prévue par l'article L. 2411-3 du Code du travail pour les délégués syndicaux en cas de licenciement ». Elle ajoute que ces dispositions sont d'ordre public en raison de leur objet et « s'imposent, en vertu des principes généraux du droit du travail, à toutes les commissions paritaires professionnelles créées par accord collectif, y compris celles créées par des accords antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004 ». Il en résulte que les salariés mandatés par les organisations syndicales pour siéger au sein des commissions paritaires nationales instituées par accords bénéficient de la protection prévue pour les délégués syndicaux en cas de licenciement.

Cour de cassation, 1er février 2017, n°15-24.310

PRISE D'ACTE JUSTIFIÉE EN CAS DE NON RESPECT DES DISPOSITIONS RELATIVES À LA MÉDECINE DU TRAVAIL

L'absence d'organisation de la visite médicale d'embauche, de visites médicales périodiques et d'une visite de reprise justifie la prise d'acte de la rupture du contrat de travail par le salarié.

En l'espèce, une déléguée du personnel prend acte de la rupture du contrat de travail de son contrat au motif que son employeur n'a pas organisé la visite médicale d'embauche, les visites médicales périodiques pendant les dix-huit premiers mois de l'embauche et la visite de reprise après un arrêt de travail de six mois pour accident du travail. La Cour de cassation juge les manquements de l'employeur suffisamment graves pour justifier une rupture immédiate du contrat de travail de la salariée. Eu égard au statut de délégué du personnel de cette dernière, la nullité du licenciement est prononcée et l'employeur est condamné à payer à la salariée une somme à titre de dommages-intérêts pour violation du statut protecteur.

Cour de cassation, 8 février 2017, n°15-14874

