

DJP AVOCATS
DUCHEMIN JOUAN & PARTNERS

NEWSLETTER N° 49
MARS 2017



LOCAL ET
INTERNATIONAL



BDO

SOMMAIRE

DROIT FISCAL :

- Audience du Conseil d'Etat dans l'affaire Morgan Stanley
- Notion d'Etablissement Stable en TVA
- Impact des dividendes sur l'assujettissement à la taxe sur les salaires d'une Holding
- Prix de transfert : la référence à la médiane n'est plus une obligation
- Modalités d'application du taux d'Impôt sur les Sociétés de 28% en 2017
- Inconstitutionnalité de l'article 123 bis du CGI
- Droit douanier : notion d'exportateur
- Recours pour excès de pouvoir relatif à la taxe de 3% : le Conseil d'Etat prend sa décision
- Non-résidents de pays tiers à l'Union Européenne assujettis à la CSG/CRDS
- Calendrier 2017 des déclarations des revenus 2016

DROIT SOCIAL :

- Port du voile islamique, contact avec la clientèle et règlement intérieur
- Clause de non-concurrence et contrat de sécurisation professionnelle (« CSP »)
- Loyauté et négociation collective
- Harcèlement moral et responsabilité du Responsable des Ressources Humaines (« RRH »)

DROIT DES SOCIÉTÉS:

- Seuls les statuts peuvent prévoir les organes collégiaux de la SAS
- Le débiteur qui paie un créancier en liquidation judiciaire doit repayer la même somme entre les mains du liquidateur même si ce dernier est fautif
- Les commerces de détail à Paris seront bientôt soumis à autorisation d'exploitation lorsque leur surface excèdera 400 m²
- De nouvelles mentions relatives aux délais de paiement devront figurer dans le rapport de gestion pour les exercices ouverts à compter du 1er juillet 2016

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

www.djp-avocats-bdo.fr

DROIT À DÉDUCTION DES SUCCURSALES EN MATIÈRE DE TVA : QUESTIONS PRÉJUDICIELLES POSÉES PAR LE CONSEIL D'ÉTAT DANS L'AFFAIRE MORGAN STANLEY

Dans une décision rendue le 29 mars, le Conseil d'Etat a choisi de surseoir à statuer sur le fond afin de poser plusieurs questions préjudicielles à la Cour de Justice de l'Union Européenne (« CJUE »).

En l'espèce, l'administration fiscale a remis en cause le droit à déduction de la succursale française de la société Morgan Stanley au motif que cette dernière réalisait, pour partie, des prestations de services au profit de son siège étranger situées hors du champ d'application de la TVA. Toutefois, la CJUE avait récemment admis, dans un cas similaire, la possibilité de déduire la TVA afférente aux dépenses exposées pour les besoins des prestations rendues au siège (cf. Newsletter de septembre 2016).

Le Rapporteur public dans l'affaire Morgan Stanley s'était aligné sur cette position, estimant que le siège et sa succursale ne forment qu'un seul assujetti et que, partant, la réalisation d'opérations internes ne devrait pas impacter à elle-seule le droit à déduction de la succursale. Le Rapporteur public avait, cependant, préconisé le renvoi de questions préjudicielles à la CJUE afin de déterminer les modalités de calcul du coefficient de déduction.

Le Conseil d'Etat a suivi, en partie, les conclusions du Rapporteur public et a sursis à statuer afin de poser à la CJUE deux questions préjudicielles. Ces dernières concernent les modalités de détermination pratiques du coefficient de déduction lorsque la succursale réalise exclusivement ou partiellement des services au profit de son siège.

Ainsi, le Conseil d'Etat n'a pas, pour le moment, tranché la question de principe qui est celle de la reconnaissance de la possibilité de déduire la TVA afférente à des dépenses exposées pour les besoins de prestations internes. Toutefois, la recherche des modalités de calcul du droit à déduction permettrait de considérer qu'une réponse positive ait été implicitement apportée. *Conseil d'Etat, 29/03/2017, 389105, Morgan Stanley & Co International PLC.*

NOTION D'ÉTABLISSEMENT STABLE EN TVA

La CAA de Paris a pris une position surprenante quant à la détermination d'un établissement stable en matière de TVA en se basant uniquement sur les critères utilisés en matière d'impôt sur les sociétés.

En l'espèce, l'administration fiscale a considéré qu'une société disposait d'un établissement stable en France au regard de l'impôt sur les sociétés et en a également tiré les mêmes conséquences en matière de TVA.

La CAA confirme cette analyse en jugeant simplement que : « Il résulte de ce qui a été dit précédemment que la société Singleton Institute doit être regardée comme exerçant son activité en France au travers d'un établissement stable ». Cette analyse est surprenante et apparaît comme étant peu favorable au contribuable dans la mesure où la notion d'établissement stable en matière de TVA répond, en principe, à des critères précis et autonomes de ceux définis en matière d'impôt sur les sociétés.

CAA Paris, 08/03/2017, 15P.A03129

IMPACT DES DIVIDENDES SUR L'ASSUJETTISSEMENT À LA TAXE SUR LES SALAIRES D'UNE HOLDING

La CAA de Douai a jugé que les dividendes ne devaient pas impacter le coefficient d'assujettissement à la taxe sur les salaires d'une société holding.

En l'espèce, la CAA a tiré les conséquences en matière de taxe sur les salaires de l'arrêt Ginger, qui énonce, en matière de TVA, que les dividendes n'impactent pas le droit à déduction d'une holding (cf. Newsletter de mai 2016). Cependant, la motivation donnée par la CAA au soutien de cette décision n'est pas évidente et cette position inédite devra être confirmée par le Conseil d'Etat. *CAA Douai, 28/02/2017, 15D.A00594*

PRIX DE TRANSFERT : LA RÉFÉRENCE À LA MÉDIANE N'EST PLUS UNE OBLIGATION

Dans un arrêt très attendu, la Cour Administrative d'Appel de Versailles a pris une position inédite en jugeant qu'en cas de rectification fondée sur l'application de la méthode transactionnelle de la marge nette, l'intervalle de pleine concurrence devait être compris comme correspondant à l'ensemble des valeurs interquartiles et pourrait ainsi mettre un terme à la référence systématique à la médiane pratiquée par l'Administration.

À notre connaissance, l'Administration ne s'est pas pourvue en cassation devant le Conseil d'Etat. Cet arrêt pourra ainsi constituer un fondement juridique pertinent à la contestation de la référence systématique à la médiane dans le cadre des rectifications fondées sur l'application de la méthode TNMM.

CAA Versailles, 29/12/2016, 14VE02126

MODALITÉS D'APPLICATION DU TAUX D'IMPÔT SUR LES SOCIÉTÉS DE 28% EN 2017

A titre de rappel, le nouveaux taux d'impôt sur les sociétés (IS) est applicable, pour le moment, uniquement aux PME qui appliquent le taux réduit de 15 % sur la fraction de leur bénéfice comprise entre 38.120€ et 75.000€ ainsi qu'aux PME au sens européen pour la fraction comprise entre 0€ et 75.000€.

Ainsi la question est de savoir si le nouveau taux de 28% doit être pris en compte pour le paiement des acomptes d'IS qui doivent être effectués en 2017

puisque en principe les acomptes d'IS doivent être calculés par référence à l'exercice précédent celui au titre duquel l'acompte est dû.

En l'absence de précisions de l'administration, il nous semble qu'il conviendrait de faire preuve de prudence et de ne pas tenir compte de taux de 28% pour le calcul des acomptes devant être versés en 2017.

Article 219 du CGI - BOI-IS-DECLA-20-10

INCONSTITUTIONNALITÉ DE L'ARTICLE 123 BIS DU CGI

Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité le 16 décembre 2016, le Conseil Constitutionnel a déclaré inconstitutionnel la distinction entre les Etats de l'Union Européenne et les Etats tiers.

A la lecture actuelle du texte, il apparaît que les entités situées dans un Etat de l'Union Européenne peuvent, sous réserve d'apporter la preuve que le but poursuivi n'est pas exclusivement fiscal, s'exonérer des dispositions de l'article 123bis du CGI. Le Conseil Constitutionnel a jugé que cette distinction entre les Etats de l'UE et les Etats tiers est contraire à la Constitution.

Désormais, il sera possible pour toute entité, de prouver que la localisation géographique des participations financières n'a pas pour but de contourner la loi fiscale.

L'inconstitutionnalité du texte a pris effet le 3 mars 2017.

Conseil Constitutionnel, QPC 1^{er} mars 2017, n°2016-614

DOUANE : NOTION D'EXPORTATEUR

Dans le cadre du Nouveau Code des Douanes de l'Union, une personne établie en-dehors de l'UE ne peut pas être désignée comme exportateur.

Afin de pallier cette difficulté la Commission a proposé une modification de l'art. 1(19) UCC-DA.

Working Paper, DG TAXUD, 6 février 2017

RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR RELATIF A LA TAXE DE 3% : LE CONSEIL D'ETAT PREND SA DECISION

Le Conseil d'Etat avait été saisi par un contribuable d'un recours pour excès de pouvoir portant sur le paragraphe n°130 de l'instruction BOI-IS-AUT-30-20160302 en tant qu'il exclut du bénéfice de l'exonération les distributions réalisées entre sociétés d'un même groupe lorsqu'il ne relève pas du régime de l'intégration fiscale même si la condition de détention de 95% du capital est remplie.

Le Conseil d'Etat considère que le 1° du paragraphe I de l'article 235 ter ZCA crée une différence de traitement qui ne repose pas sur des justifications objectives et raisonnables incompatible avec les articles 1er et 14 du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. L'intégralité du paragraphe n° 130 de l'instruction a donc été supprimée.

NON-RÉSIDENTS DE PAYS TIERS A L'UNION EUROPÉENNE ASSUJETTIS A LA CSG/CRDS

Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité introduite le 15 décembre 2016, le Conseil Constitutionnel a jugé constitutionnelle l'imposition aux prélèvements sociaux des affiliés à un régime de sécurité sociale dans un pays tiers.

Cette même différence de traitement fait par ailleurs également l'objet d'une question préjudicielle posée à la Cour de Justice de l'Union européenne (cf. notre newsletter n°47 – Janvier 2017).

Conseil Constitutionnel, QPC 9 mars 2017, n°2016-615

DÉCLARATION DES REVENUS 2016 : CALENDRIER 2017

La date limite de souscription de la déclaration des revenus 2016 est fixée au mercredi 17 mai à minuit.

Pour les contribuables déclarant leurs revenus par internet, la date limite est reportée, selon le département de domiciliation, au :

- mardi 23 mai à minuit : départements 01 à 19 (zone 1)
- mardi 30 mai à minuit : départements 20 à 49 (zone 2)
- mardi 6 juin à minuit : départements 50 à 974 / 976 et non-résidents (zone 3).

Le service en ligne ouvrira le 12 avril prochain.

Les contribuables bénéficiant d'un accès internet et dont le revenu fiscal de référence de 2014 est supérieur à 28 000 euros doivent télédéclarer.

Concernant les non-résidents, la date limite de dépôt des déclarations par internet a été fixée au 23 mai 2017 à minuit.

www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F59

DROIT SOCIAL

PORT DU VOILE ISLAMIQUE, CONTACT AVEC LA CLIENTÈLE ET RÈGLEMENT INTÉRIEUR

Selon la CJUE, l'obligation de neutralité imposée par le règlement intérieur n'est en principe pas constitutive d'une discrimination directe.

Par deux arrêts du 14 mars 2017, la CJUE répondait à deux questions préjudicielles en interprétation de la directive 78/2000/CE du 27 novembre 2000, posées par les Cours de cassation belge et française. Les affaires concernaient des salariées qui, travaillant au contact de la clientèle, avaient été licenciées pour avoir refusé d'ôter leur voile islamique. La Cour affirme que l'interdiction de porter un foulard islamique, si elle découle du règlement intérieur interdisant le port

visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, ne constitue pas une discrimination directe fondée sur la religion ou sur les convictions. En effet, une telle règle vise indifféremment toute manifestation de telles convictions, et traite de manière identique tous les travailleurs de l'entreprise en leur imposant de manière générale et indifférenciée une neutralité vestimentaire. Il est permis de penser qu'une clause de règlement intérieur qui interdirait spécialement et uniquement le port du voile islamique ou d'une tenue apparentée pourrait constituer une discrimination directe

CJUE, 14 mars 2017, aff. C-157/15 et C-188/15.

CLAUDE DE NON- CONCURRENCE ET CONTRAT DE SECURISATION PROFESSIONNELLE (« CSP »)

Lorsque le contrat de travail est rompu par l'adhésion du salarié au CSP, l'employeur doit renoncer à l'exécution de la clause de non-concurrence au plus tard à la date du départ effectif du salarié.

En cas de démission ou de licenciement avec dispense d'exécution du préavis, la Cour de cassation exige que la renonciation de l'employeur à une clause de non-concurrence intervienne au plus tard à la date du départ effectif du salarié de l'entreprise (Cass. soc., 21 janvier 2015, n°13-24471). Par un arrêt en date du 2 mars 2017, la Cour de cassation applique ce principe à l'hypothèse de la rupture du contrat de travail consécutive à l'adhésion du salarié à un CSP. Lorsque l'employeur adhère au CSP, le contrat de travail est rompu d'un commun accord à la date d'expiration du délai de réflexion de 21 jours et aucun préavis n'est effectué. Ainsi, l'employeur qui entend renoncer à l'exécution de la clause de non-concurrence dans cette hypothèse doit le faire au plus tard à la date du départ effectif du salarié, à savoir, à la date d'expiration de ce délai de réflexion de 21 jours.

Cass. soc., 2 mars 2017, n°15-15.405

LOYAUTÉ ET NEGOCIATION COLLECTIVE

La Cour de cassation précise les cas de déloyauté dans le cadre de la négociation collective, susceptibles d'aboutir à l'annulation de l'accord collectif.

Par un arrêt en date du 8 mars 2017, la Cour de cassation rappelle les hypothèses dans lesquelles la nullité d'un accord collectif est encourue, faute de loyauté : « la nullité d'une convention ou d'un accord collectif est encourue lorsque toutes les organisations syndicales n'ont pas été convoquées à sa négociation, ou si l'existence de négociations séparées est établie, ou encore si elles n'ont pas été mises à même de discuter les termes du projet soumis à la signature en demandant, le cas échéant, la poursuite des négociations ». Au cas particulier, se posait la question du caractère loyal d'une négociation en présence d'échanges bilatéraux entre les

organisations d'employeurs et les organisations de salariés au cours d'une suspension de séance. Le caractère déloyal n'a pas été retenu par les juges dès lors que les propos issus de ces échanges ont été ensuite soumis à l'ensemble des négociateurs pour être discutés. Ainsi, la présence d'échanges bilatéraux entre les parties n'entraîne pas la nullité de l'accord collectif sous réserve que le nouveau projet d'accord – résultant de ces échanges – soit soumis à l'ensemble des participants lors d'une nouvelle réunion de négociation.

Cass. soc., 8 mars 2017, n°15-18.080

HARCELEMENT MORAL ET RESPONSABILITE DU RESPONSABLE DES RESSOURCES HUMAINES (« RRH »)

Le RRH qui ne prend pas les mesures permettant de mettre fin à une situation de harcèlement moral manque à ses obligations contractuelles et met en danger la santé des salariés.

En l'espèce, un RRH est licencié pour faute en raison de son inertie face aux méthodes de management du directeur de magasin, qualifiées d'inacceptables. La salariée conteste son licenciement en faisant valoir d'une part, que les faits de harcèlement moral subis par les employés du magasin ne lui sont pas personnellement imputables et, d'autre part, que son inaction résulte d'un manquement de la société qui n'aurait pas mis en œuvre les moyens organisationnels qui lui auraient permis de dénoncer ces faits. La Cour de cassation rejette cet argumentaire et juge le licenciement intervenu pour faute fondé. Au cas particulier, les juges relèvent que la salariée avait une parfaite connaissance du comportement reproché au directeur du magasin avec lequel elle travaillait en étroite collaboration et qu'elle n'a rien fait pour mettre fin à ces pratiques alors « qu'en sa qualité de RRH, elle avait une mission particulière en matière de management, qu'il relevait de ses fonctions de veiller au climat social et à des conditions de travail optimales pour les collaborateurs, que la définition contractuelle de ses fonctions précisait qu'elle devait mettre en œuvre, dans le cadre de la politique RH France, les politiques humaines et sociales et que le responsable des ressources humaines est un expert en matière d'évaluation et de management des hommes et des équipes ». En tout état de cause, en cautionnant les méthodes managériales inacceptables du directeur de magasin et en les laissant perdurer, la salariée a manqué à ses obligations contractuelles et a mis en danger la santé physique et mentale des salariés.

Cass. soc., 8 mars 2017, n°15-24.406

SEULS LES STATUTS PEUVENT PRÉVOIR LES ORGANES COLLÉGIAUX DE LA SAS

Suite à la transformation d'une SA en SAS, le conseil d'administration de la SA qui n'est prévu par les statuts de la SAS disparaît

Une opération de transfert du contrôle d'une SA était accompagnée d'une clause de réduction de prix, prévoyant que le prix de cession serait diminué en cas de baisse du chiffre d'affaires et à la condition que les fonctions du vendeur en tant qu'administrateur soient maintenues pendant les exercices visés par la clause. Suite au transfert de contrôle de la SA, cette dernière a été transformée en SAS. Les nouveaux statuts ne faisaient plus mention du conseil d'administration.

La Cour d'appel de Paris avait admis dans sa décision du 24 juin 2014 que la clause de réduction de prix ne pouvait être appliquée que si l'on admettait que le conseil d'administration s'était maintenu en fait et que ce maintien factuel pouvait être pris en compte.

Toutefois, la Cour de cassation dans son arrêt du 25 janvier 2017 censure cette décision au motif que « seuls les statuts de la société par actions simplifiée fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée ».

Cette solution de principe reflète l'exclusion des textes relatifs aux organes de la SA, parmi lesquels figure le conseil d'administration, et la liberté de fixer dans les statuts de la SAS les conditions dans lesquelles la société sera dirigée, et notamment de créer, ou non, des organes collégiaux.

En cas de rachat de SA, l'acquéreur des titres qui conditionnerait l'application de certains accords à l'exercice d'un mandat social devra donc veiller pour préserver ses droits, s'il transforme la SA en SAS après prise de contrôle, à dupliquer les organes de gestion en question en les incluant dans les statuts de la SAS.

Cass. Com., 25 janvier 2017, n°14-28792

LE DÉBITEUR QUI PAIE UN CRÉANCIER EN LIQUIDATION JUDICIAIRE DOIT REPAYER LA MÊME SOMME AU LIQUIDATEUR MÊME SI CE DERNIER EST FAUTIF

Les paiements effectués directement entre les mains du créancier en liquidation judiciaire sont inopposables à la procédure collective, peu important les fautes commises par le liquidateur dans l'exécution de ses missions

Un créancier commerçant, mis en liquidation judiciaire, a reçu plusieurs paiements de l'un de ses débiteurs, une SCI débitrice à son égard d'une somme de 113.620 euros. En raison de ces faits, le commerçant créancier a été condamné par un tribunal correctionnel du chef de délit de banqueroute et à payer au liquidateur la somme détournée de 113.620 euros.

Le liquidateur a alors assigné la SCI en inopposabilité des paiements à la liquidation judiciaire et en paiement de la même somme entre ses mains.

La SCI a prétendu que la procédure collective ne pouvait se prévaloir de l'inopposabilité du paiement fait au débiteur dessaisi, lorsque ce paiement était consécutif à la faute ou à la négligence du liquidateur, qui en l'espèce avait omis d'exiger le paiement de la créance pendant deux ans alors qu'il connaissait son existence.

La Cour de cassation écarte cet argument nonobstant la bonne foi du débiteur au motif que « les actes juridiques accomplis par le débiteur en liquidation judiciaire, dessaisi de l'administration et de la disposition de ses biens, ne sont pas frappés de nullité, mais simplement d'inopposabilité à la procédure collective, peu important les fautes commises par le liquidateur dans l'exécution de ses missions » et ce, en application de l'article L.641-9 I du Code de commerce.

La Cour a donc déclaré les paiements effectués par la SCI directement entre les mains du commerçant inopposables à la procédure collective et l'a condamnée au paiement de la même somme entre les mains du liquidateur.

Le seul moyen d'action offert au débiteur, qui se trouve ainsi tenu de payer deux fois la même créance, serait d'agir en responsabilité contre le liquidateur sur le fondement de l'article 1240 du Code civil en établissant que ce dernier a commis une faute lui ayant causé un préjudice direct.

Cass. Com., 22 février 2017, n°15-13899 F-D, SCI Man Nguon c/ SELARL P. ès qual.

LES COMMERCES DE DÉTAIL À PARIS SERONT BIENTÔT SOUMIS À UNE AUTORISATION D'EXPLOITATION LORSQUE LEUR SURFACE EXCÉDERA 400M²

Du 1^{er} janvier 2018 au 31 décembre 2020, tout projet d'ouverture ou d'extension d'un magasin de plus de 400 m² situé à Paris sera soumis à autorisation d'exploitation préalable

Le législateur a abaissé, de 1000 à 400 m², les seuils de surface de vente à partir desquels certains projets de commerce de détail sont soumis à une autorisation d'exploitation commerciale concernant la ville de Paris et ce, pour une durée test de trois ans à compter du 1er janvier 2018.

Seront notamment concernés les projets ayant pour objet :

- la création d'un magasin de plus de 400 m² (construction nouvelle ou transformation d'un immeuble existant) ;

- l'extension de la surface de vente d'un magasin ayant déjà atteint le seuil de 400 m² ou devant le dépasser par la réalisation de ladite extension ;

- le changement de secteur d'activité d'un commerce de plus de 400 m² lorsque la nouvelle activité est à prédominance alimentaire ;

- la réouverture au public d'un magasin de plus de 400 m² dont les locaux ont cessé d'être exploités depuis plus de trois ans.

Cette dérogation aux règles de l'urbanisme commercial concernant la ville de Paris, mise en place à titre expérimental, se justifierait par le fait que la ville de Paris est la ville la plus dense d'Europe dans laquelle, selon un rapport de l'Assemblée nationale n°4293, « toute installation commerciale d'une surface supérieure à 400 m² peut être qualifiée d'exceptionnelle, et avoir des conséquences particulières en termes d'insertion urbaine, environnementale et sanitaire ».

Loi 2017-257 du 28 février 2017 : JO du 1-3 texte n°2

DE NOUVELLES MENTIONS RELATIVES AUX DÉLAIS DE PAIEMENT DEVRONT FIGURER DANS LE RAPPORT DE GESTION POUR LES EXERCICES OUVERTS À COMPTER DU 1ER JUILLET 2016

Les montants liés à l'information sur les délais de paiement présentée dans le rapport de gestion apparaîtront au choix de la société HT ou TTC à compter du second semestre 2017

Les mentions à faire figurer dans le rapport de gestion ont été précisées par un décret du 27 novembre 2015 pour les comptes afférents aux exercices ouverts à compter du 1er juillet 2016 (C. com., art. D.441-4). Ces mentions doivent être présentées sous forme de tableaux établis selon des modèles fixés par un arrêté publié le 14 avril 2016.

Un décret du 20 mars 2017 est venu modifier l'article D.441-4 du Code de commerce afin de permettre aux sociétés soumises à l'obligation d'information sur les délais de paiement dans le rapport de gestion de choisir de mentionner les montants HT ou TTC.

Les modèles de tableaux issus de l'arrêté du 14 avril 2016 ont donc été remplacés par un arrêté du 20 mars 2017 et indiquent désormais pour chaque case relative à un montant la précision HT ou TTC.

Décret n°2017-350, 20 mars 2017 et Arrêté du 20 mars 2017, ECFT1701706A

