

Retour sur dividendes : égalitarisme et désolation

Dominique SCHMITT
AMCO
Avocat au Barreau de Paris
Cabinet Schmitt et Associés

Un litige portant sur les cotisations aux régimes de Sécurité sociale dues à titre personnel par les dirigeants des sociétés d'exercice libéral (SEL) assujetties à l'impôt sur les sociétés a vu le jour entre lesdits dirigeants professionnels libéraux et les caisses de Sécurité sociale, dont les caisses de retraite et parmi celles-ci, la CNBF.

Celles-ci estimaient que les dividendes versés aux gérants professionnels libéraux par les SEL devaient être assujettis aux cotisations sociales en tant que revenus d'activité professionnelle alors que cela était contesté par ces derniers qui revendiquaient l'application du régime fiscal et social général des sociétés de capitaux, dans lequel les dividendes ne sont pas soumis à cotisations sociales.

Les procédures ont été longues, surtout d'ailleurs du fait des professions de santé, et il en est résulté des décisions contraires entre le Conseil d'État et la Cour de cassation, le premier estimant que les professionnels libéraux dirigeants de sociétés de capitaux ne devaient pas inclure dans l'assiette de leurs cotisations sociales les dividendes qu'ils pouvaient recevoir desdites sociétés, la Cour de cassation estimant quant à elle le contraire et donnant raison aux caisses.

Devant cette contradiction de décisions, les caisses en ont appelé au législateur qui, par la loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la Sécurité sociale pour 2009, a tranché en édictant qu'à compter du 1^{er} janvier 2009, et sans rétroactivité, les dividendes seraient non assujettis, pour la partie correspondant à 10 % des capitaux investis en numéraire dans la SEL, et l'autre partie, excédentaire, assujettie (article 22 de la loi).

Le décret d'application a été publié le 16 mars 2009.

Le présent propos n'a pas pour objet de commenter scientifiquement cette législation nouvelle : des professeurs de droit en feront l'exégèse d'une manière bien plus complète, autorisée et surtout juridique. Il a simplement pour but de réagir, « à chaud », et d'interpeler les confrères sur les difficultés qui vont en résulter.

I. L'IMPUISSANTE RÉACTION DES ORDRES À L'ABUS

Comme l'a souligné Chantal Roisné-Mégard (1), c'est le comportement excessif de quelques professionnels libéraux exerçant en SEL, bien mal inspirés, qui a conduit à cette législation. Ces professionnels avaient en effet considéré astucieux de ne pas être rémunérés pour leur activité professionnelle et de prélever l'intégralité des résultats de leur activité sous forme de dividendes que leur versait leur société. Ils ont abusivement transformé, à dessein d'échapper aux cotisations sociales, les revenus du travail en revenus du capital qui ne supportaient pas en conséquence les cotisations sociales.

Alors que les organismes sociaux ainsi lésés, notamment les caisses de retraite et parmi celles-ci la nôtre, la CNBF, auraient pu faire valoir leurs droits simplement en brandissant la fraude à la loi, ils ont préféré, plutôt que de résoudre le problème eux-mêmes avec le concours de leurs Ordres professionnels, en appeler aux pouvoirs publics pour légiférer en la matière.

Il est très tendance d'empiler les lois pour régler les problèmes qui ne méritent pas une telle attention et qui pourraient être aisément réglés avec l'arsenal législatif existant. Mais ainsi va la vie : tout le monde – et en premier lieu l'avocature – se plaint du foisonnement législatif, mais les mêmes en redemandent dès qu'il s'agit de régler leurs petits soucis.

On a cru régler un problème ; on en a créé assurément bien d'autres... De quoi engorger encore davantage nos tribunaux.

II. CONFUSION ENTRE ÉGALITÉ ET ÉGALITARISME

Gloria Szpiega, présidente d'honneur de la CNBF, a déclaré dans la *Gazette du Palais* « que la volonté d'optimisation des cotisations sociales par excès de dividendes et insuffisance de rémunérations créait une grande disparité entre les membres d'une même profession et que l'équité voulait que ceux qui exercent la même profession subissent, à revenu égal, les mêmes charges » (2).

(1) C. Roisné-Mégard, Extension de l'assiette des cotisations sociales pour les associés non salariés de SEL, *Gaz. Pal.* n° 20 du 20 janvier 2009, p. 2.
(2) *Gaz. Pal.* n° 62 du 3 mars 2009, p. 3.

Il fallait donc, selon elle, régler cette prétendue inégalité entre les « avocats BNC » et les « avocats SEL », car il fallait que tous soient égaux devant les cotisations sociales, de retraite, mais aussi de maladie et d'allocations familiales. Bien d'autres dirigeants de notre profession ont, hélas, approuvé ces propos.

Mais c'est confondre égalité et égalitarisme.

Par un choix raisonné et utilisant les options ouvertes, les professionnels libéraux, tout comme les autres chefs d'entreprises en général, peuvent choisir entre l'un ou l'autre des systèmes juridiques et sociaux proposés par la loi : nom personnel, association transparente, sociétés translucides ou sociétés opaques que sont les sociétés de capitaux ou les SEL. Il y a des avantages et des inconvénients dans chacun des systèmes et vouloir bâtariser les uns avec les avantages ou les inconvénients des autres conduit à des monstruosité ingérables où plus personne ne s'y retrouve.

Ainsi, en vertu de la nouvelle législation, les praticiens en SEL perdent-ils l'avantage de l'exonération des cotisations sociales sur une partie de leurs dividendes. Du fait de l'action de certaines de leurs instances professionnelles, qu'ils ne remercieront pas, syndicats, Ordres ou caisses de retraite, ils vont devoir cotiser davantage à l'assurance maladie (incidence limitée pour l'heure puisque l'assiette de cette cotisation est plafonnée) et aux allocations familiales (plus grave, car cette cotisation n'est pas plafonnée).

On aura donc augmenté les cotisations des confrères SEL, tout en se préparant des jours joyeux pour le calcul de la CSG-CRDS dont le taux et la déductibilité sont différents selon qu'il s'agit de revenus du travail ou de revenus du capital. Quant aux modalités pratiques de la retenue à la source de ces cotisations instaurée en 2008 sur les dividendes, retenue qui n'existe pas sur les revenus professionnels, on en frémit à l'avance... surtout quand on constate les difficultés actuelles que rencontre l'Urssaf à déterminer la part déductible de cette cotisation et à la faire connaître aux intéressés.

Mais, puisqu'il faut rétablir l'égalité si chère à certains, nos dirigeants-niveleurs ne devraient-ils pas reprendre le chemin des ministères concernés pour que soient élaborés et promulgués de nouveaux textes législatifs et réglementaires visant à ce que toutes les entreprises d'avocats BNC soient dorénavant assujetties, comme les entreprises d'avocats SEL le sont déjà, à la taxe d'apprentissage qu'elles pourraient utilement verser à l'École de formation du Barreau ?

Monsieur le Bâtonnier de Paris, ne courez plus à Aubervilliers ; avec cette nouvelle manne, vous aurez le double des m² dont vous avez rêvé pour notre école, mais avenue Montaigne ! Sauf peut-

être la CNBF, tout le monde conviendra en effet qu'augmenter les cotisations fiscales et sociales des avocats en exercice pour former les jeunes, avenir de la profession, est tout aussi satisfaisant que payer des retraites aux plus âgés, qui ne constituent que son passé.

Il faudra aussi légiférer pour réformer les cotisations Organic supportées actuellement seulement par les SEL, ce qui favorisera le régime de péréquation des retraites

Et puis encore, il faudra aussi réformer, pour le temps qui lui reste à vivre, la taxe professionnelle et ses différents régimes.

Last but not least, la loi est muette sur l'assujettissement des dividendes versés à leurs gérants par les SCP ou les AARPI assujettis à l'impôt sur les sociétés. « *Moi, j'ai dit bizarre, bizarre, comme c'est étrange ! Pourquoi aurais-je dit bizarre, bizarre ?* ».

Subsisterait-il des zones de non-droit cauchemar de la CNBF !

J'en passe et probablement, hélas, de meilleures !

III. ATTEINTE AU RÉGIME DE DROIT COMMUN ET À SES AVANTAGES ÉCONOMIQUES POUR LE DÉVELOPPEMENT ET LA PÉRENNITÉ DES CABINETS

La SEL disposait d'un régime fiscal et social bien connu et commun à l'ensemble des sociétés de capitaux de notre pays. On vient de lui porter atteinte, rompant ainsi son équilibre. Pourtant, le régime de l'impôt sur les sociétés avec ses conséquences sociales est le seul qui permette aux entreprises (et le cabinet d'avocat est une entreprise) de constituer des réserves pour se développer par l'investissement et pour faire face aux difficultés futures par la possibilité ouverte de lisser les résultats d'une année faste sur la suivante plus difficile.

Décidément, que de mal se donne donc notre profession pour demeurer à l'étroit dans des habits trop petits l'empêchant de grandir !

IV. POURQUOI LA CNBF REFUSE-T-ELLE D'APPLIQUER LA LOI ?

Le décret d'application de la loi du 17 décembre 2008 a été publié le 16 avril 2009 ; la loi peut donc maintenant s'appliquer entièrement. Elle prévoit toutefois qu'elle n'est applicable aux revenus distribués ou payés qu'à compter du 1^{er} janvier 2009. Cela n'empêche pas la CNBF d'exiger *contra legem* la déclaration des dividendes perçus en 2008. Il faudra bien sûr résister à cet abus.

V. L'ASSIETTE DE TAXATION SERA INGÉRABLE

La loi du 17 décembre 2008 prévoit que seuls seront soumis à cotisations les dividendes excédant la rémunération normale du capital social, augmenté des primes d'émissions, des comptes courants d'associés et des apports en numéraires (ou d'apport en nature ayant antérieurement été acquis en numéraire et dans la limite du prix d'acquisition). Elle fixe la rémunération normale à un taux inférieur à 10 %.

A priori logique et compréhensible, cette disposition se révélera vite impraticable pour les quelques raisons suivantes, qui ne sont probablement pas les seules, car d'autres difficultés ne manqueront probablement pas de se poser par la suite :

a – Les comptes courants d'associés peuvent en cours d'année, hors distribution de dividendes, être rémunérés par la structure au profit de ses associés. Cette rémunération constitue une charge fiscalement déductible des résultats de la SEL et taxée chez le bénéficiaire comme revenus de capitaux mobiliers. Elle échappe donc aux cotisations sociales. Y échappera-t-elle une deuxième fois lors du calcul de la base servant à la détermination des apports ?

b – Tous les associés d'une structure n'en sont pas les fondateurs et tous n'ont pas acquis leurs parts ou actions en même temps et au même prix. Les derniers entrés peuvent même les avoir acquis très

cher si la société détient des actifs susceptibles de plus-values latentes importantes (clientèles, immeubles, mobiliers, œuvres d'art, fichiers...).

La base de calcul des dividendes telle que l'a prévue la loi ne peut donc dépendre uniquement des capitaux dont profite la structure, mais de ceux engagés par chaque associé : que de savants calculs et de frais informatiques va-t-il falloir engager pour préparer les états fiscaux (IFU notamment).

c – Des éléments corporels ou incorporels acquis par voie de succession, sur lesquels des droits de mutation auront été payés, seront-ils en cas d'apports ultérieurs considérés comme pouvant entrer dans l'assiette du calcul du droit à dividende exonéré ? Qu'en sera-t-il des droits payés lors de l'acquisition à titre gratuit ?...

d – Le professionnel indépendant (BNC) qui cesse d'exploiter un cabinet et qui se retire en réalisant une plus-value professionnelle ne cotise pas socialement sur celle-ci. Le professionnel associé d'une SEL qui se retirera de la structure devra cotiser sur l'éventuel boni qu'il percevra de la structure (assujetti au régime des dividendes).

Tout cela répond-il aux vœux d'égalité formulés, entre autres, par M^{me} Szpiega ? Certainement pas ; il s'agit d'un égalitarisme primaire contraire au bon sens ; cette législation de circonstance a été bien mal pensée et bien mal réalisée et ne peut qu'être néfaste au développement de notre profession qu'on a, une fois de plus, voulu niveler par le bas. C'est vraiment désolant.

TOUTE REPRODUCTION MÊME PARTIELLE EST INTERDITE, SAUF EXCEPTIONS PRÉVUES PAR LA LOI
La réalisation de panoramas de presse sur intranet incluant un extrait du contenu de la présente publication est conditionnée à la conclusion d'un accord avec le Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC).