Rémunération des dirigeants : Instaurer une clause anti abus

Résumé de notre proposition :

La règle s'applique à tout dirigeant (salarié ou TNS) percevant une rémunération inférieure au plafond annuel de sécurité sociale. Dans ce cas, tout versement de dividendes issus de l'entreprise au sein de laquelle elle a perçu cette rémunération entraîne un assujettissement à cotisations sociales obligatoires de la part correspondante – dans la limite globale du plafond.

En revanche, dès que le dirigeant dépasse, par l'addition de sa rémunération et des dividendes, le plafond de sécurité sociale, les dividendes ne sont plus assujettis à cotisations obligatoires.

1 - Pour bien comprendre ...

Avec la mise en place des Sociétés d'Exercice Libéral (SEL), Madame Cardot, chirurgien-dentiste, a tout de suite pensé qu'elle allait enfin pouvoir échapper aux cotisations de sa caisse de retraite.

En effet, elle cotise à titre obligatoire auprès de la Caisse autonome de Retraite des Chirurgiens Dentistes et Sages-Femmes (CARCDSF) mais elle n'en n'est pas satisfaite. La raison ?

Elle a le sentiment de cotiser beaucoup alors qu'elle estime qu'aucune retraite ne lui sera versée. Madame Cardot est notamment très remontée contre le régime de l'Allocation Supplémentaire Vieillesse (ASV) qui lui paraît tout à fait inique.

C'est ainsi qu'elle décide en 2003 d'exercer au sein d'une SEL et de prélever tous ses résultats par des dividendes. En revanche, elle ne perçoit aucune rémunération et par voie de conséquence, ne verse qu'un minimum de cotisations.

Depuis la Loi de Financement de la Sécurité Sociale (LFSS) de 2009, cette stratégie est pourtant battue en brèche, car l'ensemble des caisses obligatoires dont elle relève assujettit désormais les dividendes à cotisations.

Dans le même temps son cousin, Monsieur Geoffroy, qui exerce comme architecte, s'est vu appliquer la même règle. Sa situation est pourtant très différente car, exerçant comme associé dans un grand cabinet parisien, les dividendes rémunèrent les parts qu'il a dû acheter pour exercer au sein de cette structure. A la différence de Madame Cardot, les dividendes ne constituent pas une rémunération déguisée.

Lors de la dernière réunion de famille, les discussions ont été vives, Monsieur Geoffroy accusant sa cousine de faire partie des professions médicales dont les comportements abusifs d'une minorité ont conduit le législateur à sanctionner les dirigeants non salariés.

L'ambiance familiale s'est nettement rafraîchie....

2 - Quel est le problème ?

2-1 –Le contexte

Les évolutions récentes de la législation pour les travailleurs non salariés, en matière de rémunération et de taxation des dividendes, soumettant ces derniers à cotisations sociales obligatoires, constituent en quelque sorte une clause « anti-abus » ou plus exactement une clause de « rémunération minimum ».

Cette évolution législative pose beaucoup d'interrogations pour les activités commerciales qui utilisent les formes de sociétés de capitaux depuis très longtemps.

La réaction brutale du législateur peut se comprendre par rapport aux positions excessives prises par certains professionnels libéraux. En effet, la solution d'arbitrage « zéro rémunérations et 100 % dividendes » n'est pas acceptable économiquement pour les caisses qui doivent financer la retraite par répartition, ni même philosophiquement car « tout travail mérite salaire » !

Il est donc normal que le législateur se soit intéressé à cette stratégie excessive et ait juridiquement tranché par le biais de la Cour de cassation, cette dernière ayant sanctionné un chirurgien-dentiste prétendant que du fait de son cadre juridique fiscal et social d'exercice en société d'exercice libéral il pouvait ne pas avoir de rémunération et ne percevoir que des dividendes.

Face à la divergence d'appréciation entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat qui lui avait donné raison à l'Association Nationale des Sociétés d'Exercice Libéral (ANSEL) contre la caisse de retraite des médecins, le législateur s'est emparé de la question et l'a tranché fin 2008 pour les dirigeants de SEL.

Mais la réforme de la LFSS de 2009 a mal réglé le problème réel posé par cette évasion sociale de certaines catégories (médecins, dentistes ou encore avocats).

- d'une part, elle a été adoptée sans la moindre concertation ni étude initiale – alors même que le Régime Social des Indépendants (RSI) avait lancé un travail de réflexion aboutissant au livre blanc,
- d'autre part, le dispositif actuel est un modèle de complexité et d'iniquité.

2 – 3 Le problème posé

Force est de constater qu'en outre, le législateur a la mémoire courte...

Il est intéressant de remonter un peu dans le temps, car cela permet de prendre du recul et de constater qu'en matière fiscale et sociale, l'histoire est un éternel recommencement !

Il y a seulement une vingtaine d'années, les conditions fiscales et sociales et l'arbitrage qui pouvait en découler entre rémunération et dividendes poussaient les dirigeants de sociétés à préférer une rémunération sous forme de salaires plutôt que la perception de dividendes.

À cette époque, c'est surtout l'administration fiscale qui avait réagi et bâti une véritable théorie sur les rémunérations excessives des dirigeants. Une instruction administrative donnait même des consignes aux agents des services fiscaux pour traquer lesdites rémunérations excessives et les réintégrer comme charge non déductible dans les comptes des sociétés concernées.

Les dirigeants des sociétés de capitaux étaient confrontés au même problème que celui qui nous préoccupe mais en sens inverse puisque l'on s'intéresse désormais aux rémunérations insuffisantes.

Le législateur aurait pourtant pu s'enrichir de ce passé non si lointain, car la fixation de la juste rémunération du travail d'un dirigeant n'est pas une question si simple qu'il y paraît.

Aussi bizarre que cela puisse paraître, l'instruction administrative de l'époque recommandait aux agents des services fiscaux d'appliquer la même méthode que pour les valeurs immobilières, c'est-à-dire de pratiquer la méthode par comparaison. Et si ce n'est déjà pas si simple pour les valeurs immobilières, pour la juste rémunération d'un dirigeant, c'est véritablement un exercice de style très délicat.

En effet, comment l'administration peut justifier sa position en estimant que la productivité de Monsieur X ne vaut pas la rémunération qu'il perçoit ?

Cela étant, les excès qu'ils soient dans un sens ou dans un autre ne peuvent aboutir qu'à des situations de blocage et la solution qui consiste à ne pas attribuer de rémunération au travail fourni par un professionnel libéral n'est pas admissible.

Il n'est pas forcément plus judicieux de lui attribuer 100 % de son revenu professionnel sous forme de rémunération car ce serait faire fi de la structure juridique avec toutes les conséquences que cela entraîne et notamment du bénéfice qu'il réinvestit, soit en autofinçant des investissements soit en remboursant le capital des emprunts professionnels contractés.

Il ne faut pas oublier non plus que la fixation d'une rémunération, dans la mesure où elle reste dans une norme convenable, est une décision de gestion qui sur le plan fiscal est parfaitement opposable à l'administration fiscale.

Pourquoi n'en serait-il pas de même sur le plan de l'administration sociale ?

La solution préconisée

Sans reprendre l'exemple de la discussion sur le contentieux ayant eu lieu sur la remise en cause d'une rémunération qualifiée d'excessive par l'administration fiscale, quelle base peut-on imaginer pour un professionnel libéral pour apprécier une rémunération que l'on qualifiera de rémunération minimum de son travail ?

Une solution écartée :

- Une référence au salaire minimum utilisé par les conventions collectives est à notre avis une erreur car elle ne correspond en rien à la réalité économique et à l'équité par rapport au niveau « normal » de rémunération d'un professionnel libéral.

La solution préconisée :

Nous proposons de nous inspirer des usages de certaines compagnies d'assurances en matière de protection sociale des travailleurs non salariés.

En effet, certaines se basent sur un multiple du plafond de la sécurité sociale pour fixer une base de calcul des indemnisations d'un professionnel libéral, ladite base étant souvent comprise entre une fois à quatre fois le plafond de la sécurité sociale.

Une référence de cette sorte présenterait un avantage certain : en fixant une base de rémunération minimum uniforme pour toutes les professions, cela procurerait une certaine égalité de traitement.

Une telle référence à la rémunération minimum du travail d'un chef d'entreprise - que l'on pourrait établir à un plafond annuel de sécurité sociale - présenterait l'avantage indéniable de pouvoir s'appliquer de la même façon aux professionnels relevant du RSI qu'à ceux relevant des professions libérales.

Afin de respecter un principe d'équité, ce dispositif doit bien évidemment s'appliquer à l'ensemble des dirigeants, que ces derniers relèvent du régime général des salariés ou du régime des TNS.