

Nicolas Béguin* / Arnaud Martin**

La requalification de dividendes en salaire déterminant en matière d'AVS

Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_327/2015 du 3 décembre 2015 (destiné à la publication)

Table des matières

- I. Etat de fait
- II. Considérants et dispositif de l'arrêt
- III. Commentaire
 1. La rémunération de l'entrepreneur exerçant en la forme d'une société de capitaux
 - 1.1 Le choix de l'exercice d'une activité en la forme d'une société de capitaux
 - 1.2 Les modalités de rémunération de l'activité exercée en la forme d'une société de capitaux
 2. Le salaire déterminant au sens de l'AVS
 3. L'évolution des règles en matière de requalification de dividendes en salaire déterminant
 4. Critique de la pratique de Nidwald
 - 4.1 La rémunération convenable du travail
 - 4.2 Le rendement approprié du capital
- IV. Importance pratique et conclusions

I. Etat de fait

A. Sàrl est inscrite au registre du commerce du canton d'Obwald depuis le 4 juin 2008. Elle offre, principalement aux entreprises actives dans le domaine des services financiers, des services de conseil et des prestations en matière informatique, d'organisation, de gestion et de conduite des opérations. Le capital social d'A. Sàrl est détenu à 100 % par son associé-gérant B., qui est également son seul employé. A partir de mai 2012, B. est employé d'une société tierce, pour le compte de laquelle il fournit des prestations de conseil en entreprise et en technologies de l'information.

Entre 2009 et 2012, B. a perçu d'A. Sàrl les salaires et dividendes suivants (en CHF):

Exercice	Salaire	Dividende	Rémunération totale
2009	106'800	100'000	206'800
2010	110'000	100'000	210'000
2011	110'000	100'000	210'000
2012	20'800	60'000	80'800

En 2013, le bureau de révision de la caisse de compensation a conduit un contrôle auprès d'A. Sàrl, portant sur les années 2008 à 2012. Compte tenu des qualifications professionnelles de B. et de la nature de ses activités pour le compte d'A. Sàrl, la caisse de compensation a considéré que le salaire annuel de B. aurait dû s'élever en moyenne à CHF 180'000. Sur cette base, elle a requalifié en salaire déterminant, soumis aux cotisations AVS, AI et APG, la part des dividendes versés à B. excédant un rendement de 10 % de la valeur fiscale des parts sociales d'A. Sàrl.

Par décision du 22 novembre 2013, la caisse de compensation a condamné A. Sàrl au paiement d'arriérés de cotisations AVS, AI et APG s'élevant au total à CHF 26'595.15 (frais administratifs inclus). Selon la décision de la caisse de compensation, l'allocation entre la part salariale et la part de rendement du capital revenant à B. devait s'établir pour la période concernée comme suit (en CHF):

Exercice	Salaire déterminant	Dividende
2009	177'400	29'400
2010	167'200	42'800
2011	169'400	40'600
2012	35'920	44'880

Exercice	Rémunération totale	Rappel de cotisations
2009	206'800	8'999.30
2010	210'000	7'300.10
2011	210'000	8'101.10
2012	80'800	2'194.65

La caisse de compensation a rejeté l'opposition d'A. Sàrl et de B. contre cette décision et, par arrêt du 24 mars 2015, le Tribunal administratif du canton d'Obwald a rejeté leur recours contre la décision sur opposition.

L'arrêt du Tribunal administratif du 24 mars 2015 n'est actuellement pas disponible publiquement¹. Toutefois, à teneur de l'arrêt du Tribunal fédéral, on comprend que l'instance inférieure a approuvé la décision sur opposi-

* Nicolas Béguin, avocat, LL.M., associé de l'Etude ABR Avocats à Genève.

** Arnaud Martin, avocat, expert fiscal diplômé, associé de l'Etude ABR Avocats à Genève.

¹ Cf. art. 5 et 6 des *Richtlinien über die Information der Öffentlichkeit und den Verkehr mit den Medien (RIVM)* du canton d'Obwald, du 11 décembre 2012.

tion de la caisse de compensation en tant qu'elle reconnaissait l'existence d'une disproportion manifeste entre la prestation de travail fournie par B. et le salaire qui lui a été versé à ce titre.

Le Tribunal administratif a également approuvé l'emploi du calculateur de salaire *Salarium* de l'Office fédéral de la statistique («OFS»)², afin de déterminer le salaire usuel imputable à B., de même que la prise en compte dans ce contexte de la formation et de l'expérience professionnelles de B. et des informations qu'il a lui-même publiées sur le site Internet d'A. Sàrl concernant ses propres compétences. Il a enfin confirmé le manque de valeur probante qu'il convenait d'attribuer aux revenus réalisés par B. avant et après son activité en qualité de gérant d'A. Sàrl, faute d'équivalence qualitative entre les activités exercées.

A. Sàrl et B. ont formé un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral contre l'arrêt du Tribunal administratif du canton d'Obwald. Ils concluent principalement à l'annulation de l'arrêt entrepris et, subsidiairement, au renvoi de la cause à la caisse de compensation pour nouvelle décision sur la base d'un salaire usuel imputable à B. de CHF 120'000.

II. Considérants et dispositif de l'arrêt

L'arrêt du Tribunal fédéral du 3 décembre 2015 est relativement concis et direct. Après avoir rappelé que le recours en matière de droit public est notamment ouvert pour se plaindre de la violation du droit fédéral, l'arrêt souligne, à dessein, que le Tribunal fédéral est tenu de statuer sur la base des faits établis par l'instance précédente et qu'il ne peut les rectifier ou les compléter que s'ils ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit³, et pour autant que la correction de ce vice soit susceptible d'influer sur le sort de la cause⁴.

Le Tribunal fédéral expose ensuite les principes régissant le prélèvement des cotisations sur le revenu d'activité lucrative dépendante et les conditions auxquelles un dividende peut être requalifié en salaire déterminant. Dans ce contexte, il énonce en premier lieu que la loi n'autorise le prélèvement des cotisations AVS, AI et APG que sur le revenu d'activité lucrative, à l'exclusion des rendements de fortune, et qu'il peut donc apparaître plus avantageux

aux actionnaires salariés de privilégier le versement de dividendes au détriment du paiement de salaires.

En se fondant sur les principaux arrêts récents en la matière⁵, le Tribunal fédéral expose ensuite la distinction entre les notions de rendement de capital, prestation appréciable en argent et salaire déterminant, ainsi que les conditions auxquelles les caisses de compensation peuvent requalifier en salaire déterminant tout ou partie d'un dividende versé à un actionnaire salarié: on doit être en présence d'une disproportion manifeste entre, d'une part, la prestation de travail et le salaire, et, d'autre part, le capital investi et le dividende. S'agissant de la méthode permettant de conclure à de telles disproportions, le Tribunal fédéral se réfère à la pratique développée par la caisse de compensation du canton de Nidwald (pratique dite «de Nidwald») et à son adaptation suite aux critiques qu'il a émises dans son arrêt du 5 juin 2008.

Enfin, le Tribunal fédéral souligne que, s'il appartient aux caisses de compensation d'apprécier d'une manière indépendante si un revenu constitue un salaire déterminant ou un rendement de capital, elles doivent néanmoins en principe s'en tenir à la qualification retenue par les autorités fiscales.

Ces principes étant posés, le Tribunal fédéral examine ensuite les éléments retenus par l'instance cantonale et à l'appui desquels elle a notamment conclu à une disproportion manifeste entre le travail fourni par B. et le salaire versé par A. Sàrl. Il constate à cet égard que le salaire usuel dans la branche a été déterminé au moyen du calculateur *Salarium* et selon les paramètres suivants: formation et expérience professionnelles de B., profil de compétence publié sur le site d'A. Sàrl, secteur d'activité, nature et complexité des prestations de B., lieu d'exercice de l'activité, taille de l'entreprise et nombre hebdomadaire d'heures de travail.

Sur cette base, le salaire médian dans la branche calculé par *Salarium* s'élève à environ CHF 173'500, qu'il convient de porter à CHF 180'000 afin de tenir compte notamment de certaines formations complémentaires accomplies par B.

Selon le Tribunal fédéral, les recourants ne parviennent pas à démontrer en quoi ce résultat constituerait une violation du droit fédéral. En particulier, l'examen de la documentation contractuelle produite par les recourants et illustrant la nature concrète des mandats exécutés par A. Sàrl n'infirme en rien le choix des paramètres utilisés dans le calculateur et le salaire statistique médian en résultant. En d'autres termes, selon le Tribunal fédéral, les données salariales statistiques retenues par la caisse de compensation sont corroborées par la documentation contractuelle fournie par A. Sàrl elle-même.

² Le calculateur *Salarium* est disponible en ligne à l'adresse suivante: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/03/04/blank/key/lohnstruktur/Salarium.html>.

³ Soit essentiellement une violation du droit fédéral régissant la preuve, en particulier les règles en matière de fardeau de la preuve et de présomption, ou encore une violation des règles constitutionnelles ou de la CEDH en matière d'administration et d'appréciation de la preuve (BERNARD CORBOZ, in: Commentaire de la LTF, Berne 2014, art. 105 N 53 et 57). À ce propos, cf. ATF 137 I 58, c. 4.1.2.

⁴ Art. 95, 97 al. 1 et 105 al. 1 et 2 LTF.

⁵ Arrêts 9C_837/2014 du 8 avril 2015, 9C_669/2011 du 25 octobre 2012 et 9C_107/2008 du 5 juin 2008 (in: ATF 134 V 297).

Le Tribunal fédéral relève toutefois que la caisse de compensation et l'instance inférieure ont commis une erreur dans la détermination du salaire médian, en omettant que le salaire mensuel déterminé par *Salarium* incluait déjà le 13^{ème} salaire. Il convenait donc de multiplier le salaire mensuel obtenu par 12 et non par 13. Cette erreur n'invalide néanmoins pas le salaire médian retenu par la caisse de compensation, car il reste malgré tout dans la fourchette statistique indiquée par *Salarium*.

Le Tribunal fédéral constate enfin que les recourants n'ont formulé aucune critique s'agissant de la disproportion entre les dividendes perçus et le capital investi. Dès lors qu'ils dépassent 10 % de la valeur fiscale des parts sociales d'A. Sàrl, ils sont effectivement présumés disproportionnés.

Le Tribunal fédéral a par conséquent rejeté le recours.

III. Commentaire

1. La rémunération de l'entrepreneur exerçant en la forme d'une société de capitaux

1.1 Le choix de l'exercice d'une activité en la forme d'une société de capitaux

Une activité entrepreneuriale⁶ peut être exercée en raison individuelle, sous la forme d'une société de personnes⁷, ou encore sous la forme d'une société de capitaux⁸. L'entrepreneur est libre de choisir la forme selon laquelle il entend s'organiser⁹, sous réserve des exigences légales applicables au secteur concerné. Certaines législations de droit public prohibent, restreignent ou au contraire imposent l'exercice de certaines professions sous la forme d'une société de capitaux.

Les motifs pour lesquels un entrepreneur optera pour une société de capitaux sont variés. À titre exemplatif, il y lieu de citer le souhait de l'entrepreneur *i*) de limiter sa responsabilité personnelle et/ou de créer un substrat de responsabilité (i.e. le capital-social et les réserves légales) à disposition des créanciers sociaux, *ii*) d'ouvrir le capital de la société à des bailleurs de fonds désireux d'investir dans la société sans avoir à prendre une part active dans sa gestion, *iii*) d'assurer la pérennité de son entreprise, *iv*)

d'assurer des conditions-cadres plus flexibles pour l'entrée ou la sortie de nouveaux associés, *v*) d'assurer une meilleure gouvernance de l'entreprise et du contrôle des risques financiers en bénéficiant d'un cadre juridique adapté, ou encore *vi*) de suivre une tendance du marché¹⁰.

Quelles que soient ses motivations, l'entrepreneur qui choisit d'exercer son activité en la forme d'une société de capitaux accepte ainsi de subir une double imposition économique, dès lors que le bénéfice de son activité est imposé une première fois au niveau de la société elle-même, puis une seconde fois lors de sa distribution à l'actionnaire.

1.2 Les modalités de rémunération de l'activité exercée en la forme d'une société de capitaux

L'entrepreneur exerçant sous le couvert d'une société de capitaux est en principe libre de fixer la manière dont il entend rétribuer le fruit de son investissement en capital, et le cas échéant, son apport en industrie¹¹ dans la société. Pour schématiser, cette rétribution financière peut s'effectuer principalement selon trois modalités, qui peuvent se cumuler entre elles.

Une première modalité est la perception d'un salaire si l'entrepreneur est également employé de sa société¹². Du point de vue de l'entrepreneur, cette modalité a pour avantage, à tout le moins en cas de salaire fixe prédéterminé, de lui assurer une rémunération régulière, généralement mensuelle, et donc une certaine liquidité. Du point de vue de la société, le salaire constitue en principe une charge déductible de son bénéfice imposable¹³. Le salaire versé à l'entrepreneur reste bien évidemment un revenu imposable.

Une deuxième modalité de rémunération, généralement cumulée avec la première, sont les versements opérés au titre du rendement du capital, soit les versements qui découlent des droit patrimoniaux afférents aux titres de

⁶ Pour les besoins de cette contribution, «activité entrepreneuriale» doit se comprendre comme une activité lucrative exercée sous la forme d'une société de capitaux ou d'une société de personnes.

⁷ Cette notion inclut la société simple (art. 530 et ss CO), la société en nom collectif (art. 552 et ss CO) et la société en commandite (art. 594 et ss CO).

⁸ Cette notion inclut la société anonyme (art. 620 et ss CO), la société en commandite par actions (art. 764 et ss CO), la société à responsabilité limitée (art. 772 et ss CO) et la société coopérative (art. 828 et ss CO).

⁹ Art. 27 Cst. féd.; cf. ég. ATF 131 I 223, c. 4.1; ATF 124 I 310, c. 3.a, SJ 1999 I 172.

¹⁰ Une telle tendance peut être observée au sein de la profession d'avocats; sur le sujet cf. MANUEL BIANCHI DELLA PORTA/ EDGAR PHILIPPIN, Pratique du métier d'avocat en sociétés de capitaux: une réponse adéquate à l'évolution de la profession, GesKR 2010, 163-185. On mentionnera également la récente transformation en sociétés de capitaux de certaines banques privées, initialement organisés en sociétés de personnes.

¹¹ L'apport en industrie consiste en une prestation personnelle sous forme de travail (FRANÇOIS CHAIX, CR-CO II, art. 531 N 5).

¹² La notion de «salaire» doit être comprise ici au sens large, pour inclure le salaire fixe, le salaire à la pièce ou à la tâche (art. 326 CO), le salaire variable (art. 322a et 322b CO), la gratification (art. 322d CO) ou encore le salaire en nature (par ex. octroi d'actions ou d'options gratuites). Pour un aperçu général, cf. BSK OR I-PORTMANN, Art. 322 N 22 ss.

¹³ C'est la raison pour laquelle les administrations fiscales ont développé la notion de salaire dit «excédentaire», qu'elles requalifient en prestation appréciable en argent en faveur de l'actionnaire salarié (cf. PETER BRÜLISAUER/FLURIN POLTERA, in: Zweifel/Athanas (éd.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2b, Art. 58 N 165 et ss).

participations de l'entrepreneur, en particulier le droit au bénéfice que confèrent par exemple les actions, les bons de participations (art. 656a CO), ou les bons de jouissance (art. 657 al. 2 CO) d'une société anonyme. Contrairement au salaire (à tout le moins le salaire *stricto sensu*), les versements opérés au titre du rendement du capital sont soumis à certaines conditions¹⁴. Pour les entreprises déjà organisées en société de capitaux, la généralisation des mécanismes d'imposition partielle des dividendes¹⁵ visant à atténuer la double imposition économique a eu pour effet collatéral de créer un certain incitatif pour cette forme de rétribution entrepreneuriale.

Une troisième modalité de rémunération est l'*exit* avec réalisation d'un gain en capital, lequel peut intervenir de différentes manières allant de la cession d'une partie ou de l'intégralité de la participation dans la société à un ou plusieurs investisseurs industriels ou privés à la cotation en bourse (*IPO*). Généralement, la vente des droits de participation permet de réaliser les réserves latentes. Le principe d'exonération des gains en capital réalisés lors de l'aliénation d'éléments de la fortune privée crée des conditions favorables à cette forme de rétribution, pour autant que l'entrepreneur ait maintenu sa participation dans sa fortune privée et qu'il n'y ait pas eu de thésaurisation excessive des bénéfices réalisés par la société (liquidation partielle indirecte).

On constate donc que le droit des sociétés laisse une certaine liberté aux entrepreneurs pour structurer la rémunération de leur activité selon leur propre appréciation. La réglementation fiscale s'attache, quant à elle, essentiellement à prévenir le versement de salaires réputés excessifs (et non insuffisants), et, tout en atténuant la double imposition économique, elle impose les bénéfices thésaurisés de manière excessive à l'occasion de la vente des droits de participation.

2. Le salaire déterminant au sens de l'AVS

Le revenu d'activité dépendante est soumis à cotisation dans la mesure où il constitue un «*salaire déterminant*» au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS. Le salaire déterminant est une notion de nature économique propre à l'AVS¹⁶, définie de manière large¹⁷ et assortie de deux listes exem-

platives¹⁸ et d'une liste de prestations exemptées de cotisations¹⁹. Le salaire déterminant ne comprend pas uniquement le revenu directement perçu en échange d'un travail dépendant. Il englobe toute prestation qui, d'un point de vue économique, est en lien avec les rapports de travail, à moins qu'elle ne soit exempte de cotisations de par la loi²⁰.

A l'inverse, les versements ou rémunérations qui représentent un rendement du capital investi par l'entrepreneur ne font pas partie du salaire déterminant²¹. Pour les salariés qui sont également titulaires de droits de participation de la société de capitaux qui les emploient²², il est ainsi nécessaire de distinguer les parts de la rémunération afférentes respectivement à leur qualité d'employé et d'actionnaire²³.

Afin de distinguer l'une et l'autre, il convient de déterminer la cause de l'attribution qui est faite en faveur de l'actionnaire salarié. S'il s'agit des rapports de travail, le revenu constitue un salaire déterminant soumis à cotisations, et s'il s'agit des droits de participation, le revenu est un rendement du capital exempt de cotisations²⁴.

Par souci d'exhaustivité, on relèvera que le revenu d'activité indépendante comprend, quant à lui, tous les revenus du travail autre que celui accompli dans une situation dépendante²⁵. L'intérêt du capital engagé dans l'entreprise est également exempt de cotisations²⁶. Les rendements de participations attribués à la fortune commerciale de leur détenteur ne font pas partie du revenu d'activité lucrative indépendante et ne sont donc, à ce titre, pas soumis aux cotisations AVS²⁷.

¹⁸ Art. 5 al. 2 LAVS *in fine* et art. 7 RAVS.

¹⁹ Art. 6 al. 2 RAVS.

²⁰ MICHEL VALTERIO, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants (AVS) et de l'assurance-invalidité (AI), Zurich 2011, 105; ATF 116 V 177 c. 2; ATF 122 V 178 c. 3a; Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 14 mars 1997, c. 4 a), in: Pra 1997 N 96, 520; SBVR Soziale Sicherheit-KIESER, N 261.

²¹ ATF 122 V 178 c. 3b et les références citées.

²² Le terme d'«actionnaire» est appliqué ci-après de manière indistincte à toute personne titulaire de droits de participations dans une société de capitaux.

²³ VALTERIO (note 20), Zurich 2011, 109; RETO BÖHI, Der unterschiedliche Einkommensbegriff im Steuerrecht und im Sozialversicherungsrecht und seine Auswirkungen auf die Beitragserhebung, Berne 2001, 205-206.

²⁴ VALTERIO (note 20), 109; BÖHI (note 23), 206; SBVR Soziale Sicherheit-KIESER, N 179.

²⁵ Art. 9 al. 1 LAVS.

²⁶ Art. 9 al. 2 let. f LAVS.

²⁷ Art. 17 RAVS *in fine*; En effet, que la participation soit affectée à la fortune privée ou commerciale, le dividende constitue en principe un rendement du capital non soumis à cotisation. La question d'une éventuelle requalification de dividendes en salaire déterminant se pose néanmoins de la même manière pour les participations de la fortune privée et de la fortune commerciale, car elle intervient en amont au niveau de la distinction entre rémunération du travail et rendement du capital.

¹⁴ Un dividende ne peut en particulier être prélevé qu'à partir des réserves librement distribuables ressortant du bilan de l'exercice écoulé, tel qu'approuvé par l'assemblée générale. En outre, la fixation du dividende ne peut intervenir qu'une fois les affectations aux réserves légales (art. 671-671b CO) et statutaires (art. 672-673 CO) effectuées (art. 674 al. 1 CO).

¹⁵ Soit, le 1^{er} janvier 2009 en matière d'impôt fédéral direct (cf. art. 18b et 20 al. 1^{bis} LIFD) et le 1^{er} janvier 2011 au plus tard en matière d'impôts cantonal et communal (cf. art. 7 al. 1 et 72h LHID).

¹⁶ GUSTAVO SCARTAZZINI, Commentaire des articles 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS), Bâle 1997, art. 5 N 94.

¹⁷ SCARTAZZINI (note 16), art. 5 N 4.

3. L'évolution des règles en matière de requalification de dividendes en salaire déterminant

Dans le cadre de leur mandat de contrôle de la bonne exécution des dispositions de la LAVS, les caisses de compensation sont amenées de longue date à convertir en salaire déterminant des dividendes versés à des actionnaires salariés. C'est parfois sur la base de la notion d'abus de droit (soit la tentative d'éluder le paiement de cotisations) qu'elles fondaient initialement une telle requalification. Dans un arrêt du 25 juin 1987, le Tribunal fédéral avait précisé à ce propos que l'exercice d'une activité – en l'occurrence des prestations informatiques – sous la forme d'une société de capitaux unipersonnelle n'avait en soi rien d'abusif²⁸.

Plus récemment, la codification des conditions d'une requalification de dividendes en salaire déterminant a été le fait des caisses de compensation des cantons qui avaient introduit des mesures d'atténuation de la double imposition économique, et ce bien avant l'entrée en vigueur de la réforme II de l'imposition des entreprises («RIE II»)²⁹.

En particulier, la caisse de compensation du canton de Nidwald avait établi la règle, communément appelée «pratique de Nidwald», selon laquelle, en cas de disproportion entre le montant du salaire et le dividende, la part du dividende excédant 15 % du capital-actions était requalifiée en salaire déterminant, et ce jusqu'à concurrence du salaire usuel dans la branche³⁰.

Lors des débats consacrés à la RIE II, des craintes ont été exprimées quant aux conséquences de la mesure d'atténuation de la double imposition économique sur le financement de l'AVS. La perception était en effet que l'introduction d'un mécanisme d'imposition partielle des dividendes aurait pour effet d'inciter les entrepreneurs à privilégier les dividendes et à minimiser leur salaire.

L'OFAS a très vite réagi à l'acceptation de la RIE II par le peuple suisse le 24 février 2008. Dans son bulletin No 219 du 31 mars 2008³¹, elle a instruit les caisses de compensation d'appliquer les critères de la pratique de Nidwald, avant de les introduire formellement dans les Directives sur le salaire déterminant («DSD») à compter du 1^{er} janvier 2009.

Le Tribunal fédéral a ensuite eu l'occasion de corriger la pratique de Nidwald dans un arrêt du 5 juin 2008³², en retenant que l'importance du dividende doit être calculée

proportionnellement à la valeur économique réelle des droits de participation, et non uniquement sur la base de leur valeur nominale.

Puis, à l'occasion d'un récent arrêt du 8 avril 2015, le Tribunal fédéral a levé toute incertitude quant à l'esprit de la méthode, en rappelant qu'une requalification de dividendes en salaire déterminant n'est possible qu'en présence, cumulativement, d'une disproportion manifeste entre la prestation de travail et le salaire ainsi qu'entre le capital investi et le dividende³³.

La pratique de Nidwald a ainsi été actualisée dans les DSD valables à partir du 1^{er} janvier 2016³⁴. Elles reprennent expressément les principes arrêtés par le Tribunal fédéral, dont en particulier le caractère cumulatif des conditions de disproportion manifeste du salaire et du dividende³⁵, ainsi que la présomption selon laquelle les dividendes sont disproportionnés s'ils atteignent 10 % de la valeur fiscale des droits de participation³⁶.

On soulignera enfin que le projet de réforme III de l'imposition des entreprises devrait, selon sa forme actuelle, avoir pour effet une baisse généralisée du taux d'imposition des personnes morales dans certains cantons. Indépendamment des contours de la mesure qui permettra de compenser d'éventuelles diminutions de recettes fiscales, il est probable que l'intérêt pour l'exercice d'activités entrepreneuriales en la forme de sociétés de capitaux ira croissant. Ceci ne fait que souligner la nécessité d'asseoir la sécurité juridique en matière de requalification de dividendes en salaire déterminant.

4. Critique de la pratique de Nidwald

4.1 La rémunération convenable du travail

En pratique, la rémunération convenable du travail de l'actionnaire salarié est essentiellement vérifiée à l'aune des statistiques du marché du travail. Dans ce contexte, les calculateurs statistiques de salaire constituent assurément des outils pertinents pour déterminer la rémunération de marché dans un cas donné. Le calculateur *Salarium* de l'OFS est probablement l'une des bases de données suisses les plus fournies en la matière. L'OFS indique en effet qu'il est approvisionné par le résultat de l'enquête (bisannuelle) suisse sur la structure des salaires («ESS»), laquelle regroupe environ 700'000 données salariales issues du secteur privé³⁷. De nombreux autres calculateurs sont disponibles, notamment ceux de l'Ob-

²⁸ ATF 113 V 92, c. 4c).

²⁹ Cf. FN 15.

³⁰ Cf. arrêts du Tribunal fédéral des assurances du 14 mars 1997 (*in*: Pra 6/1997 N 96) et H 386/99 du 4 août 2000, H 304/00 du 10 mars 2003 et H 108/03 du 22 décembre 2003.

³¹ Bulletin AVS/PC No 219 du 31.03.2008, 1 et 2.

³² ATF 134 V 297. À ce propos, cf. notamment BERNHARD SCHÄRER, *in*: MICHAEL BEUSCH (éd.), *Entwicklungen im Steuerrecht 2009*, Zurich 2009, 397 et ss.

³³ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_327 du 8 avril 2015.

³⁴ DSD valables dès le 1^{er} janvier 2016, ch. 2011.1 à 2011.15.

³⁵ DSD valables dès le 1^{er} janvier 2016, ch. 2011.4.

³⁶ DSD valables dès le 1^{er} janvier 2016, ch. 2011.11.

³⁷ <https://www.gate.bfs.admin.ch/Salarium/public/index.html#/start>, sous «base de données», ainsi que les explications publiées sur l'ESS sur le site Internet de l'OFS, à l'adresse http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/infotek/erhebungen_quellen/blank/blank/sle/00.html.

servatoire genevois du marché du travail (OGMT)³⁸, de l'Union syndicale suisse (USS)³⁹, ou encore des cantons de Fribourg⁴⁰, Vaud⁴¹ et Neuchâtel⁴². On peut toutefois imaginer qu'ils sont, eux aussi, pour partie alimentés par les données de l'ESS.

Si les données issues des calculateurs en ligne constituent un excellent point de référence pour déceler une éventuelle disproportion entre le salaire versé et la prestation de travail de l'actionnaire, il importe de les considérer avec une certaine prudence. Les considérations qui suivent donnent un aperçu des raisons pour lesquelles ces données doivent être relativisées.

En premier lieu, nombre des paramètres permettant de déterminer le profil de salaire ont un caractère nécessairement simpliste et réducteur. A titre d'exemple, des notions telles que «cadre», «connaissances spécialisées», «travail exigeant» ou «pénibilité» sont très imprécises et de surcroît subjectives. De même, suivant les professions, l'horaire hebdomadaire de travail peut être extrêmement variable et n'influence pas l'ampleur de la rémunération. Et, dans certains cas, le calculateur salarial indique lui-même que la fiabilité statistique est faible ou relative, faute d'échantillon suffisamment représentatif. Enfin, certains secteurs d'activité sont tout simplement absents des données statistiques.

S'agissant en particulier de la formation professionnelle, on doit souligner que, dans beaucoup de professions, à l'image des métiers du conseil (services juridiques ou financiers par exemple) ou reposant sur des technologies à forte obsolescence (informatique ou ingénierie par exemple), les formations initiales perdent rapidement de leur valeur pratique et les formations complémentaires n'ont souvent pas d'autre but que d'actualiser les connaissances. Elles ne justifient donc pas systématiquement une augmentation de la rémunération des employés concernés. Dans le cas de B., les formations complémentaires ont pourtant été retenues par la caisse de compensation pour justifier une augmentation du salaire médian⁴³.

Les données statistiques sur les salaires sont également, par définition, empiriques et historiques. Elles n'intègrent donc pas immédiatement les évolutions du marché et des conditions économiques. À titre d'illustration, dans les secteurs d'activité qui subissent d'importantes mutations (les services financiers dans l'histoire récente, par exemple) ou qui s'appuient sur des technologies à

forte obsolescence (informatique, électronique, ingénierie, etc.), l'ancienneté dans l'entreprise ou l'expérience professionnelle des collaborateurs est facilement survalorisée dans les statistiques par rapport à la valeur de marché de leur activité. En effet, dans la mesure où elle se rapporte à une activité devenue obsolète, l'expérience perd l'essentiel de sa valeur.

De plus, les explications méthodologiques des calculateurs de salaires indiquent qu'il n'est en principe pas tenu compte de la phase de développement dans laquelle se trouve une entreprise donnée. Elles sont calibrées en fonction des secteurs et des lieux d'activité et de leur taille, mais les entreprises en phases de création, de croissance ou de restructuration ne font évidemment l'objet d'aucune classification particulière. Pourtant, ce sont elles dont les actionnaires sont le plus confrontés à la nécessité de maîtriser la masse salariale afin de maximiser les possibilités d'investissement. A l'opposé, les entreprises en phase de maturité bénéficient d'une plus grande stabilité et peuvent donc faire croître leur masse salariale sans mettre en péril leur pérennité. A ce propos, on relèvera que la caisse de compensation et les autorités judiciaires n'ont apparemment tenu aucun compte du fait que B. Sàrl était une entreprise nouvellement constituée et que le contrôle portait sur ses 5 premières années d'existence.

Enfin, on doit rappeler que la position de l'employé n'est pas la même que celle d'un actionnaire salarié et que cette différence n'est évidemment pas reflétée dans les données statistiques. L'employé exigera généralement une rémunération stable et prévisible et il sera protégé contre une modification de ses conditions de travail par différents délais impératifs. A l'inverse, l'actionnaire salarié supporte un risque d'entrepreneur et la prudence l'incite à ne pas surestimer son salaire, en particulier en phases de croissance ou de restructuration. Sa rémunération dépend donc pour une part importante de la profitabilité de l'entreprise. Elle est donc inévitablement plus volatile.

On ne peut conclure sans mentionner que les informations publiées par les entrepreneurs concernant leurs propres compétences et activités, notamment sur les sites Internet, doivent être appréhendées avec une certaine retenue avant d'être utilisées pour déterminer un profil salarial. Ces informations ont généralement un but promotionnel et tendent donc à manquer d'objectivité. Sur ce point, l'arrêt du Tribunal fédéral du 3 décembre 2015 peut donner l'impression que la caisse de compensation et les autorités judiciaires ont pris pour argent comptant les informations publiées sur le site Internet de l'entreprise, de même que le descriptif des prestations contractuelles⁴⁴. Ces informations ne sont pourtant pas nécessairement de nature factuelle.

³⁸ <http://cms2.unige.ch/ses/lea/oue/projet/salaires/ogmt/>.

³⁹ www.lohnrechner.ch.

⁴⁰ http://www.fr.ch/sstat/fr/pub/observatoire/calculateur_des_salaires/calculateur.htm.

⁴¹ <http://cms2.unige.ch/ses/lea/oue/projet/salaires/scriis/>.

⁴² <http://www.ne.ch/autorites/DEAS/SEMP/Pages/calculateur-salaire.aspx>.

⁴³ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_327/2015 du 3 décembre 2015, c. 3.1 et 3.2.2.

⁴⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_327/2015 du 3 décembre 2015, c. 3.1 et 3.2.1.

Pour les motifs susmentionnés, les valeurs statistiques constituent certes une référence pour le travail des caisses de compensation, mais elles doivent être relativisées dans bien des cas. On rappellera en particulier que la LAVS ne prévoit pas que le salaire déterminant doit être calculé sur une base statistique, mais sur la base de la rémunération effectivement perçue pour le travail accompli. Et les DSD, confirmées sur ce point par la jurisprudence du Tribunal fédéral, ne prévoient de requalification des dividendes en salaire déterminant que «*lorsqu'aucun salaire ou un salaire inhabituellement bas est versé et que, simultanément, les dividendes distribués sont manifestement disproportionnés*»⁴⁵.

Ainsi, afin de respecter aussi bien le cadre législatif en matière de prélèvement des cotisations que l'esprit de la pratique administrative, il se justifierait à notre avis de prévoir, selon le modèle des règles de bonne pratique de type «*safe haven*» fréquemment utilisées en matière de prix de transfert, que la rémunération du travail n'est présumée être manifestement disproportionnée que si elle est inférieure de 25 % au salaire médian résultant de l'échantillon statistique de référence. Cette solution aurait le mérite d'assurer une meilleure sécurité juridique et d'éviter la multiplication des procédures contentieuses.

4.2 Le rendement approprié du capital

La pratique administrative⁴⁶ et la jurisprudence arrêtent le rendement convenable du capital investi à 10 % de la valeur fiscale des droits de participation. Au-delà de ce seuil, le rendement est présumé disproportionné et, si la présomption n'est pas renversée, l'une des deux conditions cumulatives à la requalification du dividende en salaire déterminant est réalisée.

Bien qu'une présomption fondée sur un rendement maximal soit parfaitement indiquée dans l'optique d'un traitement de masse des dossiers et de la mise en œuvre de règles de bonne pratique de type «*safe haven*», le seuil de 10 % n'est pas exempt de critiques.

D'une part, les praticiens relèvent la tendance de certaines caisses de compensation à requalifier les dividendes en salaire déterminant au seul motif que le dividende versé excède 10 % de la valeur du capital⁴⁷. D'autre part, la référence à un rendement du capital maximal fixe est critiquable sous un angle de finance d'entreprise (*corporate finance*).

En effet, le rendement du capital est généralement assimilé au rendement attendu (*required rate of return [RRR]*) par les investisseurs lorsqu'une entreprise se finance en recourant à l'apport de capitaux propres. Ce rendement

attendu correspond lui-même au coût des fonds propres (*cost of equity*), lequel se détermine en principe sur la base du modèle d'évaluation des actifs financiers (*Capital Asset Pricing Model [CAPM]*). Dans le cadre qui nous intéresse, il suffit de retenir que cette méthode d'évaluation s'établit selon la formule suivante (simplifiée pour les besoins de cette contribution):

$$E(R^{\text{actif}}) = R^F + \beta^{\text{actif}} \times [E(R^M) - R^F]$$

où:

$E(R^{\text{actif}})$ est le rendement attendu;

R^F est le taux d'intérêt sans risque⁴⁸;

β^{actif} est le taux de variation du titre de participation (ou de titre de participation d'entreprise semblable) considéré rapportée à celle du marché (facteur bêta);

$[E(R^M) - R^F]$ est la prime de risque du marché, i.e. le rendement complémentaire exigé par les investisseurs lorsque ces derniers investissent sur le marché plutôt que dans des actifs sans risque⁴⁹.

Selon la méthode CAPM, le rendement du capital est fonction de plusieurs composantes, dont l'une (le facteur bêta ou β^{actif}) est fonction de la volatilité des titres de participation de l'entreprise concernée (ou des titres de participations d'entreprises comparables) rapportée à celle du marché. Or, ce facteur n'est évidemment pas le même pour toutes les entreprises suisses. Si un rendement du capital plafonné à 10 % peut être adéquat pour certaines entreprises, notamment celles dont la valeur fluctue de manière identique à celui du marché ($\beta^{\text{actif}} = 1.0$) ou dans une moindre mesure ($\beta^{\text{actif}} < 1.0$), tel ne sera pas le cas lorsque l'entreprise concernée est fortement exposée au risque systémique ($\beta^{\text{actif}} > 1.0$)⁵⁰. En d'autres termes, la présomption selon laquelle un rendement est excessif s'il atteint 10 % du capital investi doit toujours être renversée si l'actionnaire salarié parvient à démontrer que le

⁴⁸ En Suisse, selon les domaines concernés, ce taux correspond par exemple au rendement moyen annuel des obligations de la Confédération suisse d'une durée de dix ans (rendement d'obligation à coupon zéro) (cf. notamment les Explications du 9 janvier 2015 fournies par l'Office fédéral de l'énergie OFEN relatives au calcul du taux d'intérêt calculé conformément à l'art 13, al. 3, let. b, de l'ordonnance sur l'approvisionnement en électricité (citée: «Explications OFEN»), ou encore à la moyenne du taux de référence swap CHF à 5 ans (cf. les Instructions du 28 août 2008 de la Conférence suisse des impôts concernant l'estimation des titres non cotés en vue de l'impôt sur la fortune (citée: «Circulaire CSI 28»), ch. 10.2).

⁴⁹ En Suisse, selon les domaines concernés, la prime de risque de marché est par exemple égale à la différence entre le rendement annuel des obligations de la Confédération suisse (d'une durée de dix ans) et le rendement annuel du marché suisse des actions pour la période allant de 1926 à 2014 (cf. Explications OFEN, [FN 48]), ou encore à un taux fixe de 7 % (cf. Circulaire CSI 28, ch. 10.3 [FN 48]).

⁵⁰ Pour un exemple volontairement caricatural, si le taux d'intérêt sans risque est de 5 %, que la prime de risque de marché est de 9 % et que le facteur bêta de l'entreprise concernée (ou d'entreprises comparables) est de 2.0, le rendement du capital maximal de l'entreprise devrait être de 13 % ($= .05 + [2 \times (.09 - .05)]$).

⁴⁵ DSD valables dès le 1^{er} janvier 2016, ch. 2011.4.

⁴⁶ DSD valables dès le 1^{er} janvier 2016, ch. 2011.7.

⁴⁷ Cf. à ce propos notamment ORLANDO RABAGLIO, Des dividendes au lieu du salaire: La pratique administrative de l'AVS est-elle encore conforme à la loi?, TREX 2/2015, 106 et ss.

rendement approprié excède ce taux *in concreto*. Cette preuve pourrait notamment être apportée au moyen du coût moyen pondéré du capital de la société.

Par ailleurs, on remarque que le taux de rendement de 10 % est particulièrement désavantageux pour les actionnaires de sociétés dont l'activité présente un faible besoin en capital. Tel est généralement le cas des entreprises de l'industrie des services, dont l'infrastructure (immobilisations) est souvent relativement légère et dont les risques sont généralement couverts par le biais d'assurances plus que par les fonds propres investis⁵¹. Pour ces sociétés, un rendement de 10 %, même calculé sur la valeur économique réelle des titres, équivaut en pratique à une rémunération très faible de l'activité entrepreneuriale. Cette réalité milite en faveur du strict respect par les caisses de compensation des conditions posées par le Tribunal fédéral à la requalification de dividendes en salaire déterminant: il ne peut y avoir de conversion de dividendes en salaire déterminant si le salaire versé aux actionnaires salariés n'est pas disproportionné.

Enfin, le domaine des professions réglementées mérite également une approche individualisée. À titre exemplatif, pour certaines professions libérales (médecins, avocats), l'exercice de l'activité sous la forme d'une société de capitaux est soumis à la condition que tous les actionnaires soient titulaires, à titre personnel, d'une autorisation de pratiquer. Les titres de participation de ces sociétés ne peuvent donc être cédés qu'à des personnes exerçant la même profession. Ceci impacte très fortement la liquidité des titres, et donc à la fois leur valeur économique et le rendement que l'on peut en attendre. Le strict respect du caractère cumulatif des conditions préalables à la requalification de dividendes en salaire déterminant est également essentiel pour cette catégorie d'activités.

En conclusion, les actionnaires salariés doivent dans tous les cas être en mesure de renverser la présomption d'un dividende disproportionné et les caisses de compensation ne doivent identifier qu'un dividende est disproportionné qu'au terme d'une instruction approfondie de la situation. Pour certaines catégories d'entreprises en particulier, le strict respect du caractère cumulatif des deux conditions préalables à la conversion de dividendes en salaire déterminant est absolument nécessaire afin d'éviter une application trop schématique de la pratique de Nidwald.

⁵¹ Le Tribunal fédéral des assurances reconnaissait du reste que les sociétés actives dans les services ont des besoins en capitaux limités et que la distribution de l'intégralité des bénéfices de l'exercice précédent n'a rien d'abusif: «Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich im eine Verwaltung- und Beratungsgesellschaft, bei welcher kein grosser Kapitaleinsatz für die Beschaffung von Investitionsgütern oder Produktionsmaterialien nötig ist, so dass es in der Regel ohne weiteres möglich ist, die angefallenen Bilanzgewinne in Form von Dividenden an die Aktionäre zu verteilen. Ein ungewöhnliches, sachwidriges oder absonderliches Vorgehen kann darin nicht erblickt werden» (TFA, 14 mars 1997, c. 6d cc) in: Pra 6/1997 N 96, 525).

IV. Importance pratique et conclusions

L'arrêt du Tribunal fédéral 9C_327/2015 du 3 décembre 2015 concerne un cas d'application de la pratique dite «*de Nidwald*» en matière de requalification de dividendes en salaire déterminant au sens de l'AVS.

Bien qu'il soit destiné à publication au recueil des ATF, cet arrêt n'entraîne aucun changement de la méthode applicable en la matière, notamment telle qu'elle a été consacrée par les arrêts 9C_837/2014 du 8 avril 2015 et 9C_107/2008 du 5 juin 2008 (ATF 134 V 297).

Il convient donc de prendre acte du fort ancrage de la méthode de Nidwald dans la pratique des caisses de compensation et dans la jurisprudence. Une intervention du législateur serait nécessaire s'il était souhaité de s'en départir.

Cet arrêt illustre en revanche la difficulté de contester devant les autorités judiciaires la mise en œuvre concrète de cette méthode. En particulier, formulés devant le Tribunal fédéral, les griefs quant à son application n'auront généralement de portée que s'ils sont accompagnés de la démonstration que les faits pertinents ont été établis de manière manifestement inexacte. En ce sens, l'arrêt du 3 décembre 2015 peut être considéré comme un rappel de la nécessité de justifier soigneusement le salaire et le dividende perçus lors de l'instruction menée par la caisse de compensation et/ou devant l'instance cantonale de recours.

À cet égard, certains aménagements dans l'application concrète de la pratique de Nidwald semblent indispensables afin d'assurer la sécurité du droit et limiter le nombre de procédures contentieuses, en particulier en vue de la prochaine réforme de l'imposition des entreprises, laquelle pourrait augmenter l'attrait pour les sociétés de capitaux dans certains cantons.

En premier lieu, l'introduction d'une présomption (selon un modèle de règle «*safe haven*») – selon laquelle la rémunération du travail n'est présumée être manifestement disproportionnée que si elle est inférieure de 25 % au salaire médian indiqué par l'échantillon statistique de référence – permettrait de mieux respecter la liberté entrepreneuriale et d'éviter un usage trop mécanique des calculateurs statistiques de salaire.

En second lieu, afin d'atténuer la rigidité parfois constatée dans l'appréciation du rendement approprié du capital, la preuve du caractère proportionné d'un dividende devrait pouvoir être apportée au moyen d'une analyse concrète du rendement attendu par l'actionnaire, cas échéant sur la base d'une analyse de risque ou du coût moyen pondéré du capital. Dans ce contexte, il conviendrait de tenir notamment compte des spécificités propres aux entreprises présentant un faible besoin en fonds propres et aux professions réglementées.