

LE CHOIX DE LA STRUCTURE JURIDIQUE LORS DE LA CRÉATION D'UNE ÉTUDE D'AVOCATS – PANORAMA DES CONSÉQUENCES FISCALES

AURÉLIEN BARAKAT

Avocat, docteur en droit, expert fiscal diplômé, chargé de cours en droit fiscal à UniDistance, associé auprès de l'Étude Lenoir Delgado & Associés SA

LIONEL DELGADO

Avocat, expert fiscal diplômé, associé auprès de l'Étude Lenoir Delgado & Associés SA

RACHID BOSS

Avocat, collaborateur auprès de l'Étude Lenoir Delgado & Associés SA

Mots-clés: avocat, indépendance, impôts, société

Cette contribution dresse un aperçu des différentes considérations fiscales à prendre en compte lors de la structuration juridique de l'activité de l'avocat, du point de vue de l'impôt sur le revenu et sur la fortune. Des aspects d'assurances sociales (1^{er} et 2^e pilier) seront également abordés. La problématique de l'estimation des titres d'une société d'avocats est également traitée de manière succincte, et nous ouvrons la réflexion sur la mise en place de structures *holding* pour les avocats.

I. Préambule

1. Transformation de la profession sous l'angle de sa forme juridique

La profession d'avocat est confrontée depuis longtemps déjà à la problématique de la forme juridique sous laquelle elle est exercée. Cette question, qui était déjà sur la table au moment de l'élaboration de la LLCA¹, fut tranchée une bonne fois pour toutes par le Tribunal fédéral en 2012, qui autorisa expressément les avocats à exercer leur activité sous la forme de sociétés de capitaux², pratique déjà autorisée dans 14 cantons suisses.

L'essor de l'usage de sociétés de capitaux pour exercer la profession d'avocat se ressent au niveau national. L'institut suisse pour les PME de l'Université de Saint-Gall estime que parmi tous les membres de la Fédération suisse des avocats au 31.12.2017, 31% d'entre eux exercent leur activité sous la forme d'une société d'avocats (autrement dit sous forme de société anonyme ou de société à responsabilité illimitée)³.

2. Questions

Outre les avantages de responsabilité et de stabilité de l'entreprise (au niveau de la raison sociale, du processus décisionnel plus souple, ainsi qu'un contrôle des finances et des risques selon les règles applicables aux sociétés de capitaux), le fait d'organiser son activité d'avocat sous la forme d'une société de capitaux pose plusieurs questions d'un point de vue fiscal. Les régimes fiscaux applicables n'étant pas les mêmes selon que l'avocat exerce sous raison individuelle/société de personnes ou sous forme de SA/Sàrl, les différents régimes applicables seront passés

¹ Message du 28. 4. 1999 concernant la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, FF 1999 5331, p. 5354.

² ATF 138 II 440.

³ BERGMANN HEIKO/NIETLISPACH LUCCA, Étude sur les charges d'exploitation des membres de la FSA (2019), p. 13.

en revue sous l'angle fiscal, avec quelques aspects d'assurances sociales et de droit comptable.

II. Le besoin de fonds propres et le retrait du 2^e pilier

1. Conditions liées au retrait du 2^e pilier – Limitations

Lors de la création d'une étude d'avocats et en cas de manque de fonds à injecter dans la nouvelle étude, une option peut être de retirer sa prestation de sortie de la prévoyance professionnelle (retrait du 2^e pilier).

Le retrait du 2^e pilier est possible lors de l'établissement en tant qu'indépendant (art. 5 al. 1 let. b LFLP). La qualification d'indépendant est donnée par la caisse AVS au moment de l'affiliation. Dans ce domaine, la qualité d'indépendant est obtenue «lorsque la personne tenue de cotiser participe, par l'engagement de sa force de travail et de son capital, aux échanges économiques en s'organisant elle-même et de manière visible pour le public afin de fournir des prestations de service ou de créer des produits qui sont utilisés ou acquis au moyen de contre-prestations financières ou pécuniaires»⁴.

En pratique, l'un des critères très importants réside dans le fait que l'activité indépendante s'exerce de manière simultanée auprès d'une pluralité de clients. Si l'activité indépendante ne devait s'exercer qu'au profit d'un client unique, il y a un risque élevé que l'activité indépendante soit requalifiée en activité dépendante, en raison d'une organisation librement choisie qui fait défaut⁵. Il faut également tenir compte du fait qu'en cas de retrait du 2^e pilier pour l'exercice d'une activité indépendante, les caisses de pension ont tendance à obliger les assurés à retirer l'entier du 2^e pilier, même si certains auteurs sont d'avis qu'il devrait être possible de n'en retirer qu'une partie⁶.

Le retrait du 2^e pilier n'est de plus autorisé qu'en cas d'activité d'avocat exercée sous la forme d'une raison individuelle ou d'une société de personnes. En cas d'exercice de l'activité indépendante sous la forme d'une société de capitaux, le retrait du 2^e pilier ne sera pas admis, car la personne demandant le retrait sera ensuite employée de sa propre société, et donc soumise à la LPP⁷.

2. Conséquences fiscales en cas de retrait du 2^e pilier

En cas de retrait du 2^e pilier, la prestation de sortie sera traitée comme un revenu provenant de la prévoyance, et sera donc soumis à l'impôt sur le revenu (impôt cantonal et communal sur le revenu, ICC, ainsi que l'impôt fédéral direct, IFD) en vertu des art. 22 al. 1 et 2 LIFD et 7 al. 1 LHID.

La prestation de sortie versée par la caisse de prévoyance bénéficie d'un traitement fiscal particulièrement avantageux. En effet, la prestation de sortie fait l'objet d'une imposition séparée des autres revenus (ce qui n'impacte ainsi pas la progressivité du taux), tant au niveau de l'IFD que de l'ICC (art. 38 al. 1 LIFD et 11 al. 2 LHID).

En matière d'IFD, la prestation de sortie ne sera imposée qu'à 1/5^e du taux applicable à l'entier de la prestation (art. 36 al. 2 LIFD). Au niveau cantonal, différents régimes existent, avec un taux fractionné comme en matière d'IFD,

ou alors avec des taux minimums et/ou maximums bien en-deçà des taux usuels.

III. Fiscalité en cas de choix de la raison individuelle ou société de personnes

En cas d'exercice de l'activité d'avocat sous la forme d'une raison individuelle ou d'une société de personnes, les revenus provenant de l'activité d'avocat seront imposés au titre du revenu d'une activité indépendante, directement dans le chef de l'avocat exerçant son activité (art. 18 LIFD). La société de personnes n'est pas reconnue en droit fiscal comme étant un sujet autonome de l'impôt (art. 49 LIFD *a contrario*).

1. Taux

En matière d'impôt sur le revenu, le taux d'impôt est progressif. En matière d'IFD, le taux maximum est de 11,5% (art. 128 al. 1 let. a Cst.). En matière d'ICC, les cantons sont libres de fixer leurs propres barèmes. À titre d'exemple, le taux maximum applicable dans le canton de Genève (IFD et ICC compris) est de 46%.

2. Déductions admises

En cas d'exploitation d'une étude d'avocats sous la forme d'une raison individuelle ou d'une société de personnes, les avocats peuvent faire valoir en tant que déduction de leurs revenus tous les «frais qui sont justifiés par l'usage commercial ou professionnel»⁸. Les autorités fiscales de chaque canton disposent d'une grande latitude en ce qui concerne l'interprétation et l'application de cette notion de frais justifiés par l'usage commercial, et les pratiques peuvent varier d'un canton à l'autre. Néanmoins, les administrations publient en général des informations à ce sujet assez régulièrement⁹. À titre d'exemple et outre les frais usuels justifiés par l'usage commercial (tels que le loyer des locaux professionnels ou les éventuels salaires versés à des employés), l'avocat pourra déduire les frais d'abonnement à des revues juridiques, ou encore les frais relatifs aux formations continues (séminaires, conférences).

⁴ ATF 115V 161, c. 9a.

⁵ Dunan Jean-Philippe, in Commentaire romand LPGA (2018), N 13 ad art. 12; Noël Yves, in Commentaire romand LIFD (2018), N 2 ad art. 18.

⁶ GEISER THOMAS/SENTI CHRISTOPH, in Commentaire Stämpfli LPP et LFLP (2020), N 13 ad art. 5 LFLP.

⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_406/2020 du 10.2.2021, consid. 5.3-5.4.

⁸ Art. 27 al. 1 LIFD.

⁹ À Genève: Notice n° 1/2004 de l'Administration fiscale cantonale genevoise du 16.12.2004 concernant les avocats indépendants; dans le canton de Vaud: Instructions complémentaires de l'Administration cantonale des impôts vaudoise du 26.11.2018 concernant les contribuables exerçant une activité lucrative indépendante.

3. Provisions admises

Il est reconnu et admis que les personnes exerçant une activité indépendante peuvent comptabiliser des provisions dans leurs comptes, pour autant que celles-ci soient conformes à l'art. 29 LIFD. Si celles-ci respectent les conditions posées, alors elles pourront également être déduites à titre de frais justifiés par l'usage commercial (art. 27 al. 2 let. a LIFD).

Dans la pratique du métier d'avocat, la provision en cas de débiteurs douteux est l'une des plus importantes. Il est possible pour les avocats d'inscrire des provisions pour débiteurs douteux, dans certaines limites fixées par la pratique des cantons. À titre d'exemple, Genève et Vaud acceptent les provisions pour débiteurs douteux étrangers à hauteur de 10% sur l'ensemble des débiteurs; en cas de débiteurs suisses, la provision ne sera admise qu'à hauteur de 5% sur l'ensemble des débiteurs¹⁰.

4. Pertes reportables

Pour autant qu'elles puissent être prouvées (ce qui sera le cas si l'avocat tient une comptabilité), les pertes des sept derniers exercices peuvent être déduites du revenu imposable, du moment où elles n'ont pas pu être déduites du revenu imposable des périodes fiscales concernées (art. 31 LIFD).

5. Impôt sur la fortune

Comme susmentionné, les raisons individuelles et sociétés de personnes ne sont pas des sujets fiscaux: les actifs et les passifs d'une étude d'avocats doivent donc être attribués de manière individuelle à chaque associé (en cas de société de personnes). Ces actifs, diminués des passifs, seront soumis à un impôt sur la fortune, et seront pris à leur valeur comptable (i.e. la valeur inscrite dans les comptes de la société de personnes ou la raison individuelle). Chaque canton étant tenu de prélever un impôt sur la fortune en vertu de l'art. 2 al. 1 let. a LHID, celui-ci variera, notamment s'agissant du taux, d'un canton à l'autre¹¹.

IV. Fiscalité en cas de choix de la création d'une SA ou Sàrl

Lorsque l'étude d'avocats est organisée sous la forme d'une société de capitaux (SA ou Sàrl), cette dernière sera soumise à l'impôt sur le bénéfice (au niveau fédéral, cantonal et communal) et sur le capital (au niveau cantonal et communal seulement).

Dans ce cas de figure, les avocats seront non seulement des actionnaires de l'étude organisée sous la forme d'une société de capitaux, mais seront également des employés et toucheront à ce titre un salaire qui sera soumis aux cotisations sociales et à l'impôt sur le revenu.

1. Impôt sur le bénéfice (SA ou Sàrl)

A) Double imposition économique

Le droit fiscal suisse connaît le concept de double imposition économique: les profits qui sont réalisés par une société de capitaux sont d'abord imposés dans son chef, au titre de l'impôt sur le bénéfice. Au moment de la distribution du

bénéfice à ses actionnaires sous la forme d'un dividende, ce dernier, qui a déjà fait l'objet d'une imposition au niveau de la société, sera à nouveau imposé dans le chef de l'actionnaire cette fois, sous la forme de l'impôt sur le revenu, avec une atténuation possible de cette double imposition économique (imposition partielle des dividendes en cas de détention de 10% au moins du capital-actions, i.e. réservée à 10 avocats-actionnaires).

En pratique, nous pouvons même parler de «triple» imposition économique, puisqu'une fois imposé au niveau du revenu, le dividende peut être soumis à l'impôt sur la fortune s'il figure encore dans les avoirs de l'avocat actionnaire à la fin d'une période fiscale.

B) Taux

En matière d'impôt sur le bénéfice, les taux sont fixes, contrairement à l'impôt sur le revenu. En matière d'IFD, le taux est de 8,5%¹². En matière d'ICC, les cantons sont libres de fixer leurs propres taux, qui varient plus ou moins sensiblement selon les cantons. À Genève, le taux effectif d'impôt (IFD et ICC compris) est de 13,99%. Dans le canton de Vaud, le taux est de 14%. Si l'étude d'avocats est basée à Zurich, le taux sera de 19,7%.

C) Déductions admises

S'agissant des déductions admissibles, le principe est sensiblement le même que celui applicable en matière d'activité indépendante (sous la forme d'une raison individuelle ou d'une société de personnes): l'art. 59 LIFD, applicable à l'imposition des personnes morales, a la même teneur que l'art. 27 LIFD.

En pratique, les autorités fiscales auront tendance à appliquer par analogie leurs directives applicables à une activité indépendante dans un secteur particulier¹³.

D) Pertes reportables

À l'instar d'une activité exploitée sous raison individuelle ou société de personnes, les sociétés de capitaux ont également la possibilité de déduire les pertes des sept derniers exercices (art. 67 LIFD).

E) Impôt sur le capital

Chaque canton prélève un impôt sur le capital (art. 2 al. 1 let. b LHID). L'impôt sur le capital sera prélevé sur le capital propre de la société (art. 29 al. 1 LHID), qui comprend (i) le capital-actions libéré, (ii) les réserves ouvertes, ainsi que (iii) les réserves latentes constituées au moyen de bénéfices imposés (art. 29 al. 2 LHID).

¹⁰ Notice 1/2004, p. 5; Instructions complémentaires, p. 30

¹¹ À Genève, le taux maximum de l'impôt sur la fortune atteint 1%.

¹² Art. 68 LIFD.

¹³ À Genève, l'Administration fiscale cantonale genevoise appliquera par analogie la Notice 1/2004 susmentionnée.

Les taux varient suivant le canton au sein duquel la société a son siège. À Genève, le taux est de 0,401%¹⁴, avec une imputation partielle de l'impôt sur le bénéfice jusqu'à 2023, puis totale dès 2024, ce qui signifie que si l'impôt sur le bénéfice est plus élevé que l'impôt sur le capital, ce dernier ne sera pas dû.

F) Impôt sur le revenu en cas de dividende versé par la SA ou la Sàrl

Lorsque la société décide de verser un dividende aux actionnaires, celui-ci sera ajouté aux revenus ordinaires de l'avocat, et soumis à l'impôt sur le revenu. Pour atténuer cette double imposition économique telle que présentée ci-dessus, le législateur a mis en place une imposition partielle des dividendes. Au niveau de l'IFD, le dividende ne sera imposé qu'à hauteur de 70% de la valeur du dividende, ce qui représente un abattement de 30% (art. 20 al. 1^{bis}). Au niveau de l'ICC, l'abattement peut atteindre jusqu'à 50% de la valeur du dividende (art. 7 al. 1 LHID)¹⁵. Cette atténuation n'est prévue que pour les actionnaires qui détiennent au moins 10% du capital-actions de la société.

G) Impôt sur la fortune au niveau de l'actionnaire et estimation des titres non cotés

L'avocat qui exerce son activité sous la forme d'une société anonyme aura la double casquette d'employé et d'actionnaire. En tant qu'actionnaire, il détiendra donc des actions de l'étude, qui seront soumises à un impôt sur la fortune. Se pose donc la question de la valeur de ces actions. En matière d'impôt sur la fortune, celle-ci devra être évaluée à sa valeur vénale (art. 14 al. 1 LHID), soit la valeur que l'on pourrait s'attendre à recevoir en cas de vente d'un actif.

En matière d'évaluation des sociétés de capitaux qui ne sont pas cotées en bourse, la valeur de rendement de la société est également prise en compte (art. 14 al. 1 LHID), ce qui peut poser problème en pratique s'agissant de la valorisation des sociétés d'avocats. Ces points seront développés plus bas.

2. Problématique du salaire minimum et du dividende excessif

Le droit fiscal suisse connaît depuis longtemps la notion de salaire excessif, qui n'est en réalité qu'une forme de distribution dissimulée de bénéfice. Le salaire excessif est le fait qu'une société octroie à son employé, qui est également son actionnaire, une rémunération qui excède la rémunération «de marché» qui aurait été octroyée à une personne tierce dans une situation similaire, la société gonflant de cette manière ses charges venant réduire son bénéfice imposable¹⁶.

Néanmoins, en pratique, cette problématique se pose de moins en moins depuis l'entrée en vigueur de l'imposition partielle des dividendes évoquée ci-dessus, au profit de la problématique inverse, à savoir le «salaire insuffisant» ou «dividende excessif», pratique qui consiste, pour les caisses de compensation cantonales, à requalifier en salaire déterminant au sens de l'AVS/AI/APG une partie des dividendes versés par une société à son actionnaire,

qui est également employé mais qui reçoit un salaire trop bas par rapport à la nature de ses activités et de ses qualifications professionnelles.

La tentation peut en effet être grande pour un avocat actionnaire de sa société, de se verser un salaire bas, pour ne pas avoir à payer de gros montants en cotisations sociales. À côté de cela, l'avocat actionnaire se verse des dividendes assez élevés, qui ne seront eux, pas soumis aux cotisations sociales, et qui sont de plus, depuis 2010, imposés de manière partielle au niveau de l'impôt sur le revenu.

Les autorités cantonales appliquent la pratique dite «de Nidwald», selon laquelle en cas de disproportion entre le montant du salaire et celui du dividende, la part du dividende excédant 15% du capital-actions est requalifiée en salaire déterminant soumis aux cotisations AVS/AI/APG¹⁷.

Le Tribunal fédéral, qui a souvent eu à se prononcer sur ces questions de requalification d'un dividende en salaire déterminant, considère qu'il n'y a lieu «de déroger à la répartition choisie par la société que s'il existe une disproportion manifeste entre la prestation de travail et le salaire, respectivement entre le capital propre engagé dans l'entreprise et le dividende»¹⁸. Il est ainsi important en pratique de veiller à trouver le bon équilibre entre salaire et dividende¹⁹.

En pratique, une répartition 30% de la rémunération sous la forme de dividende et 70% sous forme de salaire semble être un équilibre généralement admis, qu'il convient néanmoins de confirmer avec les autorités compétentes au préalable, afin d'éviter des cas de requalification à la hausse ou à la baisse. Notons enfin que plusieurs autorités fiscales cantonales autorisent les avocats à verser la quasi-totalité de la rémunération sous forme de salaire, ce qui tend à réduire la valeur des actions pour l'impôt sur la fortune (voir *supra*).

V. Exemples chiffrés: raison individuelle vs personne morale (au niveau de l'avocat actionnaire-salarié)

Les exemples chiffrés qui suivent prennent en compte les taux applicables dans le canton de Genève en vigueur pour la période fiscale 2022. Afin de pouvoir nous baser sur les mêmes comparables, nous partons du principe que (i) l'avocat indépendant conclut une assurance-accident,

¹⁴ À titre de comparaison, le taux est de 0,1407% dans le canton de Vaud (imputable), 0,024% à Berne (imputable sous réserves de dispositions transitoires) et 0,172% à Zurich (pas imputable).

¹⁵ À Genève, l'abattement est de 30%, à l'instar de l'IFD.

¹⁶ MELLER EMILY/SALOM JESSICA, Le salaire en droit fiscal suisse, in RDAF 2011 II 105, p. 111.

¹⁷ Office fédérale des assurances sociales, Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, l'AI et APG, p. 31.

¹⁸ ATF 141 V 634, consid. 2.

¹⁹ Pour plus de développements, voir BÉGUIN NICOLAS/MARTIN ARNAUD, La requalification de dividendes en salaire déterminant en matière d'AVS, in GesKR 2016, p. 104.

une assurance-maladie perte de gain et s'est affilié à la prévoyance professionnelle (LPP), et que (ii) s'agissant de la LPP, l'âge de l'avocat se situe entre 35 et 44 ans, ce qui implique un taux de cotisation de 20%²⁰.

1. Raison individuelle/société de personnes

Posons l'hypothèse selon laquelle l'avocat en raison individuelle ou société de personnes pourra être rémunéré pour son travail à hauteur de CHF 400 000.-, après la déduction des charges d'exploitation, mais avant prélèvement des charges sociales.

Assurances sociales	
AVS+AF+Amat	44 000
AA+APGMal	9 000
LPP	40 000
Cotisations totales	93 000

Impôt sur le revenu	
Base imposable	307 000
Taux d'impôt ²¹	35,50%
Impôt sur le revenu	109 000
Revenu disponible²²	198 000

Selon cette situation et après paiement des charges sociales et de l'impôt, l'avocat aurait à sa disposition un montant de CHF 198 000.-, tout en rappelant qu'il aura cotisé (et donc épargné) pour CHF 40 000.- auprès de sa caisse de pension.

2. SA/Sàrl

Si l'avocat exerce son activité sous la forme d'une société de capitaux, il faut distinguer deux cas de figure: l'avocat-actionnaire détient les actions de sa société d'avocats (i) dans sa fortune commerciale²³, ou (ii) dans sa fortune privée.

Nous partons ici du postulat que l'avocat se verse un salaire de CHF 200 000.- par an, et un dividende de CHF 130 000.-²⁴. Il faut également avoir à l'esprit que le bénéfice réalisé sera imposé d'abord dans le chef de la société, avant d'être versé sous forme de dividende, lui-même soumis à l'impôt sur le revenu par la suite.

S'agissant de la société, nous partons de l'hypothèse qu'elle réalise un bénéfice de CHF 154 000.-, imposé à hauteur de CHF 21 500 (taux effectif de 13,99% à Genève).

A) Fortune commerciale

Assurances sociales	
AVS+AF+Amat+PE ²⁵	26 500
AC	3 800
AA+APGMal	9 000
LPP	40 000
Cotisations totales	79 000

Impôt sur le revenu	
Salaire imposable ²⁶	167 000
Dividende imposable ²⁷	78 000
Revenu imposable	245 000
Taux d'impôt	33,3%
Impôt sur le revenu	82 000

Selon cette situation et après paiement des charges sociales et de l'impôt, l'avocat aurait à sa disposition un montant de CHF 215 000.-²⁸, avec en sus, CHF 40 000.- versés auprès de sa caisse de pension.

Les actions de la société étant détenues dans la fortune commerciale de l'actionnaire avocat, l'impôt sur la fortune sera en pratique négligeable, car la valeur prise en compte pour l'impôt sur la fortune sera la valeur comptable des participations détenues.

Enfin, tout gain réalisé lors de la revente des titres sera ajouté au revenu imposable de l'avocat et soumis aux assurances sociales, mais en pratique, les titres sont généralement vendus à la valeur des fonds propres, de sorte que les probabilités de réaliser un gain conséquent sont négligeables.

B) Fortune privée

Assurances sociales	
AVS+AF+Amat+PE	26 500
AC	3 800
AA+APGMal	9 000
LPP	40 000
Cotisations totales	79 000

Impôt sur le revenu	
Salaire imposable	167 000
Dividende imposable ²⁹	91 000
Revenu imposable	258 000
Taux d'impôt	33,7%
Impôt sur le revenu	87 000

²⁰ Art. 16 LPP; montant fixé forfaitairement à CHF 40 000.- pour l'avocat dépendant et indépendant.

²¹ Le taux d'impôt estimé tient compte de l'IFD et de l'ICC.

²² Après paiement des cotisations sociales et de l'impôt.

²³ Cf. VII, ch. 4.

²⁴ La différence de revenus entre l'avocat indépendant et l'avocat salarié et actionnaire réside dans le fait qu'en cas d'employé d'une société de capitaux, le bénéfice est imposé une première fois au niveau de la société, et que celle-ci doit prendre en charge une partie des cotisations sociales.

²⁵ Contribution pour la petite enfance due à Genève; cf. tableau récapitulatif des assurances sociales.

²⁶ Salaire brut de CHF 200 000.- diminué des cotisations sociales - part employé de CHF 33 000.-.

²⁷ Le dividende est soumis à l'imposition partielle à 60% dans le canton de Genève (art. 19b al. 1 LIPP/GE).

²⁸ Salaire et dividende reçus diminués (i) des cotisations sociales - part employé (CHF 33'000.-) et (ii) de l'impôt sur le revenu.

²⁹ Le dividende est ici soumis à l'imposition partielle à 70% (art. 22 al. 2 LIPP/GE).

Récapitulatif assurances sociales	RI/Société de personnes	Société de capitaux		
	Activité indépendante	Part employeur	Part employé	Total
AVS/AI/APG	10,000%	5,300%	5,300%	10,600%
AC < CHF 148 200		1,100%	1,100%	2,200%
AC > CHF 148 200		0,500%	0,500%	1,000%
Amat – Genève	0,043%	0,043%	0,043%	0,086%
AF	2,400%	2,400%		2,400%
AA	2,000%	2,500%		2,500%
APGMal	1,000%	2,000%		2,000%
Contribution PE		0,070%		0,070%
LPP	20,000%	10,000%	10,000%	20,000%
Total	35,443%	23,913%	16,943%	40,856%

Les actions de la société n'étant ici pas détenues dans la fortune commerciale de l'avocat, celles-ci devront faire l'objet d'une valorisation par les autorités fiscales, selon la méthode des praticiens³⁰.

Impôt sur la fortune	
Valeur de la société ³¹	945 000
Taux d'impôt	0,65%
Impôt sur la fortune	6 000

Selon cette situation et après paiement des charges sociales et de l'impôt, l'avocat aurait à sa disposition un montant de CHF 205 000.–³², avec en sus, CHF 40 000.– versés auprès de sa caisse de pension.

3. Assurances sociales

Plusieurs différences subsistent en fonction de la forme juridique choisie s'agissant des assurances sociales, comme le démontre le tableau récapitulatif présenté ci-dessus. L'avocat-actionnaire qui est employé par la société d'avocats ne paiera que 16,9% de cotisations sociales et la société 23,9%, alors que l'avocat indépendant paiera un peu moins (i. e. 35,4%).

4. Comparaison

Les différences de traitement (fiscal et d'un point de vue des assurances sociales) peuvent être résumées de la manière suivante (voir tableau page suivante).

Les différentes réformes fiscales de l'imposition des entreprises en Suisse (RIE II en 2010 et RFFA en 2020) ont apporté des améliorations bienvenues en matière d'atténuation de la double imposition économique. En effet, avant 2010, le fait d'exercer sous forme de raison individuelle ou de société de personnes était plus avantageux d'un point de vue fiscal. En revanche, à partir de 2020, l'activité réalisée sous la forme d'une société de capitaux peut devenir plus intéressante (de peu, comme en attestent les exemples ci-avant [cf. V ch. 1 et 2]).

Les dividendes versés par la société ne sont pas soumis aux charges sociales et ne sont imposables qu'à hauteur de 60% ou 70% (selon le type de détention des actions), sous réserve de la problématique du dividende excessif présenté ci-avant (cf. IV ch. 2).

Lorsque l'activité est exploitée sous la forme d'une société de capitaux, il est également possible d'avoir une certaine maîtrise sur le moment de l'imposition, pour ce qui a trait au dividende.

L'avocat-actionnaire résidant dans un canton autre que celui où il exerce son activité sera imposé dans son canton de résidence, ce qui n'est pas le cas de l'avocat indépendant, qui sera imposé à l'endroit de l'exercice de l'activité.

Si les actions sont détenues dans la fortune privée, l'impôt sur la fortune pourrait selon les cas «prendre l'ascenseur», car la valorisation des actions prendra en compte le *goodwill*, si l'actionnaire-avocat n'opte pas pour la fortune commerciale au moment de la création de la structure.

Les erreurs (telles que la prise en compte de frais privés dans les comptes d'exploitation ou l'octroi de prestations appréciables en argent) coûtent nettement plus cher sous la forme d'une société de capitaux, puisque le double niveau d'imposition les sanctionnera également. De plus, un impôt anticipé sera dû et ne pourra pas être remboursé en cas de déchéance du droit (notamment en cas de non-déclaration par l'actionnaire ou en cas de prescription), sous réserve de la possibilité de démontrer un cas de négligence, ce qui est difficile en pratique (art. 21 LIA).

³⁰ Cf. VII, ch. 1.

³¹ Valeur de la société selon la méthode des praticiens: valeur de rendement (130 000/9,5%) x 2 + valeur de substance (100 000) / 3 = 945 000.

³² Salaire et dividende reçus diminués (i) des cotisations sociales – part employé (CHF 33'000.–) et (ii) de l'impôt sur le revenu et la fortune.

	Activité lucrative indépendante	Activité lucrative dépendante + dividendes
Impôt sur le bénéfice	N/A	Aujourd'hui (GE): 13,99%
Impôt sur le capital	N/A	0,4% des fonds propres, mais imputable sur impôt sur le bénéfice
Impôt sur le revenu	Barème progressif avec taux marginal d'env. 45% Base: bénéfice (revenu) annuel	Barème progressif avec taux marginal d'env. 45% Base: salaire + dividende (base réduite de 30% ou 40%)
Impôt sur la fortune	Taux marginal max. de 1% Base: fortune commerciale (\varnothing goodwill)	Taux marginal max. de 1% Base: valeur des actions selon méthode des praticiens si fortune privée (goodwill) ou valeur comptable si fortune commerciale
AVS/AI/APG + AF + Amat + PE	Obligatoire: 12,443% jusqu'à CHF 148 200.- et 10,043% sur le solde	Obligatoire (part employeur + part employé = 13,886%)
Assurance chômage (AC)	N/A	Obligatoire (part employeur + part employé = 2,2% sur CHF 148 200.-, puis 1% sur le solde)
Assurance-accidents (LAA)	Facultatif	Obligatoire jusqu'à CHF 148 200.-
APGMal	Facultatif	Facultatif
LPP	Facultatif (cotisation max.: 25%)	Obligatoire (cotisation max.: 25%)

VI. Valorisation des actions d'une société d'avocats

1. Méthode de valorisation employée par les autorités fiscales

En matière de valorisation des actions d'une société de capitaux non cotée, les autorités fiscales appliquent la méthode dite «des praticiens», pratique appliquée sur tout le territoire suisse³³. La méthode des praticiens est le fruit d'une pondération entre la valeur de rendement et la valeur de substance de la société³⁴, la valeur de rendement étant obtenue par une capitalisation du bénéfice net de plusieurs exercices, à un taux fixé par les autorités. La valeur de substance représente quant à elle les fonds propres de la société.

Cette méthode, qui est appliquée dans un but d'harmonisation fiscale, est applicable lorsque les autorités fiscales doivent valoriser une société d'avocats à la suite des récents arrêts du Tribunal fédéral³⁵.

2. Conséquences de l'application de la méthode des praticiens à une société d'avocats

En appliquant la méthode des praticiens à une société d'avocats, on prend donc en compte le *goodwill* de la société, représentant la valeur immatérielle d'une société d'avocats, à savoir sa clientèle, ce qui pose un problème en pratique, puisque la valorisation selon la méthode des praticiens doit tendre à un résultat s'approchant le plus possible de la valeur vénale. Or, l'activité des avocats exige un lien personnel entre l'avocat et ses clients, de sorte que lors d'une vente de sa société d'avocats, l'avocat vendeur s'en ira très certainement avec sa clientèle: dans ces conditions, qui accepterait de racheter une société d'avocats dépourvue de la possibilité de bénéficier de la clientèle correspondante?

3. Quelques spécificités cantonales tendant à réduire l'impact de la valorisation

Plusieurs cantons ont prévu certains mécanismes tendant à réduire l'impact de la valorisation des titres non cotés, afin de tenir compte du fait que ces sociétés constituent en général l'outil de travail de leurs actionnaires.

Ainsi, les cantons de Neuchâtel et du Valais prévoient un abattement de 60% sur la valeur des actions³⁶. Le canton d'Argovie prévoit quant à lui un abattement de 50%³⁷. Le canton de Nidwald, contrairement aux cantons susmentionnés, n'a pas agi sur l'assiette imposable, mais sur le taux, en le réduisant³⁸.

À Genève, et depuis janvier 2022, le taux de capitalisation a été relevé de 7 à 9,5%, avec effet rétroactif pour la période 2021³⁹. Le canton de Vaud applique quant à lui, depuis 2021 également, un taux de capitalisation de 16% pour les titres non cotés pouvant être qualifiés d'outil de travail⁴⁰. Le fait de revoir à la hausse ces taux de capitalisation a pour conséquence de diminuer la valeur de rendement nécessaire au calcul de la valeur des titres.

³³ Conférence suisse des impôts (CSI), Circulaire 28 du 28. 8. 2008 – Instructions concernant l'estimation des titres non cotés en vue de l'impôt sur la fortune.

³⁴ CSI, Circulaire 28, p. 8.

³⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_954/2020 du 26. 7. 2021, consid. 7.6.

³⁶ Art. 49 al. 4 LCdir/NE et 56 al. 4 LF/VS.

³⁷ Art. 54 al. 3 StG/AG.

³⁸ Art. 54 al. 2 StG/NW.

³⁹ Communiqué de presse du Département des finances et des ressources humaines du 24. 1. 2022, Estimation fiscale des titres non cotés: application anticipée d'un nouveau taux plus favorable.

⁴⁰ Art. 3 RETIF/VD.

Il est également possible de demander, en pratique, à ce que la valeur de rendement ne soit prise en compte qu'une seule fois lorsque l'avocat est l'unique employé de sa société de capitaux⁴¹.

4. **Affectation des actions à la fortune commerciale: principe de la valeur comptable**

Une option existe pour contrer la problématique de la valorisation des titres d'une société d'avocats et son impact au niveau de l'impôt sur la fortune: détenir les actions de la société d'avocats dans sa fortune commerciale. Depuis 2001, il est en effet possible d'opter pour l'affectation des actions d'une société à la fortune commerciale au moment de leur acquisition⁴², si celles-ci représentent au moins 20% du capital-actions. Dans ce cas de figure, la valeur qui sera soumise à l'impôt sur la fortune sera la valeur comptable, ce qui réduit grandement l'impact de l'impôt sur la fortune et écarte la problématique de la valorisation de la société d'avocats.

Attention toutefois: en pratique, en cas de transformation d'une raison individuelle/société de personnes en une personne morale, les autorités fiscales auront tendance à refuser que les nouvelles actions fassent partie de la fortune commerciale⁴³.

Reste réservée la possibilité de demander, lors de la fondation d'une société ou l'acquisition d'actions par l'augmentation du capital-actions, l'affectation volontaire à la fortune commerciale. Certaines autorités fiscales se montrent ouvertes à cette pratique, qui n'a cependant à notre connaissance pas été officiellement confirmée ou publiée à ce stade.

VII. Conclusion

Nous l'avons vu, l'arrêt du Tribunal fédéral de 2012 confirmant que les avocats peuvent dorénavant s'organiser sous forme d'une société de capitaux a ouvert le champ des possibles en matière de choix de la forme juridique, seule la pratique sous raison individuelle ou société de personnes étant reconnue précédemment.

Si les conséquences fiscales liées au choix de la structure ne font pas – comme exposé dans la présente contribution – l'objet de différences significatives d'un point de vue financier pour l'avocat, plusieurs problématiques se posent néanmoins, notamment d'un point de vue de l'estimation des titres de la société d'avocats lorsque ceux-ci sont détenus dans la fortune privée. Dans ce sens, une solution à privilégier serait d'opter pour l'allocation des titres à la fortune commerciale de l'avocat. De plus, le fait d'évaluer les titres d'une société d'avocats à la valeur comptable n'aura a priori pas de conséquence pour l'impôt sur le revenu au moment de la vente, puisqu'aucun gain ne sera en principe réalisé.

Un élément de réflexion en matière de planification fiscale serait la mise en place d'une société holding d'avocats, structure selon laquelle la société d'avocats serait détenue par plusieurs holdings, elles-mêmes détenues par les avocats associés de l'étude (en respectant bien entendu très strictement les conditions posées par le Tribunal fédéral). La commission du barreau zurichois avait, dans un *obiter dictum*, abordé la question en répondant plutôt par la négative. Une telle structure, qui ne porte aucunement atteinte à l'indépendance de l'avocat⁴⁴, devrait néanmoins à notre sens pouvoir être mise en œuvre dans le milieu des avocats; structure qui, rappelons-le, est déjà utilisée de manière poussée dans d'autres professions libérales et présente des réels avantages fiscaux, notamment la maîtrise du moment de l'imposition, qui peut être croisée avec des rachats importants de prévoyance ou des rénovations immobilières déductibles.

⁴¹ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_866/2019 du 27.8.2020, consid. 6.1.1; voir également le Commentaire de la Circulaire 28, p. 12.

⁴² Art. 18 al. 2 LIFD.

⁴³ Circulaire sur la limitation de la déduction des intérêts passifs et sur les participations, in Arch. 69, p. 187, ch. 5; voir également NOËL YVES, in Commentaire romand LIFD (2017), N 86 ad art. 18.

⁴⁴ À ce sujet, voir Staehelin Ernst, Auch Anwalts-Holding oder nur Anwalts-Gesellschaft, in Anwalts Revue de l'avocat, 11-12/2010, p. 478.