

Haro sur les management fees?

Dans les groupes de sociétés, fussent-ils de taille modeste, il est fréquent qu'une société mère facture à sa fille des « management fees », c'est-à-dire des sommes venant rémunérer les prestations de services en matière de management que rend la première à la seconde. Ces prestations peuvent être de nature administrative, technique ou commerciale : assistance à la gestion et à la détermination d'une stratégie, services comptables ou juridiques, conseil en matière de ressources humaines, assistance en matière de communication ou de marketing... Bien qu'elle soit courante, la facturation de management fees est loin d'être une évidence : la jurisprudence récente invite les praticiens à la plus grande prudence lors de la mise en place de conventions de ce type.

La facturation de management fees répond à des aspirations diverses. C'est, en premier lieu, un moyen pour les groupes de sociétés d'harmoniser leur gestion interne, d'optimiser et de rationaliser leurs coûts : en choisissant de centraliser certaines de leurs activités dans une société (souvent la société mère) qui met son savoir faire à la disposition de l'ensemble du groupe, les groupes permettent à chacune de leurs sociétés de se concentrer sur un cœur de métier et un rôle spécifique.

Moins prosaïquement, la réalisation de prestations facturées aux autres sociétés du groupe s'explique parfois par la volonté d'« activer » une société holding, c'est-à-dire de s'assurer que celle-ci revêt les caractéristiques d'une holding dite « animatrice »¹. Ce faisant, plusieurs desseins patrimoniaux ou fiscaux peuvent être poursuivis. Par exemple, le dirigeant d'une société holding cherchera à la regarder comme animatrice afin de pouvoir considérer son capital comme un bien professionnel exonéré d'impôt de solidarité sur la fortune. Une autre illustration, dans le contexte des opérations de *leveraged buy-out* : une société holding de reprise, si elle est animatrice, exerce une activité économique et récupère la TVA d'amont qu'elle supporte, ce qui peut constituer une motivation suffisante pour mettre en place une convention de management fees.

Une autre pratique consiste pour le dirigeant d'une société à externaliser auprès d'une structure tierce qu'il contrôle des prestations de management. Ce faisant la société preneuse ne paie pas de charges sociales sur la rémunération versée à la structure tierce, et l'associé de la structure tierce a ensuite toute latitude pour appréhender quand et comme il se souhaite cette rémunération (sous forme de salaires, en qualité de travailleur indépendant ou via la perception de dividendes).

Au demeurant, quelque soit la motivation ayant présidé à la mise en place d'une convention de management fees, la jurisprudence récente invite à la plus grande vigilance, tant les risques pour les sociétés concernées comme leurs dirigeants sont importants.

Le risque pénal lié à la facturation de management fees

¹ On observera toutefois que la Cour de cassation a jugé que la mise en place d'une convention de management fees entre une société holding et ses filiales n'était pas nécessaire pour qualifier la holding d'animatrice (Cass. Com., 27 septembre 2005, n°03-20.665, Gros).

Les risques liés à la facturation de management fees reposent pour l'essentiel sur l'obligation faite à une société d'agir dans le cadre de son intérêt propre. C'est ainsi que d'un strict point de vue pénal, la réalisation de dépenses contraires à l'intérêt social, fussent-elles documentées par un contrat de management fees, est susceptible d'être qualifiée d'abus de bien social² et d'attirer la mise en cause de la responsabilité pénale des dirigeants³. Le risque est particulièrement prégnant lorsque la matérialité ou le prix des prestations facturées peuvent être remis en cause. Ce risque est aggravé si la filiale preneuse fait face à des difficultés financières⁴. En effet, parmi les risques attachés à la mise en place d'une convention de management fees figurent alors la mise en jeu de la responsabilité du dirigeant pour une faute ayant contribué à la cessation des paiements (hypothèse d'un redressement judiciaire) ou pour une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif (cas de liquidation judiciaire). Enfin, la convention conclue en période suspecte pourra être annulée et, dans les hypothèses les plus graves, la procédure collective pourra être étendue à la société mère prestataire.

Le risque de nullité des conventions de management fees

Au plan civil, la jurisprudence a depuis longtemps admis qu'une convention de management fees peut être annulée si celle-ci n'est pas conforme à l'objet social de la société preneuse : la Cour de cassation a ainsi accueilli favorablement une action en nullité pour abus de majorité de contrats de management fees liant une société ses anciens dirigeants et associés majoritaires et une action en restitution des sommes versées⁵.

Plus récemment, le juge judiciaire a annulé pour absence de cause⁶ des conventions de management fees aboutissant à externaliser des fonctions qui sont normalement celles du dirigeant de la société. Par un arrêt remarqué⁷, la Cour de cassation a annulé la convention prévoyant la fourniture de fonctions - entre autres - de « direction » (ii) par une société prestataire qui mettait à la disposition de la société preneuse un salarié qui était ... le dirigeant de la société preneuse. En d'autres termes, la société preneuse payait un tiers pour que son dirigeant assume ses fonctions.

Une solution analogue a été retenue par la Cour de cassation dans une espèce pourtant moins sujette à critique⁸. Il s'agissait d'une convention conclue entre une SA et une EURL dont le gérant était directeur général de la SA. Elle avait notamment pour objet la réalisation de prestations de création et développement de filiales à l'étranger, de définition de stratégies de vente, de participation à des salons professionnels et de recherche de nouveaux clients à l'étranger. Bien que ces prestations semblent assez lointaines des fonctions que doit assumer un mandataire social, la Cour de cassation a annulé pour absence de cause cette convention de management fees. On peut légitimement s'interroger sur la marge de manœuvre qui subsiste pour une société d'externaliser certaines prestations ayant un lien même indirect et médiat avec son management, dans une situation où le prestataire est une entreprise contrôlée par un

² Articles L241-3 (SARL), L242-6 (SA), L144-1 (SAS) et L143-1 (SCA) du Code de commerce.

³ Pour des illustrations, voir Cass. Crim., 10 juillet 1995, n°3367, PF et Cass. Crim., 30 juin 2010, n°09-82.062.

⁴ Un même dirigeant a ainsi pu être condamné pour abus de bien sociaux par un tribunal correctionnel et en comblement de passif par un tribunal de commerce (Cass. Crim., 11 février 2009, n°07-88695).

⁵ Cass. Com., 21 janvier 1997 : RJDA 4/97 n°525.

⁶ Article 1131 du Code civil.

⁷ Cass. Com., 14 septembre 2010, n°09-16084, *Samo Gestion*, Rev. Sociétés 2011, p.424, note J.-P. Dom.

⁸ Cass. Com., 23 octobre 2012, n°11-23376, *Mécasonic*.

de ses dirigeants. D'autant que cette analyse vient d'être confirmée par la Cour d'appel de Paris ⁹, dans une espèce où certaines des missions (telle « *l'élaboration de montages juridiques et financiers* ») confiées à une entreprise tierce semblaient assez distinctes de celles qui devaient normalement être réalisées par le directeur général de la société preneuse.

Le risque fiscal lié aux management fees

C'est sur le terrain de la théorie jurisprudentielle de l'acte anormal de gestion (ou, si la société prestataire est étrangère, de son corolaire légal du transfert indirect de bénéfices à l'étranger ¹⁰) que l'administration fiscale se placera le plus souvent pour remettre en cause la facturation management fees. Les conséquences d'un acte anormal sont multiples : les charges anormalement acquittées par la société preneuse sont réintégrées pour venir majorer son résultat fiscal et l'avantage ainsi consenti à la société prestataire est regardé comme un revenu distribué. La réciproque, quoique moins fréquente, est vraie : une société prestataire qui ne facturerait pas assez se rend elle-aussi coupable d'un acte anormal de gestion.

La question de l'anormalité des prestations visées par une convention de management fees est régulièrement soulevée par l'administration fiscale, qui conteste tantôt leur réalité, tantôt leur prix (de transfert), tantôt leur utilité pour la société facturée.

A cet égard, on observera que dès 2003¹¹, le juge fiscal a tenu un raisonnement qui préfigurait celui qui a conduit la Cour de cassation à annuler pour absence de cause les conventions visant des fonctions faisant double-emploi avec celles qui sont normalement la responsabilité des dirigeants. Au cas particulier, il avait été jugé qu'une filiale ne peut pas déduire les sommes qu'elle verse à sa société mère, pour la mise à disposition de son propre président-directeur général (salarié de la société mère) en l'absence de preuve de prestations distinctes des tâches inhérentes aux fonctions normales d'un président. La Cour a même précisé que la circonstance selon laquelle la filiale ne rémunère pas son dirigeant est sans incidence, le fait de renoncer à rémunérer son dirigeant constituant une décision de gestion qui est opposable à la filiale.

A n'en pas douter, la jurisprudence de la Cour de cassation, qui annule pour absence de cause de certaines conventions de management fees, va conforter l'administration fiscale dans son appréciation circonspecte des contreparties pour les sociétés qui acquittent des management fees.

Quelques recommandations pratiques

Afin de limiter l'exposition aux risques décrits ci-dessus, il convient selon nous de prendre a minima les précautions suivantes :

- respecter la procédure des conventions réglementées prévue par les articles L. 225-38 et suivants du Code de commerce ;
- choisir et documenter des modalités et un niveau de rémunération cohérents avec chaque type de prestations, sur la base d'une véritable étude de prix de transfert et en évitant les méthodes purement forfaitaires ;

⁹ CA Paris, 4 juillet 2013, n°11/06318, *SAS Cahema*.

¹⁰ Article 57 du Code général des impôts.

¹¹ CAA Nancy 9 octobre 2003 N° 98-2182, *Gamlor*, RJF 1/04 n° 10.

- ménager la preuve de la réalité des services rendus en exécution de la convention, dès lors que les seuls documents comptables ne sont pas suffisants ¹². A cet égard, les feuilles de temps des personnes affectées à la réalisation de ces prestations seront précieuses en cas de contrôle ;
- détailler, dans les conventions de management fees, les prestations visées et mettre en place des mécanismes de suivi. Il conviendra d'éviter les rédactions générales, extensives ou imprécises, de même que les (fréquentes mais malheureuses) références à des prestations de « *développement en France et à l'international* » ou de « *détermination de stratégie générale* » ;
- réfléchir, à titre d'alternative, à la possibilité de confier un mandat social à une personne morale disposant des ressources nécessaires à la réalisation des prestations de management ;
- s'assurer que les prestations visées par les conventions de management fees concernent des services techniques qui ne sont pas susceptibles d'entrer dans le champ du mandat social exercé, le cas échéant, par l'associé de l'entreprise prestataire; et enfin
- vérifier, lorsque la société prestataire est étrangère, que la convention fiscale qui lie la France à l'Etat de résidence de la société prestataire est de nature à faire échec à la retenue à la source prévue par l'article 182 B du Code général des impôts.

Bertrand LACOMBE,
Avocat à la Cour, Lacombe Avocats

¹² CAA Bordeaux 12 décembre 1995 n°94-701, RJF 3/96 n° 273.