

2 Management fees : risques liés aux refacturations de fonctions de direction

Un arrêt de la Cour de cassation sème le doute quant à la validité des conventions de management fees, notamment lorsqu'elles sont conclues entre des sociétés ayant un dirigeant commun. Plus généralement, les management fees sont un sujet significatif de contentieux. Nous examinons les conclusions pratiques à en tirer.

→ Les management fees en ligne de mire

Conventions de management fees

2-1 Pour des raisons opérationnelles, fiscales, sociales ou patrimoniales, il est fréquent que des sociétés d'un même groupe se fournissent des prestations entre elles. Ces prestations font généralement l'objet de contrats écrits définissant, en particulier, les parties concernées, la nature des prestations fournies, leur mode de rémunération, leur durée et les modalités de prorogation ou de résiliation de la convention.

Parmi les prestations les plus significatives, figurent celles que les filiales paient à leur société mère, en contrepartie de services administratifs rendus pour leur compte. Ces conventions de prestations de services également appelées conventions de « management fees » visent essentiellement les prestations de services et d'assistance en matière de gestion administrative, comptable, financière ou juridique.

Déductibilité des charges

2-2 En principe, les management fees facturées par la holding génèrent du chiffre d'affaires imposable et la ou les filiales concernées peuvent déduire de leur résultat imposable ces prestations comptabilisées dans leurs charges.

On peut noter que la facturation de management fees ne doit pas être un moyen de faire supporter par certaines filiales des charges spécifiques de la société mère, telles que la rémunération d'un (des) dirigeant(s) ou les dépenses de marketing.

Pour être déductibles chez l'entreprise bénéficiaire, les management fees doivent être :

- exposées dans l'intérêt de l'entreprise bénéficiaire de ces prestations ;
- effectives c'est-à-dire correspondre à un service effectivement rendu ;
- rémunérées de manière pertinente, c'est-à-dire que la rémunération de ces prestations ne doit pas être excessive par rapport aux services rendus.

Précisons également que, en toute logique, la société prestataire doit, bien entendu, disposer des moyens permettant d'effectuer ces prestations et la société bénéficiaire des services ne doit pas disposer des ressources en interne pour rendre ces prestations.

Une jurisprudence préoccupante

2-3 Fait préoccupant pour les dirigeants et leurs conseils, les tribunaux ont régulièrement à traiter des contentieux liés à ces prestations et, notamment, la jurisprudence récente met à mal les conventions de management fees conclues entre sociétés ayant un dirigeant commun, en particulier, lorsqu'elles consistent à facturer des prestations jugées rattachables aux fonctions de direction. Ces conventions sont alors jugées nulles pour absence de contrepartie réelle (voir §§ 2-5 à 2-7), entraînant des conséquences juridiques et financières parfois lourdes pour les entreprises concernées, voire pour leur(s) dirigeant(s).

Compte tenu de cette jurisprudence et de la fréquence des conventions de management fees dans la pratique, nous faisons ci-après un tour d'horizon des risques encourus et des solutions à préconiser (voir §§ 2-8 à 2-17).

→ Conventions de management fees annulées pour absence de cause

Convention entre deux sociétés ayant un dirigeant commun

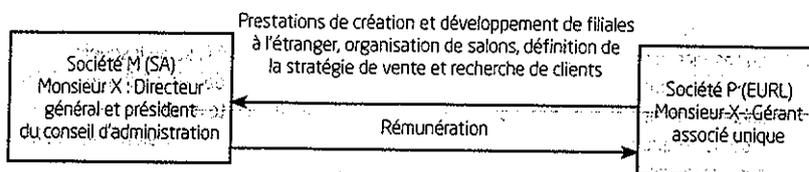
2-4 Dans la jurisprudence qui nous intéresse, les faits étaient les suivants.

Monsieur X exerçait depuis plusieurs années les fonctions de directeur général et de président du conseil d'administration de la SA M. Il avait par ailleurs créé l'EURL P, dont il était le gérant et l'associé unique, et dont l'objet était de fournir des prestations de services à la société M.

La société M avait, à cette fin, conclu avec la société P une convention de prestations de services. En contrepartie de ces services, la société M versait une rémunération à la société P.

Les 2 entreprises liées par la convention de management fees avaient donc, en définitive, un dirigeant commun, personne physique, puisque X était à la fois dirigeant de la société M et détenait 100 % de l'EURL P.

La société P facturait à la société M différentes prestations consistant dans la création et le développement de filiales à l'étranger, l'organisation et/ou la participation à des salons professionnels, la définition de stratégie de vente dans les différents pays visés et la recherche de nouveaux clients à l'étranger.



Deux ans plus tard, X a été démis de ses fonctions de directeur général de la société M et celle-ci a résilié la convention. La société P et X ont alors assigné la société M pour obtenir le versement (à la société P) de l'indemnité contractuelle de résiliation du contrat (cass. com. 23 octobre 2012, n° 11-23376).



Convention annulée pour absence de contrepartie réelle

Nullité pour cause de double emploi avec les fonctions du dirigeant

2-5 Dans cette affaire, la Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur la validité même de la convention de management fees car celle-ci avait été résiliée et que, à ce titre, une indemnité était réclamée par l'une des parties.

En l'occurrence, elle a prononcé l'annulation de cette convention pour absence de cause. En effet, selon la Cour, cette convention de prestations de services :

- constituait une véritable délégation à la société unipersonnelle P d'une partie des attributions de X (fonctions de décision, de stratégie et de représentation) incombant normalement à ce dernier en sa qualité de directeur général de la société M ;
- et faisait donc double emploi, à titre onéreux pour cette société, avec lesdites fonctions sociales de ce dernier.

Absence de contrepartie réelle

2-6 Autrement dit, la Cour de cassation a considéré que les prestations rendues par la société P faisaient partie des fonctions qui incombait normalement à X, en sa qualité de dirigeant de la société M, et que, en conséquence, la convention de prestations devait être annulée car dépourvue de cause.

Les prestations à la charge de la société M ont, en conséquence, été considérées comme dépourvues de contrepartie réelle et la convention litigieuse, ainsi jugée dépourvue de cause, a dès lors été déclarée nulle et sans effet (c. civ. art. 1131 ; cass. civ. 23 octobre 2012, n° 11-23376).

Corrélativement, la demande d'indemnité de résiliation au profit de la société P (voir § 2-4) a, bien entendu, été également rejetée.

La Cour de cassation infirme ainsi l'arrêt de la cour d'appel de Chambéry du 21 juin 2011 qui avait, au contraire, estimé que la convention litigieuse comportait des contreparties réciproques et réelles. Dans cette affaire, les juges ont retenu que l'engagement souscrit par la société M au profit de l'EURL était privé de contrepartie, mais la nullité de la convention est également susceptible d'être prononcée en cas de contrepartie illusoire ou dérisoire (cass. com. 8 févr. 2005, n° 02-12855 ; cass. civ. 21 sept. 2011, n° 10-21900).

Convention annulée même si la rémunération du dirigeant a été réduite

2-7 En l'espèce, les juges n'ont pas retenu les arguments de la société P, selon lesquels :

- la convention avait été conclue pour décharger X d'une partie de ses attributions au sein de la société M et que sa rémunération avait été corrélativement réduite de 40 % ;
- de sorte que les obligations mises à la charge de la société P ne faisaient pas double emploi avec celles de X, qui ne les assumait plus et avait vu, de ce fait même, sa rémunération sensiblement réduite.

On peut donc noter que ces éléments n'ont pas permis d'éviter que la convention de prestations de services soit remise en cause.

→ Conséquences juridiques et financières

Possible remise en cause des charges de management fees

2-8 Les conséquences juridiques et financières liées à l'annulation d'une convention de management fees peuvent être redoutables. En effet, l'absence de cause d'une convention de management fees est une porte d'entrée de choix pour un redressement fiscal fondé sur la théorie de l'acte anormal de gestion (voir « Détermination du résultat BIC-IS », RF 1036, §§ 302 à 305).

En s'appuyant sur cette théorie, l'administration fiscale peut refuser la déductibilité des charges (pour l'entité facturée qui a comptabilisé ces management fees) dès lors que celles-ci ne correspondent pas à des prestations effectives ou lorsqu'elles apparaissent excessives par rapport aux services rendus ou étrangères à l'intérêt social de la société concernée.

Rappelons que la théorie de l'acte anormal de gestion, fondée sur l'absence d'une contrepartie réelle et suffisante, vise les opérations contraires à l'intérêt propre de l'entreprise, les actes accomplis au seul profit d'un tiers étranger à la société ou apportant à l'entreprise un intérêt disproportionné avec l'avantage que le tiers peut en retirer.

La qualité de holding animatrice peut-elle être remise en cause ?

2-9 En matière de fiscalité patrimoniale, pour l'application de nombreux régimes fiscaux de faveur, l'administration fiscale distingue les holdings dites « pures » dont l'activité est exclusivement financière (détenion de parts ou d'actions de filiales) et les holdings « mixtes » également appelées holdings « animatrices » qui exercent, quant à elles, à la fois une activité financière et une activité de prestations de services rendues aux filiales ou « management fees ».

Sont considérées comme animatrices effectives de leur groupe les holdings qui, outre la gestion d'un portefeuille de titres :

- participent activement à la conduite de la politique du groupe et au contrôle des filiales ;
- et rendent, le cas échéant et à titre purement interne au groupe, des services spécifiques administratifs, juridiques, comptables, financiers ou immobiliers.

Cette définition est reprise dans des termes pratiquement identiques par la doctrine de l'administration exprimée, en matière d'ISF, pour l'exonération des titres en tant que biens professionnels (BOFIP-PAT-ISF-30-30-40-10-§ 140-18/02/2013) et le bénéfice des exonérations liées aux engagements Dutreil (BOFIP-PAT-ISF-30-40-60-10-§ 50-12/09/2012), et en matière de droits de succession (BOFIP-ENT-DMTG-10-20-40-10, § 50-12/09/2012).

Cette définition a par ailleurs été codifiée pour les réductions d'IR et d'ISF-PME (CGI art. 199 terdecies-0 A et 885-0 V bis).

Le fait d'appliquer un régime de faveur réservé aux holdings animatrices expose le contribuable au contrôle par l'administration de la qualité de holding animatrice de la société. Cette qualification donne lieu à un abondant contentieux qui porte, notamment, sur le caractère effectif de l'animation (voir « Impôt de solidarité sur la fortune », RF Web 2013-2, § 611).

Si l'identité de dirigeant entre une holding et ses filiales ne suffit pas à démontrer la fonction animatrice de la holding (cass. com. 15 février 1994, n° 91-22140), on peut donc se demander si l'administration ne pourrait pas utiliser, entre autres, l'argument de l'annulation d'une convention de management fees pour dénier le caractère d'animatrice de la holding.

Risque de mise en cause pour abus de biens sociaux

2-10 En outre, le dirigeant, commun aux 2 sociétés en l'occurrence, risque également de se voir mis en cause et condamné pour abus de biens sociaux dès lors que la convention est jugée dépourvue de contrepartie pour la société facturée, s'avère contraire à son intérêt et favorise une société dans laquelle ce dirigeant est intéressé (c. com. art. L. 241-3) [SARL], (c. com. art. L. 242-6) [SA], (c. com. art. L. 144-1) [SAS], (c. com. art. L. 143-1) [SCA].

On peut noter que ce risque est susceptible d'être aggravé dans le cas où la société facturée est en difficulté et fait ensuite l'objet d'une liquidation judiciaire. Si les juges estiment que ces opérations de management fees constituent une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif de la société concernée, une action en responsabilité pour insuffisance d'actif (c. com. art. L. 651-2) peut, en effet, être envisagée à l'encontre du dirigeant.

Un même dirigeant peut être condamné pour abus de biens sociaux par le tribunal correctionnel et pour comblement de passif par le tribunal de commerce (cass. crim. 11 février 2009, n° 07-88695).

→ Quelles solutions préconiser ?

Bien définir les prestations rendues dans la convention

Proscrire les prestations trop générales ou trop étendues

2-11 Cette décision (cass. civ. 23 octobre 2012, n° 11-23376) est, à notre avis, à rapprocher d'un autre arrêt rendu par la Cour de cassation, en 2010. Cet arrêt avait jugé nulle, pour défaut de cause, une convention aux termes de laquelle une société A fournissait des prestations et mettait à la disposition d'une société B le directeur général de cette dernière, en contrepartie d'une rémunération.

Les juges avaient, en effet, là aussi, estimé que la convention avait pour objet la fourniture (par la société A) de prestations qui faisaient double emploi avec la présence, à la tête de la société B, d'un directeur général justement nommé pour exercer ces fonctions (cass. civ. 14 septembre 2010, n° 09-16084).

Autrement dit, ils ont considéré que la convention de management fees concernée revenait finalement à rémunérer des prestations d'ores et déjà accomplies par le directeur général de la société B.

La convention en cause fut, en conséquence, jugée nulle et sans effet.

Il est intéressant de noter que, dans l'arrêt précité, l'objet de la convention était défini dans les termes les plus étendus : « action commerciale, gestion industrielle, gestion des ressources humaines, gestion administrative et financière, stratégie générale, prestation de direction ».

Par ailleurs, la convention prévoyait expressément, contre rémunération, la mise à disposition de la société bénéficiaire de celui qui était d'ores et déjà son directeur général.

Dans ces conditions, le risque que cette convention soit jugée nulle pour absence de cause était donc logiquement élevé.

→ REMARQUE

Cette jurisprudence constitue finalement un « cas d'école » dans le sens où elle montre finalement ce qu'il ne faut surtout pas faire en matière de rédaction d'une convention de management fees (voir sur ce point nos conseils au § 2-14).

Pas de doublon avec les fonctions incombant normalement aux dirigeants

2-12 En comparaison, l'intérêt majeur de la nouvelle décision rendue par la Cour de cassation (cass. civ. 23 octobre 2012, n° 11-23376) est d'avoir également jugé nulle une convention dans laquelle les prestations refacturées étaient plus précisément définies et plus « techniques » et donc, en principe, non directement rattachables aux fonctions de direction générale.

En effet, les prestations en cause étaient « la création et le développement de filiales à l'étranger, l'organisation et/ou la participation à des salons professionnels, la définition de la stratégie de vente et la recherche de nouveaux clients à l'étranger » (voir § 2-4) et, notamment, n'évoquaient pas des prestations de stratégie générale ou de direction, contrairement à la convention jugée en 2010 (voir § 2-11).

Il semble donc que le fait de définir plus précisément les prestations de management fees afin que celles-ci ne présentent un caractère trop général voire transversal ne suffise pas en soi.

→ NOS CONSEILS

Les sociétés concernées par des conventions de management fees doivent donc, à notre avis, pour limiter le risque de remise en cause de ces contrats :

- analyser, clarifier et étayer leur(s) intérêt(s) au contrat ;
- vérifier que les prestations de services rendues aux termes de ces conventions ne fassent pas doublon avec les fonctions de direction normalement assumées par le ou les dirigeants de la société facturée.

En somme, la prestation déléguée doit être précisément définie et ne doit pas correspondre aux pouvoirs incombant normalement à la direction générale de la société facturée (bénéficiaire de la prestation).

En cas de dirigeants communs : privilégier une pluralité d'intervenants ou de clients concernés ?

Éviter les prestations pour lesquelles seul le dirigeant de la société bénéficiaire du contrat intervient

2-13 Dans le même sens, cette jurisprudence (cass. civ. 23 octobre 2012, n° 11-23376) montre le risque élevé qui pèse, tout particulièrement, sur les conventions de management fees dans lesquelles seul le dirigeant de la société bénéficiaire du contrat intervient.

Il faut donc se montrer particulièrement vigilant dans cette situation et, le cas échéant, redéfinir les termes de ces conventions pour limiter le risque de remise en cause de ces contrats (voir § 2-12, « Nos conseils »).

Éviter le risque de collusion

2-14 Allant plus loin, on peut ainsi se demander si les juges auraient retenu la même solution (à savoir annuler la convention) si :

- la société prestataire avait disposé de plusieurs salariés (et pas seulement de M. X) affectés à ces prestations de services ;
- la société prestataire avait eu d'autres clients que la société M.

→ NOS CONSEILS

Dans le cas où le dirigeant est commun à deux sociétés liées par une convention de management fees, l'objet de la convention ne doit pas faire ressortir les termes « prestations de direction » ou « fonctions de direction générale » ou termes similaires.

De même, la convention ne peut pas mentionner la création et le développement de filiales à l'étranger, l'organisation et la participation à des salons professionnels, la définition de stratégies de vente dans différents pays ni la recherche de nouveaux clients à l'étranger. En effet, ces activités correspondent, et c'est aussi un des enseignements de l'arrêt du 23 octobre 2012, à des fonctions de direction.

Sous les réserves évoquées ci-dessus, il semble, en principe, possible qu'une holding facture à une autre société (par convention de management fees) des prestations techniques assurées par le dirigeant commun aux 2 sociétés. Mais, dans ce cas, il convient, à notre avis, de maintenir la rémunération du dirigeant dans la société facturée.

Respecter la réglementation des conventions réglementées

2-15 Une convention conclue entre 2 sociétés ayant le même dirigeant est soumise à un contrôle dès lors qu'elle ne porte pas sur une opération courante conclue à des conditions normales (c. com. art. L. 225-39). C'est ce que l'on nomme une « convention réglementée ».

Le contrôle de la convention réglementée est plus ou moins important selon le type de société. S'agissant d'une SA, le conseil d'administration doit donner une autorisation préalable (c. com. art. L. 225-38), le commissaire aux comptes doit établir un rapport (c. com. art. R. 225-31) et l'assemblée annuelle doit voter l'approbation (ou la non-approbation) de la convention (c. com. art. L. 225-40).

Par conséquent, en présence d'une convention de management fees conclue entre 2 sociétés dirigées par une même personne, il est nécessaire de se poser la question de savoir si la convention porte, ou non, sur une opération courante conclue à des conditions normales. La réponse n'ira pas toujours de soi.

→ NOS CONSEILS

On peut légitimement retenir :

- qu'une opération est courante lorsqu'elle est effectuée de façon habituelle par la société dans le cadre de son activité ;
- et qu'elle est conclue à des conditions normales lorsqu'elle ne comporte pas de conditions exceptionnelles et ne conduit pas à un gain exorbitant.

En cas de doute, mieux vaut se soumettre au contrôle, les conventions réglementées étant la règle et les conventions courantes des exceptions qui doivent donc être interprétées restrictivement.

Bien déterminer la rémunération des prestations fournies

Attention à l'acte anormal de gestion

2-16 Par principe, la rémunération des prestations ne doit pas être disproportionnée par rapport au coût des prestations et, finalement, elle doit être déterminée de façon à limiter le risque que la déductibilité de ces charges puisse être remise en cause par l'administration fiscale, en particulier sur le terrain de l'acte anormal de gestion (voir RF 1036, §§ 302 à 305).

En fait, déterminer les modalités de rémunération des management fees se révèle souvent un exercice délicat car, pour résumer, il faut facturer « ni trop ni trop peu ». En effet :

- pour la société bénéficiaire des prestations (en général, filiale du groupe), si la marge pratiquée par la prestataire (généralement la société mère) est excessive, l'administration peut contester l'intérêt social de cette opération (absence de contrepartie réelle ou suffisante). Dans cette hypothèse, l'administration peut procéder au rehaussement des bénéfices imposables de la société bénéficiaire des prestations, à hauteur du montant des charges considérées comme excessives (voir § 2-8) ;

- de même, pour la société prestataire (holding par exemple), la facturation de prestations de services effectuée sans marge constitue une renonciation à recettes qui, sauf preuve contraire, est susceptible d'être qualifiée d'acte anormal de gestion (CAA Douai 8 octobre 2009, n° 07DA01406 ; CE 26 septembre 2011, n° 328762 ; voir RF 1036, § 107).

Modalités de rémunération pertinente

2.17 Sous les réserves exposées précédemment, en pratique, les conventions de managements fees prévoient généralement une rémunération basée sur la notion de « cost plus » ou de prix de revient majoré (par exemple, marge prédéterminée de 5 % appliquée au prix de revient des services rendus).

Une rémunération fixée de manière forfaitaire peut également être envisagée mais uniquement sous réserve de pouvoir justifier de la réalité des prestations. Il est dès lors fortement déconseillé d'adopter une répartition forfaitaire fondée sur une formule préétablie.

En définitive, deux méthodes de calcul sont essentiellement retenues :

- la première retient une rémunération établie en fonction d'un pourcentage sur le chiffre d'affaires (CA) de la société bénéficiaire des prestations, un ajustement pouvant être effectué à la clôture de l'exercice ;
- la seconde, une rémunération basée sur une clef de répartition adaptée à chaque nature de services rendus. Dans cette hypothèse, la facturation par la société prestataire s'effectue souvent sous forme d'acomptes (mensuels, trimestriels...) complétés ou ajustés selon la réalité des services effectivement fournis.

Pour résumer, nous proposons ci-après un tableau récapitulatif des principales conventions de management fees rencontrées en pratique et des modalités de rémunération généralement retenues.

Management fees	Modalités de rémunération
Prestations d'administration générale (stratégique, coordination des actions opérationnelles)	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Temps passé (feuilles de temps) ✓ Répartition en fonction du CA de la filiale par rapport à celui du groupe
Prestations fiscales et de secrétariat juridique	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Temps passé (feuilles de temps) ✓ Répartition en fonction du CA de la filiale par rapport à celui du groupe
Prestations comptables et financières	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Volume d'opérations (nombre de factures ou d'écritures comptabilisées) ✓ Temps passé (feuilles de temps) ✓ Répartition en fonction du CA de la filiale par rapport à celui du groupe
Prestations informatiques	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Temps passé (feuilles de temps) ✓ « Consommation » informatique de la filiale par rapport à celle du groupe
Prestations techniques	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Temps passé (feuilles de temps) ✓ Production de la filiale par rapport à celle du groupe ✓ Répartition en fonction du CA de la filiale par rapport à celui du groupe
Prestations commerciales (stratégies marketing, assistance normes, étiquetage...)	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Répartition en fonction du CA de la filiale par rapport à celui du groupe
Prestations de ressources humaines (paies, recrutements, reclassements...)	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Effectifs de la filiale par rapport à ceux du groupe
Prestations relatives aux achats (référencement ou négociation, mise en place des outils statistiques...)	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Volume d'achats de la filiale par rapport à ceux du groupe

→ NOS CONSEILS

Il ressort des développements précédents que la rédaction des conventions de management fees requiert une vigilance toute particulière, notamment s'agissant de déterminer une rémunération justifiée et équilibrée en fonction des impératifs des différentes entités concernées. Par ailleurs, lorsque cette rémunération est basée sur des temps passés, il est essentiel de conserver les agendas/plannings des intervenants en cas de contrôle.

Pour les professionnels du chiffre, il convient d'être vigilant sur la détermination de la clé de répartition et de la marge. Notamment, pour le commissaire aux comptes qui audite l'entité facturée, il convient de vérifier l'absence de marge « excessive » et plus généralement le respect du principe énoncé ci-avant : l'existence d'une contrepartie justifiée à la fois pour l'entité qui facture et celle qui est facturée). Il peut également s'agir de conventions réglementées (voir § 2-15) ; dans ce cas, le professionnel sera amené à établir un rapport sur ces conventions (c. com. art. L. 225-38 à L. 225-43 et L. 225-86 à L. 225-91 [SA] ; L. 223-19 à L. 223-21 [SARL] ; L. 227-10 à L. 227-12 [SAS] ; L. 226-10 [SCA]).



« Détermination du résultat (BIC-IS) », RF 1036, § 302
« Groupes de PME », RF 2012-5, §§ 655 à 658

→ LES POINTS CLÉS

- ✓ Sous réserve d'en respecter les conditions, les prestations de management fees sont en principe déductibles chez la société bénéficiaire (société facturée) et imposables chez la prestataire.
- ✓ Fait préoccupant, des conventions de management fees conclues entre sociétés ayant un dirigeant commun ont récemment été annulées pour absence de cause.
- ✓ Les juges ont estimé que ces management fees revenaient en réalité à facturer à l'une des sociétés des prestations incombant normalement à son directeur général.
- ✓ Cette jurisprudence est l'occasion de rappeler les risques encourus en cas de remise en cause de ces prestations.
- ✓ Elle permet également de faire un point, à la fois sur les écueils à éviter dans la rédaction des conventions de management fees, et sur les différentes solutions à préconiser pour limiter ces risques.