

Année universitaire **2021-2022**

**LES RISQUES DE LA FACTURATION DE
PRESTATIONS DE SERVICES INTRAGROUPE**

Sous la direction de Madame Laure NURIT

Présenté par : **Elina NONNOTTE**
Numéro Étudiant : **E178297B**

Mémoire de Master 2 Droit des affaires, à Nantes Université

ALTERNANCE

Entreprise d'accueil :

KPMG Avocats, 7 Boulevard Albert Einstein BP 41125 – 44311 Nantes Cedex 3

Tutrice de stage :

Maître Jennifer NICOLAÏ – Avocate – Manager Legal

Période d'alternance :

1^{er} septembre 2021 au 5 septembre 2022

Constitution du jury :

Mesdames Laure NURIT, Jennifer NICOLAI

Date de soutenance :

2 septembre 2022, 10 heures

REMERCIEMENTS

La rédaction de ce mémoire fut pour moi un travail de longue haleine, une expérience nouvelle très enrichissante. Il représente pour moi l'aboutissement de cinq années riches d'apprentissage au sein de la Faculté de droit et des sciences politiques de Nantes. Il marque la fin de mon parcours universitaire mais le début d'un autre dans un domaine que j'éprouve.

Tout d'abord, je tiens à exprimer ma gratitude à ma directrice de mémoire et ma responsable pédagogique, Madame Laure Nurit, qui m'a ouvert les portes d'un Master rempli d'enseignements complets et approfondis en Droit des affaires préparant efficacement à la vie professionnelle. Je la remercie sincèrement pour le temps qu'elle m'a consacré tout au long de l'année et pour tous ses précieux conseils. Mais je souhaite également adresser ma reconnaissance à tous les enseignants de la faculté pour la qualité de leur enseignement.

Je tiens aussi à remercier profondément Jennifer et Alicia qui m'ont vu évoluer au cours de ces quelques mois, aux côtés de qui je ne cesse d'apprendre, de gagner en autonomie et qui stimulent constamment ma curiosité. Plus largement, c'est à toute l'équipe KPMG Avocats que je présente mes remerciements, à savoir Marie, Baptiste, Charlotte, Claire, Rémi, Romane, Chantal, Maeva, Sylvie et David, pour leur disponibilité, bienveillance et enseignement. Je tiens également à remercier vivement Anne-Paule qui m'a donné l'occasion d'intégrer KPMG Avocats et qui m'a accompagnée les quatre premiers mois de mon intégration.

Enfin, j'adresse toutes mes pensées à ma famille et mes amis qui ont toujours été présents, que ce soit pour le mémoire, et pour le reste.

RÉSUMÉ

Ce mémoire traite des risques de la facturation des prestations de services au sein d'un groupe de sociétés. Il propose une étude analytique et détaillée de tous les risques existants lorsqu'une convention de prestations de services a été conclue intragroupe. Cette analyse se trouve aux confins de plusieurs matières juridiques attrayant au droit des affaires. Elle est construite sur deux approches, selon que les sociétés du groupe se trouvent en bonne santé financière, autrement dit in bonis, ou en mauvaise santé financière.

L'étude débute par les risques encourus par la société in bonis, qui sont les risques généraux de la conclusion d'une convention de prestations de services. Ces risques ne sont pas négligeables, d'autant plus que plusieurs matières juridiques sont à prendre en considération et que plusieurs acteurs peuvent remettre en cause la convention. En cas de contestations, les sanctions se trouvent être d'une forte ampleur.

Ensuite, l'étude va s'atteler à l'éclaircissement des atteintes spécifiques aux sociétés du groupe qui se trouvent être en difficultés financières et sont à l'épreuve du droit des entreprises en difficulté. Le groupe pouvant être tantôt un fait justificatif de certains flux, tantôt un abus permettant de faire lever le voile social et engager la responsabilité de la société mère.

SOMMAIRE

| | |
|---|-----------|
| Chapitre 1 – Les risques encourus par la société in bonis | 10 |
| Section 1. Le risque d’annulation du contrat..... | 10 |
| § I. <i>Le fondement du droit commun des contrats</i> | 10 |
| § II. <i>Le respect de l’organisation sociétaire</i> | 13 |
| § III. <i>Les conséquences de la nullité</i> | 18 |
| Section 2. Les risques fiscaux | 22 |
| § I. <i>Les conséquences concernant l’impôt sur les sociétés</i> | 22 |
| § II. <i>Les conséquences concernant la taxe sur la valeur ajoutée</i> | 27 |
| § III. <i>Les conséquences concernant la qualité d’animatrice de la holding</i> | 28 |
| Section 3. Le risque pénal de l’abus des biens, du crédit, du pouvoir ou des voix | 29 |
| § I. <i>L’élément matériel de l’infraction</i> | 29 |
| § II. <i>L’élément moral de l’infraction</i> | 31 |
| § III. <i>La répression</i> | 32 |
| Section 4. L’éventualité d’un risque de redressement URSSAF | 32 |
| Chapitre 2 – Les risques encourus par la société en difficulté | 34 |
| Section 1. La remise en cause totale de l’écran sociétaire par l’extension de procédure..... | 35 |
| § I. <i>La fictivité</i> | 35 |
| § II. <i>La confusion des patrimoines</i> | 36 |
| § III. <i>Les conditions procédurales</i> | 38 |
| Section 2. La remise en cause partielle de l’écran sociétaire | 39 |
| § I. <i>La théorie de l’apparence</i> | 39 |
| § II. <i>L’immixtion dans les contrats conclus par la société en difficulté</i> | 41 |
| § III. <i>La théorie du coemploi</i> | 42 |
| Section 3. La responsabilité pour insuffisance d’actif | 43 |
| § I. <i>Un régime applicable aux dirigeants</i> | 44 |
| § II. <i>Les conditions exigées</i> | 47 |
| § III. <i>Les conséquences</i> | 48 |
| Section 4. Les effets significatifs en cas d’opération de LBO | 50 |
| § I. <i>Les avantages de la facturation de prestations de services dans les opérations de LBO</i> | 50 |
| § II. <i>Les intérêts malmenés de la société cible</i> | 50 |
| § III. <i>Les risques en cas d’appauvrissement de la société cible</i> | 51 |

INTRODUCTION

1. « Le contrat de management est à la mode, mais la mode ne sied pas à n'importe qui »¹. C'est ainsi que le professeur Philippe Merle préluait son article, il y a plus de quarante ans, dédié au contrat de management. Aussi nommé convention de prestations de services, contrat de gestion ou contrat de management *fees*, ce contrat est devenu monnaie courante au sein des groupes de sociétés.

2. **Prépondérance des groupes de sociétés.** Le journal Les Échos, en 1997, avait déjà saisi la prépondérance des groupes dans le monde en estimant que « le nombre de groupes de sociétés a progressé de façon spectaculaire depuis quinze ans »². Vingt années plus tard le constat est assidûment le même puisque selon une étude rendue par l'INSEE³ « fin 2017, 468 000 sociétés présentes sur le territoire français sont organisées sous la forme de groupe de sociétés (...). Les 134 000 groupes ainsi constitués emploient 10,9 millions de salariés (...) soit un peu moins de la moitié de l'ensemble des salariés de secteurs privés et public ». Les groupes de sociétés ne cessent de croître au fil des années.

3. **Définition du groupe.** L'INSEE considère qu'un groupe de sociétés est une entité économique formée par une société contrôlante et l'ensemble des sociétés qu'elle contrôle⁴. Un groupe de sociétés est composé d'une société mère, appelée «holding» et de sociétés filles, appelées filiales. La holding a vocation à détenir les actions et/ou parts sociales des filles ; et ces dernières sont perçues comme des sociétés accessoires réalisant le projet défini au niveau de la holding. L'objectif du groupe repose donc sur une volonté d'organiser la gouvernance des sociétés membres en concentrant des objectifs de développement économique commun.

4. **Notion de groupe à parfaire.** Toutefois, cette notion de groupe est difficilement appréhendée en France puisque chaque branche de droit dispose de sa propre définition légale. Difficulté justement cernée dès 1967 par le Professeur René Rodière, éminente figure du droit français : « les juristes ont pris l'habitude de travailler l'atome et ont négligé la molécule »⁵. En effet, le Code de commerce ne traite pas le groupe de sociétés en tant que tel, il aborde chaque forme de société indifféremment du groupe. Notre droit n'offre aucune construction cohérente, il contient seulement des dispositions éparses. Cette situation fait naître un paradoxe : l'unité économique versus l'autonomie juridique. Sur le terrain de la réalité économique, le groupe est appréhendé de manière unie, globale et uniforme ; tandis que sur le terrain juridique, c'est davantage une approche individuelle de chaque société membre du groupe qui est retenue. Ce paradoxe avait été également posé par Nicolas Pelletier dans sa thèse dirigée par François-Xavier Lucas à travers sa première phrase : « la société est au groupe ce que l'atome est à la

¹ Ph. Merle, Contrat de management et organisation des pouvoirs dans la société anonyme, D. 1975. chron. 245. cité par COUPET Caroline. « Contrat de management et organisation sociétaire », *AJ contrat*, 2017, p.61

² <https://www.lesechos.fr/1997/11/les-groupes-dentreprises-sont-de-plus-en-plus-nombreux-en-france-823935> consulté le 26 juillet 2022 à 19h15

³ <https://www.insee.fr/fr/statistiques/4255703?sommaire=4256020> consulté le 26 juillet 2022 à 19h15

⁴ <https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1041> le 28 juillet 2022 à 19h55

⁵ RODIERE René. Le droit des sociétés dans ses rapports avec la concentration, commission des Communautés européenne, série concurrence 1967, p. 53 : <http://aei.pitt.edu/40301/1/A4696.pdf>

molécule, ce que le raisin est à la grappe »⁶. Ce qui explique la diversité des approches, par exemple le droit du travail impose le comité du groupe lorsqu'une entreprise est dominante ou exerce une influence dominante⁷ ; plus encore, le droit fiscal permet de bénéficier d'un régime d'intégration fiscale lorsqu'une société détient 95% au moins du capital dans une filiale⁸ ; ou encore le droit comptable va utiliser la définition de contrôle exclusif et conjoint⁹. Notons toutefois que chaque définition légale du contrôle n'aura de valeur qu'au vu des dispositions pour lesquelles elle a été conçue.

5. **Notion de contrôle.** La notion qui est au cœur de la définition du groupe de sociétés est celle de contrôle : la société mère doit en contrôler plusieurs autres. Toute personne physique ou morale est considérée comme en contrôlant une autre lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ; lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ; ou encore lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société¹⁰. La holding doit donc être en mesure d'imposer ses vues à ses filiales relatives à la définition des budgets, au choix des dirigeants, à la détermination de la stratégie ou encore aux objectifs financiers et commerciaux.

6. **Prise en compte croissante des groupes.** La Jurisprudence a conscience de la prépondérance du groupe dans la vie économique et les prend de plus en plus en considération. À la fin du XX^{ème} siècle la décision Rozenblum¹¹ a eu un fort retentissement puisqu'elle a fait référence à « l'intérêt économique, social ou financier commun apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble du groupe ». Elle s'est donc appuyée sur l'intérêt du groupe au-delà de l'intérêt de chaque société pris individuellement. Par ailleurs, la loi tient compte de manière croissante des groupes des sociétés. Un auteur¹² justifie cela par le phénomène de *law shopping* qui est une pratique courante à l'échelle de l'Union Européenne, permettant à une société de se constituer à l'étranger plutôt qu'en France si le droit lui est plus favorable. Toute réglementation est sujette à concurrence, « la règle ne doit plus seulement être juste elle doit aussi séduire »¹³. De sorte qu'il ne faut pas que la loi française lèse ou sanctionne chaque société prise individuellement lorsqu'elle agit aux services d'une politique de groupe. Les groupes de sociétés trouveraient toujours le moyen de contourner une législation trop contraignante. Chaque société étant autonome juridiquement, des combinaisons sont donc possibles.

⁶ PELLETIER Nicolas. *La responsabilité au sein des groupes de sociétés en cas de procédure collective*, préf. de François Xavier LUCAS, L.G.DJ., Lextenso éditions, 2013

⁷ Art. L2331-1 C. Trav.

⁸ Art. 223 A CGI

⁹ Art. L233-16 C. Com.

¹⁰ Art. L233-3 C. Com.

¹¹ Cass. Crim., 4 février 1985 : Légifrance, pourvoi n°84-91.851

¹² PELLETIER Nicolas. Not. Préc. p.13

¹³ PELLETIER Nicolas. Not. Préc. p.15

7. **Gestion du groupe par les prestations de services.** Cette prise en compte fleurissante des groupes de sociétés justifie la mise en place des conventions de prestations de services. Par nature « le droit des groupes, c'est d'abord le droit reconnu à une société mère de donner des ordres à ses filiales, donc de s'immiscer dans ses affaires »¹⁴. Mais il est possible d'optimiser la gestion sociale, financière, commerciale, juridique et fiscale du groupe par la facturation de prestations de services permettant à la société mère de coordonner le fonctionnement de ses filiales.

8. **Définition des prestations de services.** Les conventions de prestations de services consistent à centraliser certaines fonctions de gestion des filiales telles que la comptabilité, la finance, les relations humaines ou encore le suivi juridique au niveau de la mère. Elles justifient aussi de mettre à disposition du groupe des moyens matériels, techniques et humains qui sont profitables à l'ensemble des sociétés du groupe. Ainsi, elles permettent de coordonner la politique du groupe en organisant les principes de gouvernance puisque les filiales travaillent ensemble dans un même et seul projet défini par la société mère ; il existe donc une communauté d'intérêts. Cela justifie notamment que ces conventions soient nommées conventions de management *fees* ou conventions de gestion¹⁵. Les prestations de services embrassent un large panel de domaines d'intervention. Chaque convention sera donc différente selon le groupe concerné puisque les prestations diffèrent en fonction de l'activité principale du groupe mais aussi des objectifs poursuivis : est-ce que ces conventions de prestations de services sont mises en place pour coordonner et gérer le groupe ? Ou pour optimiser les dépenses ? Ou alors pour rendre des services informatiques, de sécurité, de communication, ou tout autre service purement technique ? Il existe donc une multiplicité de situations visées sous l'intitulé des conventions de prestations de services et une multitude de réalités contractuelles. Le nombre de configurations envisageables est donc considérable : il existe autant de convention de prestations de services différentes qu'il existe de groupe. Cette situation justifie le fait que la doctrine a divergé sur la qualification du contrat. Pour certains il s'agissait d'un contrat d'entreprise¹⁶, alors que d'autres optent pour une qualification mixte de contrat d'entreprise et de mandat¹⁷, tandis que pour d'autres il ne peut s'agir que d'une délégation de pouvoir¹⁸. En réalité ce contrat est un contrat *sui generis*, qui n'est pas assimilable à d'autres contrats déjà existants.

¹⁴ P. Didier, Le groupe, entité juridique ? : Rev. soc. 1997, p. 554, cité dans : LE NOACH Gauthier. « Redevances de prestations intragroupe de direction (management fees) : l'absence de rémunération du dirigeant n'exclut pas l'anormalité de la charge », *la semaine juridique – entreprise et affaire*, n°18, 6 mai 2021, p.1243, note sous CAA Paris, 6 nov. 2019, n° 18PA02628 : JurisData n° 2019-022761

¹⁵ Au cours de cette étude ces conventions de prestations de services seront nommées indifféremment convention de management, convention de management *fees* ou encore convention de gestion. Toutefois, les qualifications de convections de management *fees*, de management ou de gestion sont souvent retenues lorsque les services rendus ne sont pas purement techniques et sont en lien avec des missions de gestion et de gouvernance d'une société.

¹⁶ V. Not. CUIF Pierre-François, Contrats-Distribution, fasc. 1425, « Contrat de gestion d'entreprise et contrat de gérance-mandat », n°4 cité dans RIERA Alexandre. « Le contrat de gestion d'entreprise ou de management : l'art de travailler avec l'argent des autres », *AJ contrat*, 2017, Dalloz.fr, p.56

¹⁷ V. Not. G. Chastenot de Géry, *La nature juridique du contrat de gestion d'entreprise hôtelière. Contribution à une étude de la dissociation du capital et de la gestion*, th. Paris IX, 1998 cité dans RIERA Alexandre Alexandra. Préc.

¹⁸ V. Not. REYGROBELLET Arnaud. « La fin des conventions de management ? », *revue des sociétés*, 2013, p.160, note sous Cass. Com. 23 octobre 2012 : Légifrance, pourvoi n°11-23.376, Société PG conseil développement (PGCD) c/ Chatel-Louroz *es qual*

9. **Avantages des prestations de services.** Ce type de montage présente de nombreux avantages. À l'évidence, il est en premier lieu un parfait outil de centralisation de gestion, de surveillance et de contrôle au sein des groupes de sociétés. Par ailleurs, en principe, les prestations facturées représentent une charge externe qui est déductible du résultat fiscal de la filiale tout en permettant de faire remonter du chiffre d'affaires à la société holding. De plus, ces prestations de services ne sont pas soumises à cotisations sociales contrairement à la rémunération des présidents et/ou gérants, ce qui permet ensuite au dirigeant de la société mère de choisir sous quelle forme il souhaite se faire rémunérer (dividendes ou rémunération de son mandat). En outre, une indemnité de fin de contrat peut être prévue en cas de résiliation par l'une des filiales, c'est une sorte de parachute doré déguisé permettant de faire remonter une somme importante vers la société mère. La convention peut également avoir une incidence favorable sur la qualification de la société holding animatrice en participant activement à la gestion des sociétés du groupe. Ce statut de « holding animatrice » permet un régime fiscal de faveur notamment par l'exonération des titres détenus dans la holding au titre de l'impôt sur la fortune accordée aux détenteurs de bien professionnel, ou encore dans le cadre d'un pacte Dutreil, mais également il permet de récupérer la TVA versée aux intervenants¹⁹. De surcroît, en cas d'opération de LBO les prestations de services peuvent permettre de faire remonter des produits au sein de la holding de reprise lui permettant d'augmenter ses capacités financières pour l'aider à assurer le service de sa dette et ainsi de rembourser de manière certaine les échéances d'emprunt²⁰.

10. **Mutualisation des moyens à l'échelle du groupe.** Souvent cette organisation engendre une confusion des sociétés entre elles. Outre toutes les décisions prises en fonction des autres, leurs moyens sont souvent généralisés. Les ressources ne sont plus seulement utilisées dans l'intérêt de la société mais dans celui du groupe.

11. **Absence de personnalité juridique du groupe.** Pourtant le groupe de sociétés ne peut être immatriculé, il ne dispose donc pas d'une personnalité juridique propre²¹. Pour cette raison le groupe est dépourvu de toute capacité juridique : il ne peut contracter en son nom, il ne peut ouvrir un compte bancaire²² et il ne peut ester en justice²³. Tandis que les sociétés membres du groupe disposent d'une autonomie juridique, d'un patrimoine personnel et sont indépendantes. Le voile social ou l'écran sociétaire permet à chaque société du groupe d'être porteuse d'un intérêt qui lui est propre.

¹⁹ Contrairement aux « Holdings pures », dont l'activité est exclusivement de détenir des participations, qui n'ont pas la qualité d'assujetties

²⁰ V. Infra. Le LBO avec les avantages et inconvénients que procurent la facturation des prestations de services est détaillé au sein du chapitre 2 section 4

²¹ En application de l'art. L210-6 C. Com : Les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés.

²² Cass. Com., 2 avr. 1996 : Légifrance, pourvoi n°94-16.380 : un groupe de sociétés étant dépourvu de la personnalité morale et de la capacité de contracter, la validité d'une convention d'ouverture de compte courant au nom du groupe ne peut être admise

²³ Cass. Com., 15 nov. 2011 : Légifrance, pourvoi n°10-21.701 : le groupe ne peut être défendeur à une action en justice et faire l'objet d'une condamnation sur le terrain de la concurrence

12. **Problématique.** Toutefois est-ce légitime que le groupe, et plus particulièrement la société mère, soit protégé s'il est fait abusivement usage des prestations de services ? En effet, les groupes de sociétés sont de plus en plus nombreux dans l'économie française, et pour reprendre la phrase d'accroche « le contrat de management » se trouve « être à la mode ». Cependant « la mode ne sied pas à n'importe qui » puisque des sanctions peuvent émaner en cas d'usage exagéré de ces conventions. L'implication caractérisée de la société mère dans la gestion des filiales implique parfois de passer outre la personnalité juridique des sociétés et de lever le voile social.

13. Dès lors, il conviendra de voir tous les risques encourus par la facturation des prestations de services à l'intérieur d'un groupe. Notons que cette étude portera uniquement sur les risques inhérents à la législation française et abordera les prestations de services de manière large et non seulement les conventions de management.

14. **Présentation du plan.** Pour y parvenir, il convient de scinder l'étude en deux parties en fonction de la santé financière de la société. Ainsi, la première partie sera consacrée aux risques encourus par la société in bonis, c'est-à-dire en bonne santé. Enfin, la deuxième partie envisagera les risques encourus lorsque la société du groupe rencontre des difficultés.

Chapitre 1 – Les risques encourus par la société in bonis

15. Au fil de l'eau la jurisprudence est venue fixer les conditions de validité des conventions de prestations de services. Ce halo d'incertitudes quant à la validité des conventions a émergé sur le terrain civil par le risque d'annulation du contrat (section 1) avec deux arrêts rendus en 2010 et 2012, qualifiés comme un véritable « coup d'arrêt à la pratique des managements *fees* »²⁴. Ce courant s'est ensuite propagé à d'autres domaines du droit accentuant les dangers de ces conventions par le risque d'un redressement fiscal (section 2) accru par le risque de condamnation pénale (section 3). Pour autant, en cas de contrôle URSSAF, il ne faut pas négliger les risques d'un redressement sur le terrain social (section 4).

Section 1. Le risque d'annulation du contrat

16. La convention de prestations de services pour être valable ne doit pas faire double-emploi avec les fonctions déjà exercées au sein de la société par un organe social sous peine d'être annulée sur le fondement du droit commun des contrats pour défaut de contrepartie, anciennement pour absence de cause (§I). Cela implique que la convention doit veiller à ne pas affecter la répartition légale des pouvoirs prévue en droit des sociétés (§II). Le non-respect de ces exigences peut entraîner une nullité assortie de conséquences considérables (§III).

§ I. Le fondement du droit commun des contrats

17. **Arrêt Samo gestion.** Le premier arrêt de la saga qui a fait beaucoup de bruit en la matière est l'arrêt rendu en 2010²⁵, qui n'a toutefois guère été publié au Bulletin. En l'espèce, la société Samo gestion dont Monsieur X était associé, a conclu une convention de prestations de services avec la société Sorepla industrie dont Monsieur X était également directeur général. Parmi ces services figurait « l'action commerciale, la gestion industrielle, la gestion des ressources humaines, la gestion administrative et financière, la stratégie générale et enfin une prestation de direction prévoyant une mise à disposition de Monsieur X en contrepartie d'une rémunération fixe »²⁶. La société Sorepla a sollicité l'annulation de la convention et la restitution des sommes versées. La Haute juridiction va accueillir la demande aux motifs que « cette convention définissait son objet en des termes dont il résultait qu'elle faisait double emploi avec l'exercice » par Monsieur X « de ses fonctions de directeur général ». Elle a retenu « qu'elle revenait ainsi à rémunérer la société Samo gestion pour des prestations qui étaient accomplies par Monsieur X au titre de ses fonctions sociales ». Dès lors « la convention était dépourvue de cause ».

18. **Arrêt Mécasonic.** Le deuxième arrêt de la saga a été rendu dans la continuité de celui

²⁴ DONDERO Bruno. « Coup d'arrêt à la pratique des managements fees », *Gazette du Palais*, 21 déc. 2012, n°357, p.21

²⁵ Cass. Com. 14 septembre 2010 : Légifrance, pourvoi n°09-16.084, société samo gestion c/ société Sorépla (*arrêt Samo gestion*)

²⁶ V. schéma *Annexe 1*

de 2010 et a été publié cette fois-ci au bulletin, il s'agit de l'arrêt *Mécasonic*²⁷. La société PGCD, dont Monsieur X était associé unique et gérant, a conclu une convention de prestations de services avec la société *Mécasonic* en 1995. Cependant en 2007, Monsieur X a été démis de ses fonctions de directeur général de la société *Mécasonic* et le contrat conclu avec la société PGCD a été résilié. La convention prévoyait que « la société *Mécasonic* mettait à la charge de la société PGCD 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 »²⁸. Toutefois, la Haute juridiction a considéré qu'une telle « convention constitue une délégation à la société unipersonnelle » « d'une partie des fonctions de décision, de stratégie et de représentation incombant normalement » à Monsieur X « en sa qualité de directeur général de la société *Mécasonic* et qu'elle fait double emploi, à titre onéreux pour cette société, avec lesdites fonctions sociales ». « Les obligations stipulées à la charge de la société *Mécasonic* étaient dépourvues de contrepartie réelle ». La convention était donc nécessairement « dépourvue de cause et devait en conséquence être annulée ».

19. **Défaut de cause.** Il ressort donc de ces arrêts que la convention de prestations de services est nécessairement dépourvue de cause si elle organise la délivrance, à titre onéreux, de prestations qui relèvent du monopole dévolu normalement à un organe social²⁹. Autrement dit, il ne faut pas que la convention de prestations de services fasse double emploi avec les fonctions qui sont déjà exercées par le dirigeant social au sein de la société, et ce, peu importe que le dirigeant ait bénéficié d'une rémunération dans le cadre de ses fonctions ou qu'il ait réduit cette dernière³⁰. De ce fait, seule paraît être susceptible d'être validée la prestation délivrée par un prestataire qui est un tiers par rapport à la société cliente³¹. Tiers au sens qu'il n'a pas, directement ou par interposition, la qualité d'organe de la société bénéficiaire. C'est notamment ce qui justifie que la Haute juridiction ait refusé d'annuler la convention d'assistance conclue avec une personne qui n'avait pas encore été nommée dirigeant de la Société puisque le prestataire, au jour de la formation, n'avait pas encore la qualité d'organe³². Ou encore qu'elle ait validé une convention de services entre deux sociétés en présence de quatre personnes parfaitement distinctes et autonomes³³.

20. **Réforme du droit des obligations : le défaut de contrepartie.** Ces conventions ont été annulées sur la base de l'ancien article 1131 du Code civil qui disposait que « l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ».

²⁷ Cass. Com. 23 octobre 2012 : Légifrance, pourvoi n°11-23.376, Société PG Conseil développement (PGCD c/ Chatel-Louroz es qual (*Arrêt Mécasonic*)).

²⁸ V. schéma *Annexe 2*

²⁹ REYGROBELLET Arnaud. « Les conventions de management fees : où on est-on ? », *Bulletin Joly Sociétés*, février 2018, p.120 à 124

³⁰ Dans l'arrêt *Mécasonic* le Directeur Général avait vu sa rémunération sensiblement réduite (de 40%) une fois la convention mise en place

³¹ COUPET Caroline. « Contrat de management et organisation sociétaire », *AJ contrat*, 2017, p.61

³² Cass. Com., 3 mars 2015 : Légifrance, pourvoi n°13-25094

³³ Cass. Com., 12 décembre 2018, : Légifrance, pourvoi n°16-15.215 (arrêt *Sequana*) : la Cour de Cassation a considéré qu'il y avait eu « d'un côté, une convention de services entre la société *Sequana* et la société *Herschel gestion*, et, de l'autre, un mandat social entre M.X et la société *AWS*, soit quatre personnes distinctes et autonomes ».

Cependant, la réforme du droit des obligations du 10 février 2016, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016³⁴, a modifié ces articles. La réforme abandonne la notion de cause au profit de celle de « contenu du contrat ». Cet abandon peut sembler purement formel puisque seul le mot disparaît alors que les applications concrètes, avec tous les problèmes qu’elles engendrent, sont maintenues³⁵. Désormais, c’est l’article 1169 du Code civil qui pose le principe qu’un « contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s’engage est illusoire ou dérisoire ». À noter que la Chambre commerciale en 2012 avait d’ailleurs déjà anticipé la réforme en justifiant sa décision sur le défaut « de contrepartie réelle »³⁶.

21. **Solution jugée sévère.** Ce courant jurisprudentiel a été jugé par la doctrine³⁷ et les praticiens comme sévère. Une prise en compte des enjeux économiques aurait pu être de nature à sauver ces conventions en respectant tout à la fois la rédaction actuelle du texte, que les intérêts de la société et ceux des salariés.

22. **Tâches précises et techniques.** La manière la plus sécurisante pour les parties d’éviter la nullité de la convention est de définir dans la convention de prestations de services des tâches précises et techniques ne se superposant pas avec l’objet social de la société bénéficiaire, tel est le cas de la gestion et le développement des activités de la branche sécurité, définition des stratégies ou encore la gestion des usines³⁸. De ce fait, les conventions dites de « management » pures ou de « direction » sont à proscrire, à fortiori en présence d’identité de dirigeants. Par exemple, il est fortement déconseillé de faire apparaître sur les comptes annuels la mention « prestations de direction » correspondant aux versements de prestations de services³⁹, ou encore de qualifier la convention en en-tête de « conventions de management *fees* » ou de « convention de direction » sous peine de voir sa convention annulée. En outre, un suivi périodique devra être nécessairement réalisé afin de prouver que les prestations de services se distinguent des fonctions du dirigeant social. Ce suivi peut prendre, par exemple, la forme d’un tableau excel retraçant la réalité et la facturation de chaque service. Des factures ou toute autres pièces justificatives devront être fournies à l’appui. In fine, la consultation du commissaire aux comptes avant de mettre en place la convention peut également être une bonne solution. En effet, dans un arrêt récent la Cour de cassation a refusé de censurer une Cour d’appel ayant écarté le grief d’absence de cause en se fondant notamment sur les rapports des commissaires aux comptes des sociétés concernées⁴⁰.

23. Pour ne pas risquer la nullité de la convention il est donc nécessaire de respecter l’organisation sociétaire.

³⁴ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

³⁵ PORCHY-SIMON Stéphanie. *Les obligations*, Dalloz édition 2019

³⁶ Cass. Com., 23 oct. 2012, préc.

³⁷ MARMOZ Franck. « De la validité des conventions de gestion », *Recueil Dalloz*, 2011, p.57

³⁸ Cass. Com., 12 déc. 2018, préc.

³⁹ Cela était notamment le cas dans les comptes du dossier 2 : V. *Annexe 6 et 7*

⁴⁰ Cass. Com., 5 juin 2019 : Légifrance, pourvoi n°17-26-167

§ II. Le respect de l'organisation sociétaire

24. La convention, pour être valable, ne doit pas contrevenir aux règles impératives d'organisation sociétaire. Les règles sont différentes selon la forme de société qui est en jeu. Les règles sont rigides en matière de gouvernance pour la société anonyme et la société à responsabilité limitée, ce qui laisse peu de flexibilité restreignant la mise en place d'une convention de prestations de services. À l'inverse, une plus forte liberté règne dans la société par actions simplifiées.

A. La rigidité des règles gouvernant la société anonyme et la société à responsabilité limitée

25. La rigidité de ces règles se traduit par les principes de gouvernance imposés par la loi. Toutefois, il est nécessaire de se pencher sur le critère du dessaisissement.

1. *Les principes de gouvernance*

26. Bien que leur austérité soit commune, les principes de gouvernance diffèrent selon la présence d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée.

a. *La société anonyme*

27. **Hierarchisation des organes et séparation des pouvoirs.** La loi NRE du 15 mai 2001⁴¹ a redéfini la distribution des rôles en distinguant les pouvoirs du conseil d'administration, les pouvoirs du président du conseil et ceux du directeur général. La société anonyme (SA) se caractérise par la hiérarchisation des organes⁴² et la séparation des pouvoirs : chaque organe est doté de pouvoirs qui lui sont propres. Il va sans dire que « le principe de spécialité des organes sociaux est au droit des sociétés ce que le principe de séparation des pouvoirs est au droit constitutionnel. À chaque organe ses fonctions et sa compétence réservées ! »⁴³. C'est à juste titre que la Cour de cassation l'a rappelé dans l'arrêt *Samo gestion* : « la rémunération du directeur général est déterminée par le conseil d'administration⁴⁴ et ne peut être fixée par une convention conclue avec un tiers », et ce peu importe que cette convention ait été autorisée par le conseil d'administration par le biais de la procédure des conventions réglementées. La loi opère donc une spécialisation des pouvoirs, il n'est pas loisible de confier un pouvoir légalement réservé à l'organe statutairement créé⁴⁵. Tout comme il est impossible de confier l'intégralité des pouvoirs reconnus légalement à un organe ou à un autre⁴⁶.

⁴¹ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques

⁴² Cass. Civ., 4 juin 1946, Arrêt Motte ; JCP 1947, II, 3518 : arrêt important fixant le principe de la hiérarchie des organes

⁴³ DOM Jean-Philippe. « Principales conditions d'existence et de validité d'une convention de direction », *Revue des sociétés*, 2011, p.424, note sous Cour de cassation (com.) 14 septembre 2010, F-D, n° 09-16.084, *S^{té} Samo gestion c/ S^{té} Sorepla industrie*

⁴⁴ Art. 225-53 al.3 C. Com.

⁴⁵ Cass. Com., 4 juill. 1995 : Légifrance, pourvoi n°93-17.969

⁴⁶ Cass. Civ., 4 juin 1946, préc.

28. **Pouvoirs du Président.** Le Président du conseil d'administration (le CA) préside le conseil, et à ce titre, organise et dirige les travaux de ce dernier⁴⁷. Par exemple, il a pour fonction de convoquer les réunions, d'arrêter l'ordre du jour, de préparer les réunions, mais également d'assurer la discipline et le suivi des réunions.

29. **Pouvoirs du Directeur Général.** La direction générale de la société est assumée, sous sa responsabilité, soit par le président du conseil (qui prendra le titre de PDG), soit par une autre personne qui prend le titre de directeur général⁴⁸. Il sera alors investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société⁴⁹. Il est le chef d'entreprise et le représentant légal de la société à l'égard des tiers. À ce titre, il embauche des salariés, initie les procès, négocie les contrats, licencie les salariés et signe les contrats.

30. **Forme réglementée.** Par conséquent, il ressort de ces paragraphes que la société anonyme est une forme de société particulièrement réglementée et surveillée laissant peu, voire pas, de place à la liberté contractuelle.

31. Ainsi, il paraît certain qu'il n'est pas possible de confier à un prestataire extérieur de la société, par le biais d'une convention, ni la direction générale de la société, ni un pouvoir général de représentation de celle-ci à l'égard des tiers. C'est d'ailleurs à travers cette forme de société que les arrêts Mécasonic⁵⁰ et Samo gestion ont été rendus⁵¹.

32. La rigidité de la gouvernance est similaire dans la société à responsabilité limitée.

b. La société à responsabilité limitée

33. **Nomination.** La société à responsabilité limitée (SARL) est gérée par une ou plusieurs personnes physiques. Les gérants peuvent être choisis en dehors des associés⁵². Ils sont nommés par les associés, dans les statuts ou par un acte postérieur⁵³.

34. **Pouvoirs.** Dans les rapports avec les tiers, le gérant est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société, sous réserve des pouvoirs que la loi attribue expressément aux associés. Il doit bien évidemment respecter les prérogatives propres aux associés, tel est le cas de l'approbation des comptes sociaux ou la transformation de la société en SCI. Le gérant a quasiment les mêmes pouvoirs que le Directeur Général dans la SA.

35. Par conséquent, tout comme la SA, la SARL dispose d'une gouvernance encadrée

⁴⁷ Art. L225-51 C. com.

⁴⁸ Art. L225-51-1 C. com.

⁴⁹ Art. L225-56-1 C. com.

⁵⁰ Cass. Com., 23 oct. 2012, arrêt Mécasonic, préc.

⁵¹ Cass. Com., 14 septembre 2010, arrêt Samo gestion, préc.

⁵² Art. L223-18 al.1 C. com.

⁵³ Art. L223-29 C. com.

laissant peu de place à la conclusion de convention de prestations de services confiant à un tiers prestataires des fonctions normalement dévolues au gérant. Toutefois, certains auteurs, se sont penchés sur le critère du dessaisissement⁵⁴.

2. Le critère du dessaisissement

36. **Principe.** Lorsque le dirigeant social conserve sa complète liberté, la validité de la convention doit être admise sans réserve. Cette situation se présente notamment en cas de facturations de prestations de services techniques et distinctes des fonctions de dirigeant, ce qui est vivement recommandé⁵⁵.

37. **Dessaisissement réfuté.** À contrario, comme évoqué plus haut, un dessaisissement total à un tiers prestataire des fonctions normalement dévolues à un organe social par le biais d'une convention de prestations de services est illicite. La doctrine avait saisi les écritures de l'arrêt Mécasonic pour soutenir qu'il suffisait que la convention ait pour objet « une partie des fonctions de décision, de stratégie et de représentation incombant normalement au directeur général » pour qu'elle soit dépourvue de cause. Ainsi, peu importe que la convention ne dépouille pas le dirigeant de l'intégralité ou même de la majeure partie de ses attributions, la captation d'«une partie » de ses fonctions suffirait à rendre la convention nulle⁵⁶.

38. **Dessaisissement partiel plausible.** Toutefois, le dessaisissement partiel est sujet à controverse. Le dirigeant n'exerçant plus personnellement ou de manière indépendante la totalité de ses fonctions est-il envisageable ? Le dessaisissement partiel est-il acceptable ? Plusieurs théories penchent vers l'affirmative. Un auteur a estimé que le fait qu'un dirigeant puisse confier à un tiers le mandat exclusif de vendre un immeuble social, c'est bien admettre que le dessaisissement partiel est possible⁵⁷. C'est d'ailleurs en ce sens que peut être lu la rédaction d'un arrêt rendu récemment⁵⁸, à noter qu'il était question en l'espèce de la restitution de sommes indépendamment de toute nullité. En effet, bien que le motif de cassation soutenu par les parties ne permet pas d'en tirer une leçon claire, la Haute juridiction a considéré que les sommes versées ne correspondaient pas à la rémunération d'un mandat social, dès lors que « les conventions de prestations (...) ne recouvraient pas l'ensemble des fonctions de direction générale exercées au sein des sociétés ». Une motivation qui a été qualifiée d'étonnante par certains auteurs car elle semble impliquer la validité des conventions de management *fees* dès lors qu'elles ne recouvrent pas la totalité, mais seulement une partie, des fonctions de direction⁵⁹.

39. Cette possibilité reste tout de même fragile et il est conseillé de ne pas s'aventurer dans

⁵⁴ COUPET Caroline. « Contrat de management et organisation sociétair », préc. ; REYGROBELLET Arnaud. « la fin des conventions de management ? », préc.

⁵⁵ V. Supra section 1 §I

⁵⁶ REYGROBELLET Arnaud. « la fin des conventions de management ? », préc.

⁵⁷ N. Ferrier, La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise, préf. Ph. Pétel, Litec, 2005

⁵⁸ Cass.Com., 6 décembre 2016 : Légifrance, pourvoi n°15-11.105, Inédit

⁵⁹ CAFFIN-MOI Marie. « Conventions de management fees : une fausse ouverture », *L'Essentiel* droit des contrats, N°2, Février 2017, p.6

ce type de montage entraînant un dessaisissement partiel, à fortiori lorsque c'est la SA qui est sujette aux versements des prestations de services.

40. La société par actions simplifiée (SAS) reste la forme la plus sécurisante pour ce type de montage. Ce que certains auteurs avaient déjà envisagé suite à l'arrêt *Mécasonic*⁶⁰ offrant un véritable « havre de paix »⁶¹.

B. La liberté accordée par la société par actions simplifiée

Une liberté statutaire de principe gouverne la SAS laissant une place à la facturation de prestations de services. Des limites restent tout de même à déplorer.

1. Le principe de la liberté statutaire

41. **Liberté statutaire.** Seuls les statuts de la SAS fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée⁶². Par ailleurs, la SAS est représentée à l'égard des tiers par un président désigné dans les conditions prévues par les statuts⁶³. La SAS est donc fortement marquée par la liberté contractuelle, sa gouvernance n'est pas réglementée légalement mais s'inscrit dans les statuts. Dans la SAS, il y a une « liberté de principe qui autorise les combinaisons les plus variées en termes de gouvernance et qui fait les délices tant des praticiens que des utilisateurs de cette forme sociale »⁶⁴.

42. **Application jurisprudentielle.** C'est dans ce contexte qu'un arrêt⁶⁵ est venu apporter un renouveau important aux arrêts *Mécasonic* et *Samo gestion*. La jurisprudence antérieure n'est pas pour autant abandonnée mais reçoit une nuance importante. En l'espèce, la SAS TER dirigée par Monsieur X a conclu avec la société *Regards*, ayant pour gérant Monsieur X, une convention de prestations de services stipulant qu'en cas de rupture avant son terme par la société TER, celle-ci verserait à la société *Regards* l'équivalent d'une année de rémunération. Néanmoins, les sociétés TER et *Regards* ont conclu ultérieurement une convention de mandat social, par laquelle la seconde se voyait confier la direction générale de la première. Cette convention ne prévoyait le versement d'aucune indemnité en cas de rupture anticipée et comportait un ajout manuscrit, paraphé par les parties, mentionnant qu'elle annulait et remplaçait tout autre avenant ou contrat. L'assemblée générale du 14 février 2011 a ainsi nommé la société *Regards* aux fonctions de vice-président de la société TER. Le 28 mars 2011, les relations entre les deux sociétés ont définitivement pris fin. Cependant, Monsieur X et la société *Regards* ont assigné en paiement la société TER en leur reprochant qu'elle s'était livrée

⁶⁰ MAYER BROWN. « Dirigeants rémunérés sous forme de contrat de prestation de services : attention ! », *flash tax*, novembre 2010, note sous l'arrêt Cass. Com. 14 septembre 2010, n°09-16.084, société *samo gestion* c/ société *Sorépla*.

⁶¹ MARMOZ, Franck « de la validité des conventions de gestion », préc.

⁶² Art. L227-5 C. Com

⁶³ Art. L227-6 C. Com

⁶⁴ MOULIN, Jean-Marc « Management fees et direction générale d'une SAS », *Gazette Spécialisée*, 2 mai 2016 n°5, p.59-63, note sur Cass. com., 25 nov. 2015, n° 14-19.685, *Sté Tri environnement recyclage (TER) c/ Sté Regards et M. X, D*

⁶⁵ Cass. Com., 24 novembre 2015 : *Légifrance*, pourvoi n° 14-19.685 (arrêt SAS TER)

à une manœuvre destinée à éluder le paiement de l'indemnité stipulée par la convention de prestations de services et son avenant. La société TER a soulevé la nullité de ces conventions comme étant dépourvue de cause⁶⁶. Toutefois, la Haute juridiction a considéré que « cette jurisprudence n'était pas applicable aux conventions conclues par une société par actions simplifiée ». De plus, elle rappelle que « l'article L227-5 du Code de commerce renvoyait aux statuts le soin de déterminer les conditions dans lesquelles serait dirigée la société par actions simplifiée », c'est donc « sans dénaturer des statuts que la Cour d'appel a retenu qu'ils ne faisaient pas obstacle à ce que la société confie sa direction générale à une société tierce par la voie d'une convention de prestations de services ». Par ailleurs, la Haute juridiction a pu valider quelques années plus tard une convention de prestations de services dans une SAS⁶⁷ car le mandat social et la convention de management mettaient en scène « quatre personnes distinctes et autonomes » et les missions confiées à la société de conseil ne se confondaient pas avec celles confiées, au titre du mandat social, au dirigeant de la SAS.

43. Ce principe de liberté contractuelle n'est toutefois pas illimité.

2. *Les limites*

44. **Le double-emploi.** La première limite, assurément, est qu'il ne faut pas que la convention de prestations de services fasse double emploi avec la fonction de président qui est déjà exercée au sein de la société, ce qui reviendrait à l'application de principe des arrêts *Mécasonic* et *Samo gestion* : la convention se trouverait dépourvue de contrepartie réelle. Or, il se pourrait fort bien que les statuts fassent obstacle à ce que la SAS confie sa direction générale à un tiers prestataire. Ainsi, il faudra effectuer un travail de comparaison entre les missions qui sont confiées à la société prestataire et celles prévues par les statuts aux dirigeants de la SAS. Les conventions de prestations de services restent donc valables dans les mêmes conditions qu'abordées ci-dessus, il faut qu'il n'en résulte aucun dessaisissement de l'organe chargé de la direction.

45. **Statuts muets.** Il est fort possible que les statuts de la SAS concernée soient muets. Tel était le cas de l'arrêt SAS TER⁶⁸ puisque les statuts « prévoyaient seulement les modalités de désignation du président (...) ». Rien n'était précisé sur l'ampleur et le cloisonnement de ses pouvoirs. La solution est discutable selon la doctrine⁶⁹ car, dans le silence des statuts, n'aurait-il pas fallu s'en tenir à la lecture de l'article L227-6 du Code de commerce qui prévoit que « le président est investi des pouvoirs les plus entendus pour agir en toute circonstance au nom de la société »⁷⁰ ? Ce qui laisserait très peu de place à une convention de prestations de services qui se trouverait qu'être redondante avec les pouvoirs du dirigeant. Cette situation est d'autant plus douteuse depuis un arrêt rendu en 2017 dans lequel la Chambre commerciale affirme de

⁶⁶ V. schéma *Annexe 3*

⁶⁷ Cass. Com., 12 déc. 2018, arrêt *Sequana* préc.

⁶⁸ Cass. Com., 24 nov. 2015, arrêt SAS TER, préc.

⁶⁹ BARRILLON Clément. « Les conventions de management de nouveau sur le devant de la scène », *Gazette du palais*, mardi 26 mars 2019, n°12, p. 76 à 78 ; Arnaud Reygrobellet, « les conventions de management fees : où on est-on ? », préc.

⁷⁰ Art. L227-6 C. Com,

manière claire que « seuls les statuts de la SAS fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée »⁷¹.

46. Ainsi, il semble être conseillé en cas de fourniture de services à une SAS filiale de définir scrupuleusement les attributions du président dans les Statuts ou à minima dans le procès-verbal de nomination. Par ailleurs, la rédaction de la convention doit être détaillée permettant de faire une meilleure comparaison. In fine, comme évoqué auparavant, il faudra veiller à assurer un suivi périodique des facturations sous le format par exemple d'un tableau excel en fournissant à l'appui des factures, des courriers, des mails, etc.

47. Si les conditions de gouvernance, qu'elles soient légales ou statutaires, ne sont pas respectées la convention risque la nullité.

§ III. Les conséquences de la nullité

48. La nullité d'un acte ou d'une délibération sociale suscite un contentieux relativement important en droit des sociétés. Il conviendra donc de voir sur quels fondements de nullité les conventions de prestations de services peuvent s'appuyer, et si leur nullité implique la restitution des sommes perçues. En outre, la nature de la nullité, qu'elle soit relative ou absolue, n'est pas anodine notamment en matière de prescription.

A. Les fondements de la nullité

49. En matière de nullité d'un acte (ou d'une délibération sociale) deux textes sont à articuler. Le premier est l'article 1844-10 alinéa 3 du Code civil qui prévoit que la nullité des actes et délibérations des organes de la société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent titre ou de l'une des causes de nullité des contrats en général. Le deuxième est l'article L235-1 du Code de commerce qui distingue pour sa part la nullité des actes ou délibérations modificatifs des statuts, de la nullité des actes et délibérations non modificatifs des statuts. En l'occurrence, la mise en place d'une convention des prestations n'est pas un acte qui vient modifier les statuts, nous n'allons donc pas l'aborder dans notre étude. Pour étudier le fondement de la nullité il conviendra de voir les différents principes existants pour ensuite, éventuellement, les voir appliquer aux conventions de prestations de services.

1. Les principes

50. Pour aborder les fondements de la nullité il est nécessaire de voir la nullité fondée sur la violation d'une disposition impérative qui interroge la nullité basée sur la violation statutaire, sans oublier la nullité fondée sur le droit commun.

⁷¹ Cass. Com., 25 janv. 2017 : Légifrance, pourvoi n°14-28.792

a. La nullité fondée sur la violation d'une disposition impérative

51. **Disposition impérative.** L'article L235-1 du Code de commerce n'exige plus que la nullité procède d'une disposition expresse et se contente désormais du non-respect d'une disposition impérative. Cette condition identique figure à l'article 1844-10 du Code civil.

52. **Notion incertaine.** Cette notion de « disposition impérative » demeure incertaine et n'est définie par aucun de ces deux textes. Elle revêt en réalité dans le monde juridique plusieurs sens différents. En effet, le terme « impératif » peut renvoyer à une exigence positive d'accomplir un acte ou un fait juridique. La loi impérative est alors celle qui s'oppose à la loi permissive⁷². À contrario, « un texte à priori permissif n'est pas forcément dépourvu de toute impérativité »⁷³ puisque des règles impératives peuvent se nicher derrière une règle permissive. Ainsi, la libre appréciation du juge jouera une place centrale.

53. En conséquence, les conventions des prestations de services pourront être annulées lorsqu'elles portent atteintes à une disposition impérative. Tout l'enjeu est donc de savoir, selon le type de société concernée, si la règle violée est une disposition impérative ou non. La nullité fondée sur la violation d'une disposition impérative questionne également la violation d'une stipulation statutaire : est-ce que la violation des statuts est une disposition impérative justifiant la nullité de l'acte ?

b. La nullité fondée sur la violation statutaire

54. **Principe.** Une autre difficulté qui se manifeste est celle du non-respect de stipulations contenues dans les statuts. À première vue, la solution paraît vite réglée : les statuts n'étant pas des dispositions légales, leur violation ne devrait pas permettre la nullité de l'acte ou de la délibération. Avec certitude, la Chambre commerciale⁷⁴ considère que la violation des statuts ne constitue pas en elle-même une cause de nullité des actes et des délibérations sociales. Une telle violation constitue certes, un acte illicite au regard du principe de force obligatoire de l'article 1103 du Code civil, mais cela n'implique pas la nullité de l'acte.

55. **Réserve.** Toutefois, elle y rajoute une réserve puisque la nullité peut être prononcée « lorsqu'il a été fait usage de la faculté, ouverte par une disposition impérative, d'aménager conventionnellement la règle posée par celle-ci »⁷⁵. À ce titre, la Cour de cassation dans son rapport pour l'année 2010 a précisé ce qu'il fallait entendre par disposition impérative aménageable : « cette situation se rencontre notamment toutes les fois que la loi, tout en subordonnant une décision sociale à certaines conditions de majorité, autorise cependant les statuts à stipuler d'autres conditions et ainsi, sans décider du caractère impératif de la règle, à en aménager le contenu. Elle ne devrait pas s'étendre, en revanche, aux cas où la loi, en restant

⁷² Selon Nadège JULLIAN et Sandrine TISSEYRE (*Répertoire des sociétés*, Dalloz, octobre 2021 (actualisation : avril 2022), rubrique « nullité », chapitre 2, section 1, §1, A.)

⁷³ GUÉGAN Elsa, La nullité des décisions sociales, *Dalloz*, 26/02/2020

⁷⁴ Cass. Com., 18 mai 2010 : Légifrance, pourvoi n°0914-855 (*arrêt Larzul*)

⁷⁵ Cass. Com., 18 mai 2010, préc.

silencieuse ou même en abandonnant expressément aux statuts le soin de régir une question, s'abstient de poser elle-même une quelconque règle »⁷⁶.

56. Dès lors, la violation des statuts par les conventions des prestations de services entrainera leur nullité uniquement si les statuts ont aménagé une disposition impérative. Toutefois, la nullité fondée sur le droit commun reste envisageable.

c. La nullité fondée sur le droit commun

57. **Principes généraux du droit.** La fraude, définie comme « toute espèce de turpitude »⁷⁷, corrompt tout, et il en va de même en droit des sociétés s'agissant des actes et délibérations sociales. Il peut s'agir notamment d'une fraude à la loi comme une fraude paulienne.

58. **Droit des contrats.** Bien évidemment, un acte sociétaire peut s'avérer être nul pour illicéité de l'objet⁷⁸, illicéité du but ou pour vice du consentement⁷⁹. Le cas échéant, le droit commun des contrats s'appliquera.

59. Ceci étant dit, il convient désormais de voir l'application de ces principes aux conventions de prestations de services.

2. L'application pratique des principes aux conventions

60. **Application jurisprudentielle.** Jusqu'à présent la Cour de cassation a raisonné uniquement avec les dispositifs du droit commun des obligations pour annuler les conventions litigieuses⁸⁰.

61. **Doctrine.** Un auteur⁸¹ s'est demandé s'il n'était pas plus pertinent de s'appuyer sur l'article L235-1 du Code de commerce sanctionnant de nullité les actes pris en violation des dispositions impératives, en faisant observer que le fameux arrêt Motte de 1946 avait été rendu en considération des seules règles spéciales du droit des sociétés, sans puiser dans le droit commun des obligations. L'enjeu du débat pour l'application du droit des contrats ou du droit des sociétés n'est pas moindre car il en découle la durée de la prescription applicable. Le délai de prescription est quinquennal en droit commun, tandis qu'il est triennal en droit des sociétés⁸².

⁷⁶ Rapport annuel 2010 de la Cour de cassation, *Le droit de savoir*, La Documentation française, page 381, Quatrième partie : jurisprudence de la cour

⁷⁷ F. TERRÉ, Introduction générale au droit, 9^e éd., 2012, coll. Précis, Dalloz, n° 499, p. 424

⁷⁸ Cass. Com., 27 mai 2015 : Légifrance, pourvoi n°14-17.035: la nullité d'une société constituée pour l'exercice d'une activité contraire aux prescriptions du code de la santé publique relatives à la fabrication et à la mise sur le marché de produits pharmaceutiques

⁷⁹ Par application de l'article 1128 du Code civil

⁸⁰ V. Supra section 1 : dans tous les arrêts cités dans cette section la Chambre commerciale s'appuie sur le droit contractuel pour annuler les contrats de prestations de services

⁸¹ REYGROBELLET Arnaud. « les conventions de management fees : où on est-on ? », préc.

⁸² Art. L235-9 C. Com.

Selon lui, le raisonnement est construit par référence à la logique sociétaire, il lui semblait donc logique d'opter pour la prescription abrégée du Code de commerce.

62. Par ailleurs, qu'importe que le droit commun ou le droit spécial s'applique, une autre question peut être sollicitée : est-ce que la nullité de la convention entraîne restitution des sommes versées ?

B. La restitution des sommes

63. **Restitution en valeur.** Les règles de droit commun en matière de restitution devraient s'appliquer. Avant la réforme des obligations, le Code civil ne comportait aucune disposition propre aux restitutions après l'anéantissement du contrat. Désormais, l'article 1352-8 du Code civil prévoit que « la restitution d'une prestation de service a lieu en valeur. Celle-ci est appréciée à la date à laquelle elle a été fournie ». Ainsi, la société bénéficiaire des prestations devra restituer en valeur, et non en nature, les services dont elle a bénéficié. Par conséquent, il s'avère fort probable que selon l'évaluation faite par le juge la société bénéficiaire des prestations ne puisse finalement pas obtenir restitution des sommes versées.

64. Reste à savoir, en dernier lieu, quelle est la nature de la nullité ?

C. La nature de la nullité

65. **Principe.** La distinction des nullités relatives et absolues est déterminée par le but de la règle de droit méconnue lors de sa formation. Lorsqu'elle pour but la protection de l'intérêt privé, autrement dit de l'un des contractants, la nullité est relative. Au contraire, lorsqu'elle poursuit la protection de l'intérêt général, la nullité est absolue⁸³.

66. **Nullité relative.** Si le débat est placé sur le droit commun des contrats en se fondant sur l'absence de contrepartie la nullité relative se trouverait applicable. Ainsi, seule la société protégée pourrait indiquer la nullité, ce qui réduirait considérablement la possibilité d'une telle action en nullité. Certain auteur l'avait d'ailleurs affirmé : la sanction en l'absence de cause est la nullité relative au motif pris qu'en « l'absence de cause s'attache ainsi une injustice, mais dont l'une seule des parties est victime »⁸⁴.

67. **Nullité absolue.** Toutefois, Monsieur Reygrobellet rajoute que le contrat de management examiné contreviendrait à la structuration impérative de la société, et plus particulièrement aux prérogatives intangibles des organes sociaux. De ce fait, la nullité ne pourrait n'être qu'être absolue puisqu'en préservant l'intégralité de la construction institutionnelle désirée par le législateur c'est bien la sécurité des relations juridiques et donc l'intérêt général qui est protégé.

⁸³ Art. 1179 C. Civ.

⁸⁴ REYGROBELLET Arnaud. « la fin des conventions de management ? », préc.

68. Ainsi la nullité, sur le terrain civil, est encourue mais doit être atténuée puisqu'elle n'est, à priori, que relative donc seule la société pourra l'invoquer. Cependant, les risques fiscaux en cas de contrôle sont plus abondants.

Section 2. Les risques fiscaux

69. Les conséquences fiscales encourues en cas de contrôle se rencontrent à trois niveaux : d'une part sur l'impôt sur les sociétés par la non-déductibilité des charges (§I), d'autre part sur la non-déductibilité de la taxe sur la valeur ajoutée (§II). In fine des conséquences peuvent surgir lorsque la société mère dispose de la qualité de holding animatrice (§III).

§ I. Les conséquences concernant l'impôt sur les sociétés

70. En principe les dépenses engagées dans le cadre des activités de l'entreprise sont déductibles, sauf en cas d'acte anormal de gestion. Ce qui peut s'avérer applicable aux conventions de prestations de services.

A. Le principe en fiscalité

71. Le principe qui demeure en fiscalité est la déductibilité des charges du bénéfice imposable. Toutefois, certaines charges qui ont été déduites indûment peuvent être rectifiées par l'administration fiscale sur la base de l'acte anormal de gestion.

1. La déductibilité des charges du bénéfice imposable

72. **Bénéfice imposable.** Le bénéfice imposable dans la catégorie des BIC est un bénéfice net, égal à la différence entre les produits perçus par l'entreprise et les charges supportées par elle⁸⁵. Il est déterminé à partir du résultat comptable de l'entreprise, mais pour l'assiette de l'impôt, il faudra y apporter des rectifications extra-comptables en réintégrant⁸⁶ ou déduisant certaines sommes⁸⁷.

73. **Bénéfice net.** Selon le Code général des impôts, le bénéfice net d'une société est déterminé d'après les résultats d'ensemble des opérations de toute nature effectuées par les entreprises y compris notamment les cessions d'élément quelconques de l'actif⁸⁸. Le bénéfice net est donc déterminé en faisant la masse de l'ensemble des produits et des charges qui trouvent leur origine dans des opérations de toute nature effectuées par l'entreprise. Les opérations de toute nature comprennent l'ensemble des opérations effectuées par l'entreprise. Ainsi, les prestations de services sont déductibles par principe du résultat fiscal.

⁸⁵ Mémento pratique fiscal, 2019, éditions Francis Lefebvre, page 149, §7250

⁸⁶ Les réintégrations sont des corrections positives qui ont pour objet d'ajouter au résultat comptable des charges comptabilisées alors qu'elles ne sont pas déductibles fiscalement. Tel est le cas de l'amortissement des véhicules de tourisme ou de l'impôt sur les bénéfices.

⁸⁷ Les déductions sont des corrections négatives qui consistent à retrancher du résultat comptable des éléments non imposables, déjà imposés ou soumis à un régime spécial. Tel est le cas des produits des filiales.

⁸⁸ Art. 38, 1, CGI

74. **Principes de la déductibilité des charges.** Aux termes du 1 de l'article 39 du Code général des impôts dont les dispositions sont applicables à l'impôt sur les sociétés en vertu du I de l'article 209 de ce même code : « Le bénéfice net est établi sous déduction de toutes charges, celles-ci comprenant, sous réserve des dispositions du 5, notamment : 1° Les frais généraux de toute nature (...). Toutefois les rémunérations ne sont admises en déduction des résultats que dans la mesure où elles correspondent à un travail effectif et ne sont pas excessives eu égard à l'importance du service rendu. Cette disposition s'applique à toutes les rémunérations directes ou indirectes, y compris les indemnités, allocations, avantages en nature et remboursements de frais ».

75. **Conditions de déductibilité.** Pour être admis en déduction des bénéfices imposables, les frais généraux doivent, remplir les trois conditions suivantes⁸⁹ :

- se traduire par une diminution de l'actif net de l'entreprise ;
- être exposés dans l'intérêt de l'exploitation, c'est-à-dire se rattacher à une gestion normale ;
- être régulièrement comptabilisés en tant que tels et être appuyés de pièces justificatives suffisantes.

76. Toutefois, lorsque ces conditions de déductibilité des charges de prestations de services ne sont pas remplies l'administration fiscale peut opérer une rectification et venir sanctionner les contribuables en se fondant sur l'acte anormal de gestion.

2. *L'acte anormal de gestion*

77. **Principe de non-immixtion de l'administration fiscale.** Il ressort un principe de non-immixtion de l'administration fiscale dans la gestion de la société. En effet, l'administration fiscale « n'a pas à se prononcer sur l'opportunité des choix arrêtés par une entreprise pour sa gestion »⁹⁰. Elle n'exerce pas la fonction d'un auditeur ou d'un contrôleur de gestion et n'a pas à porter de jugement sur la gestion financière ou commerciale d'une entreprise. En principe le dirigeant est donc juge de l'opportunité de sa gestion et n'est jamais obligé de tirer le profit le plus élevé possible.

78. **Théorie jurisprudentielle de l'acte anormal de gestion.** Toutefois, une théorie jurisprudentielle s'est généralisée au fil des années qui est l'acte anormal de gestion. Le Conseil d'État réuni en Assemblée plénière a considéré qu'en « vertu de l'article 38 du Code général des impôts, le bénéfice imposable (...) est celui qui provient des opérations de toute nature faites par l'entreprise à l'exception de celles, qui en raison de leur objet ou de leurs modalités, sont étrangères à une gestion commerciale normale ». Ainsi, « constitue un acte anormal de gestion l'acte par lequel une entreprise décide de s'appauvrir à des fins étrangères à son intérêt »⁹¹. Une opération est donc considérée comme normale seulement si l'entreprise a agi dans l'intérêt de son exploitation. Elle devient anormale dès lors qu'elle n'est pas assortie d'une

⁸⁹ Mémento pratique fiscal, 2019, éditions Francis Lefebvre, page 178, §8150

⁹⁰ CE 9^{ème} et 10^{ème} sous-section, 23 janv. 2015 : Légifrance, pourvoi n°369215, *SAS Rottapharm*

⁹¹ CE Plénière, 21 décembre 2018 : Légifrance, pourvoi n°402006, *société Crœe Suisse*

contrepartie suffisante pour l'exploitation et vient diminuer indûment le résultat fiscal, ce qui se traduit par un manque à gagner fiscal. À titre d'exemple, l'acte anormal de gestion peut être retenu lorsque des loyers facturés sont anormalement élevés entre société en étroite communauté d'intérêts, ou encore lorsqu'une société renonce sans contrepartie et sans justification à un profit qu'elle aurait pu réaliser se traduisant par un manque à gagner. En outre, notons que l'acte anormal de gestion est mis en place au niveau national, tandis que si les facturations de prestations ont lieu entre deux sociétés liées au niveau international ce sera le transfert indirect de bénéfice à l'étranger qui sera applicable⁹². Sans approfondir cette notion, car cette étude porte uniquement sur les risques de la facturation de prestations de services au niveau interne, la jurisprudence considère que le prix de référence pour justifier une contrepartie suffisante est le prix du marché ⁹³, tandis que l'OCDE⁹⁴ applique le principe de pleine concurrence qui est le prix qui aurait été pratiqué à une entité indépendante. En conséquence, si les prestations des services facturées sont surévaluées ou sous-évaluées en comparaison avec le prix du marché ou le prix de pleine concurrence cela accrédiitera l'application de l'acte anormal de gestion par l'administration fiscale.

79. **Charge de la preuve.** Il appartient à l'administration fiscale de prouver le caractère anormal d'un acte ou d'une opération, en démontrant que celui-ci n'a pas de contrepartie suffisante pour l'exploitation⁹⁵. L'administration fiscale doit établir la réunion de deux éléments⁹⁶. Le premier est un élément objectif car elle doit démontrer que l'entreprise s'est appauvrie. Le second est un élément intentionnel car elle doit prouver que l'entreprise avait conscience d'agir contre son propre intérêt. Cependant, lorsque l'acte ne comporte aucune contrepartie directe il est présumé anormal et ce sera au contribuable que reviendra la charge de la preuve. Tel pourra être le cas lorsque les prestations de services facturées viennent appauvrir la bénéficiaire des prestations au détriment de la société prestataire sans justification et contre son intérêt social. Cette possibilité sera accentuée lorsque la convention fera double emploi avec les fonctions déjà exercées au sein de la société par un dirigeant.

80. **Sanctions.** Les conséquences fiscales d'un acte anormal de gestion peuvent être redoutables. L'administration procède à une double rectification : à la fois chez l'auteur de l'acte et chez son bénéficiaire. Le résultat imposable de l'auteur de l'acte est réhaussé du montant des charges déduites ou du montant du manque à gagner injustifié. L'administration va réintégrer et taxer les charges anormalement déduites et les profits auxquels l'entreprise a renoncé de manière anormale. Le rehaussement d'impôt est majoré de l'intérêt de retard⁹⁷ et, le plus souvent s'ajoute une pénalité pour manquement délibéré⁹⁸. Le bénéficiaire de l'acte est, quant à lui, imposé sur le montant dont il a été gratifié. De surcroît, si l'auteur de l'acte est une

⁹² En application de l'article 57 du CGI conforme à l'article 9 du Modèle de la convention fiscale de l'OCDE

⁹³ CE 7^{ème} et 9^{ème} sous-section, 27 février 1991 : Légifrance, pourvoi n°48780, *SARL d'édition des d'artistes peignant de la bouche et du pied*.

⁹⁴ Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)

⁹⁵ CE section, 27 juillet 1984 : Légifrance, pourvoi n°34588, *SA Renfort service*

⁹⁶ CE Plénière, 21 décembre 2018, préc.

⁹⁷ Art. 1727, CGI

⁹⁸ Les contribuables coupables de manquement délibéré encourent une majoration de 40% (art. 1729, a, CGI)

société soumise à l'impôt sur les sociétés, le bénéficiaire est réputé avoir perçu un bénéfice distribué taxable selon le régime des distributions irrégulières.

81. Ces sanctions ont déjà été appliquées aux conventions de prestations de services.

B. L'application pratique aux conventions de prestations de services

82. Les facturations de prestations de services seront qualifiées d'acte anormal de gestion justifiant la non-déductibilité des sommes dès lors que l'absence de contrepartie de la convention est avérée, mais également lorsque le montant facturé est disproportionné.

1. L'absence de contrepartie

83. **Jurisprudence Gamlor.** Depuis un arrêt Gamlor⁹⁹, l'administration fiscale est fondée à refuser la déductibilité des prestations de services versées à un dirigeant au motif que cette rémunération fait « double emploi » avec le mandat social. En effet, la société GAM, prestataire, n'avait fourni, selon la Cour, « aucune prestation de services distincte des activités que M.X a déployées dans le cadre normal de ses fonctions de président-directeur-général de la société GAMLOR ». Ainsi « les versements susvisés (...) ne peuvent être regardés comme relevant d'une gestion normale de l'entreprise ».

84. **Application du raisonnement civil.** L'acte anormal de gestion est ainsi retenu pour absence de contrepartie. Selon la doctrine¹⁰⁰, cette solution consiste à déduire l'acte anormal de gestion de la nullité civile d'une convention de management. Le raisonnement fiscal peut ainsi être justifié par comparaison au raisonnement civil. En ce sens Monsieur Gutmann¹⁰¹ souligne que : « certains ont pu trouver un repère intéressant dans la théorie civiliste en estimant qu'un acte partiellement ou totalement privé de cause devrait être réputé anormal ». Ainsi, tous les raisonnements analysés lors de notre première section se trouvent applicables en matière de fiscalité. Par exemple, lorsque le dirigeant de la société bénéficiaire est un tiers par rapport à la société prestataire, la déductibilité des sommes est admise. Tout comme la présence d'une SAS vient faciliter la déductibilité des sommes. Même constat lorsque les prestations exercées sont techniques et distinctes du mandat social l'absence de contrepartie ne peut être caractérisée¹⁰².

85. **Absence de rémunération.** Par ailleurs, un arrêt¹⁰³ rendu récemment est venu rappeler que l'absence de rémunération du dirigeant de la filiale n'exclut pas l'anormalité des prestations. Dès l'instant que les prestations font double emploi avec les fonctions du dirigeant,

⁹⁹ CAA Nancy, 2^e ch., 9 oct. 2003, n° 98NC02182, *SA Gamlor*

¹⁰⁰ BOMMIER Loup, « Les conventions de management conclues avec un dirigeant social constituent-elles nécessairement un acte anormal de gestion ? - Observations sur un droit de superposition », *revue de droit fiscal*, n°15-16, 15 avril 2021, p. 212

¹⁰¹ D. Gutmann, *Droit fiscal des affaires*, LGDJ, 11e éd., n° 635, p. 405, cité dans : BOMMIER Loup, « Les conventions de management conclues avec un dirigeant social constituent-elles nécessairement un acte anormal de gestion ? - Observations sur un droit de superposition », préc.

¹⁰² CAA Marseille, 3^e ch., 28 mai 2003, n° 99MA00533, Sté CTSO : RJF 6/2004, n° 580 ; CAA Bordeaux, 8 déc. 2005 : Légifrance, pourvoi n° 02BX01646

¹⁰³ CAA Paris, 2^e ch., 6 nov. 2019, n° 18PA02628, Sté Self Media

les redevances versées sont dénuées de toute contrepartie. À noter que la rémunération du dirigeant résulte d'« une faculté juridique d'option » offerte à la société¹⁰⁴ constituant une décision de gestion¹⁰⁵.

86. **Prestations injustifiées.** De surcroît, comme conseillé précédemment¹⁰⁶, il faudra pouvoir justifier des prestations. À titre d'exemple « la seule production de tableaux qui recensent les prestations réalisées pour chacune des trois années (...) en les distinguant selon qu'il s'agisse de missions administratives, financières, commerciales, techniques ou d'autres missions, et le nombre de jour par mois correspondant, mais qui ne sont accompagnés d'aucune des factures émises par la société ni de toute pièce justificative suffisamment précise sur la nature des prestations effectivement réalisée »¹⁰⁷ ne saurait suffire. Ou encore lorsque la société « se borne à verser aux débats divers échanges de courriers électroniques, certains comptes rendus d'assemblées générales et des captures d'écrans sur internet faisant apparaître des listes de fichiers », constituant des éléments jugés « vagues et imprécis » et que « l'administration relève à juste titre que certaines compétences pouvaient être exercées par le personnel propre de la requérante » remet en cause la déductibilité des prestations¹⁰⁸.

87. Bien qu'il soit possible de retenir l'acte anormal de gestion en cas d'absence de contrepartie, le paiement des prestations de services peut également être considéré comme anormal si le montant facturé est disproportionné eu égard à la prestation rendue.

2. *Un montant facturé disproportionné*

88. **Proportionnalité.** Le montant versé au titre de la convention doit être strictement proportionné à la prestation rendue, de sorte qu'il ne faut pas que l'une des deux sociétés s'enrichisse au détriment de l'autre par le bais notamment d'une marge commerciale. Le contribuable doit donc être en mesure de justifier que le prix facturé ne revêt pas un caractère excessif.

89. **Comparaisons.** L'administration fiscale peut remettre en cause le montant des factures en faisant une comparaison interne notamment en s'appuyant sur le prix de prestations comparables à ce que l'entreprise achète à d'autres prestataires¹⁰⁹. Elle peut également faire une comparaison externe en comparant les prix pratiqués par des entreprises analogues. Ce qui revient à l'application du principe du prix du marché ou du prix de pleine concurrence évoqué

¹⁰⁴ CE, 8ème et 3ème ss-sect., 25 mars 2013 : Légifrance, pourvoi n° 355035, *Sté Merlett France*

¹⁰⁵ Comme l'avait d'ailleurs déjà rappelé la CAA dans l'arrêt SA Gamlor

¹⁰⁶ V. Supra. Chapitre 1, section, §I et §II

¹⁰⁷ CAA Paris, 2^e ch., 6 nov. 2019, préc.

¹⁰⁸ CAA Paris, 10 oct. 2018 : Légifrance, pourvoi n° 17PA02373

¹⁰⁹ En l'espèce, la société de produits pharmaceutiques et d'hygiène a bénéficié de la part de sa société mère, puis de sa société sœur, de prestations d'assistance administrative, juridique, comptable, financière et commerciale, rémunérées forfaitairement à hauteur de 4 % de son chiffre d'affaires, ce qui équivalait à un versement sur trois années de plus de 27 000 000 francs. L'administration fiscale a estimé que cette rémunération était excessive (CE, 9ème et 10ème ss-sect., 3 déc. 2010 : Légifrance, pourvoi n° 310946, min. c/ Sté de produits pharmaceutiques et d'hygiène)

plus haut¹¹⁰. Par exemple, le montant facturé pour des prestations d'assistance accomplies par une société mère au profit de sa filiale en comparaison à la fois des tarifs habituellement pratiqués en la matière et du temps consacré à l'accomplissement de ces prestations a été jugé comme excessif¹¹¹. À contrario, l'administration fiscale a considéré que le paiement de prestations d'assistance financière d'une fille à sa mère à un prix légèrement supérieur à celui des prestations antérieurement facturées à la filiale par des sociétés sœurs, dans le cadre d'une autre organisation du groupe, ne constituait pas un prix excessif¹¹².

90. Après avoir évoqué les conséquences en matière d'impôt sur les sociétés par la non-déductibilité des sommes, des conséquences non négligeables concernant la taxe sur la valeur ajoutée apparaissent de surcroît.

§ II. Les conséquences concernant la taxe sur la valeur ajoutée

91. **Notion.** La taxe sur la valeur ajoutée (TVA) est perçue à chaque étape du processus de production et de distribution des biens et des services, mais sous déduction de la taxe acquittée. Le prestataire va donc facturer la TVA à son client (TVA collectée), il va ensuite déduire la TVA qu'il a payé à ses fournisseurs et prestataires (TVA déductible), puis va verser la différence à l'État. La déductibilité de la TVA est prévue expressément à l'article 271 I, 1 du Code général des impôts qui prévoit que : « La taxe sur la valeur ajoutée qui a grevé les éléments du prix d'une opération imposable est déductible de la taxe sur la valeur ajoutée applicable à cette opération ».

92. **Exigence d'une contrepartie.** D'après l'article 256 I du Code général des impôts sont soumises à TVA les livraisons de biens et les prestations de services effectuées à titre onéreux par un assujetti agissant en tant que tel. Les termes « à titre onéreux par un assujetti agissant en tant que tel » supposent de caractériser l'existence d'une contrepartie. En effet, comme le rappelle le Précis de fiscalité des entreprises¹¹³, selon l'article 1107 du Code civil, « le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure ». De cette façon l'opération à titre onéreux est celle qui comporte une contrepartie pour l'opérateur. Ainsi, si la contrepartie est illusoire ou dérisoire la qualification de contrat à titre onéreux doit être écartée au profit de celle d'acte à titre gratuit¹¹⁴, ce qui a pour conséquence d'exclure l'opération du champ de la TVA¹¹⁵.

93. **Non-déduction de la TVA.** Ainsi, les sommes versées, au titre d'une convention de

¹¹⁰ V. Supra chapitre 1 section 2, §1, A, 2

¹¹¹ CE, 3^{ème} et 8^{ème} ss-sect., 16 mai 2008 : Légifrance, pourvoi n° 288101

¹¹² CAA Nantes, 1^{ère} ch., 7 juill. 2016 : Légifrance, pourvoi n° 14NT01996, *SAS Rocal*

¹¹³ COZIAN Maurice, DEBOISSY Florence, CHADEFaux Martial. « Précis de fiscalité des entreprises, Lexisnexis, 2021/2022, 45^{ème} édition, p. 605

¹¹⁴ Par application de l'art. 1169 C. Civ.

¹¹⁵ COZIAN Maurice, DEBOISSY Florence, CHADEFaux Martial. « Précis de fiscalité des entreprises, Lexisnexis, 2021/2022, 45^{ème} édition, p. 683, citant l'arrêt de la CAA Lyon, 28 avril 2016

prestations de services, «ne peuvent faire l'objet d'une déduction de la TVA dès lors qu'elles ne correspondent à aucune prestation de services fournie »¹¹⁶.

94. Par ailleurs, est-ce que la non-déductibilité des charges et de la TVA entraîne une remise en cause de la qualité d'animatrice de la holding ?

§ III. Les conséquences concernant la qualité d'animatrice de la holding

95. **Critères de l'animation.** Dans la plupart des groupes la holding a la qualité d'animatrice. En l'absence de définition légale, les juges fondent leur examen sur un faisceau d'indices pour déterminer si la holding est réellement animatrice¹¹⁷. A cet égard, le Conseil d'État a précisé que doit être considérée comme animatrice une société holding qui a pour activité principale, outre la gestion d'un portefeuille de participations, la participation active à la conduite de la politique du groupe et au contrôle de ses filiales, et rend, le cas échéant, à titre purement interne, des services spécifiques, administratifs, juridiques, comptables, financiers et immobiliers¹¹⁸. Toutefois, le simple fait que le dirigeant d'une société holding ait également une fonction de direction dans l'une de ses filiales ne suffit pas à établir que cette société anime effectivement son groupe et participe activement à la conduite de sa politique et au contrôle des filiales¹¹⁹. Par ailleurs, en application des arrêts Mécasonic et Samo gestion, la holding n'anime pas dès lors que les conventions de prestations de services conclues entre la holding et sa filiale font double emploi avec les fonctions sociales.

96. **Preuve.** La preuve de l'animation peut être rapportée par la production d'une convention d'animation conclue entre la société holding et ses filiales. Néanmoins, la seule existence de cette convention d'animation ne saurait suffire à prouver le caractère effectif de l'animation¹²⁰. Il faudra encore apporter des preuves suffisantes justifiant la réalité de l'activité d'animation du groupe. Tel est le cas lorsqu'il est apporté au débat, outre l'existence d'une convention, des factures suffisamment détaillées ainsi que la comptabilisation de produits et de charges correspondants¹²¹. Il est par ailleurs conseillé de conférer date certaine à une telle convention en procédant à son enregistrement bien qu'aucune disposition légale ne l'impose. Cet enregistrement donnera date certaine à la convention et permettra de prouver qu'elle a été conclue avant un éventuel contrôle fiscal.

97. **Remise en cause considérable.** La remise en cause du caractère animateur est donc de

¹¹⁶ CAA Nancy, 2^{ème} ch., 9 oct. 2003, Gamlor, préc.

¹¹⁷ LADOUX Laurence. « Holding animatrice : comment éviter la requalification en holding pure », *Les Nouvelles Fiscales*, n°1291, 1^{er} juillet 2021

¹¹⁸ CE 13 juin 2018, : Légifrance, pourvois n°395495, 399121, 3999122 et 399124 ; confirmé par le BOFIP : BOI-PAT-IFI-30-10-40, n°130

¹¹⁹ Cass. Com., 21 juin 2011 : Légifrance, pourvoi, n°10-19.770 ; Cass. Com., 10 déc. 2013 : Légifrance, pourvoi n°12-23.20

¹²⁰ CA Lyon, 24 nov. 2020 : Légifrance, pourvoi n°19-03.679 : le juge a relevé que le terme « orientations stratégiques » sans aucune précision est un terme trop général ne pouvant justifier le caractère animateur

¹²¹ Cass. Com., 8 févr. 2005 : Légifrance, pourvoi n°03-13.767

taille car cela remettrait en cause, pour le dirigeant, les avantages fiscaux attachés, notamment en matière d'impôt sur le revenu, d'impôt sur la fortune immobilière, ou encore de droits de mutation à titre gratuit.

98. **Difficilement envisageable.** Toutefois, comme évoqué plus haut¹²², la simple facturation de prestations de services par la holding à ses filiales n'est pas un critère suffisant pour qualifier la holding d'animatrice il constitue seulement un critère accessoire. Le critère principal étant de participer activement à la conduite de la politique de groupe et au contrôle des filiales. Il est donc difficilement envisageable, comme le souligne la doctrine¹²³, qu'une société holding puisse se voir retirer la qualification d'animatrice au seul motif que les prestations rendues à ses filiales font double emploi avec les mandats sociaux.

99. Les enjeux fiscaux sont donc conséquents, mais peut s'ajouter le risque pénal de l'abus des biens, du crédit, du pouvoir ou des voix.

Section 3. Le risque pénal de l'abus des biens, du crédit, du pouvoir ou des voix

100. Lorsque les prestations de services ont été facturées indûment se pose la question de savoir si le dirigeant n'a pas commis un abus pouvant être sanctionné pénalement. En effet, le dirigeant a pu facturer des prestations de services uniquement pour faire remonter de l'argent dans sa société holding et servir son intérêt personnel. Seront poursuivis pénalement les dirigeants qui, de mauvaise foi, auront fait des biens ou du crédit de la société, des pouvoirs, qu'ils possédaient ou des voix dont ils disposaient, un usage qu'ils savaient contraire aux intérêts de la société à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement¹²⁴. Cette infraction est la plus fréquemment poursuivie en droit des sociétés et c'est celle qui est la plus médiatisée¹²⁵.

101. Pour la caractériser il faudra réunir l'élément matériel (§I) et moral (§II) impliquant une répression pénale.

§ I. L'élément matériel de l'infraction

102. L'élément matériel suppose un acte d'usage qui soit contraire à l'intérêt social.

A. Un acte d'usage

103. **Terme large.** Le terme usage est très large car il englobe les actes de dispositions

¹²² V. Supra. Chapitre 1, section 2, § III., n°95

¹²³ MAATA-DEVAUX Lila. « Management fees, la maîtrise du risque », *la revue fiscale du patrimoine* n°2, mars 2020, p.1 à 4, note sous CAA Paris, 6 nov. 2019, n° 18PA02628 : JurisData n° 2019-022761

¹²⁴ Aux termes de l'art. L.242-6, 3° et 4°CP

¹²⁵ Notons toutefois que l'abus de bien social ne s'applique qu'aux sociétés de capitaux, les sociétés de personnes et les associations ne sont donc pas visées mais la poursuite est tout de même possible sur le terrain de l'abus de confiance

comme les actes d'administrations. L'abus peut concerner un abus des biens sociaux, un abus de crédit, un abus de pouvoir ou encore un abus de voix.

104. **Abus de crédit.** En l'occurrence, l'abus de crédit pourra être facilement démontré en cas de marge excessive ou en cas de facturations irréelles des prestations.

105. **Abus de pouvoir.** L'acte d'usage peut concerner quant à lui les pouvoirs sociaux. Les pouvoirs sociaux sont les prérogatives de gestion, d'administration ou de direction reconnues aux dirigeants dont il est possible d'user abusivement par action ou omission¹²⁶. Le dirigeant représente la société à l'égard des tiers, il dispose donc de la signature sociale et pourra alors conclure une convention de prestations de services avec une société dont il est lié directement ou indirectement. Or, la conclusion d'une telle convention peut s'avérer être contraire à l'intérêt de la société et constituer un abus de pouvoir. Par ailleurs, un dirigeant peut, par omission, ne pas réclamer le paiement des prestations de services dues à la société bénéficiaire ce qui justifie l'application du délit¹²⁷.

106. **Abus de voix.** L'abus de voix peut être également retenu lorsque des procurations sont données à un dirigeant par un actionnaire ne pouvant se rendre à une assemblée générale. Toutefois, il arrive que le dirigeant utilise ses voix pour voter contre l'intérêt de la société et dans son intérêt personnel. Tel pourra être le cas lorsqu'il approuve des conventions de prestations de services manifestement disproportionnées dans l'unique dessin de favoriser son intérêt personnel.

107. Le simple usage ne suffit pas encore faut-il qu'il lèse l'intérêt de la société.

B. Un usage contraire à l'intérêt social

108. L'acte peut s'avérer contraire à l'intérêt de la société lorsqu'il porte atteinte à son patrimoine sans contrepartie. Cependant, le respect de certaines conditions en présence d'un groupe peut constituer un fait justificatif.

1. *L'appauvrissement*

109. **Atteinte du patrimoine sans contrepartie.** L'acte peut s'avérer contraire à l'intérêt de la société lorsqu'il porte atteinte à son patrimoine sans contrepartie. L'appauvrissement ou le simple risque d'appauvrissement de la société suffit à caractériser l'acte contraire à l'intérêt social. La loi n'emploie pas le terme de préjudice donc l'acte contraire n'implique pas spécialement que la société ait subi un préjudice. Tel sera le cas si les prestations de services sont facturées sans contrepartie venant appauvrir une société contre son intérêt social ou encore lorsqu'elles sont assorties d'une marge trop importante.

¹²⁶ COZIAN Maurice, VIANDIER Alain, DEBOISSY Florence. *Droit des sociétés*, LexisNexis, 34^{ème} édition

¹²⁷ Cass. Crim. 15 mars 1972, préc. : l'abstention délibérée de réclamer le paiement de livraisons à une société dans laquelle le dirigeant est intéressé est constitutive d'un abus de pouvoir

110. Toutefois, l'existence d'un groupe peut venir atténuer l'analyse.

2. *La prise en compte du groupe*

111. **Fait justificatif.** Le critère de contrariété à l'intérêt social suscite un contentieux important lorsque l'acte invoqué s'inscrit dans le cadre d'un groupe de sociétés. Est-ce que l'existence d'un groupe est un fait justificatif permettant d'échapper à la condamnation pour abus de bien social ? Les juges¹²⁸ ont répondu par l'affirmative en considérant que l'atteinte à l'intérêt social d'une société membre d'un groupe peut constituer un fait justificatif à condition que l'intérêt propre de cette société n'ait pas été sacrifié.

112. **Conditions.** Toutefois, il faudra démontrer un intérêt commun apprécié au regard d'une « politique élaborée pour l'ensemble du groupe », cette politique devant être « préalablement définie » et non simplement justifiée à posteriori. Autrement dit, le groupe doit avoir partagé des activités entre ses membres présentant des liens de complémentarité ou d'utilité justifiant l'existence du groupe. En outre, il faudra démontrer que l'intérêt du groupe n'a pas évincé l'intérêt particulier des sociétés membres du groupe.

113. Selon Monsieur Ohl, l'intérêt du groupe n'a donc aucune valeur justificative en lui-même mais il est « nécessaire à l'appréciation de l'intérêt d'une société participant au groupe ». Toutefois, « la notion d'intérêt du groupe devient inutile lorsqu'il est jugé que la contribution aux affaires du groupe, exigée de certaines sociétés, est lésionnaire¹²⁹ ».

114. Dès lors, la notion de groupe peut justifier qu'une société s'appauvrisse en payant des prestations de services lorsque ce paiement est assorti d'une contrepartie n'entraînant pas une mise en péril des entités concernées. Par exemple, lorsque la société prestataire assure la comptabilité, le suivi juridique, le service des ressources humaines, l'organisation de sa branche d'activité, la gestion de la paie ou tout autre service technique pour le compte de sa filiale. Mais la simple existence d'un groupe ne suffira pas, il faudra démontrer un réel intérêt commun apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble du groupe.

115. Supposons que ces conditions ne sont pas remplies le groupe ne pourra justifier la non-condamnation pénale lorsque l'élément moral est également caractérisé.

§ II. L'élément moral de l'infraction

116. **Conditions.** Le dol général (l'usage de mauvaise foi) se double d'un dol spécial (l'usage à des fins personnelles).

117. **L'usage de mauvaise foi.** Le dol général implique une conscience et une volonté de

¹²⁸ Cass. Crim., 4 février 1985, *Rozenblum*, préc.

¹²⁹ OHL Daniel. Recueil Dalloz Sirey 1986 page 478 à 483, note sous arrêt Rozenblum, Cass. Crim., 4 févr. 1985

commettre l'infraction telle qu'elle est définie par la loi. Ainsi, la simple imprudence, inattention, ou négligence n'est pas pénalement répréhensible. La mauvaise foi sera facilement établie puisque la Haute juridiction estime que l'élément intentionnel se limite à la connaissance que l'acte incriminé porte atteinte à l'intérêt de la société pénalisée. Elle considère que la loi n'exige pas l'intention de nuire et que la mauvaise foi n'a pas à être constatée en termes sacramentels¹³⁰. Par ailleurs, certains auteurs estiment que les dirigeants ont forcément conscience que l'acte est contraire à l'intérêt social ce qui crée « une véritable présomption de mauvaise foi que les dirigeants sociaux auront du mal à renverser »¹³¹.

118. **L'usage à des fins personnelles.** Le dol spécial implique un intérêt personnel : le dirigeant doit avoir un intérêt personnel dans l'acte qu'il a commis. Cet intérêt personnel peut être direct ou indirect puisque l'article L241-3 du Code de commerce précise : « pour favoriser une autre société ou une entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ». Ce critère sera aisé à prouver car dans un groupe il y a souvent une identité de dirigeant qui détiendra des participations indirectes ou directes dans la société litigieuse.

119. Dès lors que l'élément matériel et moral sont réunis il convient de voir la répression attachée à cette infraction pénale.

§ III. La répression

120. **Point de départ.** En matière de délits, l'action publique se prescrit par six années à compter du jour où l'infraction a été commise¹³². Par principe, « la prescription de l'action publique du chef d'abus de biens sociaux court, sauf dissimulation, à compter de la présentation des comptes annuels par lesquels les dépenses litigieuses sont mises indûment à la charge de la société »¹³³. Dès lors, le point de départ de ce délit commence au jour de la présentation des comptes annuels à l'assemblée générale.

121. **Sanctions.** Si l'infraction est caractérisée, la sanction encourue est de cinq années d'emprisonnement et une amende de 375 000 euros¹³⁴.

122. Le risque sur le terrain pénal n'est pas le dernier à aborder puisque l'éventualité d'un risque de redressement URSAFF demeure présent.

Section 4. L'éventualité d'un risque de redressement URSSAF

123. **Rappel des cotisations et contributions de sécurité sociale.** Le premier risque en cas de contrôle est un rappel des cotisations et contributions de sécurité sociale. C'est ce qu'a estimé

¹³⁰ Cass. Crim., 3 févr. 1970, Bull. civ. IV, n° 47

¹³¹ M. Véron, Droit pénal des affaires, Masson, p. 176, cité dans : BERTREL Jean-Pierre. « Les pactes entre la holding de reprise et la « cible » dans un LBO », *Droit et Patrimoine*, Numéro 186, 1^{er} novembre 2009

¹³² Art. 8 CPP

¹³³ Cass. Crim., 20 fév. 1997 : Légifrance, pourvoi n°96-81.613

¹³⁴ Art L242-6 C. Com.

la Chambre sociale dans un arrêt rendu en 2017¹³⁵. En l'espèce, la SAS Eco-carbone a conclu avec l'EURL Eco-Carbone un contrat d'assistance dont l'objet était de mettre à disposition de la SAS une personne pour en exercer la présidence. Cette mission a été remplie par Olivier Kreiss qui est gérant majoritaire et associé unique de l'EURL mais aussi PDG non rémunéré de la SAS. L'URSSAF a considéré que la convention sur le fondement du « défaut de cause » « faisait double emploi avec l'exercice des fonctions du dirigeant, s'agissant de la même personne, et revenait à rémunérer des prestations déjà accomplies par le président de la société » et que, la « description des missions confiées par la société Eco-Carbone à la SAS correspondait à l'exercice par le dirigeant de l'EURL de ces mêmes fonctions en tant que PDG de la SAS ». L'URSSAF indique que la convention conclue entre les sociétés « est un montage juridique qui vise à faire échapper des rémunérations des charges sociales obligatoires et relève ainsi du domaine, plus large, des actes constitutifs d'un abus de droit ». Par ailleurs, elle rappelle qu'un contrat de prestations des services par principe échappe à l'assiette des cotisations de sécurité sociale. Toutefois, elle doit répondre à différents critères :

« -elle doit avoir pour objet une tâche précise et ponctuelle qui nécessite un savoir-faire particulier que l'entreprise cliente n'est pas capable d'assurer par elle-même ;
-les moyens nécessaires à l'accomplissement de la prestation, qu'ils soient matériels ou humains doivent être fournis par le prestataire uniquement (...);
-le prestataire doit travailler en toute indépendance juridique vis-à-vis du maître d'ouvrage, ce qui n'exclut pas pour autant que des directives soient fournies ;
-enfin, la rémunération doit être globale et forfaitaire ».

Dès lors, les conditions n'étant pas remplies la convention est « dépourvue de cause ». La rémunération versée à la société au titre du contrat d'assistance correspond, en réalité, à la rémunération du mandat social de président de la SAS et doit donc être soumise à cotisations auprès du régime général de sécurité sociale.

124. Requalification des sommes en salaires. Le deuxième risque culminant est la requalification du contrat de prestations de services en contrat de travail. Puisqu'aux termes de l'article L242-1 du Code de la sécurité sociale toutes sommes versées aux travailleurs en contrepartie ou à l'occasion du travail, notamment les salaires ou gains, les indemnités, primes, gratifications et tous autres avantages en argent, les avantages en nature ainsi que les sommes perçues directement ou par l'entremise d'un tiers à titre de pourboire, doivent être soumises à cotisations. La Chambre Sociale avait estimé en 1996 que « sont considérées comme rémunérations toutes les sommes versées aux travailleurs en contrepartie ou à l'occasion d'un travail accompli dans un lien de subordination », en précisant que « le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné »¹³⁶. À noter que l'existence d'une relation de travail entre un employeur et un salarié ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs¹³⁷. Il faudra donc également veiller scrupuleusement à ce que le prestataire ne

¹³⁵ CA de Paris, Pole 6, Chambre 12, 25 septembre 2020 : Lamyline, répertoire général n°17/07565

¹³⁶ Cass. Soc. 13 nov.1996 : Légifrance, pourvoi n° 94-13.187

¹³⁷ Cass. Soc., 3 juin 2009 : Légifrance, pourvois 08-40.981 08-40.982 08-40.983 08-41.712 08-41.713 08-41.714

réalise pas ses missions sous un lien de subordination avec la société bénéficiaire. Dès lors, le simple fait de conclure une convention de prestations de services n'échappe pas au risque que l'URSSAF requalifie cette convention en un contrat de travail. En effet, l'URSSAF a pu soutenir que « l'analyse du contrat (...) met en évidence un lien de subordination justifiant la requalification de la relation contractuelle en un contrat de travail et les sommes perçues en salaire entraînant, en conséquence, leur réintégration dans l'assiette des cotisations et contributions »¹³⁸.

125. Les risques de la facturation de prestations de services entre deux sociétés in bonis sont présents et peuvent s'avérer lourds de conséquences sur plusieurs matières juridiques. Or cela n'est rien en comparaison des risques que peuvent rencontrer la société prestataire dès l'instant que la société filiale bénéficiaire des prestations rencontre des difficultés financières.

Chapitre 2 – Les risques encourus par la société en difficulté

126. Dans un groupe de sociétés, la procédure collective est une opportunité pour le groupe puisque selon la formule de Paul Le Cannu la procédure est l'occasion de « couper la branche malade de l'arbre », de sorte que le groupe n'a pas à soutenir la filiale en difficulté.

127. Le périmètre de la procédure collective est donc le patrimoine de la société débitrice. Chaque société a son patrimoine, chaque société est indépendante. Le découpage qui résulte du montage sociétaire va s'imposer à la procédure collective.

128. Toutefois, il est possible qu'une filiale d'un groupe verse des prestations de services à une autre société (souvent à la tête du groupe, la holding) qui constituant des charges viennent l'appauvrir. Dans ce cas, est-ce légitime que les créanciers de la filiale en difficulté subissent la procédure collective alors que la société prestataire ne connaît pas de difficulté et s'enrichit au détriment de sa fille ? Jusqu'à quel niveau le versement de prestations de services à une société du groupe peut être toléré par la procédure collective ?

129. Lorsque le groupe va malmener l'intérêt social d'une société la procédure collective réagit en faisant lever le voile social. Ainsi la procédure collective va permettre de reconstituer en une seule masse l'ensemble du gage commun des créanciers par l'extension de procédure : la remise en cause sera alors totale de l'écran sociétaire (section 1). Parfois la procédure collective répond avec davantage de précautions face à certaines pratiques qui ont pour conséquences de leurrer les créanciers sur leur véritable débiteur : la remise en cause de l'écran sociétaire ne sera alors que partielle (section 2). Par ailleurs, la responsabilité de la société membre d'un groupe peut également être engagée pour insuffisance d'actif (section 3). In fine, les risques sont d'autant plus significatifs en cas d'opération de LBO (section 4).

¹³⁸ CA de Versailles, 18 janv. 2018 : Légifrance, pourvois n°17-00.483

Section 1. La remise en cause totale de l'écran sociétaire par l'extension de procédure

130. Pendant un temps, un courant en doctrine avait pensé remédier au paradoxe du groupe de sociétés via l'extension de patrimoine. Il y a unité d'entreprise ce qui justifie que la procédure collective de la filiale soit étendue à la société mère. Au cours des années 1980, certaines juridictions de fond préconisaient d'étendre la procédure collective au motif de l'appartenance de la société à un groupe.

131. L'extension est désormais consacrée par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 aux articles L621-2 (pour la procédure de sauvegarde), L631-7 (pour le redressement judiciaire) et L641-1 du Code de commerce (pour la liquidation judiciaire). Ils prévoient désormais que la procédure ouverte peut être étendue à une ou plusieurs personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale.

132. Ainsi, deux cas d'extension sont envisagés : la fictivité (§I) et la confusion des patrimoines (§II). Ces critères sont alternatifs et non cumulatifs. Il faudra en outre respecter les conditions procédurales (§III)

§ I. La fictivité

133. **Critères.** Une société est considérée comme fictive lorsqu'elle n'a ni autonomie financière, ni fonctionnement, elle n'est que façade¹³⁹. Elle est « dépourvue de toute autonomie décisionnelle, et notamment de la faculté de décider dans le cadre des dispositions légales et réglementaires, de sa liquidation ou de sa survie »¹⁴⁰. Elle ne répond pas aux trois critères de l'article 1832 du Code civil, elle est donc caractérisée par l'absence d'affectio societatis, l'absence de réalisation d'apports et l'absence de volonté de réaliser des bénéfices ou de contribuer aux pertes. Elle ne dispose pas de personnalité morale et d'existence juridique propre. La fictivité met en œuvre la théorie générale de la simulation. Elle suppose la réunion d'un faisceau d'indices concordants tels que le défaut d'activité, le défaut de tenue de comptabilité, le défaut de détention de compte en banque, le défaut de respect du rite sociétaire, le défaut d'autonomie administrative, le défaut d'autonomie patrimoniale ou encore le défaut d'autonomie décisionnelle.

134. **Maître de l'affaire.** Une expression revient souvent dans la jurisprudence du droit des entreprises en difficulté pour caractériser la fictivité qui est le « maître de l'affaire ». Souvent, la procédure est étendue lorsqu'il est établi l'existence d'un maître de l'affaire. La société est constituée par une personne physique ou morale qui serait le véritable maître de l'affaire, tandis que les associés ne seraient que des prête-noms ou des hommes de paille. Pour caractériser ce maître de l'affaire, les tribunaux s'en tiennent souvent à celui qui a une prise totale sur les actifs sociaux, qui les utilise à sa guise, nonobstant l'intérêt social. Il agit comme si les biens de l'entreprise en difficulté étaient les siens. Par exemple, une société a pu être considérée comme fictive car les statuts n'ont pas été signés, n'ont jamais été enregistrés, le capital n'avait jamais

¹³⁹ Cass. Com., 28 mars 1977, Rev sociétés 1978.119

¹⁴⁰ Douai, 3^{ème} ch., 1^{er} sect., 2 oct. 2003 D.2003

été libéré, en outre elle ne possédait ni compte bancaire, ni comptabilité, ni aucun actif matériel d'exploitation¹⁴¹. Tel a été également le cas lorsque le dirigeant de la société se présente aux tiers comme agissant en leur nom et pour leur compte personnel¹⁴², ou encore lorsqu'elle a été constituée par un commerçant pour échapper à une déchéance ou une interdiction d'exercer personnellement le commerce¹⁴³. À contrario une société qui réalise 372 528 423 euros de chiffre d'affaires sur 8 mois, emploie 2 700 salariés et respecte ses obligations de société commerciale n'est pas une société fictive¹⁴⁴. Tout comme une holding n'est pas fictive dès lors qu'elle respecte les obligations qu'elle a vis-à-vis de ses filiales, notamment en ayant versé leur capital social mais également en gérant la trésorerie du groupe et en rendant à ses filiales les prestations de services convenues¹⁴⁵.

135. **Rarement appliquée.** Notons toutefois que la jurisprudence a rarement appliqué la notion de fictivité, celle-ci ne se déduisant pas de simples coïncidences, telles les liens familiaux, l'unité de dirigeants¹⁴⁶ et d'associés, la communauté de clients¹⁴⁷, l'identité de siège social et de dénomination sociale, l'objet social identique¹⁴⁸ ou encore la détention de 100% du capital¹⁴⁹. Pour faire prononcer la fictivité, il faut démontrer qu'une personne morale est totalement privée de son autonomie juridique.

136. L'extension pour fictivité se rapproche de la confusion de patrimoine. C'est en partie pour cette raison que lorsque la fictivité d'une société est soulevée la confusion des patrimoines le sera aussi.

§ II. La confusion des patrimoines

137. **Critères.** Il y a confusion des patrimoines lorsque les deux patrimoines ont été considérés comme un seul et même actif, notamment en cas d'indéterminabilité des masses patrimoniales actives et passives. La confusion des patrimoines s'établit soit par l'existence d'une imbrication totale des actifs et des passifs de deux personnes juridiquement distinctes, de sorte qu'il devient impossible d'individualiser le véritable propriétaire des biens, soit par l'existence de mouvements de fonds anormaux et systématiques¹⁵⁰.

138. **Imbrication totale des comptes.** Il y aura imbrication des comptes dès lors que la

¹⁴¹ CA Rennes 14 mars 2001: Soinnejuris, n°45186

¹⁴² Cass. Com., 23 juin 1954, Bull. civ. III, no 232, RTD com. 1954.875

¹⁴³ Cass. Com., 10 janv. 1949, Bull. civ. II, no 15, RTD com. 1949.704

¹⁴⁴ CA Paris 7^{ème} ch., sect. A, 7 sept. 2004, n° 2003/21837, Sté Holco

¹⁴⁵ SOULEAU-TRAVERS Agnès et Guy-Alain DE SENTENAC. « Critères de l'action en extension de PROCEDURE collective pour confusion des patrimoines à l'intérieur d'un groupe de sociétés... », *Bulletin Joly Sociétés*, n°11, page 1358, note sur l'arrêt CA Paris 7^{ème} ch., sept. A, 7 sept. 2004, n°2003/21837, Sté Holco

¹⁴⁶ Cass. Com., 2 déc. 1997, n° 95-17624 : l'identité de gérants ne suffit pas s'il est avéré que les sociétés mènent une vie distincte et ne confondent pas leurs patrimoines

¹⁴⁷ Cass. Com., 11 mai 1993 : Légifrance, pourvoi n°91-10569, *Didier c/ Sté Marvac et autres*

¹⁴⁸ Cass. Com., 16 juin 2009 : Légifrance, pourvoi n° 08-15883

¹⁴⁹ Cass. Com., 5 mai 1982 : Légifrance, pourvoi n° 80-11490

¹⁵⁰ Cass. Com. 16 sept. 2014 : Légifrance, pourvoi n°13-19.127

comptabilité ne permet pas de savoir qui est créancier et qui est débiteur d'une opération, particulièrement en cas de convergence d'écriture comptables ne correspondant pas à la réalité¹⁵¹.

139. **L'existence de relations financières anormales et systématiques.** Les relations financières anormales et systématiques sont des mouvements sans contrepartie. La confusion des patrimoines de plusieurs sociétés peut se caractériser par la seule existence de relations financières anormales entre elles ; sans qu'il soit nécessaire d'établir que ces relations ont appauvri la société débitrice soumise à la procédure collective, dont l'extension est demandée, ou de constater que les actifs et passifs des différentes sociétés en cause sont imbriqués de manière inextricable¹⁵². Par ailleurs, l'enrichissement d'un patrimoine au détriment d'un autre ainsi que l'absence de justes motifs rendent la situation anormale¹⁵³. Si des relations financières anormales sont caractérisées, seul le comportement abusif du dirigeant, qui a porté atteinte à l'autonomie du patrimoine de la personne morale, sera sanctionné.

140. **La présence d'un groupe.** Lorsqu'un groupe est présent, les juges ont tendance à accorder une approche plus souple des relations anormales. La Cour de cassation considère que ce qui doit en principe être vue sans contrepartie ne l'est pas forcément en présence d'un groupe de sociétés. En effet, « toute anomalie dans les relations intragroupe n'est pas synonyme de confusion de patrimoine »¹⁵⁴ puisque « l'organisation d'un groupe de sociétés est susceptible de faire apparaître un intérêt collectif, qualifié d'intérêt de groupe, distinct de l'intérêt propre de ses composantes »¹⁵⁵. Dès lors, la présence de facturations de prestations de services par une société mère à sa fille en difficulté n'entraîne pas automatiquement une confusion de patrimoine¹⁵⁶.

141. **Exemples jurisprudentiels.** C'est en ce sens que des décisions ont pu être rendues :

- les liens structurels, financiers et humains existant nécessairement entre deux sociétés non fictives appartenant à un même groupe ne suffisent pas à justifier l'extension d'une procédure collective en l'absence d'une confusion de patrimoine établie par des flux financiers anormaux¹⁵⁷ ;
- la simple apparence d'une confusion de patrimoine entre deux sociétés membres d'un groupe aux yeux des tiers ne permet pas de caractériser l'extension de procédure¹⁵⁸ ;

¹⁵¹ Par exemple, l'inscription dans le bilan de la filiale d'une créance inexistante sur la société mère : CA Paris, 25 nov. 2014, n°14/10443 : RJDA 4/2015, n°288

¹⁵² Cass. Com., 2 nov. 2016 : Légifrance, pourvoi n°15-13.006, Sté Arpège ; Cass. Com., 24 oct. 1995 : Légifrance, pourvoi n° 93-11.322 ; Cass. Com., 16 juin 2015 : Légifrance, pourvoi n°14-10.187

¹⁵³ CA Paris, 3^{ème} ch. 20 juin 1997, Juris-Data n°021623 ; Cass. Com. 15 février 2000 : Légifrance, pourvoi n°97-18.821

¹⁵⁴ Cass. Com., 19 avr. 2005 : Légifrance, pourvoi n° 05-10094

¹⁵⁵ CA Douai, 2 oct. 2003 : D., 2003, p. 2571, note A. Lienhard

¹⁵⁶ Par exemple dans l'étude de dossier 2 (*V. Annexe 7 et 8*) les prestations de services sont élevées ce qui permet de faire remonter une somme de 554 807€ à la société holding, prestataire. Or, les risques sont peu élevés car le groupe est composé de 7 sociétés, la convention permet donc de centraliser au niveau de la holding des missions administratives, comptables, RH, commerciales, informatiques, etc. De plus, ce groupe réalise un haut chiffre d'affaires, la somme de 258 052€ pour la SAS qui réalise un chiffre d'affaires de plus de 14 millions € s'avère donc minime.

¹⁵⁷ Cass. Com., 20 octobre 1992 : Rev. Soc., 1993, 449

¹⁵⁸ Cass. Com., 11 mai 1993 : Légifrance, pourvoi n°91-10569, Didier c/ Sté Marvac et autres

- le seul fait de payer les dettes de la société sur les deniers personnels ne peut pas engendrer une confusion de patrimoine¹⁵⁹ ;
- une Cour d'appel n'est pas parvenue à justifier pourquoi « dans un groupe de sociétés, les conventions de gestion de trésorerie et de change, les échanges de personnel et les avances de fonds par la société mère, qu'elle a constatés, révélaient des relations financières anormales constitutives d'une confusion du patrimoine de la société mère avec celui de ses filiales »¹⁶⁰ ;
- une Cour d'appel n'est pas parvenue à justifier dans le cadre d'une opération de LBO en quoi « une convention de trésorerie, des activités communes, des contributions financières au profit de la société-mère et le fait de présenter une demande de conciliation au niveau du groupe démontreraient la confusion des patrimoines des sociétés ou la fictivité de certaines d'entre elles » et justifie « l'existence, par voie d'extension, d'une procédure collective unique »¹⁶¹.

142. Plus spécifiquement aux conventions de prestations de services, un liquidateur a voulu invoquer la confusion du patrimoine au sein d'un groupe dans lequel une société du groupe en difficulté avait conclu une convention de prestations de services avec une filiale et n'avait pas exigé le paiement complet des prestations. Cependant, la Cour d'appel va considérer que la situation devient anormale dès lors qu'elle sort du cadre contractuel qui gouverne officiellement les rapports entre les parties, et qu'elle a pour résultat de compromettre l'existence d'une des sociétés du groupe. Or, elle constate que certains mouvements financiers ont eu lieu dans le cadre des relations contractuelles entre les entités du groupe, et qu'ils ne portent pas atteinte à la logique du groupe¹⁶².

143. Ainsi il faudra veiller à ce que chaque versement de prestations de services au sein du groupe dote le flux d'une contrepartie. Il ne faut pas que le versement des prestations de services soit un mouvement anormal qui ne saurait se justifier au regard de l'intérêt social de la filiale en difficulté¹⁶³.

144. Toutefois, si la confusion de patrimoine est retenue des conditions procédurales sont à respecter.

§ III. Les conditions procédurales

145. **Titulaires de l'action.** Les titulaires de l'actions sont limités puisque seuls le mandataire judiciaire, l'administrateur judiciaire, le contrôleur et le ministère public peuvent

¹⁵⁹ Cass. Com., 4 juill. 2000 : Légifrance, pourvoi n° 98-12117

¹⁶⁰ Cass. Com., 19 avr. 2005 : Légifrance, pourvoi n° 05-10094,

¹⁶¹ MOUIAL-BASSILANA. « Conditions de l'extension au sein d'un groupe de sociétés », l'ESSENTIEL Droit des entreprises en difficulté, n°2, 4 févr. 2014, page 3, note sous Cass. Com., 16 déc. 2014, n°13-24.161

¹⁶² SOULEAU-TRAVERS Agnès et Guy-Alain DE SENTENAC. « Critères de l'action en extension de PROCEDURE collective pour confusion des patrimoines à l'intérieur d'un groupe de sociétés... », Bulletin Joly Sociétés - n°11 - page 1358, BJS nov. 2004, n° JBS-2004-270, p. 1358, note sur l'arrêt CA Paris, sept. 2004, no 2003/21837, Sté Holco

¹⁶³ Par exemple dans l'étude de dossier 1 (V. *Annexe 5 et 6*), la convention n'est pas détaillée, les missions ne sont pas techniques, aucun suivi n'est réalisé et aucune facture n'a été établie. Toutes les SCI du groupe sont en pertes depuis quelques années. Les gérants des SCI, bénéficiaires, sont également gérants des SARL, prestataires. L'extension de procédure pour confusion de patrimoine pourrait donc être retenue.

agir. Enfin, depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, le débiteur peut saisir lui-même le tribunal pour demander une extension de procédure collective. Tandis que le tribunal ne peut plus se saisir d'office depuis que le Conseil constitutionnel a déclaré cette possibilité contraire à la Constitution¹⁶⁴.

146. **Tribunaux compétents.** La loi Macron du 6 août 2015 confère un tribunal unique pour ouvrir les différentes procédures dans les groupes de sociétés, notamment dans les situations de détention et de contrôle¹⁶⁵. En effet, le nouvel article L662-8 du Code de commerce précise que le tribunal qui ouvre une procédure collective pour une société qui appartient à un groupe reste compétent pour ouvrir la procédure d'une autre société qui est détenue ou contrôlée par ce même groupe. D'autant plus qu'un administrateur judiciaire et un mandataire judiciaire communs à l'ensemble des procédures peuvent également être désignés. Par ailleurs, toute procédure en cours concernant des filiales détenues ou contrôlées par une société pour laquelle une procédure est ouverte devant un tribunal de commerce spécialisé est renvoyée devant ce dernier.

147. **Gage commun.** L'extension sur le fondement de la fictivité ou de la confusion emporte création d'une procédure collective unique avec masse active et passive unique¹⁶⁶. Les actifs et passifs des structures auxquelles la procédure est étendue sont réunis aux actifs et au passif de la seule procédure ouverte¹⁶⁷. Le gage commun des créanciers n'est plus affecté par le groupe de sociétés.

148. Cette extension reste tout de même limitée, d'autant qu'elle ne peut plus être engagée après un plan de cession arrêté. La remise en cause partielle de l'écran sociétaire reste tout de même envisageable.

Section 2. La remise en cause partielle de l'écran sociétaire

149. Une remise en cause partielle de l'écran sociétaire peut apparaître sur le fondement de la théorie de l'apparence (§I), mais aussi par l'immixtion dans les contrats conclus par la société en difficulté (§II). Par ailleurs, la théorie du coemploi développée par la jurisprudence sociale malmène l'écran sociétaire (§ III).

§ I. La théorie de l'apparence

150. **Notion.** Classiquement, la jurisprudence considère que le fait qu'une holding détienne le contrôle de ses filiales ne permet pas de la condamner à exécuter les engagements pris par ces dernières¹⁶⁸. Toutefois, le groupe peut engendrer une apparence trompeuse et les tribunaux

¹⁶⁴ Cons. Const., 7 déc. 2012 : Légifrance, décision n° 2012-286 QPC

¹⁶⁵ La loi entend la notion de contrôle au sens des articles L233-1 et L233-3 du Code de commerce

¹⁶⁶ Cass. Com., 30 juin 2009 : Légifrance, pourvoi n°08-15.715

¹⁶⁷ Cass. Com., 8 nov. 1988 : Légifrance, pourvoi n°87-11.233 ; Cass. Com., 17 fév. 1998 : Légifrance, pourvoi n°97-13.098

¹⁶⁸ Cass. Com., 6 avril 1993 : RJDA 8-9/93 n° 705 ; Cass. Com., 26 avril 1994 : RJDA 8-9/94 n° 930 ; Cass. Com., 2 décembre 1997 : RJDA 4/98 n° 438

envisagent la possibilité pour les créanciers d'une filiale de se retourner contre la société mère, quand ils ont pu légitimement croire que les deux sociétés n'en formaient qu'une seule, ou qu'elles étaient unies par une communauté d'intérêts. Cette théorie trouve une assise au sein de la théorie de l'apparence consacrée par l'article 1156 alinéa 1 du Code civil.

151. **L'unité économique apparente.** Elle renvoie à la croyance légitime de laisser croire au créancier que la société mère est aussi son cocontractant¹⁶⁹. Le créancier peut croire qu'en concluant avec la filiale il peut compter sur le soutien financier du groupe. Le groupe peut abuser du consentement du contractant. Les motifs de confusion sont nombreux : même logo, dirigeants communs, sièges sociaux communs, centrales d'achat unique, numéros de téléphone identiques ou encore papier à en-tête commun¹⁷⁰. L'erreur du créancier doit être légitime.

152. **Avantage de la théorie de l'apparence.** Le recours à la « théorie de l'apparence présente l'avantage de ne pas nécessiter une faute mais que le demandeur prouve sa croyance légitime (...). La preuve à rapporter est davantage celle de l'erreur du tiers plus que celle d'une faute de comportement de la société mère »¹⁷¹, ce qui facilite sa mise en œuvre.

153. **Application jurisprudentielle réduite.** Toutefois, selon Monsieur Nicolas Pelletier¹⁷², cette théorie est difficilement applicable au groupe car le groupe par sa nature entretient la confusion. Les stratégies communes amènent certains rapprochements et des collaborations plus poussées. Les conventions de prestations de services conduisent la société mère à s'impliquer davantage. Dès lors, celui qui contracte avec une société du groupe doit être particulièrement vigilant et doit prendre plus de précautions. La jurisprudence, selon lui, est plus réticente à retenir la théorie de l'apparence en présence d'un groupe que dans d'autres situations contractuelles notamment car, une immixtion de la société mère n'est pas toujours suffisante pour que sa responsabilité soit engagée¹⁷³.

154. **Exemples.** Cependant, des exemples tirés de la jurisprudence ont pu admettre cette théorie. Par exemple la théorie de l'apparence a été retenue à l'encontre d'une société mère qui avait constitué une filiale à 99,5%, domiciliée au même siège social et portant pratiquement la même dénomination, et qu'elle avait mise en relation avec ses clients habituels sans attirer l'attention de ceux-ci sur le changement intervenu¹⁷⁴. Ou encore à l'encontre d'une société mère qui s'était interposée entre ses filiales, qui construisaient des appartements et sur lesquelles elle avait toujours gardé un contrôle absolu¹⁷⁵. De même, une société mère doit répondre des dettes

¹⁶⁹ Cass. Com., 12 juin 2012 : Légifrance, pourvoi n° 11-16.109

¹⁷⁰ Cass. Com., 18 oct. 1994 : Légifrance, pourvoi n°93-11.807, *SA Mace Holding c/ SARL Ravache et autres* : la théorie de l'apparence a pu être retenue entre deux sociétés membres d'un même groupe lorsque le papier à en-tête, le logo, le nom social, le siège social et le numéro de téléphone étaient identiques

¹⁷¹ Pietton M., « Immixtion d'une société mère dans la relation contractuelle d'une filiale », RJDA 11/12, p. 851, spéc. p. 854, § 13 cité dans : GROSSI Isabelle. Le groupe, une « réalité éclatée », Joly Sociétés Études, Id : S EG010, date d'actualisation : 12/05/2020, LaBaseLextenso, consulté le 22 juin 2022 à 21h55

¹⁷² PELLETIER Nicolas. *La responsabilité au sein des groupes de sociétés en cas de procédure collective*, préf. de François Xavier LUCAS, LGDJ, Lextenso éditions, 2013

¹⁷³ Cass. Civ. 3^{ème}, 25 févr. 2004 : Légifrance, pourvoi n° 01-11.76.

¹⁷⁴ CA Aix 11 novembre 1985 : Rev. soc. 1987. som. 98

¹⁷⁵ Cass. Civ. 13 décembre 1967 : JCP 1968.II.15676 obs. Couturier

de sa filiale dès lors, qu'elle a laissé croire au cocontractant de cette filiale qu'elle se substituerait à celle-ci dans l'exécution du contrat en intervenant au stade du paiement pour discuter le montant des sommes dues et tenter d'obtenir un arrangement amiable¹⁷⁶.

155. Dès lors, la conclusion d'une convention de prestations de prestations dans le cadre d'un groupe peut faciliter l'application de la théorie de l'apparence puisque les prestations de services réalisées par la société mère à l'une de ses filiales peut accentuer la thèse d'une apparence trompeuse. Par exemple, la convention peut prévoir le suivi d'une activité ou la négociation dans des contrats, ce qui peut laisser faire penser au créancier que son contractant est la société mère et non la filiale. Le créancier peut penser pouvoir compter sur le soutien financier de la société mère.

L'attitude des sociétés du groupe est donc condamnable, tout comme l'immixtion dans les contrats conclus par la société en difficulté peut tout à la fois permettre de lever le voile social.

§ II. L'immixtion dans les contrats conclus par la société en difficulté

156. **Notion.** L'immixtion sanctionne « l'intervention sans titre dans les affaires d'autrui »¹⁷⁷. Les prestations de services s'y prêtent tout particulièrement puisque, selon les prestations prévues dans la convention, elles peuvent pousser et justifier l'intervention de la mère dans les affaires de sa filiale. Cette immixtion dans l'exécution d'un contrat conclu par une société en difficulté est ponctuelle, à la différence de la responsabilité pour insuffisance d'actif qui est continue. Cette immixtion sera notamment retenue lorsque la société mère va prendre l'initiative de rompre un contrat auquel elle n'est pas partie ; ou bien lorsqu'elle va intervenir dans une phase précontentieuse pour tenter d'obtenir un arrangement amiable¹⁷⁸.

157. **Contraire à l'effet relatif.** La force obligatoire attachée au contrat engage les parties à exécuter ce qui y est exposé. Pour reprendre les termes de l'article 1103 du Code civil : « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont fait ». Par ailleurs, selon le principe de l'effet relatif le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Une société mère, tiers au contrat, a l'interdiction d'empêcher la filiale en difficulté, le cocontractant, d'exécuter les engagements qu'elle a souscrits. À défaut elle commettrait une faute et engagerait sa responsabilité délictuelle. Cette immixtion ne sera sanctionnable qu'à condition d'être dommageable : l'absence de préjudice ne pourra faire condamner la société mère¹⁷⁹. En cas d'immixtion, la société mère sera tenue non pas d'exécuter le contrat, mais de réparer les suites de son inexécution.

158. Il est donc nécessaire, lorsqu'une convention de prestations de services est conclue, que la société mère se limite aux missions qui sont convenues et qu'elle n'excède pas ces dernières. Elle ne pourra pas négocier les contrats ou servir de médiateur en cas de conflits si

¹⁷⁶ Cass. Civ. 3^{ème}, 12 décembre 2019 : Légifrance, pourvoi n°18-23.223.

¹⁷⁷ Vocabulaire Cornu, 4^{ème} édition cité par PELLETIER Nicolas. *La responsabilité au sein des groupes de sociétés en cas de procédure collective*, préc.

¹⁷⁸ Cass. Com., 3 février 2015 : Légifrance, pourvoi n°13-24.895

¹⁷⁹ Cass. Com., 25 février 2004 : Légifrance, n°01-11.764

de telles missions ne sont pas précisées dans le contrat. Elle ne pourra pas non plus rompre un contrat auquel elle n'est pas partie sous peine d'engager sa responsabilité.

159. In fine, la théorie du coemploi a pu permettre de lever le voile social de manière partielle lorsque la société mère leurre le salarié.

§ III. La théorie du coemploi

160. **L'identification de l'employeur.** Au sein des groupes de sociétés, il apparaît parfois compliqué d'identifier le véritable employeur. Le bulletin de paie ou le contrat de travail peut désigner une société mais les ordres peuvent venir directement de la mère. Le licenciement peut même émaner de cette dernière et non pas du véritable employeur.

161. **Critères.** Pour répondre à cette difficulté, une tendance a émergé au sein de la Chambre sociale qui était de considérer que la mère était coemployeur de ses filiales. La Chambre sociale avait facilité sa preuve en estimant que la mère était coemployeur en cas de confusion d'intérêts, d'activités et de direction, se justifiant par une immixtion permanente dans la gestion économique et sociale de la filiale, conduisant à la perte totale d'autonomie d'action de celle-ci¹⁸⁰. Ce qui se manifeste par l'immixtion de la société mère dans la gestion du personnel de la filiale, mais aussi par la relation de dépendance économique entre les deux sociétés, sans qu'il y ait besoin de caractériser le lien de subordination des salariés de la filiale à l'égard de la société mère¹⁸¹. C'est ainsi que la Cour de cassation a pu retenir la qualité de coemployeur de la société mère à l'égard de sa filiale lorsqu'une société mère a repris tous les brevets, marques, licences d'exploitation et modèles de sa filiale¹⁸² ; ou encore lorsque les dirigeants de la filiale provenaient du groupe, agissaient en étroite collaboration avec la mère et lorsque les interventions de cette dernière auprès de sa filiale allaient jusqu'à couvrir « la quasi-totalité de ses activités de management »¹⁸³.

162. **Conséquences du coemploi.** Cette théorie permet de mettre à la charge de la société mère les conséquences du licenciement de la filiale, ce qui présente un réel avantage lorsque la filiale connaît des difficultés financières et que des licenciements sont envisagés car, le salarié disposera d'une pluralité de débiteurs. Par ailleurs, grâce à cette théorie les salariés obtiendront une indemnisation supplémentaire à l'encontre du coemployeur puisqu'un contrat de travail a été rompu sans motif économique. Ainsi, il a pu être jugé que la cessation d'activité de la filiale ne pouvait constituer une cause économique du licenciement qu'à la condition d'être justifiée par des difficultés économiques, par une mutation technologique ou par la nécessité de sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité du groupe dont elle relève, ce qui n'était pas établi car la cessation d'activité de la filiale ne résultait que de choix stratégiques décidés au

¹⁸⁰ Cass. Soc., 6 juillet 2016 : Légifrance, pourvoi n°14-27.266

¹⁸¹ Cass. Soc., 22 juin 2011 : Légifrance, pourvoi n° 09-69.305

¹⁸² Cass. Soc., 30 nov. 2011 : Légifrance, pourvoi n° 10-22.964

¹⁸³ Cass. Soc., 7 mars 2017, : Légifrance, pourvoi n°15-16865

niveau du groupe¹⁸⁴. Ce courant jurisprudentiel avait suscité de vives critiques puisqu'il remettait en cause l'Assurance de Garantie des Salaires (AGS).

163. **Rarement admise.** Notons toutefois que cette théorie est rarement admise par la Cour de cassation. Elle suppose notamment de dépasser la simple autorité de la société mère sur la filiale¹⁸⁵, ce qui est difficile à prouver. D'autant plus que la Cour de cassation considère que les juges du fond ne peuvent se contenter de constater que deux sociétés appartiennent à un même groupe pour établir l'existence d'un coemploi¹⁸⁶. Cette théorie a été vivement critiquée par la doctrine puisqu'en « faisant porter les obligations sociales de la filiale sur sa société mère, la jurisprudence a soulevé des questions complexes tant au plan pratique que théorique (...). La notion met à l'épreuve le principe d'autonomie des personnes morales composant les groupes de sociétés ; d'autre part, elle met également à l'épreuve le principe contractuel au fondement de la relation de travail »¹⁸⁷.

164. **Précautions à prendre.** Il faut à tout prix respecter scrupuleusement l'autonomie des filiales et préserver la liberté de décision tant en matière de gestion commerciale qu'en matière de gestion sociale. Il faudra être particulièrement prudent lors de la facturation de prestations de services à ce que les pouvoirs sur un plan administratif, financier, commercial et en matière de gestion des ressources humaines prévus dans la convention ne prive pas la filiale de toute autonomie. Il ne faut pas que la holding centralise la quasi-totalité des pouvoirs pour le compte de ses filiales. Récemment, la Cour de cassation a pu retenir la qualité de coemployeur d'une société mère eu égard à la conclusion de convention d'assistance technique qui a eu pour conséquence de transférer la gestion économique et sociale des filiales à la société mère¹⁸⁸.

165. Toutefois, le dirigeant peut également craindre de voir sa responsabilité engagée si la facturation de prestations de services amène à une insuffisance d'actif.

Section 3. La responsabilité pour insuffisance d'actif

166. La responsabilité pour insuffisance d'actif, régie par les articles L651-1 et suivants du Code de commerce, permet de mettre à la charge d'un ou plusieurs des dirigeants de celle-ci une partie de cette insuffisance.

167. Le tribunal peut, « en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de

¹⁸⁴ Cass. Soc., 18 janv. 2011 : Légifrance, pourvoi n°09-69.199, *Sté Jungheinrich c/ Delimoges et autres*

¹⁸⁵ Cass. Soc., 2 juillet 2014 : Légifrance, pourvoi n°13-15.208

¹⁸⁶ Cass. Soc., 25 sept. 2013 : Légifrance, pourvoi n° 11-25.733

¹⁸⁷ PEROTTO Jacques et MATHEY Nicolas. « La mise en jeu de la responsabilité de la société mère est-elle une fatalité ? Regards croisés sur les groupes de sociétés et le risque de coemploi », *JCP / la semaine juridique – Edition sociale*, n°25, 24 juin 2014, p.1262

¹⁸⁸ Cass. Soc., 6 juillet 2016 : Légifrance, pourvoi n°15-15.685

gestion »¹⁸⁹. Dès lors ce régime est applicable seulement aux dirigeants (§I), lorsque des conditions sont respectées (§II), ce qui entraîne des conséquences notables (§III).

§ I. Un régime applicable aux dirigeants

168. Ce régime est applicable tant au dirigeant de droit qu'au dirigeant de fait.

A. La direction de droit

169. **La notion.** Le régime de la responsabilité pour insuffisance d'actif est applicable aux dirigeants d'une personne morale de droit privé soumise à une procédure collective, ainsi qu'aux personnes physiques représentants permanents de ces dirigeants personnes morales¹⁹⁰. Le législateur a voulu étendre au maximum la répression au titre de la responsabilité pour insuffisance d'actif : sont donc concernés par cette responsabilité tous les dirigeants opérationnels de sociétés (gérants, présidents, administrateurs). La seule exception concerne les membres du conseil de surveillance qui ne détiennent pas le pouvoir dans les sociétés à direction et ne peuvent exercer « séparément ou ensemble, et en toute indépendance une activité positive de direction »¹⁹¹. Ainsi, le régime sera applicable lorsque la prestataire sera la représentante légale (présidente ou gérante) de la société bénéficiaire des prestations de services.

170. Toutefois, le régime peut être appliqué lorsque la direction est de fait.

B. La direction de fait

171. **La notion.** La direction de fait est l'exercice en toute indépendance d'une activité positive de direction dans la société. La direction de fait peut se présenter lorsque la société plutôt que de se comporter en associée s'est comportée en dirigeant, ou lorsque la société mère exerce une influence prédominante sur sa filiale et sur les responsables de celle-ci¹⁹². La direction de fait, contrairement à l'immixtion dans l'exécution du contrat, doit s'être présentée de manière continue. C'est le fait de se présenter à l'égard des tiers comme étant un dirigeant de la société.

172. **Immixtion dans la gestion.** La société mère ne sera qualifiée de dirigeant de fait de sa filiale qu'en cas d'immixtion dans la gestion de celle-ci¹⁹³. La direction de fait doit être accomplie sans pouvoir : s'il y a délégation de pouvoir il n'y a pas immixtion. Ce cas se présentera notamment lorsque la société prestataire va s'impliquer au-delà de ses missions de prestations de services dans la gestion de la société bénéficiaire, alors qu'elle n'est pas dirigeante et n'a pas les pouvoirs de le faire. Cependant, le simple fait de détenir 100% du capital, voire d'assumer le secrétariat juridique de la filiale, ou même de négocier en son nom

¹⁸⁹ Art. L651-2 C. Com

¹⁹⁰ Art. L651-1 C. Com

¹⁹¹ Cass. Com., 12 juillet 2005 : Légifrance, pourvoi n° 03-14.045

¹⁹² Cass. Com., 6 juin 2000 : Légifrance, pourvoi n°96-21.134

¹⁹³ Cass. Com., 25 janv. 1994 : Légifrance, pourvoi n°91-20.007

avec son banquier ne fait pas acquérir à la société mère la qualité de dirigeant de fait, dès lors que son intervention n'a pas dépassé le contrôle inhérent à la structure d'un groupe de sociétés¹⁹⁴.

173. **Actes positifs de direction accomplis en toute indépendance.** La direction de fait implique de justifier des actes positifs de direction accomplis en toute indépendance dans la société de manière habituelle¹⁹⁵. Les actes de directions sont le pouvoir d'embaucher les salariés, de les licencier, d'exercer le pouvoir disciplinaire, de conclure un contrat, d'engager la société à travers les commandes, de gérer les comptes bancaires, de définir la politique sociale ou encore de percevoir des règlements au nom de la société. Ces actes de directions peuvent donc se retrouver aisément dans les missions de la convention de prestations de services.

174. **Incidence du groupe sur la direction de fait.** Le groupe de sociétés favorise la direction de fait, il va rendre légitime ce qui dans d'autres circonstances ne le serait pas. La Haute juridiction considère que l'intervention de la mère est une intervention légitime. Par exemple, au sein d'un groupe les cadres de la filiale étaient supervisés par la société mère, les juges du fonds avaient relevé la mise en place d'organisation opérationnelle transversale. Malgré cela la Cour de cassation considère que ces faits n'étaient pas constitutifs d'une direction de fait car il s'agissait d'une légitime coordination au niveau du groupe. En effet, « les « business units » permettent de développer des synergies entre entités d'un même groupe » et avaient « un objectif de coordination et de développement des synergies, sans vocation de direction, ces unités, autonomes par rapport à la holding, n'ayant eu ni pour but, ni pour effet de concentrer les pouvoirs entre les mains de celle-ci ou de se substituer aux structures d'organisation et de gestion propres de la société », « de sorte que cette organisation est insuffisante à démontrer l'existence d'une direction de fait de la société-mère sur sa filiale »¹⁹⁶. Le groupe de sociétés renvoie donc à un contexte qui semble plutôt favorable à la structure parallèle du pouvoir. En présence d'un groupe de sociétés, si toutes les sociétés œuvrent à un même projet il est fort probable, qu'à côté d'une structuration de direction de chacune des sociétés, qu'un pouvoir se forme au niveau du groupe pour coordonner l'action des différentes sociétés, ce qui justifie les prestations de services. En effet, les prestations de services permettent de coordonner la politique du groupe en centralisant notamment la gestion des ressources humaines, la comptabilité, le juridique ou encore la gestion et le suivi des factures.

175. **Devoir de loyauté et intérêt social de la filiale.** Le 22 mai 2019, la Cour de cassation a rendu un arrêt important dans la construction du droit des groupes. Un « administrateur commun » est tenu d'un devoir de loyauté à l'égard de la société mère, ce qui « l'oblige, lorsqu'une décision est votée par le conseil d'administration de cette société, à voter dans le même sens au sein du conseil d'administration de la filiale, sauf lorsque sa décision est contraire à l'intérêt social de cette filiale »¹⁹⁷. Il faudra veiller à ce que la décision prise par le conseil d'administration de la société mère ne soit pas contraire à l'intérêt social de ses filiales. Ainsi,

¹⁹⁴ Cass. Com., 19 nov. 2013 : Légifrance, pourvoi n°12-28.367

¹⁹⁵ Cass. Com., 23 nov. 1999 : Légifrance, pourvoi n° n° 97-14.693

¹⁹⁶ Cass. Com., 19 nov. 2013, préc.

¹⁹⁷ Cass. Com., 22 mai 2019 : Légifrance, pourvoi n°17-13.555

au sein du groupe quand une personne cumule ses qualités elle a certes la liberté de voter mais sous conditions : elle doit prendre ses décisions en cohérence avec ce qui a été décidé au sein du groupe. La notion de groupe est donc de plus en plus prise en compte tant par le législateur que par la jurisprudence. Le groupe peut alors légitimer la facturation des prestations de services, malgré les difficultés financières rencontrées par la filiale, dès lors qu'elles sont prises dans son intérêt.

176. **Direction occulte et interposition de personne.** La jurisprudence, fin des années 2000, a donné l'impression, pour la doctrine¹⁹⁸, de sanctionner au côté de la direction de fait des directions occultes. La direction occulte désigne une personne qui va exercer sa direction de fait par l'intermédiaire du dirigeant de droit. Le dirigeant occulte va faire du dirigeant de droit son « homme de paille » qui n'est plus libre dans l'exercice du pouvoir. Il fallait donc démontrer que le dirigeant occulte avait tant la possibilité d'imposer ses vues au dirigeant de droit que d'exercer son pouvoir effectif sur le dirigeant de droit. Tel a été le cas lorsqu'un établissement de crédit qui n'était ni dirigeant de droit, ni dirigeant de fait d'une société cliente, a été condamné à combler tout ou partie de l'insuffisance d'actif constatée à l'occasion de la faillite de celle-ci, en raison de sa participation au conseil d'administration « par personne interposée »¹⁹⁹. Ainsi, lorsqu'une convention de prestations des services est mise en place il faudra veiller à ce que les dirigeants de la société mère ne prive pas la filiale de toute autonomie décisionnelle, et qu'elle ne soit pas sous son emprise. Dans le cas contraire, les dirigeants de la mère pourraient se voir condamner à l'insuffisance d'actif par « l'intermédiaire » de la société tête de groupe. Toutefois, cette qualification peut s'avérer inutile selon la doctrine²⁰⁰, puisque la direction occulte dérive de la direction de fait ; d'autant plus que la direction occulte est une preuve naturellement difficile à rapporter. Plus dernièrement, la Cour de cassation a donné l'impression d'être un peu en retrait avec cette notion²⁰¹ en constatant qu'aux yeux des tiers l'influence de l'actionnaire majoritaire n'était pas établi ce qui empêchait la condamnation pour insuffisance d'actif.

177. **Prudence.** Ainsi, le simple fait que la société mère, prestataire, ne soit pas dirigeante de la société filiale, bénéficiaire, ne suffira pas à échapper au régime de l'insuffisance d'actif. En effet, par nature la société mère peut s'immiscer dans la gestion de ses filiales, à fortiori lorsqu'une convention de prestations de services est mise en place. Malgré la position souple de la jurisprudence quant à l'immixtion de la mère dans ses filiales en présence d'un groupe, il faudra être prudent et ne pas dépasser les missions et fonctions attribuées dans la convention. Plus encore, la convention de prestations de services ne saurait justifier l'intervention continue de la mère dans la gestion des filiales en toute autonomie et indépendance.

178. Pour autant si la direction est avérée, des conditions sont exigées (§II.)

¹⁹⁸ Not. selon Monsieur Nicolas Pelletier, not. prec. ; ou encore selon Monsieur François Xavier LUCAS (LUCAS François Xavier. « Responsabilité du banquier : le banquier administrateur de fait par personne interposée », revue mensuelle du JurisClasseur – Droit des sociétés, octobre 204, p.10)

¹⁹⁹ CA Versailles., 13^{ème} ch., 29 avril 2004. N°187 : RG n°03/04439, confirmé par Cass. Com., 27 juin 2006 : Légifrance, pourvoi n°04-15.831

²⁰⁰ PELLETIER Nicolas, not. Prec.

²⁰¹ Cass. Com., 20 avril 2017 : Légifrance, pourvoi n°15-19.750

§ II. Les conditions exigées

179. Une faute de gestion ainsi qu'une insuffisance d'actif doivent être avérés. Bien évidemment, un lien de causalité entre la faute et l'insuffisance d'actifs doit être nécessairement démontré.

A. L'existence d'une faute de gestion

180. **La notion de faute.** Le dirigeant doit avoir commis une ou plusieurs fautes de gestion. Il faut que la faute ait été commise à l'occasion de la gestion de la société. Il y a faute de gestion en cas de violation caractérisée des règles relatives à la gestion des sociétés. Celle-ci peut être d'action ou d'abstention. Cette faute est essentielle puisque la Cour de cassation a pu écarter l'action en comblement de passif lorsqu'aucune faute de gestion n'était pas démontrée, alors qu'il était notamment reproché au mandataire social la mise en place d'une convention de management *fees*. Par ailleurs, une société ne saurait échapper à cette sanction en soutenant qu'elle était elle-même sous la direction de la holding du groupe auquel elle appartient²⁰².

181. **La simple négligence ne suffit pas.** La simple négligence est de nature à écarter la responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actif depuis la loi Sapin II²⁰³. Madame Pérochon avait qualifié ce «cadeau de Noël» offert aux dirigeants par cette loi comme «un paquet mal ficelé»²⁰⁴. En effet, aucune précision n'est donnée sur les termes simple négligence, est-ce une imprudence ? Une simple méprise ? Une erreur ? Une faute légère ? La liberté d'appréciation des juges est donc totale ce qui favorise l'insécurité juridique et les contentieux en la matière.

182. **Exemples.** Par exemple, constitue une faute de gestion le fait de poursuivre l'activité en sachant que les capitaux propres étaient inférieurs à la moitié du capital social et que l'activité était déficitaire²⁰⁵ ; ou le fait de contracter des engagements financiers insupportables à la société²⁰⁶. Il en est de même de l'absence de mise en place de moyens de gestion adaptés²⁰⁷, ou encore de l'absence de réorganisation nécessaire de l'activité²⁰⁸. Il pourra aussi s'agir pour le dirigeant de tirer un profit important de la personne morale en lui imposant des charges supérieures à la norme, par exemple en lui facturant des sommes exorbitantes²⁰⁹. Ainsi, il ressort de ces exemples que faire supporter à sa filiale en difficultés des prestations de services d'une somme excessive ou qui s'avèrent inutiles pourrait à priori constituer une faute de gestion.

183. La seule faute de gestion ne suffit pas, encore faut-il démontrer une insuffisance d'actif.

²⁰² CA Paris 23 mai 1997 : RJDA 10/97 n° 1277

²⁰³ Art. L651-2 al. 1 C. Com

²⁰⁴ F. Pérochon, « Sous la loi *Sapin*, un cadeau de Noël pour le dirigeant fautif ? », BJE janv. 2017, p.1, cité dans : CAFFIN-MOI Marie. « Insuffisance d'actif : la périlleuse distinction entre simple négligence et faute de gestion », *Gazette du Palais*, n°22, 15 juin 2021, p. 5

²⁰⁵ Cass. Com., 10 mai 2012 : Légifrance, pourvoi n°11-11.903

²⁰⁶ Dijon, 30 juin 2005 RG n°04/1777

²⁰⁷ Cass. Com., 14 déc. 1993 : Légifrance, pourvoi n°91-20.839

²⁰⁸ Cass. Com., 3 oct. 2000 : Légifrance, pourvoi n°96-15.514

²⁰⁹ Cass. Com., 28 mai 2002 : Légifrance, pourvoi n°00-13.127

B. L'insuffisance d'actif

184. **Notion.** Le préjudice permettant l'ouverture de l'action en comblement de passif est constitué par l'insuffisance d'actif. À défaut d'insuffisance d'actif l'action en comblement de passif ne peut prospérer. Une simple augmentation du passif ne peut être admise²¹⁰. Tout comme une Cour d'appel ne peut déduire de la cessation des paiements une insuffisance d'actif²¹¹.

185. La faute de gestion prouvée à l'encontre du dirigeant doit nécessairement avoir contribué à l'insuffisance d'actif.

C. Le lien de causalité

186. **La notion.** Le législateur n'évoque pas expressément le lien de causalité entre la faute et le préjudice. En réalité, par l'expression « contribuer » il sous-entend le lien de causalité, en permettant d'écarter le problème des causes plures puisqu'il n'est pas nécessaire de prouver que la faute soit à l'origine exclusive du dommage²¹². Si, outre la faute de gestion et l'insuffisance d'actif, le lien de causalité n'est pas démontré la responsabilité ne pourra être engagée²¹³.

187. Lorsque ces conditions sont réunies des conséquences y sont attachées qui s'avèrent notables.

§ III. Les conséquences

188. **Règle du non-cumul des actions en responsabilité civile.** L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est une action en responsabilité civile délictuelle, la Cour de cassation en déduit qu'elle est exclusive de l'exercice des autres actions qui pourraient viser les dirigeants de la société débitrice. Cette règle forgée par la Cour de cassation est dite « règle du non-cumul des actions en responsabilité civile ». En somme, puisqu'il existe une action spéciale, spécifique aux procédures collectives, qui vise les dirigeants fautifs et dont la mauvaise gestion a ruiné les créanciers de la société, seule cette action peut être exercée. Les tiers et les associés ne pourront pas rechercher la responsabilité du dirigeant en se fondant sur les textes de droit commun, du droit civil²¹⁴, ou sur les textes du droit des sociétés²¹⁵. Ces différents dispositifs sont neutralisés : une fois la liquidation judiciaire ouverte, le dirigeant ne répond de ses fautes que sur le fondement de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, ce qui évince toutes les autres actions.

²¹⁰ Cass. Com., 12 janv. 2016 : Légifrance, pourvoi n°14-23.359

²¹¹ Cass. Com., 24 mai 2018 : Légifrance, pourvoi n°17-10.117

²¹² Cass. Com., 30 nov. 1993 : Légifrance, pourvoi, n°91-20.554

²¹³ Cass. Com., 25 févr. 2004 : Légifrance, pourvoi n°01-11.862

²¹⁴ Not. l'art. 1240 C. Civ

²¹⁵ Not. les différentes dispositions du Livre II du Code de commerce ou du Code civil, qui prévoient la possibilité d'agir en responsabilité contre le dirigeant d'une société fautive

189. **Une action attitrée.** Elle est réservée au liquidateur (elle ne peut être engagée que dans le cadre d'une liquidation judiciaire) ou au ministère public. Elle ne peut donc pas être exercée par un créancier ou par toute personne pouvant y avoir un intérêt. Toutefois, en cas d'inaction du liquidateur, il y a une possibilité d'action par les contrôleurs qui peuvent exercer à titre subsidiaire la défense de l'intérêt collectif lorsque le mandataire judiciaire ou le liquidateur néglige d'agir.

190. **Prescription.** La loi institue un délai de prescription de 3 années, qui court à compter de la liquidation judiciaire. C'est le jugement prononçant la liquidation qui fait courir la prescription de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif²¹⁶.

191. **Liberté du juge dans la fixation des dommages-intérêts.** L'article L651-2 alinéa 1 du Code de commerce dispose que « le tribunal peut (...) décider que les dettes de la personne morale seront supportées en tout ou en partie (...) par (...) les dirigeants ». La liberté du juge, qui existe déjà au stade du principe de la condamnation, se prolonge logiquement aux modalités d'application. Les juges du fond disposent ici d'un pouvoir souverain d'appréciation. Par ailleurs, ils peuvent décider d'une condamnation totale comme partielle de l'insuffisance d'actif. Précisons qu'en cas de condamnation à la totalité, le montant ne pourra toutefois dépasser l'insuffisance d'actif. Les juges pourront prendre en compte, pour minorer le montant de la condamnation, les efforts réalisés par le dirigeant après ses fautes de gestion pour rétablir la situation. Ils pourront également prendre en compte la situation financière du dirigeant : il est judicieux de proportionner le montant de la condamnation aux capacités contributives des dirigeants.

192. **Affectation des sommes versées.** Les sommes versées entrent dans le patrimoine du débiteur²¹⁷. Les sommes sont réparties entre tous les créanciers au marc le franc. Toutefois, les dirigeants condamnés ne pourront pas participer aux répartitions à hauteur du montant auquel ils ont été condamnés.

193. Ainsi les conséquences s'avèrent lourdes puisque les dirigeants fautifs peuvent être condamnés à supporter sur leurs deniers personnels tout ou partie de l'insuffisance d'actif du fait de leur faute dans la gestion. Toutefois, l'action reste limitée car elle ne peut être soulevée qu'en liquidation judiciaire, elle est attitrée à certains titulaires, et il faudra apporter trois preuves. En l'occurrence, en cas de facturation de prestations de services lorsque le dirigeant est avéré (de droit ou de fait) il faudra apporter la preuve d'une faute de gestion, tel peut être le cas par la facturation de prestations de services trop élevées, inutiles ou par l'existence d'une mauvaise gestion dans l'exécution de ces dernières, ayant contribué à l'insuffisance d'actif.

194. Toutefois, tous les risques énumérés ci-dessus se retrouvent tout particulièrement et fréquemment en cas d'opération de LBO.

²¹⁶ Art L651-2, al. 3 C. Com.

²¹⁷ Pour reprendre les termes de l'article L651-2 al. 3 C. Com

Section 4. Les effets significatifs en cas d'opération de LBO

195. « L'effet de levier c'est la glorification de l'endettement aux antipodes du diction populaire qui veut que « qui paie ses dettes s'enrichit » »²¹⁸.

196. La facturation de prestations de services dans les opérations de LBO peut être riche d'avantages (§I). Toutefois les intérêts de la société cible peuvent être malmenés (§II), ce qui amène à des risques importants lorsque la société cible s'appauvrit (§III).

§ I. Les avantages de la facturation de prestations de services dans les opérations de LBO

197. **Définition du LBO**²¹⁹. Les opérations de LBO jouent aujourd'hui un rôle majeur dans notre économie et débordent le cadre traditionnel du droit des rapprochements d'entreprises. Le terme LBO est d'origine anglaise, il signifie *leverage buy out* ou opération à effet de levier. Un LBO est une opération de rachat d'entreprise par l'intermédiaire d'une holding qui s'endette plus ou moins fortement selon l'importance de la dotation en capital pour être en mesure de verser le prix d'acquisition de la société cible. Cette technique de financement est souvent utilisée lorsque la société peut distribuer régulièrement des dividendes à la société holding²²⁰. Le LBO peut prendre plusieurs formes, il peut être appelé OBO (*owner buy out*, rachat par soi-même) ou encore LMBO (*leverage management buy out*, rachat par les salariés ou cadres dirigeants de la société). Le remboursement repose sur les résultats de la société et plus spécifiquement par ses cash-flows. Le destin de la cible, une fois les emprunts remboursés, est d'être revendue au bout de quatre ou cinq années par exemple, avec une forte plus-value.

198. **La facturation de prestations de services.** L'acquisition par la holding de la majorité des titres de la cible conduit à la création d'un groupe de sociétés. Pour rembourser la dette il faut dégager le maximum de liquidités le plus rapidement possible et revendre le tout avec profit. Le remboursement de la dette se fait par les remontées de dividendes. Cependant, certains repreneurs sont tentés d'utiliser les fonds disponibles dans la société cible en concluant une convention de prestations de services. Ce qui permet, d'une part, d'augmenter les capacités financières de la holding de reprise pour l'aider à assurer le service de sa dette, et d'autre part, d'obtenir des revenus fixes qui remontent tous les ans, car les dividendes eux ne sont pas fixes chaque année puisqu'ils dépendent des résultats réalisés par la filiale.

199. Toutefois, cette opération peut malmener les intérêts de la filiale.

§ II. Les intérêts malmenés de la société cible

200. **Vampirisme financier.** Le LBO ne doit pas « se muer en vampirisme financier » pour

²¹⁸ COZIAN Maurice, VIANDIER Alain, DEBOISSY Florence. *Droit des sociétés*, LexisNexis, 34^{ème} édition, p. 843

²¹⁹ Source de la définition : ASSAYA Laure, « petit glossaire du LBO », *LexisNexis*, Droit des sociétés n°8, aout 2005, prat.3

²²⁰ Pour un exemple de montage V. *Annexe 8*

reprendre les termes du Professeur Renaud Mortier²²¹. En effet, la société holding n'a été créée que pour racheter une société et ce rachat se finance par les remontées de dividendes. L'objectif étant que ce soit la société rachetée qui finance ainsi le coût financier de sa propre reprise.

201. **Jurisprudence Rozenblum et intérêt de la société.** La question est de savoir si la jurisprudence Rozenblum²²² qui légitime certaines avances de trésorerie au sein des groupes doit ou non apporter une dérogation au principe du LBO. Pour rappel, des avances de trésorerie consenties par une société ne sont pas forcément constitutives d'abus de biens sociaux dès lors que l'opération est justifiée par un intérêt économique, social ou financier commun établi dans le cadre d'une politique du groupe. Trois conditions particulièrement strictes ressortent de cette jurisprudence lorsque des flux financiers sont existants dans un groupe de sociétés qui sont :

-l'existence d'une contrepartie à l'égard des sociétés qui se sont momentanément appauvries au profit des autres ;

-la démonstration que la politique financière du groupe ne rompt pas l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées ;

- la constatation que la politique du groupe ne met pas à la charge de certaines sociétés des engagements excédant leurs possibilités financières.

Toutefois peut-on considérer qu'un LBO fait naître un groupe ? N'est-on pas en présence d'une structure totalement artificielle dénuée de réalité économique ? Est-ce légitime de faire peser sur une société autant de charges dans l'unique dessein d'enrichir les actionnaires de la holding ? Il est en effet délicat de trouver un intérêt de groupe entre deux structures qui ne partagent aucune activité commune, la cible étant seulement au service de la holding pour lui permettre de rembourser ses emprunts.

202. De surcroît, la facturation de prestations de services se justifie aisément en présence d'un groupe composé de plusieurs voire d'une multitude de filiales, cela facilite l'organisation et les économies d'échelle pouvant en résulter. Cependant, le LBO correspond à un organigramme sociétaire cantonné le plus souvent à deux sociétés (une holding et une société cible), l'intérêt de la mise en place d'une convention de prestations de services entre elles afin d'organiser l'immixtion rémunérée de la première dans la gestion de la seconde peut paraître douteuse. Les intérêts se retrouvent surtout du côté des repreneurs et de leur holding de reprise, l'utilité pour la société cible n'est pas avérée.

203. En dépit de l'utilité douteuse de ces conventions pour la société cible, tant qu'elles restent équilibrées et qu'il y a une contrepartie, les risques restent faibles. Ces risques, en revanche, sont bien présents lorsque ces conventions ont pour but de permettre au repreneur d'augmenter l'aspect « vampirisme financier » en appauvrissant la société cible.

§ III. Les risques en cas d'appauvrissement de la société cible

204. **Risques généraux.** Lorsque le contrat n'est pas équilibré ou que le service rendu par la

²²¹ R. Mortier, H. Hovasse et D. Marcheteau, Les LBO (leverage buy out), Actes prat. ing. sociétaire 2008, n° 99.

²²² Cass. Crim., 15 mars 1972, préc.

holding à la cible n'est pas réel, ou encore s'il ne favorise pas la poursuite de l'intérêt social, tous les risques que nous avons abordés précédemment resurgissent²²³. Il est donc important de n'envisager la conclusion de ces conventions que si la holding peut rendre un service réel à la cible. Il faut que le montant de ce service soit proportionné au travail réalisé et que le prix demandé ne fasse pas supporter une charge excessive à la cible.

205. **Risque pénal.** Si la gestion opérée par les investisseurs amène à l'asphyxie de la société cible, leur responsabilité pénale sur le fondement de l'abus de bien social ou encore l'abus de vote peut être engagée. Par exemple, dans l'affaire « Delattre Levivier »²²⁴ la Cour de cassation a condamné pour abus de biens sociaux une personne physique président d'une société reprise et d'une holding. En effet, la holding avait profité de conventions de centralisation de trésorerie et d'assistance technique, mais également de fausses factures pour rembourser les échéances de son emprunt. En outre, dans un autre arrêt, la Cour²²⁵ considère qu'un dirigeant ne peut invoquer la notion de groupe pour échapper à sa responsabilité pénale. En effet, en l'espèce un gérant a fait supporter à la société cible des charges trop importants destinées à rembourser l'emprunt contracté pour le rachat des actions. La Cour de cassation a considéré que ce gérant s'était rendu « coupable d'abus de biens sociaux » « qu'il ne saurait, pour justifier ses prélèvements, faire état d'un intérêt de groupe » puisque la holding « ne disposait à l'évidence pas des ressources suffisantes pour faire face au remboursement des avances et prêts dont elle a bénéficié et qui apparaissent en réalité avoir été consentis sans contrepartie réelle et au bénéficiaire exclusif » du gérant. L'arrêt ajoute « que les prélèvements opérés dans la trésorerie de la société cible, de façon réitérée et sans aucune contrepartie, témoignent de l'intention frauduleuse du gérant, qui en a été le principal bénéficiaire ».

206. **Affaire Matra et Hachette.** Le risque de condamnation pénale est d'autant plus grand si des managements *fees* ont été facturés avec une marge excessive. C'est notamment ce qu'a considéré la Cour d'Appel dans l'affaire « Matra et Hachette ». Une convention de prestations de services prévoyait que la société Matra et Hachette, devenue Lagardère SCA, verserait à la société Arjil groupe un honoraire forfaitaire annuel égal à 0,20% de leurs chiffres d'affaires, révisable en cas de variation brutale et sensible de ces chiffres, pour la rémunérer de prestations d'animation, de relation, d'assistance, définies de manière globale et devant faire chaque année l'objet d'un rapport particulier. Or, un associé de la société Matra et Hachette a exercé une action sociale car il estimait que « la rémunération de la société Arjil groupe était très supérieure au coût réel des prestations qu'elle était censée procurer », il a porté plainte et s'est constitué partie civile pour abus de biens sociaux. La Cour de cassation a considéré que le dirigeant avait commis une faute au détriment des deux sociétés qui devait être réparée et l'a condamné à verser la somme de 14.345.453,52 euros à Lagardère SCA²²⁶.

²²³ V. Supra chapitre 1

²²⁴ Cass. Crim., 10 juillet 1995 : Légifrance, pourvoi n°94-82.665

²²⁵ Cass. Crim., 5 mai 1997 : Légifrance, pourvoi 96-81.482

²²⁶ Cour d'appel 9^{ème} ch. de Versailles. 30 juin 2005 : https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjwo da12ZH5AhUCQhoKHO0ADdgQFnoECAMQAO&url=https%3A%2F%2Fwww.courdecassation.fr%2Fdecision%2Fexport%2F6079a8e89ba5988459c4f2cb%2F0&usq=AOvVaw0lQfz_Z9vxtD26pjK9BYn

207. **Confusion de patrimoine.** La conclusion d'une convention de trésorerie déséquilibrée peut aussi conduire à une extension de procédure collective de la holding qui n'a pas pu rembourser ses emprunts à la cible, pour confusion des patrimoines, s'il apparaît que cette convention a entraîné des flux financiers anormaux entre les deux structures²²⁷. Cette décision peut donc se voir appliquer également en présence d'une convention de prestations de services qui est déséquilibrée.

208. **Fictivité.** Par ailleurs, l'extension de patrimoine pour fictivité a pu être retenue lorsqu'une société a été constituée seulement pour prendre en charge le passif d'une entreprise personnelle ou d'une autre société qui était à la veille de la cessation des paiements²²⁸.

209. **Risques de la responsabilité pour insuffisance d'actif.** Comme évoqué plus haut, la direction de fait sera facilement démontrable puisque les services peuvent emporter perte d'une partie de l'autonomie managériale de la « cible animée » or, la dépendance de la filiale est une marque de la direction de fait. Par ailleurs, un arrêt a considéré qu'une remontée de dividendes peut s'analyser en une faute de gestion²²⁹ : « la décision de verser les dividendes doit être prise au regard de la situation de l'entreprise et de sa trésorerie, quand bien même ces dividendes devraient être affectés dans le cadre d'une opération de LBO ». Ainsi, peu importe que ces dividendes soient affectés dans le cadre d'une opération de LBO, cela ne remet pas en cause le principe posé. La Cour de cassation refuse surtout d'analyser la technique du LBO comme un cadre contraint abolissant le pouvoir d'appréciation du dirigeant social²³⁰. Ce qui implique qu'en surcroît de la remontée des dividendes, la conclusion d'une convention de prestations de services accru les risques de voir sa responsabilité engagée sur le fondement de l'insuffisance d'actif.

Conclusion

210. **Prise en compte des risques.** La mise en place d'une convention de prestations de services au sein d'un groupe de sociétés n'est donc pas anodine. Il faut, avant sa mise en place, prendre en compte tous les risques inhérents à la facturation de telles prestations. Ces risques se retrouvent aussi bien lorsque les sociétés du groupe sont en bonne santé financière, que lorsqu'elles sont en difficultés financières.

211. **Service effectif nécessaire et double-emploi.** En effet, la Cour de cassation ne s'oppose aucunement au développement des contrats de prestations de services. Elle marque simplement les limites. La convention de prestations de services ne doit pas être dépourvue de

²²⁷ PORACCHIA Didier et MERLAND Laure. *LBO – Acquisition avec effet de levier*, répertoire des sociétés, Dalloz, janvier 2005, p.49, citant : J.-P. BERTREL, Comment gérer la trésorerie dans un groupe ?, Dr. et patrimoine sept. 1996, p. 43, spéc. p. 55 ; V. cep. Cass. com. 27 oct. 1998, n° 1750 P, Bull. Joly 1999, § 40

²²⁸ PORACCHIA Didier et MERLAND Laure. *LBO – Acquisition avec effet de levier*, répertoire des sociétés, préc.

²²⁹ Cass. Com., 9 sept. 2020 : Légifrance pourvoi n° 18-12.444

²³⁰ FAVARIO Thierry. « LBO ruineux : une remontée de dividendes peut s'analyser en une faute de gestion », BJS, janvier -février 2021, p.44 et 45, note sous Cass. Com., 9 sept. 2020, n°18-12.444

contrepartie, se justifiant par le fait que cette convention fait double emploi avec les fonctions de l'un des organes sociaux déjà exercées au sein de la société. Les risques seront plus abondants lorsqu'une SARL ou SA est bénéficiaire des prestations car leur gouvernance est particulièrement réglementée. Le plus sécurisant, si les statuts le permettent, est de mettre une SAS bénéficiaire. Quoiqu'il en soit une logique économique minimale devrait être de nature à sauver la convention : il faut qu'elle procure à la société bénéficiaire un service effectif.

212. **Nullité relative encourue.** En tout état de cause, d'un point de vue strictement contractuel, la nullité encourue n'est à priori que relative. Les dangers sont donc minimes puisque seule la société pourra l'invoquer. Vigilance et prudence demeurent de mise en cas de cession de contrôle ou de changement de dirigeant, c'est d'ailleurs dans ces conditions que tous les contentieux susvisés²³¹ ont eu lieu.

213. **Risques fiscaux et sociaux redoutables.** Cependant, les risques fiscaux s'avèrent redoutables puisque l'administration fiscale a justifié ses décisions en s'appuyant sur le raisonnement civil. Dès lors, un contrôle fiscal pourrait remettre en cause tant la déductibilité des sommes, que la déductibilité de la taxe sur la valeur ajoutée. Par ailleurs, malgré le peu de décisions en la matière, il ne faut pas négliger les risques en cas de contrôle de l'URSSAF. En effet, un rappel des cotisations et contributions de sécurité sociale peut avoir lieu si la convention est dépourvue de cause, puisque les sommes versées au titre de cette convention s'avèrent être en réalité un salaire du mandat social, et doivent donc être soumises aux cotisations auprès du régime général de sécurité sociale. De plus, si un lien de subordination est avéré le contrat de prestations de services peut être requalifié en contrat de travail.

214. **Tâches techniques.** Le plus sécurisant pour les parties est de définir scrupuleusement dans la convention de prestations de services des tâches techniques ne se superposant pas avec l'objet social de la société bénéficiaire et les fonctions déjà exercées en interne. La rédaction contractuelle de la convention a donc son importance : il faudra adapter la convention de prestations de services au fonctionnement du groupe et répondre à l'objectif recherché. Il conviendra d'éviter les rédactions générales, extensives ou imprécises²³². La consultation d'un commissaire aux comptes est également conseillée avant la mise en place de la convention car, sa validation sans réserve sécurise les relations et permet d'obtenir un avis écrit de sa part limitant les risques fiscaux et civilistes.

215. **Tâches justifiées.** Un suivi périodique devra être également réalisé pour prouver que les prestations de services se distinguent des fonctions du dirigeant social mais également pour prouver la réalité des prestations. À cet égard, les feuilles de temps des personnes affectées à la réalisation de ces prestations seront inestimables en cas de contrôle. Par ailleurs, ce suivi devra veiller à justifier le montant des factures : le montant ne doit pas être surévalué ni sous-évalué.

²³¹ V. Supra, chapitre 1, section 1

²³² Par exemple, les missions présentes dans le contrat en *Annexe 5* sont générales et imprécises, d'autant plus qu'aucun suivi n'est effectué sur la réalité de missions. À contrario, le contrat en *Annexe 7* est plus détaillé et comporte plus de précisions, il est donc préférable d'adopter ce type de contrat pour minimiser les risques.

Le niveau de rémunération doit donc être cohérent avec chaque type de prestations, sur la base d'une véritable étude de prix de transfert en évitant les méthodes purement forfaitaires.

216. **Remise en cause de l'écran sociétaire.** En outre, lorsqu'une société du groupe, bénéficiaire des prestations, rencontre des difficultés une extension de procédure peut être prononcée à l'égard de la société prestataire en cas de fictivité ou de confusion de patrimoine. Il faudra donc veiller à ce que chaque versement de prestations au sein d'un groupe dote le flux d'une contrepartie. Il ne faut pas que le versement soit un mouvement anormal ne pouvant se justifier au regard de l'intérêt social de la filiale en difficulté. Par ailleurs, il faudra veiller à ne pas dépasser les fonctions et missions attribuées par la convention en s'immiscant de manière injustifiée dans la gestion d'une société du groupe sous peine de voir sa responsabilité engagée en cas de difficultés de l'une des filiales.

217. **Responsabilité pour insuffisance d'actif.** Les risques sont d'autant plus importants dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire car le dirigeant peut voir sa responsabilité engagée pour insuffisance d'actif si la preuve est rapportée qu'il a commis une faute de gestion dans l'exécution ou la facturation des prestations de services.

218. **Risque de condamnation pénale.** De plus, qu'importe que la société soit en difficulté ou in bonis, la responsabilité pénale peut être engagée sur le fondement de l'abus des biens, du crédit, du pouvoir ou des voix lorsque les prestations de services s'avèrent contraire à l'intérêt social notamment en cas d'appauvrissement de l'une des sociétés sans contrepartie. La caractérisation de ce délit peut amener à une condamnation de cinq années d'emprisonnement et une amende de 375 000 euros.

219. **Nécessité d'une réglementation uniforme.** En tout état de cause, ne faudrait-il pas adopter une réglementation uniforme pour les groupes de sociétés leur permettant de réglementer les flux et de sécuriser les relations juridiques ? Lors des débats précédant le vote de la loi du 24 juillet 1966²³³, le gouvernement avait annoncé son intention²³⁴ de soumettre rapidement au Parlement un projet de loi en ce sens. En vain, puisque cette déclaration n'a pas donné de suite. À l'instar du droit allemand, une réglementation d'ensemble des groupes de sociétés serait donc souhaitable de manière à ce que tous les Codes de manière générale réglementent la question et non pas que chaque branche du droit se saisisse individuellement de la notion de groupe.

²³³ Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966

²³⁴ V. JOAN CR 11 juin 1966, p. 1966, cité dans MESTRE Jacques et VELARDOCCHIO Dominique. *Le Lamy sociétés commerciales*, éditions Lamy affaires, 17 février 2022, titre 5, division 4, chapitre 1, section 1

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

I. Cour d'appel

- CA Aix 11 novembre 1985 : Rev. soc. 1987. som. 98
- CA Paris 23 mai 1997 : RJDA 10/97 n° 1277
- CA Paris, 3^{ème} ch. 20 juin 1997, Juris-Data n°021623
- CA Rennes 14 mars 2001 : Soinnejuris, n°45186
- CA Douai, 2 oct. 2003 : D., 2003, p. 2571, note A. Lienhard
- CA Paris 7^{ème} ch., sect. A, 7 sept. 2004, n° 2003/21837, Sté Holco
- CA 9^{ème} ch. de Versailles. 30 juin 2005 :
https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjwoda12ZH5AhUCQhoKHQ0ADdgQFnoECAMQAO&url=https%3A%2F%2Fwww.courdecassation.fr%2Fdecision%2Fexport%2F6079a8e89ba5988459c4f2cb%2F0&usg=AOvVaw0lQfz_Z9vxotD26pjK9BYn
- CA Paris, 25 nov. 2014, n°14/10443 : RJDA 4/2015, n°288
- CA de Versailles, 18 janv. 2018, n°17/00483
- CA de Paris, Pole 6, Chambre 12, 25 septembre 2020 : Lamyline, répertoire général n°17/07565
- CA Lyon, 24 nov. 2020 : Légifrance, pourvoi n°19-03.679

II. Cour administrative d'appel

- CAA Marseille, 3^e ch., 28 mai 2003, n° 99MA00533, Sté CTSO : RJF 6/2004
- CAA Nancy, 2^{ème} ch., 9 oct. 2003 : Légifrance, pourvoi n° 98NC02182, SA *Gamlor*
- CAA Bordeaux, 8 déc. 2005 : Légifrance, pourvoi n° 02BX01646
- CAA Nantes, 1^{ère} ch., 7 juill. 2016 : Légifrance, pourvoi n° 14NT01996, SAS *Rocal*
- CAA Paris, 10 oct. 2018 : Légifrance, pourvoi n° 17PA02373
- CAA Paris, 2^{ème} ch., 6 nov. 2019 : Légifrance, pourvoi n° 18PA02628, Sté *Self Media*

III. Cour de cassation

Chambres civiles

- Cass. Civ., 4 juin 1946, Arrêt Motte ; JCP 1947, II, 3518
- Cass. Civ., 13 décembre 1967 : JCP 1968.II.15676 obs. Couturier
- Cass. Civ. 3^{ème}, 25 févr. 2004 : Légifrance pourvoi n° 01-11.76.
- Cass. Civ. 3^{ème}, 12 décembre 2019 : Légifrance, pourvoi n°18-23.223.

Chambre commerciale

- Cass. Com., 10 janv. 1949, Bull. civ. II, no 15, RTD com. 1949.704
- Cass. Com., 23 juin 1954, Bull. civ. III, no 232, RTD com. 1954.875
- Cass. Com., 28 mars 1977, Rev. Soc. 1978.119
- Cass. Com., 5 mai 1982 : Légifrance, pourvoi n° 80-11.490
- Cass. Com., 8 nov. 1988 : Légifrance, pourvoi n°87-11.233
- Cass. com., 20 octobre 1992 : Rev. soc., 1993, 449
- Cass. Com., 6 avril 1993 : RJDA 8-9/93 n° 705

- Cass. Com., 11 mai 1993 : Légifrance, pourvoi n° 91-10.569, *Didier c/ Sté Marvac et autres*
- Cass. Com., 30 nov. 1993 : Légifrance, pourvoi, n°91-20.554
- Cass. Com., 14 déc. 1993 : Légifrance, pourvoi n°91-20.839
- Cass. Com., 25 janv. 1994 : Légifrance, pourvoi n°91-20.007
- Cass. Com., 26 avril 1994 : RJDA 8-9/94 n° 930
- Cass. Com., 18 oct. 1994 : Légifrance, pourvoi n°93-11.807, *SA Mace Holding c/ SARL Ravache et autres*
- Cass. Com., 4 juill. 1995 : Légifrance, pourvoi n°93-17.969
- Cass. Com., 24 oct. 1995 : Légifrance, pourvoi n° 93-11.322
- Cass. Com., 2 avr. 1996 : Légifrance, pourvoi n°94-16.380
- Cass. Com., 2 décembre 1997 : RJDA 4/98 n° 438
- Cass. Com., 17 fév. 1998 : Légifrance, pourvoi n°97-13.098
- Cass. Com., 23 nov. 1999 : Légifrance, pourvoi n° n° 97-14.693
- Cass. Com., 15 février 2000 : Légifrance, pourvoi n°97-18.821
- Cass. Com., 6 juin 2000 : Légifrance, pourvoi n°96-21.134
- Cass. Com., 4 juillet 2000 : Légifrance, pourvoi n° 98-12.117
- Cass. Com., 3 oct. 2000 : Légifrance, pourvoi n°96-15.514
- Cass. Com., 28 mai 2002 : Légifrance, pourvoi n°00-13.127
- Cass. Com., 25 fév. 2004 : Légifrance, pourvoi n°01-11.764
- Cass. Com., 25 fév. 2004 : Légifrance, pourvoi n°01-11.862
- Cass. Com., 19 avr. 2005 : Légifrance, pourvoi n° 05-10.094
- Cass. Com., 12 juillet 2005 : Légifrance, pourvoi n° 03-14.045
- Cass. Com., 11 oct. 2005, JCP E 2005, pourvoi n°49-1796
- Cass. Com., 27 juin 2006 : Légifrance, pourvoi n°04-15.831
- Cass. Com., 16 juin 2009 : Légifrance, pourvoi n° 08-15.883
- Cass. Com., 30 juin 2009 : Légifrance, pourvoi n°08-15.715
- Cass. Com., 18 mai 2010 : Légifrance, pourvoi n°09-14.855 (*arrêt Larzul*)
- Cass. Com., 14 septembre 2010 : Légifrance, pourvoi n°09-16.084, *société Samo gestion c/ société Sorépla (arrêt Samo gestion)*
- Cass. Com., 21 juin 2011 : Légifrance, pourvoi n°10-19.770
- Cass. Com., 15 nov. 2011 : Légifrance, pourvoi n°10-21.701
- Cass. Com., 10 mai 2012 : Légifrance, pourvoi n°11-11.903
- Cass. Com., 12 juin 2012 : Légifrance pourvoi n° 11-16.109
- Cass. Com., 23 oct. 2012 : Légifrance, pourvoi n°11-23.376, *Société PG Conseil développement (PGCD) c/ Chatel-Louroz es qual (Arrêt Mécasonic)*
- Cass. Com., 19 nov. 2013 : Légifrance, pourvoi n°12-28.367
- Cass. Com., 10 déc. 2013 : Légifrance, pourvoi n°12-23.20
- Cass. Com., 16 sept. 2014 : Légifrance, pourvoi n°13-19.127
- Cass. Com., 3 févr. 2015 : Légifrance, pourvoi n°13-24.895
- Cass. Com., 3 mars 2015 : Légifrance, pourvoi n°13-25.094
- Cass. Com., 27 mai 2015 : Légifrance, pourvoi n°14-17.035
- Cass. Com., 16 juin 2015 : Légifrance, pourvoi n°14-10.187
- Cass. Com., 24 nov. 2015 : Légifrance, pourvoi n°14-19.685, *SAS TER*
- Cass. Com., 12 janv. 2016 : Légifrance, pourvoi n°14-23.359
- Cass. Com., 2 nov. 2016 : Légifrance, pourvoi n°15-13.006, *Sté Arpège*
- Cass. Com., 6 déc. 2016 : Légifrance, pourvoi n°15-11.105
- Cass. Com., 25 janv. 2017 : Légifrance, pourvoi n°14-28.792
- Cass. Com., 20 avril 2017 : Légifrance, pourvoi n°15-19.750
- Cass. Com., 24 mai 2018 : Légifrance, pourvoi n°17-10.117

- Cass. Com., 12 déc. 2018 : Légifrance, pourvoi n°16-15.217, *Sequana*
- Cass. Com., 22 mai 2019 : Légifrance, pourvoi n°17-13.555
- Cass. Com., 5 juin 2019 : Légifrance, pourvoi n°17-26-167
- Cass. Com., 9 sept. 2020 : Légifrance pourvoi n°18-12.444

Chambre criminelle

- Cass. Crim., 3 févr. 1970, Bull. civ. IV, n° 47
- Cass. Crim., 15 mars 1972 : Légifrance, pourvoi n°71-91.378
- Cass. Crim., 4 février 1985 : Légifrance, pourvoi n°84-91.851, *Rozenblum*
- Cass. Crim., 10 juillet 1995 : Légifrance, pourvoi n°94-82.665
- Cass. Crim., 20 févr. 1997 : Légifrance, pourvoi n°96-81.613
- Cass. Crim., 5 mai 1997 : Légifrance, pourvoi 96-81.482

Chambre sociale

- Cass. Soc., 13 nov.1996 : Légifrance, pourvoi n° 94-13.187
- Cass. Soc., 3 juin 2009 : Légifrance, pourvois n°08-40.981, n°08-40.982, n°08-40.983, n°08-41.712, n°08-41.713, n°08-41.714
- Cass. Soc., 18 janv. 2011 : Légifrance, pourvoi n°09-69.199, *Sté Jungheinrich c/ Delimoges et autres*
- Cass. Soc., 22 juin 2011 : Légifrance, pourvoi n° 09-69.305
- Cass. Soc., 30 nov. 2011 : Légifrance, pourvoi n° 10-22.964
- Cass. Soc., 25 sept. 2013 : Légifrance, pourvoi n° 11-25.733
- Cass. Soc., 2 juillet 2014 : Légifrance, pourvoi n°13-15.208
- Cass. Soc., 6 juillet 2016 : Légifrance, pourvoi n°15-15.685
- Cass. Soc., 7 mars 2017 : Légifrance, pourvoi n°15-16865

IV. Conseil d'État

- CE section, 27 juillet 1984 : Légifrance, pourvoi n°34588, *SA Renfort service*
- CE 7^{ème} et 9^{ème} sous-section, 27 février 1991 : Légifrance, pourvoi n°48780, *SARL d'édition des d'artistises peignant de la bouche et du pied.*
- CE, 3^{ème} et 8^{ème} ss-sect., 16 mai 2008 : Légifrance, pourvoi n° 288101
- CE, 9^{ème} et 10^{ème} ss-sect., 3 déc. 2010 : Légifrance, pourvoi n° 310946, *min. c/ Sté de produits pharmaceutiques et d'hygiène*
- CE, 8^{ème} et 3^{ème} ss-sect., 25 mars 2013 : Légifrance, pourvoi n° 355035, *Sté Merlett France*
- CE 9^{ème} et 10^{ème} sous-section, 23 janv. 2015 : Légifrance, pourvoi n°369215, *SAS Rottapharm*
- CE 13 juin 2018 : Légifrance, pourvois n°395495, 399121, 3999122 et 399124
- CE Plénière, 21 déc. 2018 : Légifrance, pourvoi n°402006, *société Crœe Suisse*

V. Conseil Constitutionnel

- Cons. const., 7 déc. 2012 : Légifrance, décision n° 2012-286 QPC

LISTE DES SIGNES ET ACRONYMES

| | |
|---------------|--|
| AGS | Assurance de Garantie des salaires |
| al. | alinéa |
| art. | article |
| BJE | Bulletin Joly Entreprises en difficulté |
| BJS | Bulletin Joly Sociétés |
| Bull. Joly | Bulletin Joly |
| CA | Cour d'appel |
| CAA | Cour administrative d'appel |
| Cass. civ. | Cour de cassation, chambre civile |
| Cass. com. | Cour de cassation, chambre commerciale |
| Cass. crim. | Cour de cassation, chambre criminelle |
| Cass. soc. | Cour de cassation, chambre sociale |
| C. civ | Code civil |
| C. com. | Code de commerce |
| C. Const | Conseil Constitutionnel |
| CE | Conseil d'État |
| CE Ass. Plén. | Conseil d'État, Assemblée Plénière |
| CGI | Code général des impôts |
| Ch. | Chambre |
| CP | Code pénal |
| CPP | Code de procédure pénale |
| C. Trav. | Code du travail |
| EURL | Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée |
| Infra | ci-dessous |
| INSEE | Institut national de la statistique et des études économiques |
| JCP | Jurisclasseur périodique |
| LBO | <i>leverage buy out</i> ou opération à effet de levier. |
| L.G.D.J | Librairie générale de droit et de jurisprudence |
| LMBO | <i>leverage management buy out</i> ou rachat par les salariés ou cadres dirigeants de la société |
| Not. | Notamment |
| OBO | <i>owner buy out</i> ou rachat par soi-même |

| | |
|------------|---|
| ord. | ordonnance |
| OCDE | Organisation de coopération et de développement économique |
| PDG | Président et directeur général |
| préc. | précité |
| préf. | préface |
| Rev. Soc. | Revue des sociétés |
| RG | Répertoire Général |
| RJDA | Revue de jurisprudence de droit des affaires |
| RJF | Revue de jurisprudence fiscale |
| SA | Société anonyme |
| SAS | Sociétés par actions simplifiée |
| SCI | Société civile immobilière |
| som. | Sommaire |
| ss-section | sous-section |
| sté | Société |
| Supra | ci-dessus |
| TVA | Taxe sur la valeur ajoutée |
| V. | voir |
| URSSAF | Union de recouvrement des cotisations de Sécurité sociale et d'allocations familiales |

BIBLIOGRAPHIE

ARTICLES

ASSAYA Laure, « petit glossaire du LBO », *LexisNexis*, Droit des sociétés n°8, aout 2005, prat.3

BARRILLON Clément. « Les conventions de management de nouveau sur le devant de la scène », *Gazette du palais*, mardi 26 mars 2019, n°12, p. 76 à 78

BERTREL Jean-Pierre. « Les pactes entre la holding de reprise et la « cible » dans un LBO », *Droit et Patrimoine*, Numéro 186, 1^{er} novembre 2009

BOMMIER Loup. « Les conventions de management conclues avec un dirigeant social constituent-elles nécessairement un acte anormal de gestion ? – Observations sur un droit de superposition », *revue de droit fiscal*, n°15-16, 15 avril 2021, p. 212

CAFFIN-MOI Marie. « Conventions de management fees : une fausse ouverture », *L'Essentiel droit des contrats*, N°2, Février 2017, p.6

CAFFIN-MOI Marie. « Groupe de sociétés : vers une responsabilisation des sociétés mères », *L'ESSENTIEL Droit des contrats* n°4, p.7

CAFFIN-MOI Marie. « Insuffisance d'actif : la périlleuse distinction entre simple négligence et faute de gestion », *Gazette du Palais*, n°22, 15 juin 2021, page 65

COUPET Caroline. « Contrat de management et organisation sociétaire », *AJ contrat*, 2017, p.61

DOM Jean-Philippe. « Principales conditions d'existence et de validité d'une convention de direction », *Revue des sociétés*, 2011, p.424, note sous Cour de cassation (com.) 14 septembre 2010, F-D, n° 09-16.084, *S^{te} Samo gestion c/ S^{te} Sorepla industrie*

DONDERO Bruno. « Coup d'arrêt à la pratique des managements fees », *Gazette du Palais*, 21 déc. 2012, n°357, p.21

FAVARIO Thierry. « LBO ruineux : une remonté de dividendes peut s'analyser en une faute de gestion », *BJS*, janvier -février 2021, p.44 et 45, note sous Cass. Com., 9 sept. 2020, n°18-12444

GROSSI Isabelle. Le groupe, une « réalité éclatée », *Joly Sociétés Études*, Id : S_EG010 , date d'actualisation : 12/05/2020, LaBaseLextenso, consulté le 22 juin 2022 à 21h55 : https://www-labase-lextenso-fr.budistant.univ-nantes.fr/etudes-joly-societes/S_EG010?em=GROSSI%20Isabelle.%20Le%20groupe%2C%20une%20«%20réalité%20éclatée%20»%20%20

LADOUX Laurence. « Holding animatrice : comment éviter la requalification en holding pure », *Les Nouvelles Fiscales*, N°1291, 1^{er} juillet 2021

LE CANNU Paul. « Contrat de management et double rémunération », *Bulletin Joly Sociétés*, n°12, 1^{er} décembre 2010, p.960, note sous Cass.com., 14sept.2010, n°09-16084, Samo- Gestion c/ Sorepla Industrie

LE NOACH Gauthier. « Redevances de prestations intragroupe de direction (management fees) : l'absence de rémunération du dirigeant n'exclut pas l'anormalité de la charge », *la semaine juridique – entreprise et affaire*, n°18, 6 mai 2021, p.1243, note sous CAA Paris, 6 nov. 2019, n° 18PA02628 : JurisData n° 2019-022761

LUCAS François-Xavier. « Responsabilité du banquier : le banquier administrateur de fait par personne interposée », *revue mensuelle du JurisClasseur – Droit des sociétés*, octobre 204, p.10

MAATA-DEVAUX Lila. « Management fees, la maîtrise du risque », *la revue fiscale du patrimoine*, n°2, mars 2020, p.1 à 4, note sous CAA Paris, 6 nov. 2019, n° 18PA02628 : JurisData n° 2019-022761

MARMOZ Franck. « De la validité des conventions de gestion », *Recueil Dalloz*, 2011, p.57

MAYER BROWN. « Dirigeants rémunérés sous forme de contrat de prestation de services : attention ! », *flash tax*, novembre 2010, note sous l'arrêt Cass. Com. 14 septembre 2010, n°09-16.084, société Samo gestion c/ société Sorépla.

MOUIAL-BASSILANA. « Conditions de l'extension au sein d'un groupe de sociétés », *l'ESSENTIEL Droit des entreprises en difficulté*, n°2, 4 févr. 2014, p. 3, note sous Cass. Com., 16 déc. 2014, pourvoi n°13-24161

MOUIAL-BASSILAN Eva. « Extension de procédure pour confusion des patrimoines : les relations financières anormales précisées ». *BJS*, février 2017, p.143, note sous Cass. Com., 2 nov. 2016, pourvoi 15-13006, Sté Arpège, F-D

MOULIN Jean-Marc. « Management fees et direction générale d'une SAS », *Gazette Spécialisée*, 2 mai 2016 n°5, p.59-63, note sur Cass. Com., 25 nov. 2015, pourvoi n°14-19685, Sté Tri environnement recyclage (TER) c/ Sté Regards et M. X, D

PEROCHON Françoise. « Sous la loi Sapin, un cadeau de Noël pour le dirigeant fautif ? », *BJE* janv. 2017, p.1

PEROTTO Jacques et MATHEY Nicolas. « La mise en jeu de la responsabilité de la société mère est-elle une fatalité ? Regards croisés sur les groupes de sociétés et le risque de coemploi », *JCP / la semaine juridique – Edition sociale*, n°25, 24 juin 2014, p.1262

PETEL Philippe. « L'apparence d'une confusion de patrimoines ne permet pas l'extension d'une procédure collective », *BJS*, n)10, page 1050, note sous Cass. Com., 11 mai 1993, pourvoi n° 91-10569, Didier c/ Sté Marvac et autres

REYGROBELLET Arnaud. « La fin des conventions de management ? », *revue des sociétés*, 2013, p.160, note sous Cass. Com. 23 octobre 2012, n°11-23.376, Société PG conseil développement (PGCD) c/ Chatel-Louroz es qual

REYGROBELLET Arnaud. « Les conventions de management fees : où on est-on ? », *Bulletin Joly Sociétés*, février 2018, p.120 à 124

RIERA Alexandre. « Le contrat de gestion d'entreprise ou de management : l'art de travailler avec l'argent des autres ? », *AJ contrat*, 2017, Dalloz.fr, p.56

SOULEAU-TRAVERS Agnès et Guy-Alain DE SENTENAC. « Critères de l'action en extension de PROCEDURE collective pour confusion des patrimoines à l'intérieur d'un groupe de sociétés... », *Bulletin Joly Sociétés*, n°11, page 1358, note sur l'arrêt CA Paris 7^{ème} ch., sept. A, 7 sept. 2004, n°2003/21837, *Sté Holco*

OHL Daniel. Recueil Dalloz Sirey 1986 page 478 à 483, note sous arrêt Rozenblum, Cass. Crim., 4 févr. 1985

OUVRAGES

COZIAN Maurice, DEBOISSY Florence, CHADEFAUX Martial. *Précis de fiscalité des entreprises*, Lexisnexis, 2021/2022, 45^{ème} édition.

COZIAN Maurice, VIANDIER Alain, DEBOISSY Florence. *Droit des sociétés*, LexisNexis, 34^{ème} édition.

JULLIAN Nadège, Sandrine TISSEYRE. *Répertoire des sociétés*, Dalloz, octobre 2021 (actualisation : avril 2022), rubrique « nullité », chapitre 2, section 1.

LE CORRE Pierre-Michel. *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, 11^{ème} édition, 2021/2022.

LOYER Sylvie. *Mémento pratique, Fiscal 2019*, éditions Francis Lefebvre, février 2019.

MESTRE Jacques et VELARDOCCHIO Dominique. *Le Lamy sociétés commerciales*, éditions Lamy affaires, 17 février 2022.

Rapport annuel 2010 de la Cour de cassation, *Le droit de savoir*, La Documentation française, page 381, Quatrième partie : jurisprudence de la cour.

RIBEAU Claire et JORET Benjamin. *Dossier pratique - entreprises en difficultés*, éditions Francis Lefebvre, à jour au 10 octobre 2019.

RODIERE René. *Le droit des sociétés dans ses rapports avec la concentration, commission des Communautés européenne*, série concurrence 1967, p. 53 : <http://aei.pitt.edu/40301/1/A4696.pdf>

PELLETIER Nicolas. *La responsabilité au sein des groupes de sociétés en cas de procédure collective*, préface de François-Xavier LUCAS, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2013

PORACCHIA Didier et MERLAND Laure. *LBO – Acquisition avec effet de levier*, répertoire des sociétés, Dalloz, janvier 2005

PORCHY-SIMON Stéphanie. *Les obligations*, Dalloz édition 2019

WEBOGRAPHIE

www.labase-lextenso.fr

www.lamyline.fr

www.dalloz.fr

www.lexis360.fr

www.legifrance.gouv.fr

www.evl.fr

bofip.impots.gouv.fr/bofip/11381-PGP.html/identifiant%3DBOI-PAT-IFI-30-10-40-20180608 consulté le 15 juillet 2022 à 19h50

www.village-justice.com/articles/lbo-financiarisation-economie-surfant-sur-vague-covid,38219.html consulté le 24 juillet 2022 à 10h23

www.insee.fr/fr/statistiques/4255703?sommaire=4256020 consulté le 26 juillet 2022 à 19h15

www.lesechos.fr/1997/11/les-groupes-dentreprises-sont-de-plus-en-plus-nombreux-en-france-823935 consulté le 26 juillet 2022 à 19h15

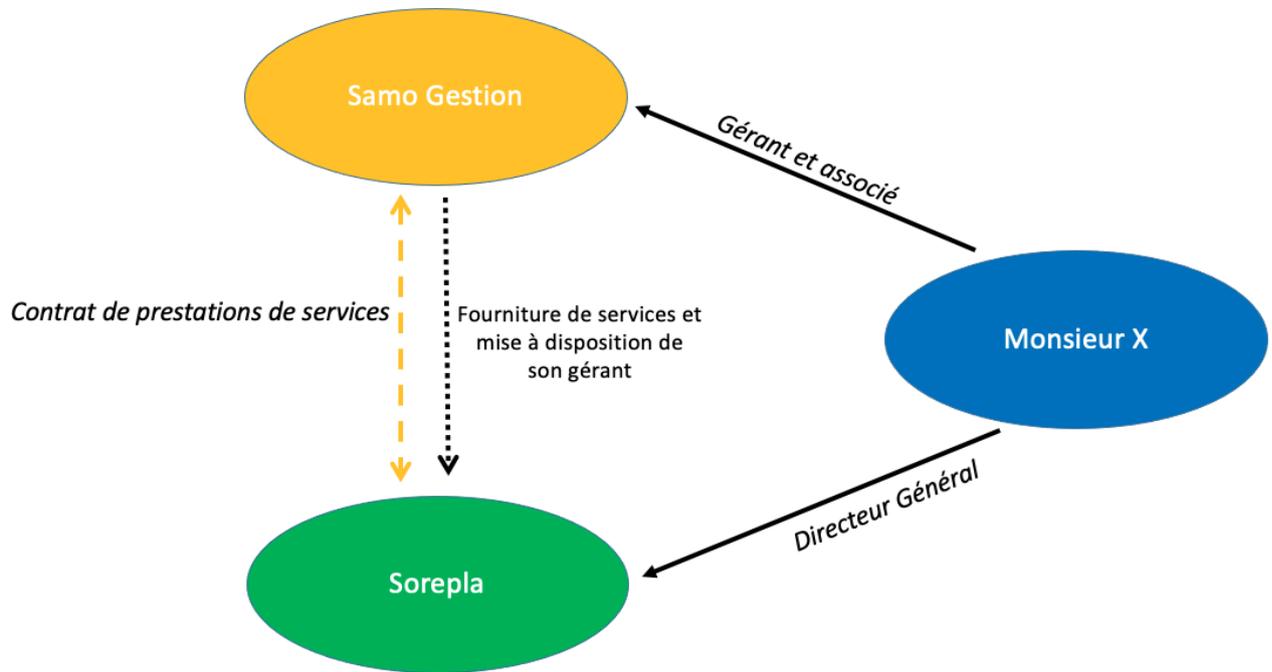
www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1041 le 28 juillet 2022 à 19h55

TABLE DES ANNEXES

| | |
|--|-----------|
| Annexe 1 – Schéma de l’arrêt Samo gestion | 66 |
| Annexe 2 – Schéma de l’arrêt Mécasonic..... | 66 |
| Annexe 3 – Schéma de l’arrêt SAS TER..... | 67 |
| Annexe 4 – Schéma étude de dossier 1 | 67 |
| Annexe 5 – Extrait de la convention de prestations de services du dossier 1 | 68 |
| Annexe 6 – Schéma étude de dossier 2 | 70 |
| Annexe 7 – Extrait de la convention d’assistance, d’animation et de prestation de services du dossier 2 | 71 |
| Annexe 8 – Exemple d’un montage de LBO | 78 |

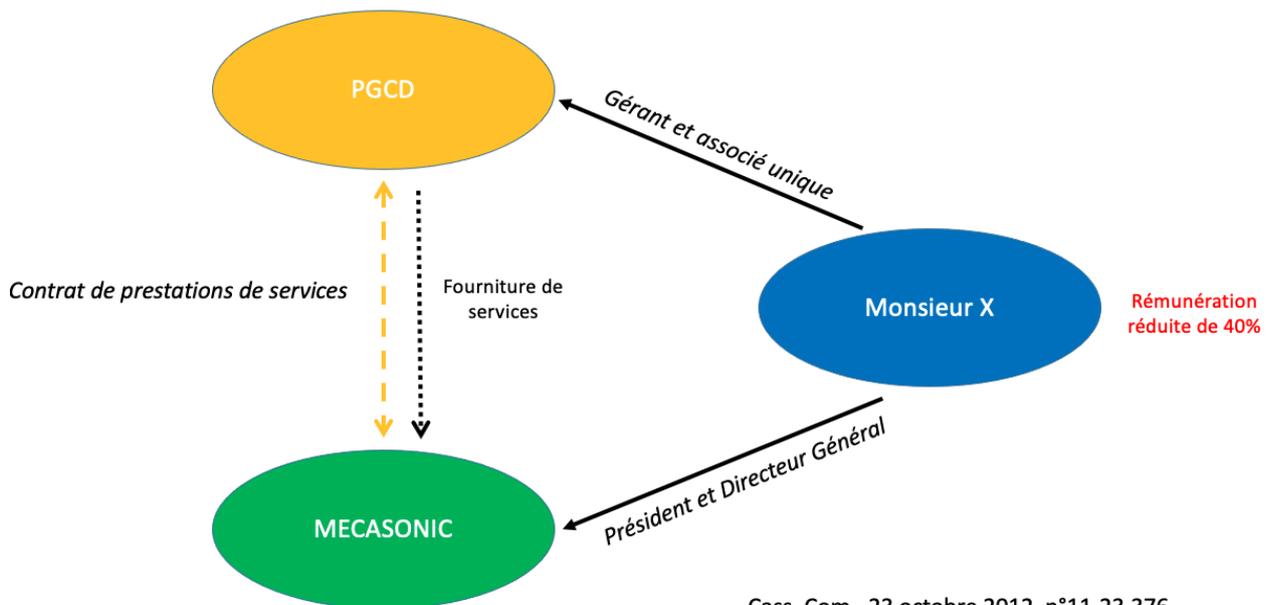
ANNEXES

Annexe 1 – Schéma de l'arrêt Samo gestion



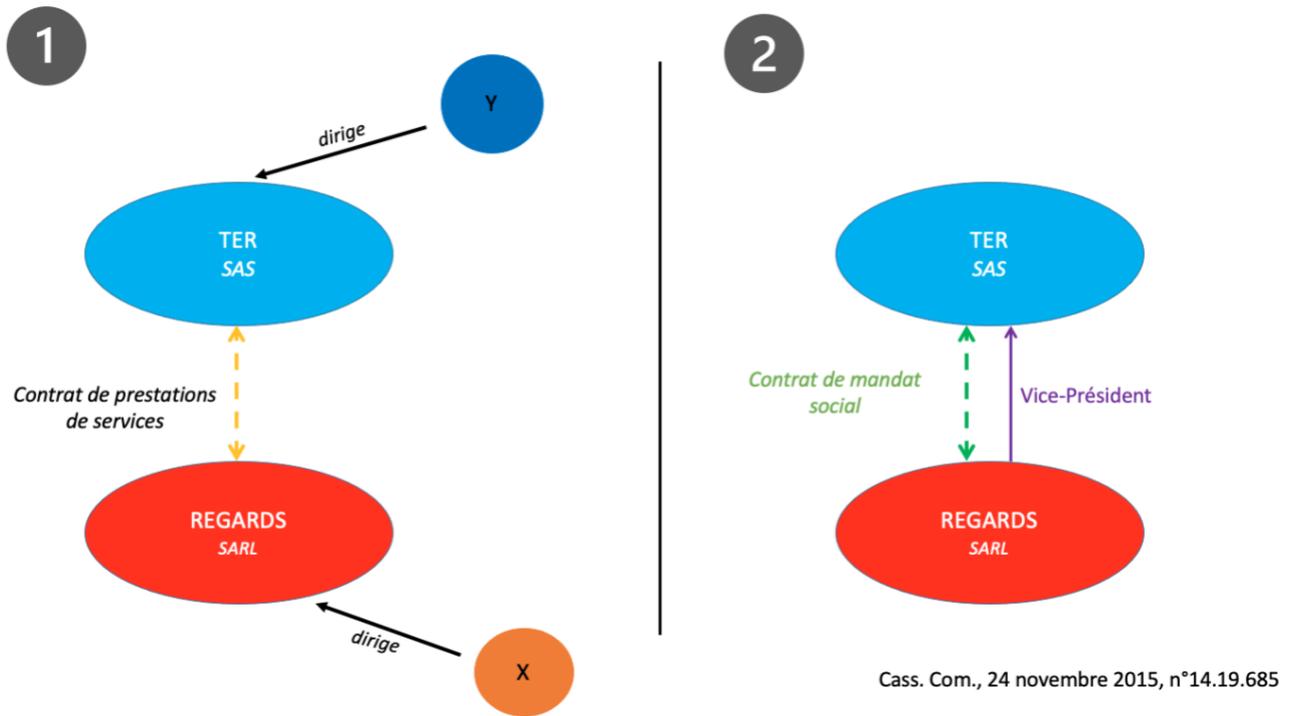
Cass. Com., 14 septembre 2010 n°09-16.084

Annexe 2 – Schéma de l'arrêt Mécasonic

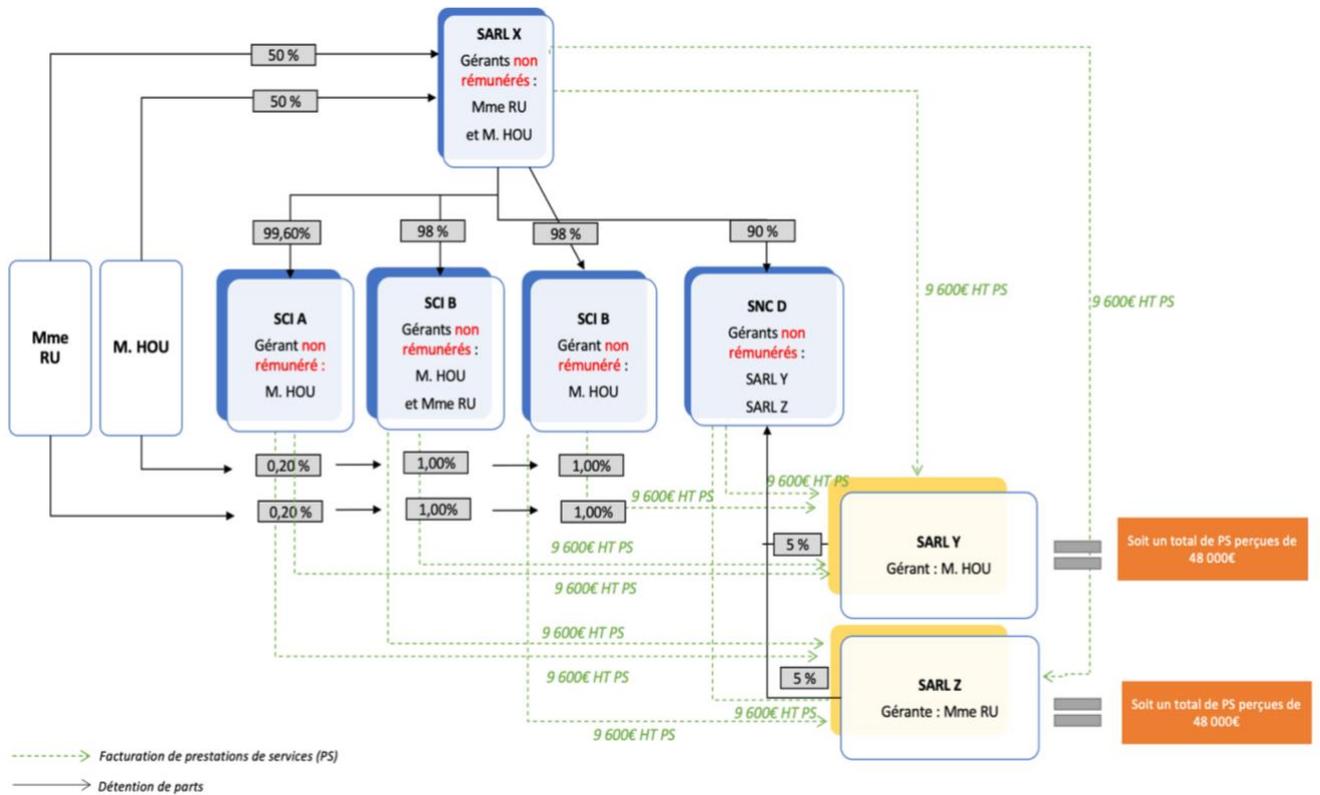


Cass. Com., 23 octobre 2012, n°11-23.376

Annexe 3 – Schéma de l'arrêt SAS TER



Annexe 4 – Schéma étude de dossier 1



Annexe 5 – Extrait de la convention de prestations de services du dossier 1

CONTRAT DE PRESTATION DE SERVICE

Entre les soussignés :

La société **SARL Y**, SARL au capital de 10 000 Euros, immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Paris sous le numéro XXX XXX XXX dont le siège social est à Paris, représentée par M HOU.

Ci-après désigné « le Prestataire »
D'une part,

Et :

La société **X**, SARL au capital de 15 000 Euros, immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Paris sous le numéro XXX XXX XXX, dont le siège social est à Paris, représentée par M HOU.

Ci-après désigné « le Client »
D'autre part,

Il a été arrêté et convenu ce qui suit :

Article un - Nature de la mission

Le Client confie au Prestataire une mission consistant à répondre aux besoins suivants :

Assistance administrative et comptable

- édition de factures, paiement de factures,
- relation avec cabinet comptable,
- relation avec les organismes bancaires,
- relation avec les impôts,
- rapprochements bancaires, etc...

Dans le cadre de cette mission, le Prestataire s'engage à mettre ses collaborateurs à la disposition du Client si cela est nécessaire pour la bonne exécution de la mission. Cependant, lesdits salariés resteront sous l'autorité et sous la responsabilité du Prestataire pendant leur intervention chez le Client.

Article deux - Prix et modalités de paiement

Le client s'engage à payer au Prestataire un prix total de **800 .00 € hors taxes par mois, payable trimestriellement**, soit un montant annuel de **9 600.00 € HT**.

D'autre part, il s'engage à rembourser au Prestataire les éventuels frais de déplacement ou de séjour à l'hôtel qui seraient nécessités pour l'exécution de la mission. Ces frais seront engagés après accord écrit du Client et ils devront être remboursés sur présentation des justificatifs.

M

Article trois - Obligations du Prestataire

Il est rappelé que le Prestataire est tenu à une obligation de moyens. Il doit donc exécuter sa mission conformément aux règles en vigueur dans sa profession et en se conformant à toutes les données acquises dans son domaine de compétence.

Il reconnaît que le Client lui a donné une information complète sur ses besoins et sur les impératifs à respecter.

Il s'engage à se conformer au règlement intérieur et aux consignes de sécurité applicables chez le Client.

Enfin, il s'engage à observer la confidentialité la plus totale en ce qui concerne le contenu de la mission et toutes les informations ainsi que tous les documents que le Client lui aura communiqués.

Article quatre - Obligations du Client

Afin de permettre au Prestataire de réaliser la mission dans de bonnes conditions, le Client s'engage à lui remettre tous les documents nécessaires dans les meilleurs délais.

Article cinq – Responsabilité

La responsabilité du Prestataire ne pourra être mise en cause qu'en cas de manquement à son obligation de moyens. En outre, le Client ne pourra pas l'invoquer dans les cas suivants :

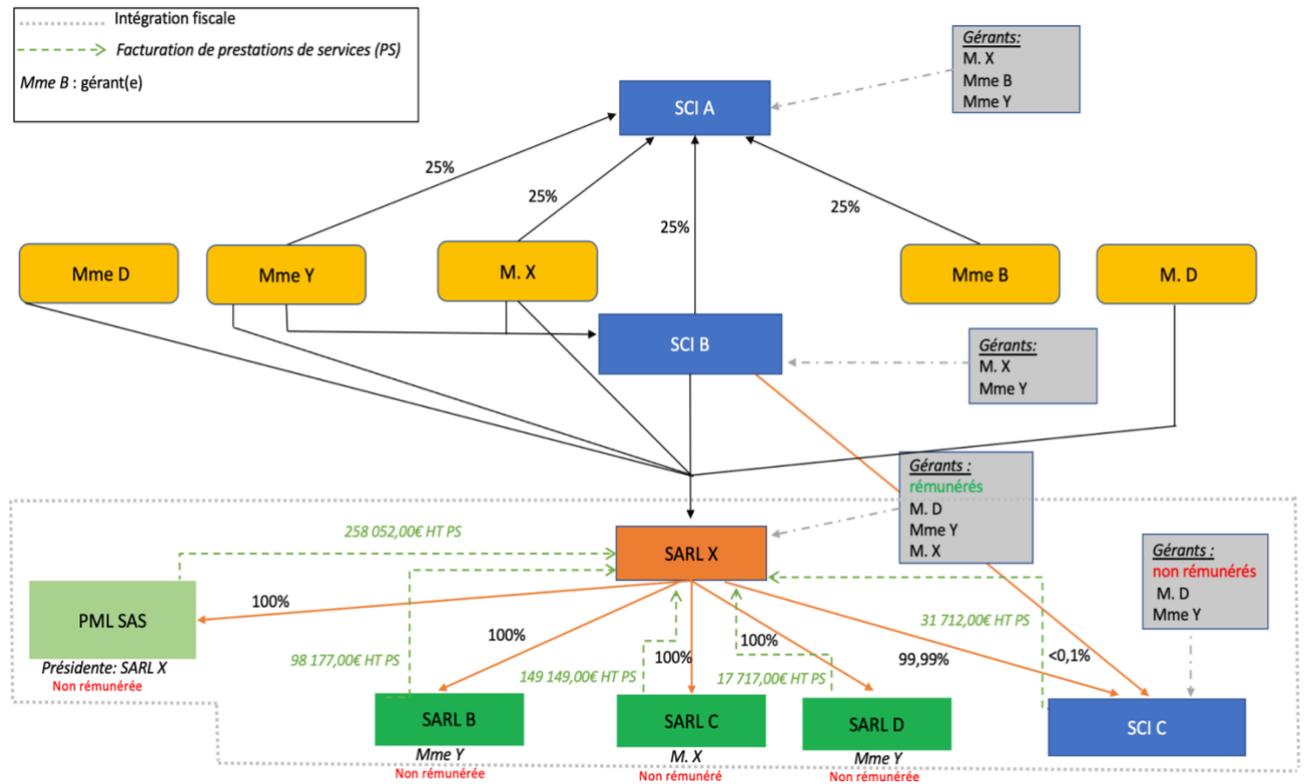
- s'il a omis de remettre au Prestataire un document ou une information nécessaire pour la mission,
- en cas de force majeure ou d'autres causes indépendantes de la volonté du Prestataire.

Article six - Droit applicable et juridiction compétente

Le présent contrat est assujéti au droit français. Tout litige qui résulterait de son exécution sera soumis aux tribunaux dont dépend le siège social du Prestataire.

Fait à Paris, le
En deux exemplaires

Annexe 6 – Schéma étude de dossier 2



| Sociétés Bénéficiaires | PML SAS | SARL B | SARL C | SARL D | SCI C |
|------------------------------------|---------------------|-------------|--------------|-------------|-------------|
| Montant versé | 258 052,00 € | 98 177,00 € | 149 149,00 € | 17 717,00 € | 31 712,00 € |
| SOIT TOTAL PERÇU PAR SARL X | 554 807,00 € | | | | |

**Annexe 7 – Extrait de la convention d’assistance, d’animation et de prestation de services
du dossier 2**

**CONVENTION D’ASSISTANCE, D’ANIMATION
ET DE PRESTATION DE SERVICES**

ENTRE

Société GL

Le Prestataire

ET

**Société A
Société B
Société C
Société D**

Société E

Les Bénéficiaires

En date du 1^{er} avril 2019

CECI EXPOSÉ, IL A ÉTÉ ARRÊTÉ ET CONVENU CE QUI SUIT :

CONVENTION

ARTICLE 1^{er} - OBJET

Par les présentes, la société GL le Prestataire, met à la disposition des Bénéficiaires, les sociétés ..., qui acceptent, son personnel, son expérience et sa compétence ainsi que les moyens matériels et logistiques nécessaires pour assurer l'exécution des services définis à l'article 2 ci-après.

ARTICLE 2 - DÉFINITION DES PRESTATIONS

2.1 Animation de l'ensemble des Bénéficiaires

La société GL conduit la politique de l'ensemble des Parties et participe au contrôle des Bénéficiaires.

Elle définit les priorités stratégiques et les axes de développement des Bénéficiaires, tout en assurant la coordination et elle s'assure de la mise en œuvre des actions en découlant.

Elle assure la promotion des Bénéficiaires prises dans leur ensemble.

Les organes dirigeants des Bénéficiaires respectent la politique générale du groupe définie exclusivement par la holding.

2.2 Prestations de services

➤ **Domaines administratif, comptable et financier**

Le Prestataire fournit aux Bénéficiaires les prestations suivantes :

- Assistance en matière de secrétariat ;
- Assistance en matière de comptabilité et de gestion financière ;
- Assistance en matière de facturation et de suivi des encaissements ;
- Établissement des tableaux de bord financiers ;
- Assistance en matière de contrôle de gestion et de comptabilité analytique ;
- Établissement et contrôle de l'exécution des budgets ;
- Tenue de la comptabilité en vue de l'établissement des comptes annuels ;
- Établissement des déclarations réglementaires et notamment les déclarations fiscales ;
- Études des projets d'investissement, des besoins et des moyens de financement ;
- Suivi des relations courantes avec les banques partenaires ;
- Suivi des relations courantes avec les assureurs et suivi de la gestion des dossiers-sinistres.

➤ **Ressources humaines**

Le Prestataire fournit aux Bénéficiaires les prestations suivantes :

- Paye et traitement des salaires et des charges sociales, des régimes de prévoyance ;
- Vérification du respect de l'application du droit du travail ;
- Assistance pour la sélection et le recrutement du personnel clé ;
- Assistance pour la formation et l'évolution du personnel ;
- Assistance en matière d'établissement des déclarations sociales, organisation des formations ;

16

- Assistance et conseils sur les aspects d'hygiène, sécurité et environnement liés aux activités du Bénéficiaire.

➤ **Matière juridique**

Le Prestataire fournit aux Bénéficiaires les prestations suivantes :

- Suivi du secrétariat juridique légal ;
- Rédaction de contrats ;
- Assistance en matière de restructuration ;
- Assistance dans les traitements de données personnelles et la conformité de ces traitements à la réglementation applicable.

➤ **Matière commerciale**

Le Prestataire fournit aux Bénéficiaires les prestations suivantes :

- Assistance en planification stratégique ;
- Assistance dans le développement et le lancement de nouveaux produits et services marchands ;
- Assistance dans la conception et l'organisation d'opérations de stimulation des ventes ;
- Assistance pour l'élaboration des stratégies marketing ;
- Conseils sur les techniques, méthodes et moyens de distribution ;
- Assistance dans l'optimisation des transports et moyens logistiques ;
- Conseils dans la réalisation des statistiques informatiques sur les ventes et locations ;
- Conseils en matière de normes et de sécurité des produits.

➤ **Domaine technique et informatique**

Le Prestataire fournit aux Bénéficiaires les prestations suivantes :

- Assistance pour la sélection des machines et équipements ;
- Assistance dans la sélection et l'utilisation des outils informatiques, conformément aux normes réglementaires et à celles du groupe ;
- Assistance dans la gestion des systèmes informatiques et leur protection.
- Assistance pour l'étude et la mise en œuvre des programmes d'essais et process ;
- Assistance dans la maintenance et la valorisation du contrôle qualité.

2.3 Variation des Prestations

Ces missions peuvent varier d'un Bénéficiaire à un autre, en fonction des nécessités et besoins exprimés par chaque Bénéficiaire.

Elles sont susceptibles de modification et d'évolution.

ARTICLE 3 - REMUNERATION

En rémunération du concours visé à l'article 2, le Prestataire perçoit une rémunération.

3.1 Majoration de 8 %

La rémunération hors taxe des prestations fournies par le Prestataire, en application de l'article 2 de la Convention, correspond au prix de revient de l'ensemble des coûts engagés par le Prestataire pour le Bénéficiaire concerné pour l'accomplissement des prestations objet des présentes, majoré de 8 %.

Les montants sont arrondis à l'euro.

Les coûts visés s'entendent de l'ensemble des dépenses : frais de personnels, frais de déplacement, frais d'assistance (en ce compris les honoraires et autres charges externes), etc... supportés par le Prestataire pour la réalisation des prestations définies à l'article 2.

3.2 Calcul des frais affectés à chaque Bénéficiaire

La rémunération du Prestataire est constituée du cumul des frais de personnel, frais de déplacements, frais engagés pour le compte des Bénéficiaires et des assurances.

▪ **Frais de personnel**

Le montant des frais de personnel imputés à chaque Bénéficiaire est calculé suivant la formule suivante :

- **Montant total de la rémunération brute et des cotisations patronales (X) multiplié par le Pourcentage de temps affecté par Bénéficiaire (Y) majoré de 8 %**

Soit $(X \text{ euros} \times Y \%) \times 1,08$

X = le montant des rémunérations brutes / salaires bruts et des cotisations employeur de chaque personne affectée

Y = le pourcentage de temps affecté à un Bénéficiaire.

NB : Le pourcentage total des salaires et rémunérations comprend l'ensemble des Bénéficiaires et le Prestataire.

▪ **Frais de déplacement**

Le montant des frais de déplacement est calculé comme suit :

- **Montant des frais de déplacement (X) multiplié par le Pourcentage de déplacement affecté à un Bénéficiaire (Y) augmenté de 8%**

Soit $(X \text{ euros} \times Y \%) \times 1,08$

X = le montant des frais annuels engagés par un salarié ou un dirigeant dans l'exercice des fonctions techniques

Y = le pourcentage de déplacement affecté à un Bénéficiaire, à savoir la fraction imputable à chaque Bénéficiaire ; le total des Bénéficiaires représentant 100 %

NB : Le pourcentage total des frais de déplacement comprend l'ensemble des Bénéficiaires et le Prestataire.

▪ **Frais d'assistance**

Les frais d'assistance correspondent aux déplacements administratifs, entretien des véhicules, missions de direction et/ou de gérance, petit matériel, maintenance informatique, frais de publicité le cas échéant, frais de réunion repas personnel, téléphone, frais de documentation générale, CESU, etc... la liste n'étant pas exhaustive. Ces frais sont majorés de 8 %

L'ensemble des frais d'assistance sont répartis selon la formule suivante :

- **Moyenne de la répartition des frais calculée, d'une part, au prorata du chiffre d'affaires réalisé par Bénéficiaire et, d'autre part, au prorata des effectifs affectés à chaque Bénéficiaire ; soit :**

Montant des frais répartis par Bénéficiaire, au prorata du Chiffre d'affaires de chaque Bénéficiaire,

Ajouté du montant des frais répartis par Bénéficiaire, au prorata des effectifs employés par chaque Bénéficiaire,

Divisé par 2

Soit : $((X \text{ euros} \times Y \%) + (X \text{ euros} \times Z \%)) / 2$

*X = le montant des frais annuels totaux majorés de 8 %
Y = le prorata du chiffre d'affaires réalisé par Bénéficiaire,
Z = le prorata des effectifs affectés à chaque Bénéficiaire, apprentis et
contrats de professionnalisation inclus.*

NB : Le pourcentage total des frais d'assistance comprend l'ensemble des Bénéficiaires, à l'exclusion du Prestataire.

▪ Frais d'assurances

Répartition des frais d'assurance affectés à chaque Bénéficiaire concerné à l'euro l'euro.

3.3 Refacturation des frais

Le Prestataire refacture à chaque Bénéficiaire le cumul de ses frais affectés, tels que calculés selon les formules déterminées à l'article 3.2, à savoir :

- Quote-part des frais de personnel
- Quote-part des frais de déplacement
- Quote-part des frais d'assistance
- Quote-part des frais d'assurances

3.4 Modalités de facturation

Les prestations objet de l'article 2 sont facturées trimestriellement par le Prestataire à chaque Bénéficiaire.

Le montant des factures trimestrielles est déterminé pour chaque exercice fiscal sur la base de coûts et dépenses directs et indirects à supporter par le Prestataire pour la réalisation des prestations au cours de ladite année et d'une estimation du temps consacré à chaque Bénéficiaire pour la même période (« Coûts estimés »).

Au terme de l'exercice, la Prestataire régularise le montant des Coûts estimés pour les prestations réalisées pendant l'exercice auprès de chaque Prestataire, sur la base des dépenses effectivement supportées.

Le paiement des factures est réalisé dans les trente jours suivant réception de la facture, par virement bancaire.

ARTICLE 4 - MODALITÉS D'EXÉCUTION DES PRESTATIONS

Sans préjudice des conditions dans lesquelles il exécute ses missions, le Prestataire affecte à la réalisation de ces missions son personnel, lequel dispose d'une qualification et d'une expérience en rapport avec la nature des Prestations objet de la présente convention.

Les personnes chargées de l'exécution de la présente Convention interviennent, le cas échéant, dans les locaux du Bénéficiaire concerné.

Le Prestataire se réserve la faculté de se faire assister, dans la réalisation des opérations visées à l'article 2, par tout prestataire extérieur (avocat, expert-comptable, consultant etc ...).

ARTICLE 5 - OBLIGATIONS DU PRESTATAIRE

Le Prestataire fournit tous les moyens à sa disposition et met en œuvre ses compétences et son savoir-faire pour la réalisation et l'exécution des Prestations dans les délais impartis, en respectant les impératifs et besoins exprimés par chaque Bénéficiaire.

A cet effet, le Prestataire met à la disposition des Bénéficiaires le personnel qualifié nécessaire à l'exécution des missions énumérées à l'article 2.

Le Prestataire décidera seul du choix du personnel devant être affecté à la réalisation des Services objet de la présente convention.

Le Prestataire emploie et rémunère son personnel sous sa responsabilité exclusive au regard des obligations fiscales et sociales.

Conformément aux articles L 324-14 et suivants et R 324-2 et suivants du Code du Travail relatifs au travail clandestin, le Prestataire a remis aux Bénéficiaires, au choix, l'un des documents suivants :

- attestation de fourniture des déclarations sociales émanant de l'organisme de protection sociale chargé du recouvrement des cotisations sociales incombant au Prestataire et datant de moins d'un an ;
- avis d'imposition afférent aux taxes professionnelles pour l'exercice précédent.

Le Prestataire veille à s'assurer, notamment auprès de son personnel et des tiers, de la confidentialité des informations et documents concernant les Bénéficiaires qu'il aura obtenus dans le cadre de l'exécution de la présente Convention.

La mission du Prestataire étant limitée aux prestations de services définies à l'article 2, il ne peut prendre aucune décision pour le compte des Bénéficiaires, à moins d'en avoir au préalable été expressément autorisé.

Le Prestataire s'interdit d'effectuer toute immixtion dans la gestion des Bénéficiaires, en dehors des missions prévues à l'article 2.

De plus, il incombe au Prestataire un devoir de mise en garde et de conseil, vis-à-vis des Bénéficiaires sur l'ensemble des Prestations qu'il lui fournit.

Enfin, le Prestataire agit en toute indépendance dans le choix de ses méthodes de travail et de son organisation afin d'exécuter les Prestations.

ARTICLE 6 - OBLIGATIONS DE CHAQUE BÉNÉFICIAIRE

Pendant toute la durée de la présente convention, chaque Bénéficiaire collabore de manière générale avec le Prestataire pour la réalisation des prestations objet de la présente Convention.

Chaque Bénéficiaire s'engage expressément à remettre au Prestataire, spontanément et en temps utile, ainsi qu'à première demande, l'ensemble des informations, renseignements documents et toute l'assistance raisonnablement nécessaire pour permettre au Prestataire la réalisation des prestations prévues à l'article 2.

Il exécute son obligation de règlement des Prestations effectuées.

ARTICLE 7 - DURÉE

La Convention prend effet le 1^{er} avril 2019 et ce, pour une durée d'une année entière et consécutive.

Elle sera prolongée par tacite reconduction pour une période de douze mois sauf dénonciation de ladite Convention par l'une des Parties au moins un mois avant son terme.

ARTICLE 8 - RÉSILIATION

8.1 Résiliation pour faute suffisamment grave

En cas d'inobservation suffisamment grave par l'une des Parties de l'une quelconque des obligations stipulées dans la Convention, celle-ci sera résiliée de plein droit et sans formalité, un (1) mois après mise en demeure de s'exécuter, adressée dans le respect des modalités prévues à l'article 10 et demeurée infructueuse.

Elle entraînera l'exigibilité et le paiement immédiat de toutes les sommes dues.

8.2 Résiliation pour perte de lien de contrôle effectif

La présente convention sera immédiatement et automatiquement résiliée, sans mise en demeure ni formalité préalable en cas de perte d'un lien de contrôle effectif, direct ou indirect, entre les autres parties.

ARTICLE 9 - INTUITU PERSONAE

Aucune des parties ne pourra transférer à un quelconque tiers que ce soit, sous quelque forme que ce soit, tout ou partie des droits et obligations résultant pour elle des présentes sans l'accord préalable et exprès de l'autre partie.

ARTICLE 10 - IMPRÉVISION

Chacune des Parties déclare, compte tenu de la période de négociations ayant précédé la conclusion de la présente convention, qui lui a permis de s'engager en toute connaissance de cause renoncer expressément à se prévaloir des dispositions de l'article 1195 du Code civil et du régime de l'imprévision qui y est prévu, s'engageant à assumer ses obligations même si l'équilibre contractuel se trouve bouleversé par des circonstances qui étaient imprévisibles lors de la conclusion des présentes, quand bien même leur exécution s'avérerait excessivement onéreuse et à en supporter toutes les conséquences économiques et financières.

ARTICLE 11 - NOTIFICATIONS

Toutes notifications ou communications devant être effectuées dans le cadre des présentes seront adressées, soit :

- par lettre recommandée avec accusé de réception, la date retenue étant la date de première présentation ;
- par lettre simple remise en mains propres et contresignée par son destinataire, la date retenue étant la date de contresignature par le destinataire du courrier.

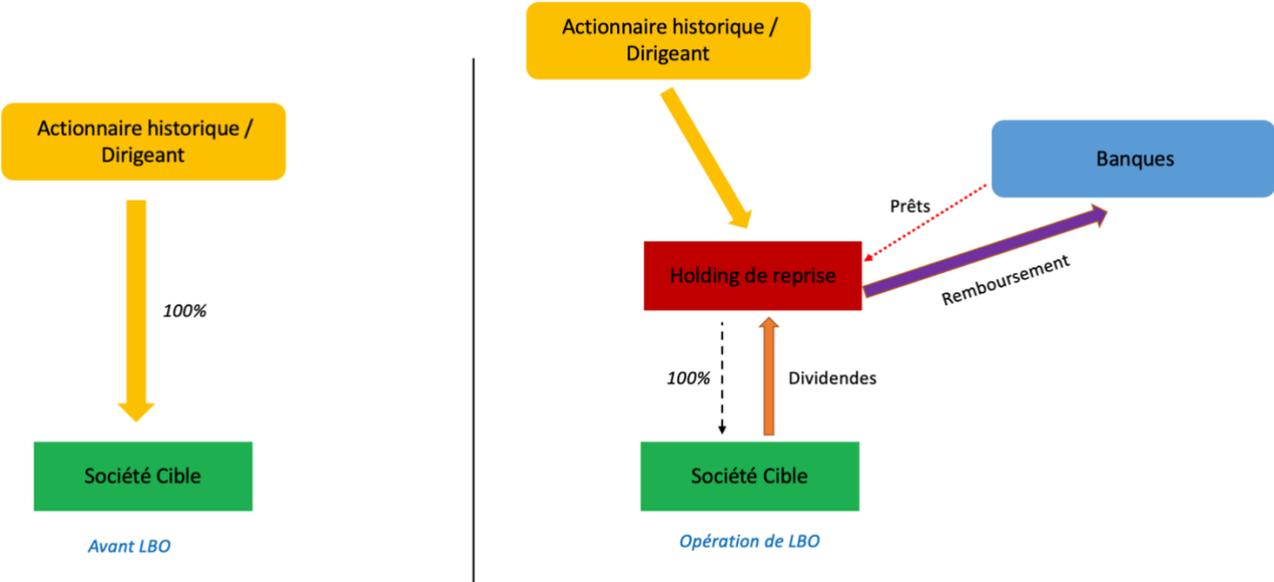
ARTICLE 12 - CONFIDENTIALITÉ

Sauf accord préalable entre elles, les Parties tiendront confidentiels l'existence, l'objet et le contenu de la Convention ainsi que toute information collectée ou échangée en relation avec son objet.

Aucune des Parties ne pourra divulguer, sous quelque forme que ce soit, quelque information que ce soit sur la Convention ou son objet sans l'approbation préalable et écrite de l'autre Partie, sauf (i) divulgation rendue obligatoire par la Loi, (ii) pour répondre à des demandes émanant d'autorités judiciaires, administratives ou de toute autre autorité compétente dans la mesure où cette divulgation

4

Annexe 8 – Exemple d’un montage de LBO



TABLES DES MATIERES

| | |
|---|-----------|
| ALTERNANCE | 1 |
| REMERCIEMENTS | 2 |
| RÉSUMÉ | 3 |
| SOMMAIRE | 4 |
| INTRODUCTION | 5 |
| Chapitre 1 – Les risques encourus par la société in bonis | 10 |
| Section 1. Le risque d’annulation du contrat..... | 10 |
| § I. Le fondement du droit commun des contrats..... | 10 |
| § II. Le respect de l’organisation sociétaire | 13 |
| A. La rigidité des règles gouvernant la société anonyme et la société à responsabilité limitée..... | 13 |
| 1. Les principes de gouvernance | 13 |
| a. La société anonyme..... | 13 |
| b. La société à responsabilité limitée | 14 |
| 2. Le critère du dessaisissement | 15 |
| B. La liberté accordée par la société par actions simplifiée..... | 16 |
| 1. Le principe de la liberté statutaire | 16 |
| 2. Les limites | 17 |
| § III. Les conséquences de la nullité | 18 |
| A. Les fondements de la nullité..... | 18 |
| 1. Les principes | 18 |
| a. La nullité fondée sur la violation d’une disposition impérative..... | 19 |
| b. La nullité fondée sur la violation statutaire | 19 |
| c. La nullité fondée sur le droit commun | 20 |
| 2. L’application pratique des principes aux conventions | 20 |
| B. La restitution des sommes | 21 |
| C. La nature de la nullité..... | 21 |
| Section 2. Les risques fiscaux | 22 |
| § I. Les conséquences concernant l’impôt sur les sociétés | 22 |
| A. Le principe en fiscalité | 22 |
| 1. La déductibilité des charges du bénéfice imposable | 22 |
| 2. L’acte anormal de gestion | 23 |
| B. L’application pratique aux conventions de prestations de services | 25 |
| 1. L’absence de contrepartie..... | 25 |
| 2. Un montant facturé disproportionné | 26 |
| § II. Les conséquences concernant la taxe sur la valeur ajoutée | 27 |
| § III. Les conséquences concernant la qualité d’animatrice de la holding..... | 28 |
| Section 3. Le risque pénal de l’abus des biens, du crédit, du pouvoir ou des voix | 29 |
| § I. L’élément matériel de l’infraction | 29 |
| A. Un acte d’usage | 29 |
| B. Un usage contraire à l’intérêt social | 30 |
| 1. L’appauvrissement | 30 |
| 2. La prise en compte du groupe | 31 |
| § II. L’élément moral de l’infraction..... | 31 |
| § III. La répression | 32 |

| | |
|---|-----------|
| Section 4. L'éventualité d'un risque de redressement URSSAF | 32 |
| Chapitre 2 – Les risques encourus par la société en difficulté | 34 |
| Section 1. La remise en cause totale de l'écran sociétaire par l'extension de procédure..... | 35 |
| § I. La fictivité..... | 35 |
| § II. La confusion des patrimoines | 36 |
| § III. Les conditions procédurales | 38 |
| Section 2. La remise en cause partielle de l'écran sociétaire | 39 |
| § I. La théorie de l'apparence..... | 39 |
| § II. L'immixtion dans les contrats conclus par la société en difficulté..... | 41 |
| § III. La théorie du coemploi..... | 42 |
| Section 3. La responsabilité pour insuffisance d'actif | 43 |
| § I. Un régime applicable aux dirigeants..... | 44 |
| A. La direction de droit | 44 |
| B. La direction de fait | 44 |
| § II. Les conditions exigées..... | 47 |
| A. L'existence d'une faute de gestion..... | 47 |
| B. L'insuffisance d'actif | 48 |
| C. Le lien de causalité..... | 48 |
| § III. Les conséquences | 48 |
| Section 4. Les effets significatifs en cas d'opération de LBO | 50 |
| § I. Les avantages de la facturation de prestations de services dans les opérations de LBO | 50 |
| § II. Les intérêts malmenés de la société cible | 50 |
| § III. Les risques en cas d'appauvrissement de la société cible | 51 |
| Conclusion..... | 53 |
| TABLE DE LA JURISPRUDENCE | 56 |
| LISTE DES SIGNES ET ACRONYMES | 59 |
| BIBLIOGRAPHIE..... | 61 |
| WEBOGRAPHIE..... | 64 |
| TABLE DES ANNEXES | 65 |
| ANNEXES..... | 66 |
| <i>Annexe 1 – Schéma de l'arrêt Samo gestion</i> | <i>66</i> |
| <i>Annexe 2 – Schéma de l'arrêt Mécasonic</i> | <i>66</i> |
| <i>Annexe 3 – Schéma de l'arrêt SAS TER.....</i> | <i>67</i> |
| <i>Annexe 4 – Schéma étude de dossier 1.....</i> | <i>67</i> |
| <i>Annexe 5 – Extrait de la convention de prestations de services du dossier 1..</i> | <i>68</i> |
| <i>Annexe 6 – Schéma étude de dossier 2.....</i> | <i>70</i> |
| <i>Annexe 7 – Extrait de la convention d'assistance, d'animation et de prestation de services du dossier 2.....</i> | <i>71</i> |
| <i>Annexe 8 – Exemple d'un montage de LBO.....</i> | <i>78</i> |
| TABLES DES MATIERES..... | 79 |