

## ÉTUDE FISCALITÉ DES ENTREPRISES

## BÉNÉFICES NON COMMERCIAUX

L'administration fiscale est-elle en droit de se prononcer sur l'opportunité de choix de gestion opérés par une entreprise et notamment d'apprécier l'ampleur des risques pris par cette dernière ? Cette étude revient sur l'évolution de la jurisprudence façonnée par le juge de l'impôt, qui, après avoir affirmé un principe, qui s'est érodé au fil du temps, de non-immixtion de l'Administration dans la gestion des entreprises a progressivement élaboré cette théorie de la « prise de risque excessif », appréciant les décisions de gestion à l'aune de ce concept fiscal, avant que de sembler abandonner très récemment cette théorie.

1551

# Acte anormal de gestion et théorie du risque manifestement excessif en fiscalité



étude rédigée par  
Jean-Louis Médus

Jean-Louis Médus est avocat à la cour, professeur à l'Université de Toulouse I

1 - L'administration fiscale est-elle en droit de se prononcer sur l'opportunité de choix de gestion opérés par une entreprise et notamment d'apprécier l'ampleur des risques pris par cette dernière ?

Le sujet est un serpent de mer qui cycliquement revient sur le devant de la scène jurisprudentielle.

La théorie du « risque manifestement excessif » est un concept d'un maniement délicat qui semble de prime abord heurter le principe de non-immixtion de l'Administration dans la gestion des entreprises (mais cet axiome est-il intangible ?) ou qui plus sûrement constitue un instrument au service de l'Administration dans le maniement de la théorie fiscale de l'acte anormal de gestion dont l'on sait qu'elle permet à cette dernière de remettre en cause des décisions de gestion qui ne seraient pas conformes à l'intérêt de l'entreprise. Consacrée par la jurisprudence dans certaines hypothèses, cette théorie aboutit assurément à conférer à l'Administration un pouvoir étendu d'appréciation de l'opportunité de

décisions de gestion : l'analyse du risque tendrait ainsi à devenir un critère pour juger de la régularité fiscale d'une décision de gestion, autorisant l'Administration à censurer les décisions marquées par une prise de risque excessif.

L'histoire fiscale fonctionne toutefois à l'instar d'un balancier. Après avoir affirmé un principe de non-immixtion de l'Administration dans la gestion des entreprises qui s'est érodé au fil du temps (1), le juge de l'impôt a progressivement élaboré cette théorie de la « prise de risque excessif », appréciant les décisions de gestion à l'aune de ce concept fiscal, avant que de sembler abandonner très récemment cette théorie (2).

## 1. Le principe de non-immixtion dans la gestion

2 - La position traditionnelle de l'administration fiscale consiste à ne pas s'immiscer dans la gestion des affaires du contribuable, tout en sanctionnant les décisions portant atteinte à l'intérêt de l'entreprise ; c'est sur ce fondement de la théorie de l'acte anormal de gestion que la liberté (fiscale) du contribuable trouve ses limites dans l'intérêt social de l'entreprise<sup>1</sup>.

Cette notion d'intérêt social<sup>2</sup> est l'outil dont usent l'Administration et le juge pour apprécier les décisions de gestion de l'entreprise : elle reste d'un maniement délicat, le législateur en faisant certes mention dans divers textes, mais sans jamais pour autant la définir<sup>3</sup>.

Le concept, manié tantôt par le juge de l'impôt tantôt par le législateur, n'est pas véritablement nouveau puisqu'il puise ses origines civilistes dans la théorie de la cause entendue comme la considération de la contreprestation dans les contrats à titre onéreux, avant que d'être formalisé au travers de « l'acte anormal de gestion » qui a acclimaté en matière fiscale la notion d'acte conforme à l'intérêt social.

3 - Notion protéiforme et finalement très subjective, elle est parfois réduite aux seuls intérêts des associés mais renvoie de plus en plus fréquemment à un cercle élargi d'intérêts catégo-

riels (salariés, créanciers...) ce qui a fait dire à un auteur<sup>4</sup> que « l'intérêt de la société n'est en réalité que le reflet de l'intérêt de l'entreprise ».

Reste que dans son acception la plus traditionnelle, c'est la seule conformité à l'intérêt de l'exploitation qui sert à juger de la normalité fiscale d'un acte ou d'une décision.

Le commissaire du Gouvernement Pierre-François Racine<sup>5</sup>, dans ses conclusions sous l'arrêt Renfort-Services, définissait l'acte anormal de gestion en le distinguant de concepts voisins ; distinct du concept d'abus de droit, il ne se confond pas non plus avec l'acte illicite depuis une série de décisions de juillet 1983<sup>6</sup>, et se définit comme « l'acte accompli dans l'intérêt d'un tiers par rapport à l'entreprise ou qui n'apporte à cette entreprise qu'un intérêt minime hors de proportion avec l'avantage que le tiers peut en retirer. En d'autres termes, la simple circonstance qu'une opération effectuée par une entreprise ou une société comporte un avantage même appréciable pour un tiers, ne suffit pas à rendre cette opération anormale » (...) « il n'y a gestion anormale que si délibérément une entreprise agit en dehors de son intérêt ».

4 - Sur le fondement de ce principe de non-immixtion, la doctrine administrative énonce que l'entreprise est libre de sa gestion et que les dépenses qu'elle engage pour son fonctionnement constituent normalement des charges déductibles pour la détermination du résultat fiscal, dès lors qu'elles satisfont aux conditions générales de déduction posées par les dispositions de l'article 39, I du CGI et ne sont pas exclues par une disposition particulière.

Ces dépenses doivent être exposées dans l'intérêt de l'exploitation ou dans le cadre d'une gestion normale de l'entreprise.

La jurisprudence va distinguer l'acte anormal de gestion comme celui qui est étranger à l'intérêt social de l'entreprise, de l'opportunité d'une décision de gestion ; l'accès à ce dernier domaine est interdit à l'Administration.

En effet, cet axiome postule que l'Administration ne saurait valablement remettre en cause l'opportunité des décisions de gestion prises par les entreprises.

Ainsi, la seule circonstance qu'une décision s'avère in fine malencontreuse et génératrice de pertes pour l'entreprise n'est pas suffisante pour écarter la déduction fiscale des charges y afférentes : de même encore, l'Administration ne peut valablement rejeter la déductibilité fiscale de frais et charges en invoquant le fait que l'entreprise aurait pu parvenir au résultat escompté en engageant des dépenses moindres.

1 CE, 7 juill. 1958, n° 35977 : *Dr. fisc.* 1958, n° 44, comm. 938 ; Dupont p. 575, concl. Poussière. - CE, ass. plén., 27 juill. 1984, n° 34588, aff. Renfort Services : *Dr. fisc.* 1985, n° 11, comm. 596 ; *RJF* 10/84 n° 1233 concl. p. 562. - V. la chronique de B. Plagnet, *La non-immixtion de l'administration fiscale dans la gestion des entreprises* : *BF* 11/99 p. 687.

2 G. Soudi, *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, Th. Lyon III, 1974. - M. Despax, *L'entreprise et le droit* : *LGDJ*, 1957. - D. Schmidt, *De l'intérêt commun des associés* : *JCP E* 1994, I, 404. - D. Schmidt, *De l'intérêt social* : *JCP E* 1995, I, 488. - D. Porrachia et D. Martin, *Regard sur l'intérêt social* : *Rev. sociétés* 2012, p. 475.

3 On se rappellera que lors des débats sur l'adoption de la loi fondatrice du droit des sociétés (L. n° 66-537, 24 juill. 1966 sur les sociétés commerciales) M. Pleven avait déposé deux amendements visant à définir cette notion d'intérêt social pour que finalement le garde des Sceaux de l'époque (M. Foyer), craignant que l'on érige cette notion en arme judiciaire absolue, n'obtienne le retrait de ces amendements (*JOAN CR* 12 juin 1965, p. 2031).

4 M. Despax, *L'entreprise et le droit*, préc., n° 192.

5 Conclusions sous CE, 27 juill. 1984, n° 34588, *Renfort-Services*, préc.

6 CE, 1<sup>er</sup> juill. 1983, n° 28315 : *JurisData* n° 1983-608023 ; *Dr. fisc.* 1984, n° 5, comm. 149, concl. P. Rivière ; *RJF* 10/83 n° 1108. - CE, 11 juill. 1983, n° 33942 : *JurisData* n° 1983-608362 ; *Dr. fisc.* 1984, n° 16, comm. 813 ; *RJF* 10/83 n° 1109.



## La position traditionnelle de l'administration fiscale consiste à ne pas s'immiscer dans la gestion des affaires du contribuable

5 - Le principe de non-immixtion reste néanmoins tout relatif, puisque l'Administration peut remettre en cause les dépenses qui ne se rattacheront pas à une gestion normale ou qui n'auraient pas été exposées dans l'intérêt direct de l'entreprise.

Tel est le cas de dépenses qui auraient bénéficié en fait à des dirigeants ou à certains membres du personnel, sans pouvoir être considérées comme la contrepartie de services rendus, de dépenses afférentes à des biens meubles ou immeubles non affectés à l'exploitation, de certaines libéralités ou dépenses d'agrément dont le rapport avec l'objet de l'entreprise ne serait pas établi.

La combinaison de ce principe de non-immixtion dans la gestion, et du refus d'apprécier l'opportunité d'une décision de gestion, a conduit le juge de l'impôt à considérer que l'Administration n'était pas fondée à contester :

- l'opportunité de la prise de contrôle d'une société pour refuser la déduction de provisions constituées à raison des avances qui lui avaient été consenties afin de l'aider à surmonter ses difficultés, alors que la nouvelle société mère avait un intérêt financier à accorder ces aides<sup>7</sup> ;
- l'opportunité du choix arrêté par une entreprise pour la gestion de sa trésorerie en effectuant un placement financier auprès d'une banque étrangère pour s'opposer à la déduction de la provision constituée pour couvrir le risque de perte de la somme placée à la suite de la mise en liquidation judiciaire de la banque<sup>8</sup> ;
- l'opportunité du choix opéré par une société mère qui, pour assainir la situation d'une de ses filiales, peut consentir un abandon de créances, ou réaliser un « coup d'accordéon » sur son capital ;
- l'ampleur de dépenses de promotion engagées par une entreprise pour lancer et développer un médicament<sup>9</sup>.

Tout en énonçant que l'Administration n'a pas à s'immiscer dans les modalités de détermination du prix de transactions commerciales, la jurisprudence admet que l'Administration puisse contrôler (et donc apprécier) ces dernières et notamment refuser la déduction de sommes qui seraient d'un montant excessif eu égard aux contreparties attendues par l'entreprise.

Un glissement s'est donc bel et bien opéré vers une appréciation *in concreto* de la contrepartie attendue et de son caractère proportionné aux dépenses engagées.

6 - Sur le fondement de ce principe visant à confronter le montant d'une dépense à la contrepartie qui en est attendue, l'Administration est en droit de contrôler et contester les prix stipulés dans toute transaction commerciale en vue de procéder à la réintégration

de la fraction de leur montant considérée comme excessive, ou du montant des recettes auxquelles l'entreprise a indûment renoncé en facturant des prix anormalement bas.

L'Administration conserve donc bel et bien un pouvoir d'appréciation économique et financier des décisions prises.

Cette contestation du caractère normal des prix ne peut cependant être valablement opérée que si elle est fondée sur des arguments circonstanciés, prenant en considération toutes les spécificités des opérations effectuées par les entreprises concernées. Ainsi, il arrive que l'avantage résultant du caractère élevé (ou à l'inverse modique) du prix payé puisse être justifié par les contreparties que l'entreprise retire par ailleurs de ces transactions ou par des prestations particulières que l'entreprise assume (ou des fonctions qu'elle prend ou pas en charge).

D'une manière générale, l'appréciation du caractère normal des transactions est valablement opérée par référence aux transactions analogues effectuées dans des conditions similaires.

Pour ne citer que les cas les plus fréquents, le juge de l'impôt va apprécier *in concreto* le caractère « normal » de loyers par référence à des loyers sur des locaux comparables<sup>10</sup>, de redevances versées au titre de concession de brevets ou d'éléments de la propriété industrielle<sup>11</sup>, de commissions versées pour l'obtention de marchés à l'export<sup>12</sup> ; à chaque fois, l'Administration se livre ainsi bien à une analyse économique de la dépense au regard de la contrepartie attendue... l'autorisant ipso facto à refuser la déduction fiscale de la fraction de ladite dépense jugée excessive.

7 - S'agissant des relations entre sociétés liées ou apparentées, et sans véritablement admettre l'existence d'un intérêt de groupe transcendant l'intérêt de chaque entité le composant, le juge de l'impôt prend en compte les contraintes économiques et juridiques qui pèsent sur les entreprises à raison des relations

10 CE, 19 avr. 1982, n° 26471, 25916 et 26417 : Dr. fisc. 1982, n° 51, comm. 2423, concl. D. Léger. - CE, 8<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> sect. réunies, 26 oct. 1992, n° 65625 : JurisData n° 1992-050588 ; Dr. fisc. 1993, n° 15, comm. 771.

11 D. Adm. 4C-421, 30 oct. 1997, n° 1 ; BOI-BIC-CHG-40-20-10, 12 sept. 2012, sous n° 10.

12 CAA Paris, 3<sup>e</sup> ch., 21 mai 1991, n° 89PA02687 : RJF 7/91, n° 901. - CE, 7<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> sous-sect., 29 sept. 1989, n° 44402, Sté Avions Marcel Dassault-Bréguet aviation : Dr. fisc. 1990, n° 4, comm. 91 ; RJF 11/89, n° 1200. - CAA Nancy, 2<sup>e</sup> ch., 17 juin 1993, n° 92NC00248 : JurisData n° 1993-045493 ; RJF 12/93 n° 1527. - CE, 7<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> sous-sect., 26 juin 1985, n° 39049 et 39805 : Dr. fisc. 1985, n° 44, comm. 1856, comm. 1857, comm. 1860 ; RJF 8-9/85, n° 1212.

7 CAA Nancy, 6 juill. 1995, n° 93NC00244, SA Jaboulet-Vercherre : Dr. fisc. 1995, n° 50, comm. 2315. - CE, 9 oct. 1991, n° 67642 et 69503, SA Laboratoire Goupil : JurisData n° 1991-600615 ; Dr. fisc. 1993, n° 29, comm. 1493, concl. M.-D. Hagelsteen.

8 CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> sous-sect. réunies, 27 avr. 2011, n° 327764 : JurisData n° 2011-008559 ; Dr. fisc. 2011, n° 25, comm. 399 ; BDCF 7/11 n° 81.

9 CE, sect. S, 23 janv. 2015, n° 369214 : JurisData n° 2015-005730 ; JCP E 2015, 1215.

nouées avec leurs partenaires<sup>13</sup> et se livre à une analyse économique de l'adéquation des avantages consentis aux contreparties obtenues. Dans ce cadre, l'Administration, et à sa suite la jurisprudence, admettent que l'octroi d'aides à des entreprises liées, sous la forme d'abandons de créances, de renonciation à recettes, ou encore via la réalisation de transactions à des conditions tarifaires éloignées du prix du marché, est régulier et constitutif d'une gestion normale, dès lors qu'il peut être établi que l'entreprise retire une contrepartie de l'opération en cause, en rapport avec le montant de l'avantage ainsi consenti.

Le caractère « normal » de telles opérations, et partant la déductibilité fiscale des charges et dépenses en résultant, doit cependant résulter d'éléments précis et l'Administration ne manque pas d'exercer son droit de contrôle sur l'importance des avantages accordés qui doit être justifiée par l'étendue des contreparties escomptées.

C'est au demeurant en se livrant à cette analyse factuelle, et en confrontant les efforts consentis et les risques encourus avec les contreparties attendues, que la jurisprudence a considéré que relevaient d'une gestion anormale des avances opérées au profit d'une société avec laquelle l'entreprise n'entretenait aucune relation commerciale, d'un montant hors de proportion avec la solvabilité du bénéficiaire<sup>14</sup>, des abandons de créance d'un montant excessif eu égard aux liens commerciaux entretenus entre les entreprises concernées, en l'absence d'imbrication ou de complémentarité des activités exercées<sup>15</sup>, ou encore la facturation de ventes à prix coûtant à l'unique client de l'entreprise alors que les difficultés que ce dernier rencontrait ne présentaient qu'un caractère passager et qu'il n'était pas démontré que cet avantage était nécessaire à la poursuite de ses activités<sup>16</sup>.

À l'évidence la construction prétorienne témoigne de ce que certains de ces principes jurisprudentiels sont, sinon véritablement contradictoires, à tout le moins se combinent parfois difficilement entre eux : le tracé de la frontière reste délicat à opérer entre, d'une part, la notion de décision de gestion dans lesquelles l'Administration ne saurait s'immiscer, et d'autre part, celle d'acte anormal de gestion dont les conséquences fiscales peuvent être remises en cause, dès lors que l'on constate que le juge de l'impôt autorise l'Administration à apprécier (certes au regard de données objectives) la consistance de la contrepartie retirée par une entreprise d'une dépense ou d'une opération.

8 - Non-immixtion dans la gestion, soit ; mais pour autant, sous couvert de vérifier la satisfaction de l'intérêt social ou pour apprécier si une décision procédait ou pas d'une gestion normale

13 CE, 26 sept. 2001, n° 219825 : *JurisData* n° 2001-080018 ; *JCP* 2002, 1122.

14 CE, 14 mai 1980, n° 9259 : *JurisData* n° 1980-606234 ; *Dr. fisc.* 1980, n° 30, *comm.* 1643.

15 CAA Nantes, 30 juin 1994, n° 93-811 : *Dr. fisc.* 1995, n° 6, *comm.* 211, *concl.* H. Isaïa ; *RJF* 11/94, p. 671.

16 CAA Nancy, 27 juin 1996, n° 94-1086.

de l'entreprise, l'Administration a de tout temps été autorisée à se livrer à tout le moins à une analyse économique et quantifiée des décisions de gestion, voire à apprécier les circonstances dans lesquelles une décision a été prise.

De là à porter un jugement sur l'étendue des risques, il n'y avait qu'un pas qui fut rapidement franchi. S'il faut ainsi admettre que l'intérêt social est l'instrument de qualification par l'Administration de la normalité des décisions de gestion des entreprises, on constate que l'appréciation de l'ampleur des risques pris par l'entreprise est devenue progressivement un outil supplémentaire mis à disposition de l'Administration dans cet exercice de qualification.

Dans ces conditions, la décision de gestion caractérisant une prise d'un risque excessif serait-elle par essence anormale et contraire à l'intérêt de l'exploitation ?

C'est ce que la jurisprudence a parfois affirmé et érigé en principe<sup>17</sup>.

## 2. La vie mouvementée du concept de « risque manifestement excessif »

9 - Maintenant l'axiome de la non-immixtion de l'Administration dans la gestion de l'entreprise, la jurisprudence fiscale a néanmoins dégagé progressivement et ajouté le critère de la prise de risque excessif, à celui classique tenant à la conformité aux intérêts de l'exploitation, pour apprécier la régularité de décisions intervenant entre tiers (A) mais aussi désormais celles prises entre sociétés liées (B) avant que de sembler abandonner ce concept (C).

### A. - Entre entités indépendantes

10 - On trouve trace de cette théorie des risques en matière de BNC, pour lesquels, il est vrai, la théorie de l'acte anormal de gestion n'est pas applicable. En vertu de l'article 93, 1 du CGI, ne sont déductibles que les dépenses « nécessitées par l'exercice de la profession » incluant « les pertes résultant de risques liés à l'exercice normal de la profession »<sup>18</sup> : à l'inverse, les dépenses résultant de pratiques non nécessaires à l'exercice de la profession et faisant courir un risque anormal au contribuable seront non déductibles<sup>19</sup>.

17 La doctrine a d'ailleurs légitimement pu craindre que le recours à ce critère ne devienne systématique, V. dans ce sens Y. Rutschmann et J. Gayral, *Le risque manifestement excessif : immixtion rampante dans la gestion de l'entreprise ou simple garde-fou ?* : *Dr. fisc.* 2012, n° 45, *comm.* 500.

18 CE, 20 déc. 1978, n° 8233 : *Dr. fisc.* 1979, n° 39, *comm.* 1823, *concl.* D. Fabre ; *Rec. CE*, p. 521 ; *RJF* 2/79, n° 75, *concl.* D. Fabre.

19 CE, 29 oct. 1971, n° 80766 : *Dr. fisc.* 1972, n° 1-2, *comm.* 15 ; Dupont 422 - CE, 13 nov. 1996 n° 128088, *Betous* : *Dr. fisc.* 1997, n° 12, *comm.* 319, *concl.* G. Bachelier ; *RJF* 1/97, n° 27 ; *BDCF* 1/97 n° 13, *chron.* S. Austray, *concl.* G. Bachelier.



## La décision de gestion caractérisant une prise de risque excessif serait-elle par essence anormale et contraire à l'intérêt de l'exploitation ?

Il faut attendre une première décision de 1979 pour que la notion de risque apparaisse, certes en filigrane seulement, dans la construction prétorienne relative à l'acte anormal de gestion. Le Conseil d'État, en validant la décision d'un architecte qui

s'était porté caution sans rémunération pour un de ses clients importants, avait alors considéré que « cette caution sans rémunération directe ne lui faisait pas courir un risque hors de proportion avec les revenus qu'il pouvait escompter de la poursuite de sa collaboration avec son client »<sup>20</sup>.

11 - En 1983, le Conseil d'État fit à nouveau mention de ce critère du « risque excessif » à propos de la pratique d'un agent immobilier mettant en relation des acquéreurs de fonds de commerce avec des dispensateurs de crédit et se substituant même aux acquéreurs défaillants pour assurer le remboursement du crédit aux prêteurs, considérant que « cette pratique a pour intérêt le développement de son entreprise et ne lui fait pas courir un risque manifestement exagéré »<sup>21</sup>.

Le très commenté arrêt Loiseau est l'expression la plus aboutie de cette théorie du risque excessif. Un gérant de patrimoine, bien que n'y étant pas tenu contractuellement, avait décidé d'indemniser ses clients des pertes qu'ils avaient subies : le Conseil d'État refusa alors la déductibilité fiscale desdites indemnisations au motif que le gérant avait alors « pris un risque excédant manifestement les risques qu'un chef d'entreprise peut être conduit à prendre pour améliorer les résultats de son exploitation »<sup>22</sup>.

Au critère unique de l'intérêt de l'exploitation pour juger de la normalité d'une décision, le juge de l'impôt ajoutait la prise en compte du risque ; « il n'y a pas gestion anormale dès lors que le risque encouru serait seulement important, le risque est inhérent à la vie de l'entreprise, mais lorsque le risque devient tellement important qu'il excède manifestement celui qu'un chef d'entreprise peut être conduit à prendre, il devient étranger à l'intérêt même de l'entreprise »<sup>23</sup>.

Quelques conclusions partielles se dégagent alors.

D'une part, le risque simplement important ne saurait conférer un caractère anormal à un acte<sup>24</sup>, et, d'autre part, l'illicéité d'un acte,

néanmoins conforme à l'intérêt de l'entreprise, ne constitue pas en soi un risque excessif quand bien même l'acte litigieux exposerait l'entreprise à des poursuites<sup>25</sup>... ce qui a fait dire à certains auteurs que le droit fiscal est pragmatique mais aussi immoral<sup>26</sup> !

C'est en matière d'abandons de créances que le juge fiscal a systématisé cette théorie en jugeant que des avances accordées à une entreprise en difficulté et le cas échéant un abandon desdites créances ne constituent pas un acte anormal de gestion « dès lors que cette pratique vise au développement de la société créancière... et ne lui fait pas courir un risque manifestement exagéré »<sup>27</sup> : le Conseil d'État a réitéré cette jurisprudence dans une décision de 2010<sup>28</sup>.

12 - C'est ensuite en matière de détournement de fonds par des salariés (normalement déductibles s'ils ont été commis à l'insu des dirigeants<sup>29</sup>), dans une espèce Alcatel CIT<sup>30</sup>, que le Conseil d'État a fait application de cette théorie pour estimer qu'une perte liée à des détournements commis par des salariés à l'insu des dirigeants n'était déductible que si la perte subie relevait d'un risque normal de la vie de l'entreprise ; la Haute juridiction considéra que la carence manifeste des dirigeants dans le contrôle de l'entreprise correspondait de facto à une prise de risque excessive.

Ce n'est à la réflexion pas tant le risque attaché à la décision litigieuse qui est en cause, que celui engendré par l'attitude et la négligence des dirigeants, jugé excessif au regard de l'intérêt de l'entreprise, ayant permis la commission d'un acte générateur de pertes.

En matière d'octroi de garantie, s'il apparaît que le risque encouru du fait de cette décision est excessif au regard de l'avan-

20 CE, 14 févr. 1979, n° 10812 : *JurisData* n° 1979-600288 ; *Dr. fisc.* 1979, comm. 1884 ; *RJF* 4/79 n° 220.

21 CE, 28 sept. 1983, n° 34626 : *JurisData* n° 1983-608020 ; *Dr. fisc.* 1984, n° 4, comm. 75 ; *RJF* 11/83 n° 1284.

22 CE, 17 oct. 1990, n° 83310, *Loiseau* : *Dr. fisc.* 1991, n° 48, comm. 2281, concl. O. Fouquet ; J. Turot, *l'entrepreneur, le risque et le fisc. La notion d'acte, qui sans être étranger à l'intérêt de l'entreprise, lui fait courir un risque excessif* : *RJF* 11/90 n° 1317.

23 Cité par O. Fouquet dans ses conclusions sous l'arrêt *Loiseau*.

24 CE, 28 juill. 2000, n° 181713, *Sté Charvet* : *JurisData* n° 2000-061078 ; *JCP E* 2001, p. 624 ; *Dr. fisc.* 2001, n° 9, comm. 174, concl. J. Courtial ; *RJF* 11/00, n° 1205 ; *BDCF* 11/00, n° 11.

25 CE, 7 janv. 2000, n° 186108, *Philippe* : *JurisData* n° 2000-060004 ; *JCP E* 2000, p. 1194 ; *Dr. fisc.* 2000, n° 11, comm. 204 ; *RJF* 2/00, n° 162 ; *BDCF* 2/00, n° 17, concl. G. Bachelier où l'on apprend que l'acte illicite ne devient anormal que lorsqu'il est étranger aux intérêts de l'entreprise.

26 M. Cozian, *Illicéité et anormalité in Grands principes de la fiscalité des entreprises* : Litec, 4<sup>e</sup> éd., 1999, thème 7.

27 CE, 30 mai 2007, n° 285575, *aff. Peronnet* : *JurisData* n° 2007-081191 ; *Dr. fisc.* 2007, n° 46, comm. 958. - CE, 30 mai 2007 n° 285573, *aff. Peronnet et associés* : *JurisData* n° 2007-081192 ; *Dr. sociétés* 2007, comm. 188 ; *RJF* 10/07, n° 1012 ; *BDCF* 10/07, n° 104, concl. F. Seners.

28 CE, 22 janv. 2010, n° 313868, *Sté d'acquisitions immobilières* : *JurisData* n° 2010-081608 ; *RJF* 4/10, n° 335 concl. N. Escaut ; *Dr. fisc.* 2010, n° 11, comm. 230.

29 CE, 4 févr. 1972, n° 79721 et 79751 : *Dr. fisc.* 1972, n° 13, comm. 462 et 465 ; *Dr. fisc.* 1972, n° 28, comm. 1092, concl. G. Schmeltz ; *BOI* 4 A-7-72 ; *Dupont*, 1972 p. 140.

30 CE, 5 oct. 2007, n° 291049, *aff. Alcatel* : *JurisData* n° 2007-081175 ; *JCP E* 2008, 1413 ; *RJF* 12/07 n° 1381, concl. N. Escaut ; *BDCF* 12/07, n° 137. - J. Burguburu, *acte anormal de gestion ; le juge prend-il trop de risques ?* : *RFJ* 4/08, p. 331.

tage, de la contrepartie que le garant peut en retirer, la perte résultant de l'exécution de la garantie sera non déductible.

13 - C'est enfin en matière de placements financiers que le juge de l'impôt<sup>31</sup> indiqua que « si compte tenu des circonstances dans lesquelles il intervient et de l'objet qu'il poursuit, un placement financier excède manifestement les risques qu'un chef d'entreprise peut, eu égard aux informations dont il dispose, être conduit à prendre, dans une situation normale », la perte en résultant sera non déductible<sup>32</sup>.

Ainsi, le fait que le placement opéré fasse courir un risque excessif à l'entreprise suffit à démontrer que la décision de procéder à ce placement est étrangère à l'intérêt social de cette dernière. Alors que le rapporteur L. Olléon invitait les juges à la prudence en indiquant dans ses conclusions qu'« il semble hautement inopportun que votre jurisprudence s'engage dans une voie qui conduirait à faire regarder comme un acte anormal de gestion une décision de gestion prise initialement dans l'intérêt de l'entreprise du seul fait que l'opération n'a in fine pas généré les profits escomptés... », il faut bien admettre que la brèche dans l'édifice de la non-immixtion de l'administration fiscale dans la gestion de l'entreprise était désormais béante.

La notion de risque excessif permet assurément à l'Administration d'aller au-delà du seul critère classique de l'acte conforme aux intérêts de l'exploitation, pour opérer une appréciation in concreto et subjective de la gestion de l'entreprise.

## B. - Entre entités liées : une appréciation restrictive de la notion de risque

14 - Dernier bastion à être investi par cette théorie, les relations intragroupe.

On sait qu'en cette matière, sans véritablement reconnaître un intérêt fiscal de groupe, l'Administration, et à sa suite le juge fiscal, admettent volontiers que l'existence d'un groupe est de nature à justifier des décisions qui, prises entre tiers, auraient été jugées anormales<sup>33</sup>.

Cette clémence jurisprudentielle s'applique dans l'ordre interne français<sup>34</sup> mais aussi international<sup>35</sup>.

En substance, la contrepartie directe ou indirecte que l'entreprise peut retirer de ses relations avec des sociétés liées est variable, qu'il s'agisse de relations d'affaires ou de relations capitalistiques ; l'Administration admet ainsi qu'une société retire un avantage d'une décision, et cause valablement son engagement, en préservant ses relations d'affaires, ses débouchés<sup>36</sup>, en sauvant une filiale du dépôt de bilan et évitant d'entacher le renom du groupe, en sauvegardant le renom du groupe auprès des établissements bancaires<sup>37</sup>... pour autant toutefois que « la société (consentant les aides) n'ait pas poursuivi des fins étrangères à son propre intérêt »<sup>38</sup>.

Le juge de l'impôt faisait alors déjà application, sinon de la théorie du risque, du moins d'une analyse économique de l'avantage retiré de l'opération, n'hésitant pas à refuser la déductibilité d'abandons de créances entre sociétés liées au motif que les avances étaient disproportionnées par rapport au chiffre d'affaires réalisé avec les filiales soutenues<sup>39</sup>.

15 - En matière d'octroi de garantie, le juge fiscal aussi avait déjà eu l'occasion de sanctionner le garant ayant pris un risque excessif en garantissant les engagements d'une filiale, alors qu'existait une disproportion entre le montant garanti et le taux de détention de la filiale.

Le Conseil d'État, dans une espèce Fralsen/Timex<sup>40</sup>, fit explicitement application de cette théorie du risque excessif dégagé au travers de la jurisprudence Legeps de 2011 dans un cas où une société mère, après avoir consenti des avances importantes (bien que rémunérées) à sa filiale en difficulté, dont la mauvaise santé financière semblait compromettre le remboursement des avances, avait recapitalisé sa filiale avant que de lui consentir de nouvelles avances finalement abandonnées : l'Administration refusa la déductibilité fiscale de ces avances au motif du risque excessif ainsi pris par la société mère envers sa filiale.

31 CE, 27 avr. 2011, n° 319472, Ferrand : JurisData n° 2011-009228 ; Dr. fisc. 2011, n° 26, comm. 403 ; BDCF 7/11, n° 84, concl. L. Olléon. - CE, 27 avr. 2011, n° 327764, Sté Legeps, : JurisData n° 2011-008559 ; BDCF 7/11, n° 81, concl. L. Olléon. - V. la chronique de C. Raquin, *L'évaluation du risque pris par les entreprises conduit-elle l'Administration à s'immiscer dans leur gestion ?* : RJF 7/11, n° 783, p. 699.

32 Dans cette espèce Sté Legeps une entreprise avait déposé plusieurs millions sur le compte d'une banque étrangère exotique (au Vanuatu), cette somme devant être rémunérée à 8 % et servir à obtenir un emprunt à taux réduit ; la banque ayant été liquidée, l'entreprise avait comptabilisé son dépôt en perte.

33 Pour une synthèse de la jurisprudence, V. J.-L. Médus, *Le traitement fiscal des conventions entre sociétés liées* : LPA mars 2005, n° 50, p. 3. - F. Deboissy, *Acte anormal de gestion et groupe de sociétés : orthodoxie juridique versus réalisme économique*, in *Études à la mémoire du Professeur M. Cozian* : LexisNexis, 2009, p. 263 et spécialement p. 286.

34 CE, 7<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> sous-sect., 21 nov. 1980, n° 17055 : JurisData n° 1980-600332 ; Bull. Joly Sociétés 1981, p. 158.

35 CE, 7<sup>e</sup>, 8<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> sous-sect., 27 nov. 1981, n° 16814 : JurisData n° 1981-600618. - CE, 8<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> sous-sect., 11 févr. 1994, n° 119726, aff. Lattès : JurisData n° 1994-042101 ; JCP E 1994, act. 349 ; RJF 4/94, n° 396.

36 CAA Paris, 1<sup>er</sup> oct. 2007, n° 06PA00747 : JurisData n° 2007-348584 ; Dr. fisc. 2007, n° 52, comm. 1083 ; RJF 4/08, n° 277.

37 CE, 11 avr. 2008, n° 284274, Sté Guy Dauphin environnement : JurisData n° 2008-081314 ; Dr. fisc. 2008, comm. 371, concl. M. Buchet ; J.-L. Pierre, *Aide accordée par une société à sa filiale* : Dr. sociétés 2008, comm. 193.

38 Dans ce sens V. DGI, doc. adm.4-C-111, 30 oct. 1997, sous n° 8. - Il n'existe bel et bien pas d'intérêt autonome et supérieur de groupe qui primerait les intérêts propres de chaque société composant ce groupe ; tout au plus l'existence du groupe permet d'étendre le champ des justifications possibles à une décision de gestion.

39 CE, 26 mars 2008, n° 296625, Sté Tornier : RJF 06/08, n° 639.

40 CE, 11 juin 2014, n° 363168 : JurisData n° 2014-021211 ; Dr. fisc. 2015, n° 5, comm. 115 ; RJF 10/14, n° 872.



## Le concept de l'intérêt social est un instrument utilisé par le juge dans son exercice de qualification pour juger de la normalité d'une décision de gestion

Si au final le Conseil d'État va donner raison à la société mère ayant consenti les avances<sup>41</sup>, il est symptomatique de relever que dans sa décision du 16 novembre 2011 puis dans celle du 11 juin 2014, la Haute juridiction invite néanmoins à

examiner l'existence et l'ampleur du risque pris en consentant de telles avances ; une sorte de proportionnalité semble ainsi devoir exister entre les intérêts sauvegardés par la maison mère (sauvegarde de débouchés, protection du nom, absence de mise en cause de sa responsabilité...) au moyen de son soutien financier, et le niveau de risque pris par la société mère.

Comme le soulignait justement un praticien<sup>42</sup>, « les sociétés mères consentant des avances à une filiale en difficulté de trésorerie pourraient être dorénavant contraintes de s'interroger sur le point de savoir si la persistance de leur comportement n'est pas de nature à révéler une prise excessive du risque de non-remboursement ».

### C. - Pour un retour à l'axiome premier ou vers un abandon de la théorie de la prise de risque excessif

16 - Outre qu'elle a fait une application restrictive du critère du risque excessif s'agissant des relations entre société mère et filiale, il semble que, dans son dernier état, la jurisprudence fiscale entende opérer un retour aux sources et interdire à l'Administration d'apprécier l'ampleur des risques pris par une entreprise à l'occasion de décisions de gestion.

En effet, par une décision du Conseil d'État<sup>43</sup>, réuni en formation de section, la Haute juridiction - tout en réservant l'application de cette théorie aux cas de détournement de fonds<sup>44</sup> - a considéré « qu'il n'appartient pas à l'Administration de se pro-

noncer sur l'opportunité des choix de gestion opérés par l'entreprise et notamment pas sur l'ampleur des risques pris par elle pour améliorer ses résultats ».

L'affaire concerne une banque qui avait consenti à une société

KMX technologie d'importants concours financiers pour lesquels elle avait ensuite constitué des provisions pour risque de non-recouvrement ; considérant que la banque n'avait pas agi dans le cadre d'une gestion commerciale normale, l'Administration avait réintégré une fraction de la provision et remis en cause à due concurrence le report déficitaire de la banque. Le tribunal administratif de Montreuil<sup>45</sup>, et à sa suite la cour administrative d'appel de Versailles<sup>46</sup>, ont rejeté les prétentions de la banque tendant à une décharge des impositions.

La cour administrative d'appel de Versailles considéra en effet que, bien qu'entrant dans l'objet social de la banque, les décisions de prêt constituaient un acte étranger à une gestion normale insusceptible d'ouvrir droit à la comptabilisation d'une provision déductible car ces octrois de prêt révélaient une prise de risque inconsidérée de la banque.

Le Conseil d'État va censurer la décision d'appel en énonçant « qu'il appartenait seulement à la cour de rechercher si les décisions en cause étaient conformes à l'intérêt de l'entreprise, sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur l'ampleur des risques pris », et qu'à défaut la cour avait commis une erreur de droit.

17 - Abandon de la théorie du risque excessif ; dont acte. Mais est-ce véritablement une remise en cause du pouvoir de l'Administration de contrôler et contester les prix pratiqués (et partant de réintégrer la fraction de leur montant considérée comme excessive), de se livrer à une analyse économique des dépenses engagées/efforts consentis au regard des contreparties escomptées ? Tel n'est assurément pas le cas, de sorte que la portée réelle de cette avancée jurisprudentielle doit être nuancée.

Il faut aussi considérer, à la lecture des conclusions du rapporteur public, que l'abandon du critère du risque excessif pourrait se justifier par des circonstances propres à l'espèce. L'entreprise prêteuse étant un établissement de crédit, l'autorité de régulation est supposée assurer son contrôle de l'établissement prêteur, et par ailleurs le juge judiciaire exerce à son tour un contrôle et le cas échéant sanctionne sur le terrain de la responsabilité civile les octrois fautifs de crédit : l'existence de ces contrôles externes justifierait que l'Administration renonce au critère du risque manifestement excessif.

41 Le juge de première instance (TA Besançon, 17 juin 2007, n° 0500390) avait suivi l'Administration dans sa thèse avant que la cour administrative d'appel de Nancy n'invalide ce jugement par un arrêt du 5 février 2009 (CAA Nancy, 5 févr. 2009, n° 07NC0088 inédit). Le Conseil d'État saisi en cassation va censurer (CE, 16 nov. 2011, n° 326913 : RJF 8-9/12, n° 799) la décision d'appel en affirmant que « les pertes résultant du non-remboursement de créances détenues par une entreprise ne relèvent d'une gestion normale que s'il apparaît qu'en constituant de telles créances l'entreprise a agi dans son propre intérêt (...) lequel intérêt n'est pas méconnu lorsqu'une entreprise consent à sa filiale des avances de trésorerie rémunérées dans des conditions normales ... mais qu'il importe que le juge se prononce sur l'existence et l'ampleur du risque pris en consentant ces avances » pour apprécier leur régularité ; la cour administrative d'appel de Nancy (CAA Nancy, 2 août 2012, n° 11NC01938, inédit) va trancher comme juridiction de renvoi avant que d'être censurée par le Conseil d'État par sa décision précitée du 11 juin 2014.

42 P. Le Roux, *La théorie du risque manifestement excessif dans les relations intragroupe* : RJF 10/14 n° 872.

43 CE, 13 juill. 2016, n° 375801 : JurisData n° 2016-013627.

44 CE, 5 oct. 2007, n° 291049, préc.

45 TA Montreuil, 6 oct. 2011, n° 1004876. - TA Montreuil, 6 déc. 2012, n° 1109358.

46 CAA Versailles, ch. 7, 19 déc. 2013, n° 11VE04035 et n° 13VE00390, Sté Monte Paschi banque c/ Min.

