



JUIN 2011 /1

## Un acte risqué de gestion est il anormal ?

Patrick Michaud, avocat

L'acte anormal de gestion peut il être fondé sur la notion de risque excessif encouru par une entreprise à raison d'un acte qui n'était pas étranger à ses intérêts. ?

L'affaire Sté LEGEPS CE 27/04/2011, 327764

Le conseil confirme son analyse restrictive de l'acte anormal de gestion

L'acte anormal de gestion peut il être fondé sur la notion de risque excessif encouru par une entreprise à raison d'un acte qui n'était pas étranger à ses intérêts. ?

**La position de Mme Burguburu:** "La notion de risque excessif occupe une place résiduelle dans la définition de l'acte anormal de gestion, à côté de la notion centrale d'intérêt pour l'entreprise. Elle doit demeurer réservée à des cas extrêmes, si bien que son usage par l'administration doit demeurer marginal et exceptionnel (J. Burguburu, « Acte anormal de gestion : le juge prend-il trop de risques ? » : RJF 2008 p. 331).

**La position de M Olléon (ses conclusions sous CE Legeps)** « La notion de risque excessif doit quasiment demeurer, dans l'esprit de l'administration, d'un maniement excessivement risqué »

Le principe le risque est inhérent à la vie de l'entreprise. ....	2
Un précédent : le risque comme antidote à l'abus de droit par O Fouquet .....	3
Une contrepartie guérit le caractère anormal d'un acte .....	3
Société Pierre de Reynal, CE 6 février 2003, n° 223092, .....	3
, Electrolux SA, CE 23 octobre 1991 n° 71792-72822 .....	4
La normalité d'un acte de gestion s'apprécie au regard de l'intérêt de l'entreprise ...	4
SA Renfort Service Conseil d'Etat, 27 juillet 1984, 34588, .....	4
La normalité d'un acte de gestion ne s'apprécie pas au regard de l'intérêt du groupe sauf exception) .....	5
Electrolux SA, CE 23 octobre 1991, n° 71792-72822 Electrolux .....	5
L'exception l'acte anormal de gestion.....	6
Ministre c/Société SEEEE Conseil d'Etat, 28 avril 2006, 277572, .....	6
Un risque excessif est il un acte anormal ? .....	6
L'affaire Sté LEGEPS conseil d'État, 27/04/2011, 327764 .....	6
L'affaire de l'architecte Conseil d'Etat, 14 février 1979, 10812, .....	8
L'affaire Loiseau Conseil d'Etat, 17 octobre 1990, 83310, conc O FOUQUET .....	8
L'affaire SA Peronnet Conseil d'État, 30/05/2007, 285575 .....	8

Un principe fondamental sur lequel est assise notre société est celui de la liberté d'entreprendre

Ni l'administration ni les tribunaux ne sont juges de l'**opportunité des décisions** de gestion des entreprises, sauf à y déceler des fraudes ou des irrégularités, puisqu'ils n'assument pas les risques de l'exploitation mais le contribuable doit-il in fine faire les frais d'une décision de gestion manifestement excessivement risquée et si oui dans quelles conditions de contrôle

La liberté de gestion reconnue à l'entreprise a comme corollaire :

- qu'un contribuable n'est jamais tenu de tirer des affaires qu'il traite le **maximum de profit** que les circonstances lui auraient permis de réaliser

### **CE 7 juillet 1958 n° 35977, 7<sup>e</sup> s.-s.**

Mais qu'en est-il lorsque sa décision a fait prendre à son entreprise des risques excessifs ?

A partir de quelles conditions, les finances publiques devraient-elles en subir les conséquences fiscales ??

**La contrepartie de cette liberté est la responsabilité du dirigeant d'entreprise qui reste soumis au contrôle de comptabilité par l'administration mais aussi à ses décisions de gestion même fiscalement mauvaises sur lesquelles il ne peut plus revenir**

Le contribuable doit-il in fine faire les frais d'une décision de gestion manifestement excessivement risquée et si oui dans quelles conditions de contrôle

### **Le principe le risque est inhérent à la vie de l'entreprise.**

La liberté de gestion reconnue à l'entreprise a comme corollaire :

- qu'un contribuable n'est jamais tenu de tirer des affaires qu'il traite le **maximum de profit** que les circonstances lui auraient permis de réaliser

### **CE 7 juillet 1958 n° 35977, 7<sup>e</sup> s.-s.**

- Une opération risquée n'est pas présumée anormale

Le président Racine dans ses conclusions sous SA Renfort Service (CE 27 juillet 1984 n° 34588 : RJF 1984 n° 1233) avait confirmé cette position qu'une entreprise a pour objet la recherche et le partage de bénéfices.

« Tout acte qu'elle accomplit pour réaliser cet objet est présumé effectué dans son intérêt propre et donc relever d'une gestion normale, quand bien même il serait illégal. A contrario, un acte de gestion est anormal s'il est accompli dans l'intérêt d'un tiers par rapport à la société qui l'accomplit ou qu'il n'apporte à cette dernière qu'un

intérêt ou une contrepartie hors de proportion avec l'avantage que le tiers peut en retirer. «

## **Un précédent : le risque comme antidote à l'abus de droit par O Fouquet**

Dans une chronique d'aout 2010, le président Fouquet nous avait enseigné que le risque pouvait devenir un antidote à l'abus de droit ([\*\*L'abus de droit et le risque par O Fouquet cliquer\*\*](#))

Dans deux décisions du 7 septembre 2009 n°308586, min. c/ Axa et n°305596, Sté Henri Goldfarb (RJF 12/09 n°1138 et 1139, concl. L. Olléon BDCF 12/09 n°142, obs. O. Fouquet Dr. fisc. 39/09 act 287 p.1), qui ont eu un certain retentissement, le Conseil d'Etat avait jugé que n'étaient pas constitutives d'un montage entaché d'abus de droit les opérations consistant pour une société déficitaire percevant des dividendes à transférer les titres, avant détachement du coupon, par prêt de titres ou vente à réméré des titres, à une autre société qui peut imputer sur son impôt l'avoir fiscal attaché au dividende.

Analysant les deux décisions du 7 septembre 2009 n°308586, min. c/ Axa et n°305596, Sté Henri Goldfarb (RJF 12/09 n°1138 et 1139, concl. L. Olléon BDCF 12/09 n°142, obs. O. Fouquet Dr. fisc. 39/09 act 287 p.1), O Fouquet nous a convaincu que le Conseil d'Etat avait déduit, de l'existence d'un risque couru par l'actionnaire, l'absence de caractère « artificiel » des opérations d'emprunt de titres ou d'achat à réméré. Autrement dit, il y avait dans ces deux décisions un a contrario implicite : si l'emprunteur ou l'acheteur à réméré des titres avait été couvert contre le risque d'actionnaire par une contre-lettre de garantie des prêteurs ou des vendeurs à réméré, l'opération aurait eu un caractère artificiel privant l'emprunteur ou l'acheteur à réméré de la sincère propriété des titres et faisant dès lors obstacle à ce qu'ils prétendent au bénéfice de l'avoir fiscal.

Par la suite la décision du 12 mars 2010 n°306368, Sté Charcuterie du Pacifique (RJF 6/10 n°620, concl. E. Geffray BDCF 6/10 n°68, obs. R. Beauvais BGFE 3/10) est venu confirmer la portée de l'interprétation a contrario des deux décisions du 7 septembre 2009 susmentionnées.

## **Une contrepartie guérit le caractère anormal d'un acte**

**Société Pierre de Reynal, CE 6 février 2003, n° 223092,**

### **L'affaire Sté P de Reynal Conseil d'Etat, 26 février 2003, 223092,**

Les prêts sans intérêt ou l'abandon de créances accordés par une entreprise au profit d'un tiers ne relèvent pas, en règle générale, d'une gestion commerciale normale, sauf s'il apparaît qu'en consentant de tels avantages l'entreprise a agi dans son propre intérêt...

S'il appartient à l'administration d'apporter la preuve des faits sur lesquels elle se fonde pour estimer qu'un abandon de créances ou d'intérêts consenti par une

Patrick Michaud, avocat juin 2011 Diffusion libre sous réserve de révéler la source 3

entreprise à un tiers constitue un acte anormal de gestion, elle est réputée apporter cette preuve dès lors que cette entreprise n'est pas en mesure de justifier qu'elle a bénéficié en retour de contreparties. [RJ1] Rappr. Décision du même jour, Société Pierre de Reynal et cie, n° 223293, à mentionner aux Tables, pour la charge de la preuve en matière d'exonération de taxe sur la valeur ajoutée.

**, Electrolux SA, CE 23 octobre 1991 n° 71792-72822**

**[Electrolux SA, CE 23 octobre 1991 n° 71792-72822](#)**

Les actionnaires de la société Tornado sont convenus avec le groupe Electrolux d'un plan de redressement comportant notamment une prise de contrôle par Electrolux S.A. de 60 % du capital de Tornado et des abandons de créances réalisés au cours du même exercice. Compte tenu de la valeur négative de l'actif net de la société Tornado et de la souscription dans l'augmentation du capital de la société Tornado effectuée par Electrolux S.A. en même temps que les abandons de créances dont s'agit, **l'administration n'établit pas que l'acquisition de 60 % du capital de Tornado n'a pas été, par la seule souscription des actions nouvelles, payée au juste prix.** Electrolux S.A. a agi dans le cadre d'une gestion normale de ses intérêts en consentant ces abandons de créances à des fins relevant essentiellement de son activité commerciale, et c'est à tort que l'administration a refusé de les retenir comme une perte déductible des résultats de la société Electrolux S.A..

### **La normalité d'un acte de gestion s'apprécie au regard de l'intérêt de l'entreprise**

**SA Renfort Service Conseil d'Etat, 27 juillet 1984, 34588,**

Si l'appréciation du caractère anormal d'un acte de gestion pose une question de droit, il appartient, en règle générale, à l'administration d'établir les faits sur lesquels elle se fonde pour invoquer ce caractère anormal ; ce principe ne peut, toutefois, recevoir application que dans le respect des prescriptions législatives et réglementaires qui, dans le contentieux fiscal, gouvernent la charge de la preuve.

A ce sujet, si la détermination du fardeau de la preuve est, pour l'ensemble des contribuables soumis à l'impôt, tributaire de la procédure d'imposition suivie à leur égard, elle n'en découle, pas moins, à titre principal, dans le cas des personnes assujetties à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des bénéfices industriels et commerciaux ou des entreprises assujetties à l'impôt sur les sociétés, de la nature des opérations comptables auxquelles ont donné lieu les actes de gestion dont l'administration conteste le caractère.

En particulier, si l'acte contesté par l'administration s'est traduit, en comptabilité, par une écriture portant, soit sur des créances de tiers, des amortissements ou des provisions, lesquels doivent, en vertu de l'article 38 du code général des impôts, être retranchés des valeurs d'actif pour obtenir le bénéfice net, soit sur les charges de la nature de celles qui sont visées à l'article 39 du même code, et qui viennent en déduction du bénéfice net défini à l'article 38 du code, l'administration doit être

réputée apporter la preuve qui lui incombe si le contribuable n'est pas, lui même, en mesure de justifier dans son principe comme dans son montant, de l'exactitude de l'écriture dont s'agit, quand bien même, en raison de la procédure mise en oeuvre, il n'eût pas été, à ce titre, tenu d'apporter pareille justification.

En revanche, si l'acte auquel l'administration attribue un caractère anormal s'est traduit en comptabilité par des écritures autres que celles mentionnées ci-dessus, ce qui est le cas, notamment, des écritures qui retracent l'évolution de l'actif immobilisé, avant la constitution des amortissements ou des provisions, il appartient à l'administration d'établir les faits qui donnent selon elle, un caractère anormal à l'acte, alors même que, à raison de la procédure suivie, le contribuable devrait démontrer l'exagération de l'imposition contestée.

### **La normalité d'un acte de gestion ne s'apprécie pas au regard de l'intérêt du groupe sauf exception)**

**AS REPRESENTATION Conseil d'Etat, 1 mars 2004, 237013.**

C'est au regard du seul intérêt propre de l'entreprise qu'il doit être apprécié si des charges assumées par une société en vue d'assurer certains avantages à d'autres sociétés correspondent à des actes de gestion commerciale anormale.

Par suite, commet une erreur de droit la cour qui, pour juger que la charge supportée par une société contribuable au titre d'un abandon de créance consenti à l'une de ses sociétés-soeurs constitue, pour l'imposition de la contribuable, un acte de gestion commerciale anormale, se fonde sur la seule circonstance que cette opération présente un intérêt pour le groupe de sociétés auquel les intéressées appartiennent.

Mais il existe une jurisprudence différente

### **Electrolux SA, CE 23 octobre 1991, n° 71792-72822 Electrolux**

**Conseil d'Etat, 23 octobre 1991, 71792 72822 Electrolux,**

L'administration a réintégré dans les résultats de la société Electrolux S.A. les intérêts estimés dus par la société Dimelec sur les avances en compte-courant consenties par la société Electrolux S.A. et qui n'avaient pas été réclamés à concurrence des créances douteuses détenues par la société Dimelec. Pour contester que cet abandon d'intérêts ait constitué de sa part un acte anormal de gestion, la société est fondée à invoquer les accords de gestion intervenus entre les parties pour fixer les modalités de prise en charge par la société Electrolux S.A. des créances irrécouvrables. En application de ces accords de gestion, la société prenait à sa charge, sous forme de provisions, les créances échues et impayées depuis plus de six mois et créditait le compte-courant de sa filiale Dimelec du "principal de la portion irrécouvrable des contrats financés". Compte tenu des relations étroites entre les diverses sociétés du groupe Electrolux et leur filiale Dimelec, appartenant au groupe à 90 %, c'est à tort que l'administration a réintégré les intérêts non réclamés.

## **L'exception l'acte anormal de gestion**

Par exception au principe de liberté de gestion de l'entreprise et afin de préserver les intérêts du Trésor, l'administration le droit d'utiliser l'arme de l'acte anormal de gestion pour revenir sur une écriture comptable si elle établit que l'acte que l'écriture retrace est étranger ou contraire aux intérêts de l'entreprise.

### **Ministre c/Société SEEEE Conseil d'Etat, 28 avril 2006, 277572,**

une cour administrative d'appel commet une erreur de droit en jugeant que la seule circonstance que la souscription, par une société, à l'augmentation du capital d'une autre société présentait un intérêt commercial pour le groupe intégré fiscalement suffit à justifier la déductibilité d'une provision afférente à cette opération.,,

L'option pour le régime dit de l'intégration fiscale, défini par les articles 223 A et suivants du code général des impôts, implique que les résultats de chacune des sociétés du groupe fiscal intégré, dont la somme algébrique constitue le résultat d'ensemble servant d'assiette à l'impôt dû par la société ayant exercé l'option, soient déterminés dans les conditions de droit commun, ainsi que le prévoit l'article 223 B du code général des impôts, sous la seule réserve des dérogations expressément autorisées par les dispositions propres à ce régime d'exception.

Aucune de ces dispositions n'autorise l'une des sociétés d'un groupe fiscal intégré à déduire, dans des conditions différant de celles du droit commun, une aide apportée à une société n'appartenant pas à ce groupe..

## **Un risque excessif est il un acte anormal ?**

« La notion de risque excessif doit quasiment demeurer,  
dans l'esprit de l'administration, d'un maniement excessivement risqué »  
Mr le rapporteur Olleon

### **L'affaire Sté LEGEPS conseil d'État, 27/04/2011, 327764**

*« La notion de risque excessif doit quasiment demeurer, dans l'esprit de l'administration, d'un maniement excessivement risqué. En effet, tout risque pris et assumé ne signale pas l'absence d'intérêt de l'opération pour l'entreprise ». Mr Olléon*

la SOCIETE LEGEPS, qui exerce une activité dans le domaine de la sécurité et du gardiennage, a déposé le 31 mars 1994 une somme de 2 000 0000 F sur un compte ouvert dans un établissement bancaire au Vanuatu ;

Cet établissement ayant été mis en liquidation judiciaire le 7 décembre 1995, la SOCIETE LEGEPS a constitué le 31 décembre 1995 une provision de 2 000 000 F visant à couvrir le risque de perte de la somme du même montant déposée sur le compte qu'elle détenait dans cet établissement ;

à l'issue d'une vérification de comptabilité portant sur les années 1994 et 1995, l'administration fiscale a réintégré la somme de 2 000 000 F dans les résultats de l'exercice clos le 31 décembre 1995 ;

la SOCIETE LEGEPS se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 12 mars 2009 de la cour administrative d'appel de Paris en tant qu'il a rejeté sa requête tendant à l'annulation du jugement du tribunal administratif de Paris

**CAA de Paris, 5ème Chambre, 12/03/2009, 07PA00587, Inédit au recueil Lebon**

Le Conseil d'état annule l'arrêt de la CAA de Paris

#### **Conclusions de Mr Olléon**

C'est au regard du seul intérêt propre de l'entreprise que l'administration, à qui il n'appartient toutefois pas de se prononcer sur l'opportunité du choix arrêté par une entreprise pour la gestion de sa trésorerie, doit apprécier si les placements auxquels celle-ci a procédé correspondent à des actes de gestion commerciale normale ;

cet intérêt n'est pas méconnu lorsqu'une entreprise se livre à des opérations financières dans des conditions présentant pour elle un caractère avantageux ;

il en va autrement 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, pour améliorer les résultats de son entreprise ;

pour juger que l'administration devait être regardée comme établissant que le placement financier en litige constituait un acte étranger à une gestion normale insusceptible d'ouvrir droit à l'écriture d'une provision déductible du bénéfice imposable, la cour s'est fondée sur la circonstance que, bien que le placement de la somme de 2 000 000 F sur un compte ouvert dans une banque située au Vanuatu ait offert à la SOCIETE LEGEPS la possibilité de bénéficier d'une rentabilité élevée par rapport à celle offerte par les établissements bancaires français et d'obtenir auprès de celle-ci un montant de crédit important à un taux très bas pour financer un projet immobilier rentable, la société requérante ne justifiait pas que le montant de ce placement n'était pas disproportionné par rapport au montant de son chiffre d'affaires ; que,

**Toutefois, la disproportion entre le montant du placement financier et le chiffre d'affaires de la société requérante ne saurait établir par elle-même que ce placement lui aurait fait courir un risque manifestement exagéré ;**

Par suite, la CAA a commis une erreur de droit et la SOCIETE LEGEPS est fondée pour ce motif à demander l'annulation de l'article 1er de l'arrêt qu'elle attaque ;

Le rapporteur public M Olléon précise dans ses conclusions

« C'est dans cette optique que vous avez jugé que le versement d'indemnités par un concessionnaire titulaire d'un contrat précaire à d'autres concessionnaires auxquels il

succède ne constitue pas un acte anormal de gestion dès lors que le concessionnaire a intérêt à accroître sa zone géographique d'intervention en assumant le risque lié au caractère précaire de son contrat de concession dont l'objet a ainsi été élargi «

[CE 28 juillet 2000, n° 181713, Sté Charvet : RJF 2000 n° 1205](#)

### L'affaire de l'architecte Conseil d'Etat, 14 février 1979, 10812.

Un Architecte s'est porté caution pour une partie du prêt sollicité par une société qui figure au nombre de ses clients mais dans laquelle il n'est ni directement ni indirectement actionnaire. Dès lors que, d'une part, il avait professionnellement intérêt à la poursuite des activités de ladite société, que, d'autre part, il n'a enfreint aucune règle déontologique et qu'enfin le montant de la somme pour laquelle il s'est porté caution sans rémunération directe n'était pas hors de proportion avec les revenus qu'il pouvait escompter de la poursuite de sa collaboration avec la société, l'opération à laquelle il a procédé n'était pas étrangère à l'exercice normal de sa profession. **La perte qu'elle a finalement entraînée doit être regardée comme une dépense nécessitée par l'exercice de la profession, au sens de l'article 93-1 du C.G.I..**

### L'affaire Loiseau Conseil d'Etat, 17 octobre 1990, 83310, **conc O FOUQUET**

Le contribuable, qui exerçait la profession de remisier en bourse, a versé à ses clients au cours des années 1977 à 1980 pour les garantir des pertes résultant de la gestion de leur portefeuille des sommes d'un montant plusieurs fois supérieur à ses recettes professionnelles sans y être tenu par contrat. Dans ces conditions, s'il a pu, dans l'intérêt de son entreprise, accorder cette garantie pendant les années 1977 et 1978, **en revanche**, et eu égard tant à l'expérience qu'il avait progressivement acquise dans l'exercice de son activité qu'à l'importance des pertes déjà effectuées, il a, en persistant à offrir cette garantie de bonne fin, au cours des deux années suivantes, excédé manifestement les risques qu'un chef d'entreprise peut être conduit à prendre pour améliorer les résultats de son exploitation. **Ainsi l'administration établit que, pour les années 1979 et 1980, les remboursements auxquels le contribuable a procédé constituent des actes étrangers à une gestion commerciale normale.**

### L'affaire SA Peronnet Conseil d'État, 30/05/2007, 285575

En estimant que l'opération ne contribuait pas au développement de la société créancière, La cour administrative d'appel du 29 juin 2005 ([cliquer](#)) de Paris n'a ni commis d'erreur de droit ni inversé la charge de la preuve.

En vertu des dispositions combinées des articles 38 et 209 du code général des

impôts, le bénéfice imposable à l'impôt sur les sociétés 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.

Les abandons de créances accordés par une entreprise au profit d'un tiers ne relèvent pas, en règle générale, d'une gestion commerciale normale, sauf s'il apparaît qu'en consentant de tels avantages, l'entreprise a agi dans son propre intérêt.

S'il appartient à l'administration d'apporter la preuve des faits sur lesquels elle se fonde pour estimer qu'un abandon de créances ou d'intérêts consenti par une entreprise à un tiers constitue un acte anormal de gestion, elle est réputée apporter cette preuve dès lors que cette entreprise n'est pas en mesure de justifier qu'elle a bénéficié en retour de contreparties.

Des avances de trésorerie accordées par une société à une entreprise en difficulté dans le cadre d'un plan de continuation de cette dernière et, le cas échéant, la renonciation à ces créances, ne constituent pas un acte de gestion anormal dès lors que cette pratique vise au développement de la société créancière, dans une stratégie de croissance externe, par la prise de participation, fût-elle minoritaire et postérieure aux aides consenties, dans le capital de la société aidée et ne lui fait pas courir un risque manifestement exagéré.,

En l'espèce, la cour, pour juger que les abandons de créances consentis par la société ne pouvaient être regardés comme relevant d'une gestion normale, a examiné la réalité de la contrepartie invoquée et a écarté les justifications apportées par la société pour défaut de documents probants. Ainsi, en estimant que l'opération ne contribuait pas au développement de la société créancière, elle n'a ni commis d'erreur de droit ni inversé la charge de la preuve.

Patrick Michaud, avocat juin 2011