



## ACTE ANORMAL DE GESTION ET MAUVAISE GESTION

Olivier Fouquet

Président de Section au Conseil d'Etat

Note EFI les arrêts et les conclusions soulignés sont des liens Internet actifs

Bon travail à toutes et tous P Michaud

1) La décision d'espèce est un des éléments affectifs de la vie juridictionnelle quotidienne du juge. Le juge n'est pas de bois. Il peut être distrait du délibéré par la neige qui tombe dans les jardins du Palais Royal. Surtout il n'est pas insensible aux malheurs de la veuve et de l'orphelin ni à la noirceur des méchants. La loi est certes la même pour tous, mais il faut adapter la règle générale aux situations particulières et le juge se prévaut parfois de sa faculté d'adaptation de la loi pour statuer sur le sort particulier et digne de bienveillance du justiciable méritant. Telle est l'origine des décisions d'espèce que le juge s'arrange, en principe, à rédiger en des termes tels que le lecteur ne pourra ignorer qu'il ne s'agit pas d'une décision destinée à faire une jurisprudence susceptible d'être invoquée ultérieurement par un autre contribuable placé dans une situation moins digne d'attention bienveillante.

Toutefois la vie étant ce qu'elle est, les décisions juridictionnelles d'espèce échappent parfois à leur sort d'enfant adultérin pour être reconnues comme fondatrices de jurisprudence. Tel nous paraît être le sort d'une décision du [Conseil d'Etat du 17 octobre 1990 n°83310, Loiseau](#) : RJF 11/90 n°1317, à nos conclusions Dr. Fisc. 48/91 c. 2281, chron. J. Turot RJF 11 /90 p. 735. En acceptant de s'immiscer dans l'appréciation de la qualité de la gestion d'un professionnel, le Conseil d'Etat a entrouvert une porte qui vient d'être grande ouverte quinze ans plus tard : la mauvaise gestion peut-elle être constitutive d'actes anormaux de gestion réduisant la marge de manœuvre fiscale de l'entreprise ?

2) La notion d'acte anormal de gestion a été dégagée par la jurisprudence. La gestion de l'entreprise par ses dirigeants est libre : peu importe qu'elle soit bonne ou mauvaise. Le juge s'interdit de s'immiscer dans les choix de gestion des dirigeants de l'entreprise. Il existe toutefois une limite : ne contrôlant pas la qualité de gestion de l'entreprise, le juge s'assure néanmoins que

les actes procédant de la gestion de l'entreprise sont effectués dans son intérêt qui peut d'ailleurs ne pas être exclusif : [CE 10 juillet 1992 n°110213, sect., SA Musel BP](#) : RJF 8-9/92, **concl. Olivier . Fouquet p. 673.**

Un acte effectué par une entreprise exclusivement dans l'intérêt personnel d'un de ses dirigeants ou d'un tiers est un acte anormal de gestion dont les conséquences sur le résultat de l'entreprise sont neutralisées : en particulier, les charges générées par cet acte anormal ne sont pas déductibles.

Le Conseil d'Etat se tient fermement à cette jurisprudence qui a l'avantage de lui éviter se conduire en professeur de gestion : la haute juridiction n'est pas HEC même si un certain nombre de ses membres en ont suivi les cours.

Il avait dérogé à cette ligne de conduite dans l'affaire Loiseau pour résoudre en équité un cas humain. Il s'agissait d'un ancien officier qui avait cru à tort pouvoir s'improviser gérant de portefeuille. Sa gestion s'était révélée si catastrophique que le malheureux s'était cru obligé d'indemniser ses clients de leurs pertes alors qu'il n'y était pas contractuellement tenu. Les pertes annuelles ainsi indemnisées n'avaient pas cessé d'augmenter pendant quatre ans. Le tribunal lui avait refusé de déduire la totalité de ses pertes. En appel, le Conseil d'Etat coupe la poire en deux : il lui permet de déduire ses pertes les deux premières années mais le lui refuse pour les deux années suivantes. En somme lui dit le Conseil d'Etat, vous avez eu le temps d'apprendre votre métier pendant les deux premières années, j'admets que vous couvriez pendant cette période d'apprentissage les pertes de vos clients pour ne pas les faire fuir, mais en persistant au delà de cette période à garantir les pertes de vos clients à raison d'une activité que vous n'avez pas réussi à maîtriser, vous avez pris des risques « excédant manifestement les risques qu'un chef d'entreprise peut être conduit à prendre pour améliorer les résultats de son exploitation ». Le Conseil d'Etat a rendu ainsi un jugement de Salomon, certes équitable, mais ne prétendant pas à révolutionner la théorie de l'acte anormal de gestion.

L'idée du risque excessif avait naturellement excité l'imagination de l'administration. Mais le Conseil d'Etat a résisté aux sirènes qui le pressaient de généraliser la jurisprudence Loiseau.

Notamment par sa décision [CE 7 janvier 2000 n°186108, Philippe](#) : RJF 2/00 n°162, **concl. G.**

**Bachelier** ; obs. O. Fouquet Rev. Adm. 1-2 /2000 p. 46 ( **l'amoralisme du droit fiscal**) ; obs. J. Turot BGFE 1/00 p.1, il a censuré une cour qui avait qualifié d'anormale une gestion délictueuse dans l'intérêt de l'entreprise en estimant que le dirigeant avait pris des risques excessifs. Le Conseil d'Etat a admis au contraire la déductibilité des sanctions pécuniaires infligées à l'entreprise.

3) Mais surprise, la notion de risque excessif vient de ressusciter, comme un Lazard juridique, dans trois décisions du Conseil d'Etat de 2007.

Dans deux décisions du **30 mai 2007** n°[285575 SA Peronnet](#) et n°[285573, SARL Peronnet](#) : RJF 10/07 n°1012, **concl. François Seners**,

le Conseil d'Etat regarde comme non anormale l'activité consistant à consentir des avances de trésorerie à des entreprises en redressement judiciaire en vue d'y prendre ensuite une participation si le plan de continuation réussit ; au cas inverse l'investisseur abandonne ses avances. Le Conseil d'Etat admet la déduction des avances abandonnées dès lors que « la pratique de l'investisseur ne lui fait pas courir un risque un manifestement exagéré ». La décision ne permet pas de savoir quel serait ce risque manifestement exagéré. Ce métier d'investisseur est nécessairement à haut risque, mais il est nécessaire à l'économie. Un investisseur peut perdre sur plusieurs années puis toucher le jack-pot ; Où est la frontière alors que la période vérifiée n'excède pas trois ans ?

Dans une décision CE 5 octobre 2007 n°[291049, Sté Alcatel CIT](#) : RJF 12/07 n°1381, **concl. N. Escaut** BDCF 12/07 n°137, le Conseil d'Etat refuse à une entreprise le droit de déduire les détournements de fonds commis par ses salariés d'une part s'ils ont été tolérés par les dirigeants et d'autre part en cas de carence manifeste des dispositifs de contrôle.

**La première hypothèse** ne nous gêne pas trop : ce n'est qu'une variante de la jurisprudence qui refuse la déductibilité des fonds détournés par les dirigeants : [CE 27 juillet 1988 n°54510, Plén.](#) : RJF 10/88 n°1070, **concl. O. Fouquet** **INTROUVABLE**

**La seconde hypothèse** nous embarrasse davantage : car où passe la frontière de la carence manifeste du contrôle ? Va-t-on interdire à la grande banque française à laquelle un trader a fait perdre 250 millions d'euros à New-York de déduire sa perte ?

4) En conclusion, ces exemples montrent bien les dangers de la jurisprudence d'espèce. La décision Loiseau était sans doute bien rédigée ; l'idée du risque manifestement excessif était séduisante. Mais de là à apprécier la gestion d'une grande banque de la place (surtout avec la crise des subprimes) comme celle d'un malheureux officier qui s'improvise à ses dépens gestionnaire de portefeuille, il y a un grand pas qu'il serait hasardeux pour la jurisprudence de franchir. Nous n'en sommes pas là ! Mais sait-on jamais ?

La liberté d'entreprendre est la clef du développement économique. Dans la vie, il y a des coups où on perd, d'autres où on gagne. Ne laissons pas l'administration fiscale et le juge jouer au poker avec les entreprises : il n'y aurait que des perdants !

O.F.