

DROIT FISCAL

ABANDON DE LA THÉORIE DU RISQUE MANIFESTEMENT EXCESSIF : « OSER N'EST PLUS UN FRUIT DÉFENDU »

LA THÉORIE DE PRISE DE RISQUES MANIFESTEMENT EXCESSIFS, DONT LA PATERNITÉ EST SOUVENT ATTRIBUÉE À LA DÉCISION LOISEAU DU CONSEIL D'ÉTAT¹, CONSISTE À QUALIFIER D'ACTE ANORMAL DE GESTION LES OPÉRATIONS EXCÉDANT MANIFESTEMENT LES RISQUES QU'UN DIRIGEANT PEUT ÊTRE CONDUIT À PRENDRE DANS LE CADRE D'UNE GESTION NORMALE DE SA SOCIÉTÉ.

Sur la base de cette jurisprudence, l'administration fiscale refusait la déduction des pertes subies par une société à l'occasion d'opérations comportant un risque manifestement excessif. Par une décision du 13 juillet 2016, le Conseil d'État a abandonné sa jurisprudence. Deux Cours Administratives d'Appel² se sont prononcées pour la première fois depuis le 13 juillet 2016 sur l'abandon de cette théorie rappelant que la faute de gestion demeure un élément caractéristique d'un acte anormal.

I - Contexte

Sur la base de cette construction jurisprudentielle, l'administration fiscale refusait la déduction des pertes subies par une société à l'occasion d'opérations comportant un risque manifestement excessif.

En ce qu'elle constitue une profonde ingérence de l'administration fiscale dans la gestion des sociétés et qu'elle occulte totalement les risques inhérents au commerce, cette théorie a été vivement critiquée par la doctrine³. Après plusieurs mises à mort et résurrections, cette jurisprudence a finalement été abandonnée le 13 juillet 2016 par Conseil d'État réuni pour l'occasion dans sa formation la plus solennelle.

Le contexte présenté au Conseil d'État illustre à merveille les limites et les inconvénients du recours à la notion de risque pour apprécier la normalité d'un acte de gestion. Il était question d'un établissement du secteur bancaire qui avait octroyé des fonds à une entreprise en situation de redressement judiciaire. Après la liquidation de l'entreprise, les fonds étant irrécouvrables, l'établissement avait déduit les pertes correspondantes. L'administration, rejointe par les juges du fonds, a considéré que l'établissement bancaire n'avait pas agi dans le cadre d'une gestion commerciale normale. Ainsi, les pertes enregistrées n'étaient pas déductibles.

Le Conseil d'État, saisi du contentieux, juge que « *c'est au regard du seul intérêt propre de l'entreprise que l'administration doit apprécier, pour déterminer le caractère déductible d'une charge, si des opérations correspondent à des actes relevant d'une gestion commerciale normale. Ainsi, il n'appartient pas à l'administration de se prononcer 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.* » (CE. 13-7-26 n°375801 sect., SA Monte Paschi Banque). En revanche, le Conseil d'État précise que « *L'administration demeure néanmoins en droit de s'opposer à la déduction de charges correspondant aux détournements de fonds rendus possibles par le comportement délibéré ou la carence manifeste des dirigeants.* »

La décision prise par le Conseil d'État traduisait la volonté de figer cette



position dans le temps et de clore les débats. Il était cependant à craindre, comme on a pu le voir sur d'autres sujets, une forme de résistance des juges du fonds. Il n'en est rien puisque les Cours Administratives d'Appel de Versailles et de Marseille ont suivi les juges du Palais Royal.

II - L'abandon de la théorie dite de la « Prise de risques manifestement excessifs »

Par un arrêt du 7 février 2017, la Cour Administrative d'Appel de Versailles tire les conséquences de la décision Monte Paschi Banque et confirme l'abandon de cette théorie.

Il était question, dans l'espèce soumise à la Cour, de pertes subies suite à une escroquerie organisée par un tiers. Il était reproché au dirigeant de la société d'avoir payé intégralement une commande faite auprès d'une société établie en Chine avant la réception des marchandises et sans effectuer de contrôle sur cette dernière. L'administration souhaitait réintégrer les sommes perdues sur le fondement d'un acte anormal de gestion caractérisé par une prise de risques manifestement excessifs. Saisie du contentieux, la Cour administrative d'Appel de Versailles rejette les demandes de l'administration par une pure application de la jurisprudence Monte Paschi Banque. La reprise exacte du considérant de la décision du Conseil d'État semble ainsi l'inscrire dans la durée en tant que considérant de principe.

À retenir : l'administration n'est plus fondée à réintégrer des sommes sur le fondement d'une prise de risques manifestement excessifs, dès lors que l'opération en cause relève de l'objet social de l'entreprise.

III - Le maintien du critère de la faute de gestion

Si l'administration n'est pas fondée à s'immiscer dans les choix stratégiques des sociétés, un récent arrêt de la Cour Administrative d'Appel de Marseille, du 23 février 2017, rappelle en revanche que l'administration fiscale peut lui reprocher la carence de dirigeant dans l'organisation et le contrôle interne de celle-ci⁴.

Cette décision n'est pas nouvelle et s'inscrit dans un courant jurisprudentiel déjà bien établi, réaffirmé dernièrement avec force dans la décision Monte Paschi Banque.

L'affaire présentée devant la Cour Administrative d'Appel de Marseille concernait une société exploitant un supermarché victime de plusieurs vols consécutifs sur un distributeur automatique de billets. La société avait déduit les pertes correspondantes à quoi s'était opposée l'administration fiscale.

Dans la continuité de la jurisprudence antérieure, la Cour Administrative d'Appel de Marseille réaffirme que « *les détournements de fonds rendus possibles par le comportement délibéré ou la carence manifeste des dirigeants de la société ne sont pas déductibles* »⁵.

La décision est importante en ce qu'elle élargit la décision Alcatel, qui portait sur un détournement de fonds réalisé par un salarié, à un détournement de fonds réalisé par un tiers.

À retenir : l'administration fiscale est en droit de refuser la déduction de pertes subies en raison du comportement délibéré ou de la carence manifeste des dirigeants dans des choix autres que stratégiques ayant porté atteinte à l'intérêt propre de la société.

L'articulation de ces jurisprudences permet de conclure que la prise de risques dans le monde des affaires n'est plus un fruit défendu, en revanche la carence dans le contrôle interne reste sanctionnée.

Me Marlène ALONSO,
Me Alexandra GASC-MIZIAN
et M. Benoît LARGEAU



- 1 - CE. 17 oct. 1990 n°83310, Loiseau RJF : 11/90.
- 2 - CAA Versailles 7 Fév. 2017, et CAA Marseille 23 Fév. 2017
- 3 - Voir notamment : « Halte au feu ! » O.Fouquet Rev. Amd. 5/14 n°401 p485.
- 4 - CAA. Marseille 23-2-17 n°15MA03323.
- 5 - (CE 5-10-07 Alcatel CIT n° 291049).