

LA DÉFINITION DES ACTIFS : LE REGARD DU JURISTE

Henri OLIVIER*

et

François PASQUALINI**

1. Dominer les biens pour les mettre au service d'une activité. Voilà assurément un objectif commun à tous les entrepreneurs. La propriété et le contrat sont les outils juridiques de cette maîtrise. Par une formule célèbre, l'article 544 du Code civil nous enseigne que « la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». C'est dire que la propriété permet non seulement à son titulaire d'exploiter lui-même le bien, mais aussi de le faire exploiter par autrui grâce à un contrat. Dans cette dernière hypothèse, la personne de l'exploitant est donc dissociée de celle du propriétaire. En effet, pour un entrepreneur, la propriété de l'outil de production ou, plus généralement, de n'importe quel bien générateur de revenus, n'est pas toujours indispensable, loin s'en faut. La propriété n'est parfois qu'une charge inutile alors que la jouissance, dès l'instant où elle est sereine et pérenne, c'est-à-dire du moment où elle présente certaines qualités, suffit d'ordinaire pour la réalisation du projet économique de l'entreprise et pour son succès.

Si l'on veut bien pousser l'analyse au-delà de ce simple constat, on remarque que la propriété retrouve tout son intérêt lorsqu'on raisonne en termes de crédit. Chaque bien présente une utilité et une valeur qui sont autant de richesses. Et si l'utilité peut être acquise de multiples manières, le prêt, le bail, le crédit-bail ou encore la concession étant ici des contrats précieux, la

* Professeur émérite à l'Université de Liège.

** Professeur à l'Université Paris-Dauphine – PSL, Administrateur du Centre français de droit comparé.

valeur est pour sa part intimement attachée à la propriété. Il suffit pour s'en convaincre de rappeler que le crédit suppose la confiance et de relever que cette assurance naît autant des qualités du débiteur que des droits préférentiels qu'il peut accorder à tel ou tel de ses créanciers. Or, le droit des sûretés est inséparable de la libre disposition des biens que seule la propriété réalise. La constitution d'une sûreté réelle consiste à affecter la valeur d'un bien du débiteur en garantie de l'une de ses dettes alors que celle d'une sûreté personnelle prend la voie de l'affectation des biens d'un tiers en garantie de l'une des dettes du débiteur¹.

Cette distinction entre l'utilité et la valeur n'est ni fictive, ni abstraite. Elle est tout au contraire authentique et concrète. Elle résulte de la lettre même de l'article 544 du Code civil qui, dans une définition subtile, oppose la jouissance et la consommation à la perception des revenus et à l'exploitation du capital, conciliant à merveille une essence juridique et un esprit économique². Malheureusement, la comptabilité n'est sans doute jamais vraiment parvenue à une telle osmose entre le monde du droit et celui de l'économie malgré l'invitation d'un auteur qui estimait, dans le titre d'un ouvrage réputé, que la comptabilité est à la fois l'algèbre du droit et une méthode d'observation de l'économie³.

2. Une confrontation semble apparaître entre un modèle comptable *juridique* porté par les directives européennes⁴ et un modèle *financier* dont le référentiel IFRS se veut le champion⁵. Le facteur temps est un élément important dans ce débat. Pour s'en convaincre, il suffit de se rappeler qu'un droit actuel peut être la source d'un autre droit ou d'une « chose » en devenir.

¹ M. CABRILLAC, Chr. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9^{ème} éd., LexisNexis Litec, 2010, n° 3.

² Fr. PASQUALINI, « Regard critique d'un juriste sur les normes comptables internationales », *ACE Comptabilité, fiscalité, audit, droit des affaires au Luxembourg*, déc. 2010, p. 13.

³ P. GARNIER, *La Comptabilité, Algèbre du droit et méthode d'observation des sciences économiques*, Dunod, 1947.

⁴ V. chronologiquement : Dir. n° 78/660/CEE du Conseil, du 25 juill. 1978, concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés ; Dir. n° 83/349/CEE du Conseil, du 13 juin 1983, concernant les comptes consolidés ; Dir. 2013/34/UE, du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil.

⁵ Les « *International financial reporting standards* » ou « Normes internationales d'information financière », sont édictées depuis 2002 par l'*International Accounting Standards Board* (IASB) qui est un organe de normalisation indépendant basé à Londres et placé sous le contrôle d'une entité mère à but non lucratif, l'*IFRS Foundation*. Auparavant, de 1973 à 2001, les normes publiées par l'*International Accounting Standards Committee* (IASC), qui a précédé l'IASB, étaient dénommées IAS, c'est-à-dire « *International Accounting Standards* » ou « Normes comptables internationales ». Un cadre conceptuel pour l'information financière a été publié par l'IASC en 1989 et adopté par l'IASB en 2001. Sa révision, décidée dès 2004, a débouché, dans un premier temps, sur une version revue et augmentée en 2010 puis, dans un second temps, sur un exposé-sondage en mai 2015 soumettant à consultation publique des modifications substantielles. Notre commentaire des positions de l'IASB est largement fondé sur ce document.

Pensons au droit de souscription d'actions à émettre et au réméré qui permettent de racheter la chose vendue. Le juriste reconnaît ce droit, parfois jusque dans sa dénomination, mais il ne faut pas en conclure pour autant qu'il s'agisse toujours d'une ressource économique actuelle pouvant être comptabilisée comme actif au bilan. Il faut en déterminer la raison. Si le droit est, par hypothèse, incontesté, s'agit-il d'une question de valeur, d'utilité ou de tout autre motif tenant à la technique de construction des états financiers ?

3. Sans parler des modes d'évaluation, ce qui dépasserait les limites de notre étude, ces deux modèles se confrontent autant du point de vue notionnel qu'au regard des techniques de comptabilisation et de qualification. Comme nous l'illustrons dans l'analyse de quelques cas particuliers, un des enjeux du débat de la normalisation comptable internationale revêt un aspect plutôt technique. Il s'agit de savoir dans quelle mesure il est plus ou moins efficace d'adopter une définition large de la notion d'actif en introduisant au besoin des limitations au moyen de restrictions dans les conditions de comptabilisation ou, à l'inverse, de rester souple dans les conditions de comptabilisation parce que la définition elle-même serait suffisamment restrictive. Les études en cours à l'occasion de la révision du cadre conceptuel de l'*International Accounting Standards Board* encouragent la recherche de pistes de rapprochement, car on ne peut ignorer que les entreprises susceptibles d'appliquer le référentiel IFRS se rattachent à un ordre juridique national, même si elles développent leurs activités dans un contexte international.

I. LA NOTION

A. - *L'approche juridique traditionnelle : la primauté de la propriété*

4. Pour les juristes civilistes, les comptes annuels ont pour fonction « de représenter un patrimoine et la variation de ce patrimoine au cours d'une année. [...] le patrimoine juridique fait l'objet d'une représentation au sein du bilan tandis que sa variation, comprise comme la synthèse des opérations juridiques réalisées durant un exercice, est analysée dans le compte de résultat »⁶. L'assise du crédit se trouve de la sorte parmi les actifs du bilan que le plan comptable général français de 1982 définissait justement comme des éléments du patrimoine ayant une valeur économique pour l'entreprise. La référence au patrimoine était un bel hommage à la tradition comptable des pays de droit romano-germanique.

⁶ Fr. PASQUALINI et D. BURBI, « Droit comptable européen et normes IFRS : une scission entre le droit et le chiffre ? », *Rev. sociétés* 2013, p. 259, n° 20.

Théorisé par deux célèbres auteurs⁷ et envisagé comme une universalité de droit, c'est-à-dire comme une masse dont les actifs et les passifs ne peuvent être dissociés, le patrimoine est l'ensemble des biens et des obligations d'une même personne, l'ensemble des biens détenus en pleine propriété et des dettes d'un sujet de droit⁸. Ainsi, un bien mérite d'être qualifié d'actif d'une personne quand celle-ci est titulaire à son propos d'un droit de disposition, peu important qu'elle jouisse ou ne jouisse pas de son utilité à la date à laquelle les comptes sont arrêtés.

5. Cependant, cette prévalence du droit de propriété n'a jamais été absolue⁹. Il suffit, pour le constater, de penser au cas où une vente est assortie d'une clause de réserve de propriété au sens de l'article 2367 du Code civil. L'entrée en possession de l'acquéreur précède l'acquisition du droit de propriété qui est reportée jusqu'au complet paiement du débiteur pour que le plus absolu des droits réels puisse être offert en garantie au créancier. Néanmoins, afin de pouvoir constater une dette au passif, l'acheteur inscrit le bien acquis à l'actif alors qu'il n'en est pas propriétaire, car il est tenu, par la technique de la partie double, de comptabiliser à l'actif un montant correspondant à celui de la dette. La portée de l'exception mérite d'être relativisée car l'entreprise jouit en *substance* du bien comme si elle en était propriétaire. La solution retenue peut dès lors être aisément justifiée en invoquant la théorie de l'apparence qui est en revanche impuissante à expliquer quoi que ce soit lorsque l'on pense aux *charges activées* comme les frais d'établissement, les frais de recherche et de développement ou les comptes de régularisation. Ces éléments ont tous les attributs d'une charge, mais aucun fait générateur susceptible de justifier leur comptabilisation en charges ne leur correspond. C'est pourquoi ils sont inscrits à l'actif du bilan, alors qu'ils ne sont ni cessibles, ni négociables, ni saisissables.

6. De plus, le concept de propriété n'explique pas tout. D'autres *droits* sont classés à l'actif du patrimoine, principalement les droits de créance. Sans conteste, ils font partie du patrimoine. Toutefois, si on considère le moment de l'enregistrement en comptabilité, on se demandera si un droit indiscuté dans sa nature juridique doit nécessairement faire l'objet d'une inscription dans les comptes et à quel titre. La question se pose souvent dans le domaine des instruments financiers.

⁷ Ch. AUBRY et Ch.-Fr. RAU, *Cours de droit civil français*, 1^{ère} éd., 1839, 3^{ème} éd., 1856-1858.

⁸ C. civ., art. 2285 : « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférences ».

⁹ Fr. PASQUALINI et D. BURBI, « Droit comptable européen et normes IFRS : une scission entre le droit et le chiffre ? », *préc.*, p. 269, n° 27.

B.- *L'approche financière positive : une ressource contrôlée*

7. L'IASB ayant la volonté de créer un référentiel comptable universellement acceptable, il n'est pas surprenant que son approche soit différente et que la déconnexion du droit et de la comptabilité soit non seulement un mot d'ordre, mais aussi un objectif premier. Pour pouvoir être reçus par tous, les normes doivent faire abstraction de l'influence des différents modèles juridiques nationaux qui ne sont qu'une sorte de pollution à leur propos. Le but est donc de représenter non pas un patrimoine, mais une situation financière¹⁰. Les directives européennes successives ont bien essayé de concilier l'approche juridique et l'approche financière en exigeant que les comptes annuels donnent une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise¹¹, mais force est de constater l'insuccès de cette louable volonté. En effet, selon les traductions dans les nombreuses langues de l'Union européenne, la référence au patrimoine est affirmée ou effacée, au gré de considérations locales d'ordre juridique¹².

8. Le cadre conceptuel de 1989, adopté par l'IASB en 2001, précise à l'heure actuelle qu'un actif est une ressource contrôlée par l'entité du fait d'événements passés et dont des avantages économiques futurs sont attendus par l'entité¹³. L'avantage économique futur est la capacité pour un actif de contribuer à engendrer des flux positifs de trésorerie au bénéfice de l'entreprise par son utilisation ou par sa conversion en trésorerie¹⁴. Même si la cession est vraisemblablement l'archétype de la conversion d'un bien en trésorerie, la conception développée par le normalisateur international revient de prime abord à mépriser la propriété, regardée comme non essentielle, et à la reléguer au rang d'un simple indicateur, car le droit de disposer d'un bien n'apporte rien de plus qu'une présomption de liberté d'utilisation¹⁵. Dès lors,

¹⁰ *Ibid.*, p. 271, n° 32.

¹¹ Dir. 78/660/CEE, *préc.*, art. 2, § 3, et Dir. 2013/34/UE, *préc.*, art. 4, § 3.

¹² Fr. PASQUALINI et D. BURBI, « Droit comptable européen et normes IFRS : une scission entre le droit et le chiffre ? », *préc.*, p. 267, n° 22.

¹³ IASB, *The conceptual framework for financial reporting*, Chapter 4, § 4.4 : « *An asset is a resource controlled by the entity as a result of past events and from which future economic benefits are expected to flow to the entity* ».

¹⁴ *Ibid.*, Chapter 4, § 4.8 : « *The future economic benefit embodied in an asset is the potential to contribute, directly or indirectly, to the flow of cash and cash equivalents to the entity. The potential may be a productive one that is part of the operating activities of the entity. It may also take the form of convertibility into cash or cash equivalents or a capability to reduce cash outflows, such as when an alternative manufacturing process lowers the costs of production* ».

¹⁵ *Ibid.*, Chapter 4, § 4.12 : « *Many assets, for example, receivables and property, are associated with legal rights, including the right of ownership. In determining the existence of an asset, the right of ownership is not essential ; thus, for example, property held on a lease is an asset if the entity controls the benefits which are expected to flow from the property. Although the capacity of an entity to control benefits is usually the result of legal rights, an item may nonetheless satisfy the definition of an asset even when there is no legal control. For example, know-how obtained from a development activity may meet the definition of an asset when, by keeping that know-how secret, an entity controls the benefits that are expected to flow from it* ».

le critère d'activation d'un bien est le contrôle de son utilité dans le temps, dans un temps suffisant pour parvenir à tirer de l'exploitation des gains économiquement mesurables qui, selon toute probabilité, iront à l'entreprise¹⁶. Peu importe en revanche la qualification de ces avantages par une règle de droit (prix, intérêts, loyers, rentes...) ou une réglementation fiscale (revenus de placements financiers, bénéfiques industriels et commerciaux, bénéfiques non commerciaux, bénéfiques agricoles, revenus fonciers...). Peu importe également la qualification des événements passés qui fondent le contrôle (contrats, actes unilatéraux, actes onéreux, actes à titre gratuit...).

En d'autres termes, l'inscription d'un bien à l'actif du bilan suppose une véritable maîtrise de son utilité. L'entreprise doit pouvoir légitimement revendiquer à son propos une autonomie de gestion, c'est-à-dire une liberté d'action et d'administration la plaçant dans une situation comparable à celle d'un propriétaire l'exploitant personnellement, alors même que la nature de son droit n'est pas prise en compte. À la vérité, la référence à la propriété ne semble donc pas complètement abandonnée, mais elle est regardée plus comme un fait que comme un droit.

9. Ainsi, l'exploitant possède l'usage du bien, ce qui signifie qu'il peut s'en servir librement en fonction des choix qui sont les siens. Il lui est possible de décider ponctuellement de ne pas l'utiliser. L'exploitant a aussi la jouissance du bien, c'est-à-dire qu'il a le loisir de percevoir les fruits de la chose et d'en faire ce que bon lui semble. Le fait qu'il acquiert le bien grâce à un emprunt dont le capital doit être remboursé et les intérêts payés n'y change rien : il a l'entière jouissance et le créancier, ici prêteur, n'en a aucune. Toutefois, s'il doit payer un loyer ou une redevance, il partage la jouissance avec son créancier. Plus exactement, dans cette hypothèse, l'exploitant a la jouissance matérielle tandis que le créancier, pour ne pas dire le propriétaire, a la jouissance juridique. En droit civil, ces deux dernières hypothèses méritent d'être distinguées. Pourtant, l'optique financière retenue par les normes internationales conduit à les traiter d'une manière identique, l'emploi du bien n'étant nullement affecté par leur différence.

10. Dans le même ordre d'idées, l'entreprise qui active un bien en IFRS est la seule à le faire. Cela signifie qu'elle entretient avec le bien un rapport d'exclusivité : elle l'exploite en toute légitimité et, en conséquence, peut interdire à d'autres de l'exploiter concurremment. Certes, elle doit respecter des conditions d'ordre contractuel si elle est locataire ou crédit-preneuse. Cela signifie que les prérogatives que l'exploitant détient ne relèvent pas de l'absolutisme. Il exploite librement, mais en considération des termes qui lui

¹⁶ *Ibid.*, Chapter 4, § 4.38 : « An item that meets the definition of an element should be recognised if: (a) it is probable that any future economic benefit associated with the item will flow to or from the entity » ; *Adde*, § 4.44 : « An asset is recognised in the balance sheet when it is probable that the future economic benefits will flow to the entity ... ».

permettent de faire usage du bien, c'est-à-dire en fonction des prévisions contractuelles.

Le principe d'exclusivité conduit à rejeter les situations dans lesquelles un unique bien peut être considéré comme un actif par plusieurs entreprises. Ainsi, un bien vendu avec réserve de propriété ne saurait être un actif pour l'acheteur et le vendeur ; un bien acquis en *leasing* ne peut pas être un actif à la fois pour le bailleur et le preneur. Comme nous le verrons par la suite, l'application du principe sera la cause de divergences dans la comptabilisation de certaines catégories d'actifs y compris entre les Etats qui adhèrent au même référentiel¹⁷.

Il en résulte que l'association du contrôle des avantages économiques à une ressource peut, au même titre que l'usufruit que chacun connaît¹⁸, être regardée comme une forme de propriété démembrée. Elle comprend un usage libre et exclusif, mais pas absolu, une jouissance, sans distinguer entre la jouissance matérielle et la jouissance juridique, indépendamment de la disposition qui n'apporterait rien de plus dans la perspective envisagée. Le contrôle ne découle donc pas d'un droit, mais se déduit d'un cumul de droits, d'un *bundle of rights*.

11. L'exposé-sondage soumis à consultation par l'IASB en mai 2015, formulant un projet de nouveau cadre conceptuel de l'information financière, corrige quelque peu la définition, en ce sens qu'il la divise en deux éléments liés au facteur temps¹⁹. (1) Un actif « est une ressource économique actuelle que l'entité contrôle du fait d'événements passés » ; (2) « une ressource économique est un droit qui a le potentiel de produire des avantages économiques ». D'autres aspects délicats de la définition sont mis de la sorte en lumière. Dans la première proposition, quand existe-t-il un *contrôle* ? Dans la seconde proposition, comment interpréter le *potentiel* de produire un avantage économique ? Nous reviendrons tout au long de cette discussion sur ces aspects de la nouvelle définition en projet, mais elle ne semble pas remettre en cause les conclusions que nous tirons de la définition de 1989.

C. - *L'approche financière alternative : un droit détenu sur une ressource*

12. La révision de la définition des actifs fut à l'ordre du jour de l'IASB dès décembre 2005 sur la base d'une étude réalisée par le *staff* de l'organisation²⁰. Ce document de travail considère que la référence au

¹⁷ V. *infra*, n° 34.

¹⁸ C. civ., art. 578 et s. On pensera également à la décomposition de l'action en un certificat d'investissement et un certificat de droit de vote : V. C. com., art. L. 228-30 et s.

¹⁹ IASB, Exposé-sondage ED/2015/3, *Cadre conceptuel de l'information financière*, Londres, mai 2015, Chapitre 4 : *Les composantes des états financiers* ; V. en particulier les § 4.5 à 4.23.

²⁰ IASB, Agenda Paper 2A - *Conceptual Framework - Elements 1 : Asset Definition*, Londres, déc. 2005.

contrôle par l'entreprise, utilisée tant par l'IASB que par le normalisateur américain, présente des inconvénients. Pour le premier, c'est la ressource qui est contrôlée par l'entreprise ; pour le second, il s'agit des bénéfices économiques futurs. Une alternative est recherchée en se fondant sur la définition utilisée par le normalisateur britannique. Ce dernier part du principe qu'un actif ne doit être ni un élément détenu en propriété, ni un bénéfice économique futur. Il s'agit plutôt d'un droit actuel ou d'une autre forme d'accès à certains avantages économiques futurs découlant de la propriété capable de produire des *cash flows* positifs pour l'entreprise (entrée d'espèces ou réduction d'une sortie d'espèces)²¹.

Dans cette optique, la référence au contrôle serait remplacée par la mention du *droit* que l'entreprise a sur le bien et que les autres n'ont pas ou de l'*accès* dont l'entreprise dispose et dont les autres ne disposent pas. L'extension du droit à d'autres formes d'accès est expliquée par la nécessité de couvrir des situations qui ne seraient pas automatiquement résolues par des règles juridiques uniformes. Par exemple, une entreprise pourrait n'avoir aucune protection juridique de ses secrets d'affaires, *know-how* ou inventions non brevetées, tout en étant capable de décourager des tiers à y accéder. L'idée d'exclusivité est exprimée sans détour, tandis que la capacité du bien à engendrer des rentrées d'espèces ou à éviter des sorties d'espèces fait penser à la jouissance, même si la formule envisagée manque ici évidemment de netteté et peut laisser craindre la subjectivité.

13. Cette présentation a l'ambition d'apporter une solution aux incertitudes entourant la notion de contrôle et d'expliquer plus clairement ce qu'est une ressource économique. Si l'on entend bien volontiers ces prétentions, force est de constater que le résultat proposé crée beaucoup plus de problèmes qu'il n'en résout. La confusion n'est peut-être pas due au vocabulaire, bien qu'il semble moins clair et moins précis, mais au sens même qu'il convient de donner au terme *contrôle* et à son objet²².

14. Pour ces raisons, la conception alternative n'a pas été retenue dans l'exposé-sondage publié en mai 2015. Ce texte revient à l'approche classique de ressource contrôlée. En revanche, le message sur les risques de mauvaise compréhension liés à la notion de *contrôle* est bien reçu. Les paragraphes 4.17 à 4.23 du document apportent des précisions sur le sens qu'il convient de donner au terme. « L'entité contrôle une ressource économique si elle a la capacité immédiate d'en diriger l'utilisation de manière à obtenir les avantages économiques qui en découlent »²³.

Comme, dans une telle compréhension, la définition de l'actif ne repose plus sur la valeur, indissolublement liée au crédit, mais sur un contrôle

²¹ *Ibid.*, § 39 et s.

²² EFRAG/ANC, *Pro-active Paper on the Definition of an Asset*, Bruxelles, févr. 2010, § 49 et s.

²³ IASB, Exposé-sondage ED/2015/3, *préc.*, § 4.18.

synonyme d'utilité, est-il loisible de prétendre que la définition de l'actif n'a pas à répondre nécessairement aux exigences du crédit ? Peut-on vraiment faire fi de toute considération de prudence ? La question ainsi posée laisse poindre une divergence profonde qui sépare le modèle comptable européen et le référentiel IFRS.

II. LA COMPTABILISATION

15. Le champ d'application de la notion d'actif dans l'exposé-sondage de l'IASB - une ressource économique actuelle que l'entité contrôle du fait d'événements passés - est très large. Les éléments traditionnels, tels que les terrains, machines, outillages, stocks, valeurs mobilières, créances commerciales ou avoirs monétaires en font partie. En outre, les valeurs incorporelles y prennent une place significative, la recherche-développement, les réseaux de distribution, tout comme l'expérience et la créativité des travailleurs. Il s'agit là de ressources économiques qui résultent d'un ensemble de relations contractuelles. Sont-elles pour autant des éléments d'actifs comptables à comptabiliser au bilan ?

16. L'existence d'une ressource économique susceptible de contribuer à l'apparition de flux de trésorerie futurs ne suffit pas pour conclure qu'elle sera toujours enregistrée au bilan de l'entreprise. Il existe maints exemples de droits qui ne sont pas traduits dans les états financiers. Le fonds de commerce créé par l'entreprise et certains autres actifs incorporels en donnent de bonnes illustrations. Une clause contractuelle de non-concurrence dans un contrat d'entreprise, un contrat de commission ou un contrat de travail, pour autant qu'elle soit autorisée, fait apparaître un droit dans le chef du bénéficiaire. Celui-ci ne sera pas pour autant un actif comptable ou, du moins, pas de façon isolée.

Ces situations entrent en conflit avec le principe juridique de l'universalité du patrimoine tout autant qu'avec le principe d'exhaustivité du système comptable²⁴. Le fait est reconnu par le projet de cadre conceptuel de l'IASB : « la non-comptabilisation d'éléments qui répondent à la définition d'une composante affecte l'exhaustivité de l'état de la situation financière et de l'état ou des états de la performance financière en plus d'exclure de l'information potentiellement utile des états financiers »²⁵.

²⁴ V. Code de droit économique belge, art. III.83, al. 1^{er} : « La comptabilité des personnes morales doit couvrir l'ensemble de leurs opérations, de leurs avoirs, et droits de toute nature, de leurs dettes, de leurs obligations et de leurs engagements de toute nature [...] », et C. com. français, art. L. 123-12, al.1^{er} : « Toute personne physique ou morale ayant la qualité de commerçant doit procéder à l'enregistrement comptable des mouvements affectant le patrimoine de son entreprise [...] ».

²⁵ IASB, Exposé-sondage ED/2015/3, *préc.*, § 5.9.

17. Législateurs et normalisateurs sont confrontés à un choix entre deux approches théoriques. La première, plus classique, se révèle assez restrictive. Elle est défendue au nom d'une conception juridique et patrimoniale stricte. Elle hypertrophie la prise en compte des droits réels et réserve une moindre place aux ressources économiques incorporelles. Son souci est la répartition des résultats passés plus que la capacité de l'entreprise à se développer et à produire des résultats dans le futur.

La seconde approche adopte une définition très large de la notion d'actif. Elle s'appuie sur une conception plus globale de l'entreprise telle que décrite par le législateur belge en 1986 : « L'entreprise n'est pas seulement un patrimoine générateur de profits ou de pertes. Elle est essentiellement un agencement dynamique et durable d'hommes, de moyens techniques et de capitaux, organisé en vue de l'exercice d'une activité économique débouchant sur la réalisation d'un produit brut, permettant d'attribuer des revenus bruts ou nets à tous ceux qui ont concouru à sa réalisation »²⁶.

18. Les deux approches présentent des inconvénients techniques. La première lie l'existence de l'actif à la transformation du capital social initial d'une société en d'autres actifs à la suite d'opérations avec des tiers. Il en résulte un traitement différencié des actifs selon la manière dont ils sont acquis : le fonds de commerce acheté auprès d'un tiers est comptabilisé alors que, s'il est créé par l'entreprise, il ne le sera pas. De même, la comptabilisation des contrats de longue durée ne peut intervenir chez le créancier qu'à l'issue du contrat ; avant cela, ce produit non réalisé ne peut entrer dans la valorisation d'un stock. L'argument de la sécurité juridique est invoqué pour exagérer l'importance de la notion de prudence en établissant des différences qui ne sont certainement pas toujours légitimes entre produits et charges ainsi qu'entre actifs et passifs²⁷.

La faiblesse de la seconde conception est de reporter les problèmes de la définition vers l'étape de la comptabilisation. La notion est si large que tous les actifs qu'elle recouvre ne sauraient aisément être exprimés en unités monétaires, alors qu'une telle traduction est nécessaire pour répondre à la technique de l'enregistrement comptable. De plus, la capacité de l'actif à produire un bénéfice économique sera parfois tellement incertaine que les états financiers pourraient, à l'inverse de la première approche, provoquer une dangereuse insécurité. Dès lors, il deviendra inéluctable d'introduire diverses exceptions ou restrictions pour éviter la comptabilisation au bilan d'éléments d'actif qui porteraient préjudice au principe d'image fidèle.

19. Avant d'aller plus loin, il importe de distinguer deux moments dans le processus comptable : l'entrée en comptabilité et l'enregistrement de l'actif dans le bilan, état de la situation financière selon la terminologie de l'IASB.

²⁶ Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 8 oct. 1976 relatif aux comptes annuels des entreprises, *Moniteur belge*, 19 oct. 1976.

²⁷ EFRAG, « *Getting a Better Framework - Prudence* », *Bulletin*, avril 2013.

En ce qui concerne l'entrée en comptabilité, une approche rigoureuse devrait s'imposer. Elle se justifie non seulement par le caractère absolu des textes de loi, mais aussi, du point de vue du gestionnaire, par la nécessité de conserver la trace de toutes les opérations et des risques de l'entreprise. Pourtant, sa mise en œuvre n'est pas toujours simple. L'obligation de traduire en monnaie les opérations comptables constitue un obstacle, par exemple dans l'enregistrement d'opérations à titre gratuit ou d'actifs incorporels créés par l'entreprise. Une application stricte du nominalisme monétaire (ou valeur d'acquisition) débouche sur une impasse. Le recours à la juste valeur (ou valeur de marché) est critiqué pour son caractère incertain et volatil. À cet égard, la Cour de Justice de l'Union européenne rappelait que la quatrième directive fonde les évaluations sur le prix d'acquisition ou sur le coût de revient des actifs et non pas sur la base de leur valeur réelle²⁸. L'absence de valorisation monétaire immédiate de l'opération à titre gratuit entraîne, c'est certain, un prix d'acquisition manifestement inférieur à la valeur réelle, mais ceci concerne le processus d'évaluation et non l'enregistrement dans les comptes. L'actif ainsi entré en comptabilité pourrait d'ailleurs faire l'objet d'une réévaluation par la suite. De plus, la Cour de justice ajoute que « l'article 2, paragraphe 4, de la quatrième directive établit une obligation de fournir des informations complémentaires lorsque l'application de cette directive ne suffit pas pour donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ainsi que des résultats de la société. Tel pourrait être le cas dans la situation où une société détient un actif dont le prix d'acquisition est sensiblement inférieur à sa valeur réelle »²⁹. Ces informations apparaissent dans l'annexe ; c'est dire que la question se pose au moment de l'arrêté des comptes annuels.

20. La présentation des actifs au bilan ou, plus généralement, dans les états financiers est une autre question. Des critères différents interviennent car il s'agit de fournir une information externe aux utilisateurs des états comptables en tenant compte du fait qu'ils n'ont pas toujours les mêmes besoins. Ces critères sont énumérés, avec certaines variantes, dans le chapitre 2 de la directive européenne du 26 juin 2013 relative aux états financiers³⁰, dans les législations nationales qui l'appliquent et dans le cadre conceptuel de l'IASB (actuel³¹ et en devenir³²). On y retrouve le principe d'image fidèle, la

²⁸ CJUE, arrêt 3 oct. 2013 (décision préjudicielle), aff. C-322/12, *État belge / Gimle SA*, 34^{ème} et 35^{ème} considérants ; CJUE, ordonnance 6 mars 2014 (décision préjudicielle), aff. C-510/12, *Bloomsbury NV / Belgische Staat*, 5^{ème} considérant. V. Fr. PASQUALINI, « L'image fidèle : mythe ou réalité ? », *Comptabilité et fiscalité pratiques*, 8/2015, p. 19.

²⁹ CJUE, ord. 6 mars 2014, *préc.*, 29^{ème} considérant. V. aujourd'hui Dir. 2013/34/UE *préc.*, art. 4, § 3.

³⁰ Dir. 2013/34/UE, *préc.*, art. 4 et s.

³¹ IASB, *The conceptual framework for financial reporting, préc.*, Chapter 3.

³² IASB, Exposé-sondage ED/2015/3, *préc.*, Chapitre 2.

pertinence de l'information pour les utilisateurs, la prudence dans les évaluations³³, la non-compensation, l'importance relative.

21. Même si ces remarques sont insuffisantes pour réconcilier les deux approches en matière de comptabilisation, la directive comptable de 2013 dispose que « les états financiers annuels forment un tout et se composent au minimum pour toutes les entreprises, du bilan, du compte de résultat et de l'annexe »³⁴. La directive et les normes IFRS mettent le bilan et l'annexe sur un pied d'égalité. Certains éléments répondant à une définition large de l'actif pourraient ne pas faire partie de l'actif du bilan sans qu'il soit, pour autant, porté préjudice au principe d'exhaustivité puisqu'ils sont repris dans l'annexe. La vente avec réserve de propriété ne fait pas disparaître le bien de la comptabilité du vendeur puisque la garantie demeure actée dans les comptes d'ordre et dans l'annexe des comptes annuels. De même, l'escompte d'un effet de commerce ne soustrait pas des états financiers les droits liés au titre car ils figurent dans l'annexe.

22. Pour être activé dans le bilan, un droit doit bien sûr répondre à la définition d'un actif, tandis que l'information qui en résulte doit être pertinente pour les utilisateurs. À ce titre, l'exposé-sondage de l'IASB retient trois circonstances susceptibles d'écarter sa comptabilisation : (1) l'existence de cet actif est incertaine ou inséparable de l'entreprise dans son ensemble ; (2) la probabilité d'un flux d'avantages économiques est faible ; (3) le niveau d'imprécision que comportent diverses estimations rend l'évaluation trop approximative. Il ne s'agit pas de conditions pour la comptabilisation, mais de problèmes qui risquent de survenir lorsque les dirigeants de l'entreprise arrêtent les états financiers. L'IASB admet que d'autres facteurs peuvent aussi être à l'origine de ce manque de pertinence³⁵.

23. Comme on le voit, les difficultés d'évaluation ne sont pas vraiment étrangères à la comptabilisation des actifs. La directive de juin 2013 affirme que les postes comptabilisés dans les états financiers sont évalués conformément à leur prix d'acquisition ou leur coût de revient³⁶, avant de présenter deux modes d'évaluation alternatifs reposant respectivement sur la réévaluation des éléments de l'actif immobilisé³⁷ et sur la juste valeur³⁸. Cette dernière technique a été introduite en droit européen au début des années 2000

³³ La version de 2010 du cadre conceptuel ne mentionne toutefois pas la prudence. V. IASB, *The conceptual framework for financial reporting, préc., Basis for conclusion*, § 3.27 : « Chapter 3 does not include prudence or conservatism as an aspect of faithful representation because including either would be inconsistent with neutrality ».

³⁴ Dir. 2013/34/UE, *préc.*, art. 4, § 1^{er}, al. 1.

³⁵ IASB, Exposé-sondage ED/2015/3, *préc.*, § 5.13 et 5.14.

³⁶ Dir. 2013/34/UE, *préc.*, art. 6, § 1^{er}, i).

³⁷ *Ibid.*, art. 7.

³⁸ *Ibid.*, art. 8.

pour l'évaluation des instruments financiers³⁹. La juste valeur, au sens de la législation européenne, doit s'entendre comme une valeur de marché dès l'instant où un marché fiable est aisément identifiable ou, dans le cas contraire, comme une valeur résultant de modèles et techniques généralement admis à condition qu'ils garantissent une estimation raisonnable de la valeur de marché⁴⁰. La formule employée est assurément sibylline, mais la référence à la raison rappelle sans doute, voire forcément, que l'information comptable ne doit ni risquer de nuire à la société émettrice des états financiers, ni être susceptible d'induire en erreur les lecteurs des documents de synthèse. Autrement dit, cette valeur doit échapper à la critique de la subjectivité.

Le choix de la méthode d'évaluation, pour important qu'il soit, ne devrait pas influencer la définition de la notion d'actif, ni l'obligation de comptabiliser les éléments d'actifs dans les états financiers. En d'autres termes, si l'existence d'un actif est trop incertaine ou si son estimation ne peut être opérée de façon fiable, par exemple dans le cas d'une indemnité réclamée pour inexécution d'un contrat, sa comptabilisation posera un problème quelle que soit la méthode d'évaluation retenue.

24. Si les modèles européens et IFRS ne se recouvrent pas dans la définition de la notion d'actif, il en va de même au moment de la comptabilisation dans les états financiers. Il existe en grande partie une relation de cause à effet. L'approche extensive de la notion d'actif ne sera pas applicable sans l'introduction de diverses restrictions à l'étape de la comptabilisation. À l'inverse, une conception stricte ne pourra pas être totalement compensée par la suite, même au travers de l'annexe des états financiers ; le législateur se trouve dès lors contraint d'établir des exceptions en sens inverse comme on le voit en matière de contrat de longue durée ou de vente avec réserve de propriété par exemple.

III. LA QUALIFICATION

25. Des distinctions sont établies entre les éléments de patrimoine qui contribuent à la formation de l'actif du bilan. Cette façon de procéder est nécessaire pour l'interprétation des états financiers et la compréhension de la

³⁹ Dir. 78/660/CEE, *préc.*, art. 42 *bis*, aj. Dir. 2001/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 sept. 2001 modifiant les directives 78/660/CEE, 83/349/CEE et 86/635/CEE en ce qui concerne les règles d'évaluation applicables aux comptes annuels et aux comptes consolidés de certaines formes de sociétés ainsi qu'à ceux des banques et autres établissements financiers : « 1. Par dérogation à l'article 32 et sous réserve des conditions fixées aux paragraphes 2 à 4 de cet article, les États membres autorisent ou prescrivent, pour toutes les sociétés ou toutes les catégories de sociétés, l'évaluation à leur juste valeur des instruments financiers, y compris les dérivés. Cette autorisation ou obligation peut être limitée aux comptes consolidés au sens de la directive 83/349/CEE ».

⁴⁰ *Ibid.*, art. 42 *ter*, aj. Dir. 2001/65/CE, *préc.* V. aujourd'hui Dir. 2013/34/UE, *préc.*, art 8, § 7.

situation financière de la société. Cette analyse synthétique est rendue possible par la technique comptable de regroupement des actifs de même espèce. Le classement est essentiel car il influence l'application des méthodes d'évaluation. Un droit de propriété sur un immeuble peut provoquer non seulement la comptabilisation d'une immobilisation corporelle lorsque l'immeuble est affecté à l'exploitation, mais aussi celle d'un stock quand l'immeuble est destiné à la vente par une société immobilière ; les deux éléments sont soumis à des méthodes d'évaluation différentes. Il en ira de même d'une créance de prêt ayant pour but de soutenir durablement l'activité d'une filiale qui est classée en immobilisation plutôt qu'en placement de trésorerie.

Plus important, il peut exister une incertitude sur la nature exacte de l'actif. Le juriste adoptera l'approche patrimoniale fondée sur les catégories juridiques alors que l'économiste sera plus sensible à la notion de ressource et à son utilisation par l'entreprise. Ainsi, il ne suffit pas de considérer l'existence d'un contrat de prêt hypothécaire. Selon le modèle d'entreprise, il pourrait être maintenu dans l'actif jusqu'à son total remboursement ou être incorporé dans un instrument financier négociable à court terme.

Ces remarques mettent en évidence l'importance de la qualification des actifs et, plus généralement, de toutes les opérations traduites dans la comptabilité et dans les états financiers.

26. La rupture qui risquerait d'intervenir entre les catégories du droit civil ne justifie pas pour autant la renonciation à une conception patrimoniale de l'actif. Par exemple, sur la base des mêmes textes législatifs européens, la France et la Belgique adoptent une qualification différente du crédit-bail (ou location-financement en Belgique). Les référentiels européens et IFRS sont plus perméables qu'il n'y paraît. À l'instar du cadre conceptuel de l'IASB dans sa version de 1989, la directive comptable proclame la primauté de la substance de la transaction ou du contrat dans la comptabilisation et la présentation au bilan⁴¹. Cet argument est souvent invoqué pour justifier les différences, en particulier dans la comptabilisation des instruments complexes ou des relations contractuelles multiples.

A. - La primauté de la réalité économique

27. La règle de primauté de la substance commande de prêter attention à la *substance* sous-jacente ainsi qu'à la *réalité* économique de chaque élément à comptabiliser, et pas seulement à sa *forme* juridique. En d'autres termes, elle invite les comptables à dépasser la qualification juridique lorsque celle-ci dissimule la vraie nature de l'opération. Cette proposition est somme

⁴¹ Dir. 2013/34/UE, *préc.*, art. 6, § 1^{er}, h).

toute assez classique puisqu'elle semble très bien correspondre à la solution proclamée depuis 1804 par l'article 1156 du Code civil⁴² au sujet de l'interprétation des conventions et reprise par l'article 12 du Code de procédure civile français au titre des principes directeurs du procès⁴³. La règle de primauté de la substance sur la forme entretient donc une parenté évidente avec le droit civiliste. Ses implications sont simplement un peu plus larges que celles de l'article 1156 dans la mesure où elle conduit à « tenir compte de la portée économique et financière de l'opération dont la convention n'est peut-être qu'un des instruments, même si elle semble en contradiction avec les termes de la convention à traduire comptablement, sans qu'il y ait eu nécessairement simulation. En d'autres mots, [elle] impose [...] de confronter le résultat de l'analyse juridique, c'est-à-dire la qualification juridique, à la finalité économique de l'opération prise dans son ensemble afin que si, par exception, elles ne concordent pas ou ne sont pas conciliables, la qualification économique issue de l'analyse des objectifs poursuivis par les parties à l'opération prime »⁴⁴.

28. Dans la version initiale du cadre conceptuel, le principe de primauté de la substance sur la forme juridique avait la valeur d'une caractéristique qualitative des normes internationales⁴⁵. Après avoir été modifié en 2010, le chapitre 3 du document n'a plus fait état de cette règle en tant que telle⁴⁶. En revanche, l'exposé-sondage de mai 2015 réintroduit la référence à la primauté de la substance mais, cette fois-ci, en tant qu'élément lié au standard d'image fidèle dont il est sans aucun doute inséparable : « Fournir de l'information uniquement sur la forme juridique lorsqu'elle diffère de la substance

⁴² C. civ., art. 1856 : « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ». La récente réforme du droit des obligations en France ne changera rien sur ce point. V. Ord. n° 2016-131, 10 fév. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, art. 2, introduisant un nouvel art. 1188 dans le Code civil dont l'al. 1^{er} est ainsi rédigé : « Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes ».

⁴³ C. proc. civ., art. 12 : « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ».

⁴⁴ Y. STEMPNIERWSKY, « Le processus menant à la qualification comptable », in *Nouvelles orientations en droit comptable*, éd. Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1994, pp. 63-64. Adde, Fr. PASQUALINI et D. BURBI, « Droit comptable européen et normes IFRS : une scission entre le droit et le chiffre ? », *préc.*, p. 275, n° 42.

⁴⁵ IASC, *Framework for the Preparation and Presentation of Financial Statements*, § 35.

⁴⁶ IASB, *The conceptual framework for financial reporting, préc.*, *Basis for conclusion*, § 3.26 : « Substance over form is not considered a separate component of faithful representation because it would be redundant. Faithful representation means that financial information represents the substance of an economic phenomenon rather than merely representing its legal form. Representing a legal form that differs from the economic substance of the underlying economic phenomenon could not result in a faithful representation ». On notera que la mention du principe apparaît encore au § 4.6 qui fait partie d'un chapitre non revu du cadre conceptuel de 1989. V. *infra*, note 67.

économique du phénomène économique sous-jacent ne peut aboutir à une image fidèle »⁴⁷.

Le texte proposé suscite cependant certaines réserves en ce qu'il donne à tort l'impression que la forme juridique pourrait être totalement ignorée. Comme l'observe l'*European Financial Reporting Advisory Group*, les aspects juridiques joueront souvent un rôle majeur dans l'examen des droits et des obligations des parties et, dès lors, dans l'appréciation de la substance économique. Ce qui apparaît objectivement comme une opération économiquement unitaire pourrait avoir une substance économique différente d'un pays à l'autre par l'effet des législations applicables dans chaque ordre juridique⁴⁸. De plus, d'un point de vue économique, la comptabilisation d'une créance/dette intra-groupe manque de sens, mais la primauté de la réalité économique ne pourrait en aucune façon méconnaître la réalité juridique de la personnalité morale dans l'établissement des états financiers de la société commerciale⁴⁹.

L'idée profonde du normalisateur international est quelque peu précisée dans le chapitre 4 de l'exposé-sondage qui traite des composantes des états financiers : « Les conditions d'un contrat créent des droits et des obligations pour l'entité. Pour donner une image fidèle de ces droits et obligations, les états financiers en communiquent la substance économique plutôt que de s'en tenir à leur forme juridique [...]. Dans certains cas, la substance des droits et des obligations ressort clairement de la structure du contrat. Dans d'autres, l'identification de la substance des droits et des obligations nécessite une analyse détaillée des conditions du contrat, ou d'un groupe ou d'une série de contrats »⁵⁰.

29. La règle *substance over form* est également bien connue du droit européen. Certes, textuellement, le législateur européen n'a introduit la notion de *substance* dans le texte des directives comptables qu'en 2003⁵¹, mais à la vérité, elle est au cœur des directives depuis 1978, c'est-à-dire depuis l'affirmation de l'objectif d'image fidèle comme standard de l'information comptable⁵². Mais alors que, pendant dix ans, le droit européen indiquait, avec une évidente précaution, que « les États membres peuvent permettre ou exiger que la présentation des montants repris sous les postes du compte de profits

⁴⁷ IASB, Exposé-sondage ED/2015/3, *préc.*, § 2.14.

⁴⁸ V. l'annexe au courrier du président de l'EFRAG du 23 déc. 2015 sur l'exposé-sondage relatif au cadre conceptuel de l'IASB, § 28 et 29.

⁴⁹ Fr. PASQUALINI, *Le principe de l'image fidèle en droit comptable*, préf. E. du PONTAVICE, Litec, 1992, p. 43, n° 51.

⁵⁰ IASB, Exposé-sondage ED/2015/3, *préc.*, § 4.53.

⁵¹ Dir. 2003/51/CE du Parlement européen et du Conseil, du 18 juin 2003, modifiant les directives 78/660/CEE, 83/349/CEE, 86/635/CEE et 91/674/CEE du Conseil sur les comptes annuels et les comptes consolidés de certaines catégories de sociétés, des banques et autres établissements financiers et des entreprises d'assurance, art. 1^{er}, § 2.

⁵² Fr. PASQUALINI, *Le principe de l'image fidèle en droit comptable, préc.*, p. 41, n° 49 et s.

et pertes et du bilan se réfère à la substance de la transaction ou du contrat enregistré »⁵³, depuis 2013, il proclame désormais sans détour que « les postes du compte de résultat et du bilan sont comptabilisés et présentés en se référant à la substance de la transaction ou du contrat concerné »⁵⁴.

L'évolution du droit comptable européen et celle des IFRS ont donc été dans des sens inverses - de l'informel au formel dans le premier cas, de l'exprès au subordonné en passant par l'implicite dans le second -, mais la conclusion à laquelle les deux référentiels sont parvenus est identique sur le plan fondamental. La primauté de la substance sur la forme contribue ainsi à la pertinence de l'image comptable⁵⁵.

30. Il reste à se demander si le législateur européen a véritablement pris la mesure de cette reformulation qui crée de façon malencontreuse une ambiguïté. Le standard d'image fidèle connaît une expression profondément différente dans les directives comptables et dans les normes IFRS. Dans la lettre comme dans la philosophie du droit européen, le principe d'image fidèle a un caractère dérogatoire. La Cour de Justice l'a mis en évidence à plusieurs reprises. Dans l'arrêt *Gimle SA*, elle souligne que le texte de la directive de 1978⁵⁶ faisait référence à des cas *exceptionnels* pour que l'image fidèle justifie une dérogation⁵⁷, comme le fait toujours aujourd'hui celui de la directive de 2013⁵⁸. L'esprit est celui du Code civil : l'information est donnée à partir d'une analyse juridique qui fonde la qualification de l'opération, puis corrigée s'il y a lieu, dans des cas nécessairement exceptionnels, sur la base d'une analyse substantielle, l'annexe servant à expliquer et à justifier la dérogation. Le droit comptable affirme ainsi son autonomie dans le respect de la culture civiliste.

À l'inverse, l'expression de l'image fidèle dans le référentiel IFRS n'a rien de dérogatoire : il n'est pas permis à une entreprise de déroger à une norme comptable internationale car, le cadre conceptuel servant de base à

⁵³ Dir. 78/660/CEE, *préc.*, art. 4, § 6, réd. Dir. 2003/51/CE, *préc.*

⁵⁴ Dir. 2013/34/UE, *préc.*, art. 6, § 1^{er}, *h*).

⁵⁵ Fr. PASQUALINI et D. BURBI, « Droit comptable européen et normes IFRS : une scission entre le droit et le chiffre ? », *préc.*, p. 272, n° 34 ; Fr. PASQUALINI, « Regard critique d'un juriste sur les normes comptables internationales », *préc.*, p. 13/14.

⁵⁶ Dir. 78/660/CEE, *préc.*, art. 2, § 5 « Si, dans des cas exceptionnels, l'application d'une disposition de la présente directive se révèle contraire à l'obligation prévue au paragraphe 3 [les comptes annuels doivent donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ainsi que des résultats de la société], il y a lieu de déroger à la disposition en cause afin qu'une image fidèle au sens du paragraphe 3 soit donnée. Une telle dérogation doit être mentionnée dans l'annexe et dûment motivée, avec indication de son influence sur le patrimoine, la situation financière et les résultats ».

⁵⁷ La sous-estimation d'actifs dans les comptes des sociétés ne saurait, par elle-même, constituer un « cas exceptionnel » : CJUE, 3 oct. 2013, *préc.*, 38^{ème} considérant.

⁵⁸ Dir. 2013/34UE, *préc.*, art. 4, § 4 : « Lorsque, dans des cas exceptionnels, l'application d'une disposition de la présente directive est incompatible avec l'obligation prévue au paragraphe 3 [les états financiers annuels donnent une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et des résultats de l'entreprise], ladite disposition n'est pas appliquée afin de donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et des résultats de l'entreprise ».

l'élaboration et à la révision des normes, il est en théorie impossible qu'une norme lui soit contraire. Ce raisonnement, dont le formalisme surprend de la part d'un organisme qui assimile d'habitude la forme avec la règle de droit⁵⁹, signifie, comme on l'a compris, que les analyses juridiques et substantielles sont prises en considération et confrontées dès l'étape de la qualification, en dehors de l'éventuelle mise en lumière d'une situation exceptionnelle.

En conséquence, on ne peut qu'être surpris de voir l'Union européenne s'engager dans une voie qui écarte toute référence à l'étude juridique - sauf la référence au contrat - tandis qu'elle confirme par ailleurs l'expression dérogoire de l'image fidèle, même si la version anglaise de la directive est plus nuancée⁶⁰ et, de ce fait, suscite moins l'inquiétude. Quoiqu'il en soit, les Etats peuvent déroger à la méthode exclusivement substantielle de qualification⁶¹, c'est-à-dire qu'ils sont en mesure de revenir à la solution désormais classique et largement éprouvée de la définition d'une complicité intellectuelle entre l'analyse juridique et l'analyse substantielle dans un souci de fidélité.

B. - *Les instruments et les opérations complexes*

31. Certains actifs sont susceptibles de relever de plusieurs rubriques du bilan, ce qui rend leur qualification délicate. L'existence du bien ou du droit en tant qu'élément d'actif n'est pas contestée. En revanche, le mode de comptabilisation et la qualification auront une influence sur la présentation au bilan et, dans certains cas, sur les modes d'évaluation. Prenons deux exemples simples. (1) Une société acquiert des obligations avec un droit de souscription attaché. Faut-il comptabiliser les deux éléments ensemble ou séparément, ce qui conduira à se poser des questions sur le classement de chaque élément dans le cas d'une émission par une entreprise liée ainsi que sur leur évaluation ? (2) L'acquisition concerne un portefeuille de valeurs mobilières de risques variables et de maturités différentes ; faut-il comptabiliser le portefeuille en tant que tel ou distinguer parmi ses éléments constitutifs ?

32. L'IASB accorde une grande importance à la notion d'*unité de comptabilisation* définie comme « le groupe de droits, d'obligations ou de droits et d'obligations auquel on applique les dispositions en matière de comptabilisation et d'évaluation »⁶². Le caractère séparable des droits et des

⁵⁹ Fr. PASQUALINI, « Regard critique d'un juriste sur les normes comptables internationales », *préc.*, p. 14.

⁶⁰ Dir. 2013/34/UE, *préc.*, art. 6, § 1^{er}, h), en langue anglaise : « *Items in the profit and loss account and balance sheet shall be accounted for and presented having regard to the substance of the transaction or arrangement concerned* » (souligné par nous).

⁶¹ *Ibid.*, art. 6, § 3 : « Les États membres peuvent exempter les entreprises des exigences prévues au paragraphe 1, point h) ».

⁶² IASB, Exposé-sondage ED/2015/3, *préc.*, § 4.57.

obligations issus d'une même source est un critère distinctif important. Dans l'acquisition d'un terrain bâti, le terrain est comptabilisé séparément de la construction et le mode d'évaluation est distinct. De la même manière, le discernement entre l'obligation et le droit de souscription dans le premier exemple est nécessaire⁶³. La nature et le mode d'évaluation des deux éléments du contrat le justifient.

En revanche, des droits et des obligations séparables peuvent constituer une seule unité de comptabilisation. L'évaluation de titres de placement, même achetés séparément, pourra se faire à l'échelon du portefeuille ; dans ce cas, l'actif est le portefeuille dans son ensemble. Plus complexe sera la situation du portefeuille acquis en une fois, mais composé d'éléments non homogènes. Dans ce cas, le principe de l'unité de comptabilisation imposera de distinguer les éléments en fonction de leur homogénéité. Le procédé répond d'ailleurs à la règle de primauté de la substance économique⁶⁴.

33. La directive de 2013 n'aide pas à la résolution des incertitudes en matière de qualification. Le premier paragraphe de son article 12 opte néanmoins pour la transparence : « Lorsqu'un élément d'actif ou de passif relève de plusieurs postes du modèle, son rapport avec d'autres postes est indiqué soit dans le poste où il figure, soit dans l'annexe »⁶⁵. En revanche, tout comme le projet de cadre conceptuel, le texte européen rejette en principe les compensations entre des postes d'actif et de passif ou de charges et de produits⁶⁶.

IV. L'ANALYSE DE QUELQUES CAS PARTICULIERS

A. - *Le traitement du crédit-bail*

34. Le cadre conceptuel de l'IASB illustre actuellement la règle de primauté de la substance en citant la comptabilisation du crédit-bail⁶⁷. La

⁶³ Commission des normes comptables (Belgique), *Annuaire 2015*, Larcier, p. 319.

⁶⁴ V. *supra*, n° 27 et s.

⁶⁵ Dir. 2013/34/UE, *préc.*, art. 12, § 1^{er}.

⁶⁶ *Ibid.*, art. 6, § 1^{er}, g). Le § 2 de cet article autorise cependant des compensations obligatoires définies par le droit national, à condition que les montants compensés soient indiqués comme des montants bruts dans l'annexe.

⁶⁷ IASB, *The conceptual framework for financial reporting, préc.*, Chapter 4, § 4.6 : « In assessing whether an item meets the definition of an asset, liability or equity, attention needs to be given to its underlying substance and economic reality and not merely its legal form. Thus, for example, in the case of finance leases, the substance and economic reality are that the lessee acquires the economic benefits of the use of the leased asset for the major part of its useful life in return for entering into an obligation to pay for that right an amount approximating to the fair value of the asset and the related finance charge. Hence, the finance lease gives rise to items that satisfy the definition of an asset and a liability and are recognised as such in the lessee's balance sheet ».

réalité économique est que l'entreprise acquiert le droit d'utiliser l'actif en crédit-bail pour la plus grande partie de sa durée d'utilisation, moyennant l'obligation de payer un loyer qui, au total, représente à peu de choses près la reconstitution de la valeur en capital du bien loué. L'IASB en déduit que le crédit-bail répond aux conditions de la définition d'un actif et de sa comptabilisation. Cette inscription imposera la sortie du bien du bilan du propriétaire légal qui en cède l'usage et les fruits.

Si le système comptable français rejette cette façon de faire au nom de la patrimonialité du bilan et de la primauté des droits réels, le législateur belge préfère l'autre voie. Les droits d'usage au titre de la location-financement (crédit-bail) sont portés à l'actif à concurrence de la partie des versements échelonnés prévus au contrat, représentant la reconstitution en capital de la valeur du bien sur lequel porte le contrat, et font l'objet, s'il y a lieu, d'un amortissement. En contrepartie, les engagements corrélatifs mentionnés au passif sont évalués chaque année à la fraction des versements échelonnés afférents aux exercices ultérieurs, représentant la reconstitution en capital de la valeur du bien⁶⁸. Le propriétaire légal du bien comptabilisera une créance de somme d'argent - autre créance à plus d'un an - en lieu et place de l'immobilisation corporelle cédée par l'intermédiaire de la location-financement.

La doctrine belge ne voit pas dans cette pratique une atteinte à la conception patrimoniale, mais une assimilation de la réalité économique tenant compte de configurations patrimoniales diverses. Pour un auteur, le droit comptable ne consacre pas la démission du droit face à la réalité économique, mais illustre la plasticité du droit par rapport à la réalité⁶⁹.

35. Considérer un contrat de location comme un actif patrimonial n'a rien d'anormal. Sauf clause contraire ou limitative du contrat, la cession du bail à titre onéreux est admise en droit. Dans la plupart des cas, le droit au bail peut être valorisé. S'il répond à la définition d'un actif, il sera souvent incorporé au fonds de commerce tandis que sa valorisation, indépendante de ce fonds de commerce, risquera d'être aléatoire. Son enregistrement distinct à l'actif du bilan ou son inscription dans l'annexe imposera dès lors un examen plus approfondi.

36. Constatant les difficultés de définition de la location-financement et, en particulier, du critère de reconstitution en capital, l'IASB s'est demandé si le traitement comptable de cette opération pourrait, voire devrait être étendu à d'autres contrats de location. Après avoir tenté d'accroître considérablement le périmètre des formes de location éligibles à la comptabilisation à l'actif, les derniers projets de l'IASB semblent revenir à un champ d'application plus restreint⁷⁰. Les réactions aux exposés-sondages ont démontré des résistances

⁶⁸ Arrêté royal 30 janv. 2001 portant exécution du Code des sociétés, art. 62.

⁶⁹ Er. CAUSIN, *Droit comptable des entreprises*, Larcier, 2002, p. 678.

⁷⁰ IASB, *Leases Project Update - Definition of a Lease* - Oct. 2015.

fortes à l'encontre d'un modèle qui s'écarterait de façon excessive de la conception patrimoniale. D'ailleurs, une extension trop large ne pourrait plus être justifiée au-delà d'un certain point par la règle de primauté de la substance, tandis que la plasticité du droit n'est pas sans bornes.

B. - *Les frais capitalisés et les régularisations*

37. Deux rubriques de l'actif du schéma de bilan annexé à la directive européenne méritent une attention particulière, car leur compatibilité avec la notion d'actif semble douteuse : les frais d'établissement et les comptes de régularisation. Le premier cas est celui des dépenses liées par exemple à la constitution de la société, à une augmentation de capital ou à l'émission d'un emprunt. La seconde hypothèse correspond notamment au prorata de charges exposées durant l'exercice ou un exercice antérieur, mais qui sont à rattacher à un exercice ultérieur. Ces éléments n'ont pas la qualité d'une valeur patrimoniale puisqu'il s'agit de valeurs qui sont sorties du patrimoine. Leur caractère de ressource pour l'entreprise est également discutable. Comment dès lors en justifier la présence à l'actif ?

38. L'IASB reste fidèle à sa définition des actifs en rejetant toute comptabilisation des frais d'établissement⁷¹. La technique de l'étalement des charges, au motif qu'elles bénéficieront à l'entreprise pendant plusieurs exercices, n'est pas accueillie par le normalisateur international.

Le report de charges n'a pas tout-à-fait la même nature. Il a pour but de rattacher autant que possible les charges à l'exercice comptable au cours duquel les produits seront constatés. Dans cette mesure, il se rapproche de la technique de l'amortissement. L'exposé-sondage reconnaît le principe de rattachement des charges aux produits dans le contexte d'une comptabilité d'exercice, mais ne permet pas de comptabiliser dans l'état de la situation financière (bilan) des éléments qui ne répondent pas à la définition d'un actif ou d'un passif⁷². Ainsi, le loyer ou les intérêts payés d'avance pourraient être assimilés à des acomptes versés et, à ce titre, considérés comme des créances. En revanche, aucune régularisation effectuée dans un but d'étalement ne sera tolérée.

39. De son côté, l'approche européenne traditionnelle admet l'étalement des frais d'établissement. Toutefois, en décidant que le droit national doit en prévoir expressément la possibilité, la législation européenne exprime ses hésitations face à ce pseudo-actif. Les frais d'établissement sont enregistrés à l'actif du bilan « tels qu'ils sont définis par le droit national et dans la mesure où celui-ci autorise leur inscription à l'actif. Le droit national peut également

⁷¹ PricewaterhouseCoopers, *IFRS 2005 - Différences France/IFRS*, Francis Lefebvre, 2003, § 6005. KPMG, *Insights into IFRS*, vol. 1, 2012-2013, p. 420, éd. Sweet & Maxwell, London.

⁷² IASB, Exposé-sondage ED/2015/3, *préc.*, § 5.8.

prévoir l'inscription des frais d'établissement comme premier poste sous "immobilisations incorporelles" »⁷³. L'étalement de charges n'est en rien justifié par les théories patrimoniales. Il s'agit d'une anomalie à propos de laquelle les directives européennes successives manifestent un malaise certain⁷⁴.

La régularisation de prorata de charges payées d'avance, voire de prorata de produits acquis qui n'échoiront qu'au cours d'un exercice ultérieur est également autorisée. Les schémas européens permettent de présenter les régularisations, selon le choix du droit national, parmi les créances⁷⁵, formule qui aura la préférence en IFRS, ou dans la dernière rubrique distincte de l'actif du bilan⁷⁶.

C.- Les latences fiscales

40. Les latences fiscales sont la conséquence du principe d'annualité de l'impôt. On peut les comparer à d'autres formes de régularisation. Elles sont une technique destinée à calculer, dans le compte de résultat, l'impôt qui pèse réellement sur un exercice comptable déterminé. Le lien entre le compte de résultat et le bilan entraîne la comptabilisation d'un report d'impôt au bilan. Lorsque ce report s'analyse comme une économie d'impôt dans le futur (latence active), répond-il aux caractéristiques de la notion d'actif ? La question est délicate dès l'instant où la latence est le résultat d'un report de perte.

41. Pour correspondre à la notion d'actif telle qu'elle figure dans le projet de cadre conceptuel de l'IASB⁷⁷, les latences liées au report de pertes doivent être une ressource économique actuelle contrôlée du fait d'événements passés. Deux éléments de la définition soulèvent des difficultés. En effet, il n'est pas clair que la ressource soit actuelle, pas davantage qu'elle soit sous le contrôle de l'entreprise.

L'avantage économique lié au report de pertes est l'économie d'impôts dans le futur. Il s'agit d'un droit établi par la loi, même s'il faudra que les bénéfices taxables réalisés dans l'avenir soient suffisants pour permettre de récupérer les pertes antérieures. Pourtant, l'avantage économique est actuel

⁷³ V. le commentaire sous le point B de l'actif dans le modèle horizontal de bilan prescrit par la Dir. 2013/34/UE, *préc.*, Ann. III.

⁷⁴ V. Dir. 2013/34/UE, *préc.*, art. 12, § 11, al. 3 : « Lorsque le droit national autorise l'inscription à l'actif des frais de développement et que ceux-ci n'ont pas été complètement amortis, les États membres exigent qu'aucune distribution de bénéfices n'ait lieu, à moins que le montant des réserves disponibles à cet effet et des bénéfices reportés soit au moins égal au montant des frais non amortis ».

⁷⁵ *Ibid.*, Ann. III, « Actif », rubrique D, II, 6.

⁷⁶ *Ibid.*, rubrique E.

⁷⁷ IASB, Exposé-sondage ED/2015/3, *préc.*, § 4.5.

car il n'est pas nécessaire que l'on puisse l'exercer pour qu'il existe. Le paragraphe 4.15 de l'exposé-sondage souligne que c'est le droit actuel, et non les avantages économiques futurs, qui constitue la ressource économique⁷⁸. La définition de l'exposé-sondage n'exige pas que ces bénéfices soient certains ; elle mentionne seulement le *potentiel* de produire des avantages économiques.

Le régime fiscal applicable fixe le plus souvent des limites à l'exercice du droit à la récupération des pertes fiscales constatées dans les exercices antérieurs. L'incertitude des bénéfices peut également conduire à douter de la capacité que l'entreprise aurait de faire usage de cette ressource supposée ou de permettre à un tiers d'en faire autant⁷⁹. L'existence d'un actif est dès lors hypothétique et, pour conclure à la possibilité de l'enregistrer au bilan, il faudra exercer un jugement sur ces deux points : la capacité de diriger l'utilisation et la probabilité des bénéfices futurs⁸⁰.

42. La directive comptable de 2013 n'ignore pas les impôts différés, mais seules deux situations de latence fiscale passive, dont une en matière de comptes consolidés, ont retenu l'attention du législateur européen⁸¹. Ceci ne signifie nullement qu'une latence fiscale active soit contraire aux principes d'une comptabilité patrimoniale. Il est loisible de l'analyser comme une créance conditionnelle sur l'État. En revanche, une application stricte du principe de prudence sera suffisante pour mettre en doute la valorisation de l'économie potentielle d'impôt à l'actif du bilan⁸².

⁷⁸ *Ibid.*, § 4.15 : « Bien que la valeur de la ressource économique provienne de son potentiel de produire des avantages économiques futurs, c'est le droit actuel, et non les avantages économiques futurs, qui constitue la ressource économique ».

⁷⁹ *Ibid.*, §. 4.18 et 4.19.

⁸⁰ IAS 12, Income Taxes, § 35 : « *However, the existence of unused tax losses is strong evidence that future taxable profit may not be available. Therefore, when an entity has a history of recent losses, the entity recognises a deferred tax asset arising from unused tax losses or tax credits only to the extent that the entity has sufficient taxable temporary differences or there is convincing other evidence that sufficient taxable profit will be available against which the unused tax losses or unused tax credits can be utilised by the entity* ».

⁸¹ Dir. 2013/34/UE, *préc.*, art. 17, § 1^{er}, f) et art. 24, § 13.

⁸² Ce principe de prudence énoncé par l'article 6, § 1^{er}, c) de la directive comptable de 2013 est mis en évidence par la Cour de Justice de l'Union européenne dans plusieurs décisions ayant trait aux comptes annuels mais qui, il faut le reconnaître, ont été rendues dans un contexte d'opérations fiscales. V. non seulement l'arrêt *Gimle SA* et l'ordonnance *Bloomsbury*, *préc.*, mais également, l'arrêt *DE + ES Bauunternehmung GmbH*, C-275/97, 14 sept. 1999, *Rec.* p. I-5331, *Rev. sociétés* 2000, p. 336, note Fr. PASQUALINI et V. PASQUALINI-SALERNO, not. 26^{ème} considérant. *Adde*, Fr. PASQUALINI, « L'image fidèle : mythe ou réalité ? », *préc.* p. 17 et 19.

CONCLUSION

43. Le référentiel IFRS a pour ambition de s'appliquer dans tous les pays du monde. Ceci se justifie par la nécessité de répondre aux besoins d'information des investisseurs opérant sur un marché mondialisé. Comme dans d'autres domaines du droit commercial international, il est inévitable qu'un tel objectif entre en conflit avec des normes nationales développées dans des cadres locaux et pétries de références historiques. C'est une difficulté majeure tant pour ceux qui élaborent les normes que pour ceux qui les appliquent. Pourtant, il ne peut pas y avoir de scission complète entre le droit et la comptabilité, puisque celle-ci ne saurait être *ajuridique*. N'est-il pas symptomatique à cet égard de voir le projet de cadre conceptuel de l'IASB définir une ressource économique en la qualifiant de *droit*⁸³ ? Soit le droit est l'outil primaire de la qualification comptable, soit il est l'un des indices d'une qualification qui, sans ignorer les droits subjectifs, raisonne sur la base d'une analyse substantielle.

44. Indépendamment de sa vocation internationale, le référentiel IFRS fait passer d'une approche patrimoniale à une approche financière. Ce changement de paradigme s'explique par la primauté donnée à l'information des investisseurs et des différents acteurs des marchés financiers, ainsi qu'à celle des autres utilisateurs appelés à prendre des décisions économiques, dans la Constitution de la Fondation IFRS⁸⁴. Il en découle une certaine hypertrophie de la représentation des éléments financiers dans le bilan et un effort quasiment désespéré pour attribuer à ces éléments une valeur plus proche de leur valeur actuelle. Il n'est pas certain pour autant que cette démarche creuse un fossé de plus en plus profond entre les concepts.

45. Dans la mesure où la théorie du patrimoine a pu faire l'objet de controverses fondées⁸⁵, à tel point que le législateur lui-même n'a eu de cesse de la contourner⁸⁶, le rejet de la coïncidence entre le patrimoine de la personne

⁸³ IASB, Exposé-sondage ED/2015/3, *préc.*, § 4.6 : « Une ressource économique est un droit qui a le potentiel de produire des avantages économiques » (souligné par nous).

⁸⁴ § 2 de la Constitution fixant les objectifs de la Fondation IFRS reproduit au § 6 de la préface aux IFRS.

⁸⁵ Pour une synthèse des critiques adressées à la théorie du patrimoine, V. par ex. : J. CARBONNIER, *Droit civil, vol. II : Les biens, Les obligations*, PUF, 2004, p. 1521, n° 668 et s. ; Fr. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil : Les biens*, 8^{ème} éd., Dalloz, 2010, p. 27, n° 21 ; Fr. PASQUALINI, « Les chances d'une double rupture », in *Fiscalité/Comptabilité/IAS*, actes du colloque organisé le 19 mai 2005 par le DESS de fiscalité de l'entreprise de l'Université Paris-Dauphine, *LPA*, 8 sept. 2005, p. 27, n° 2 et s.

⁸⁶ On pensera not. à : L. n° 85-697, 11 juill. 1985, relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée (V. aujourd'hui C. com., art. L. 223-1 et s. et C. rural et de la pêche maritime, art. L. 324-1 et s.) ; L. n° 99-587, 12 juill. 1999, sur l'innovation et la recherche, créant la société par actions simplifiée unipersonnelle (V. C. com., art. L. 227-1 et s.) ; L. n° 2003-721, 1^{er} août 2003, pour l'initiative économique, instituant la possibilité pour un entrepreneur individuel de déclarer insaisissables les droits qu'il détient sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale (V. C. com., art. L. 526-1 et s.) ; L. n° 2010-658, 15 juin 2010, relative à

et le bilan de l'entreprise ainsi que, par voie de conséquence, l'abandon de la propriété comme critère unique d'activation ne sont pas les synonymes d'un quelconque péril. L'annexe est d'ailleurs là pour apporter toutes informations supplémentaires utiles, par exemple, du point de vue du crédit, du moment où elles sont significatives. Le plus important est que la comptabilité ne se détache pas du repère de l'article 544 du Code civil, texte intimement lié à la personne humaine et à sa liberté⁸⁷. Cette condition est satisfaite dès l'instant où la définition des actifs ne prétend pas s'émanciper du droit. Elle se contente de relativiser le rôle du droit de propriété considéré dans son ensemble en distinguant ses différents attributs, en les isolant les uns des autres, puis en les recomposant dans une démarche centrée sur l'utilité des biens.

l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (V. C. com., art. L. 526-6 et s.). On n'oubliera pas non plus : L. n° 2007-211, 19 févr. 2007, instituant la fiducie (V. C. civ., art. 2011 et s.).

⁸⁷ Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 26 août 1789, art. 2 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ».