

Auteur : Jacques MONDINO

Date : septembre 2008

La notion de contrôle

- * - * - * - *

La notion de contrôle est envisagée différemment par les juristes et par les comptables.

Sous l'influence des concepts anglo-saxons, les comptables ont tendance à envisager la notion de contrôle sous l'angle économique, alors que les juristes, tout au moins en France, demeurent attachés à la notion de propriété et à une analyse stricte des actes juridiques qui la constate.

Cette dichotomie conduit à des divergences d'interprétations d'autant plus sensibles que l'on voit aujourd'hui apparaître des règles comptables qui s'imposent aux juristes jusque dans la rédaction des actes : tel est le cas des traités de fusion et, plus récemment, des contrats qui pourront être dressés pour constater la naissance de fiducies.

Dans ce contexte, il est essentiel pour l'avocat de maîtriser l'ensemble des règles qui définissent le contrôle, de constater leurs ressemblances et leurs divergences et d'en tirer les conséquences dans leurs applications pratiques en droit français.

PREMIERE PARTIE

LA NOTION DE CONTRÔLE DANS LES TEXTES

-*-*-*-*_*-

Dans l'exposé ci-après, il est procédé à un inventaire aussi exhaustif que possible des règles définissant la notion de contrôle et nous verrons que la dichotomie évoquée dans le préambule ci-dessus existe même à l'intérieur du Code de commerce.

I.- Le contrôle au sens du code de commerce

Le code de commerce définit le contrôle une première fois dans les dispositions des articles L233-3 et L233-4 ¹ :

Article L233-3

I.- Une société est considérée comme en contrôlant une autre :

1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;

2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;

3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ;

4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société.

II.- Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne.

III. - deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale.

Article L233-4

¹ Code de Commerce
Livre II Des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économiques
Titre III Dispositions communes aux diverses sociétés commerciales
Section 1 Définitions

Toute participation au capital même inférieure à 10 % détenue par une société contrôlée est considérée comme détenue indirectement par la société qui contrôle cette société.

Dans ces définitions, le point essentiel est dans la disposition des droits de vote et le pouvoir qu'ils donnent de prendre les décisions et de nommer les organes d'administration, de direction ou de surveillance.

Il n'est pas même nécessaire d'être majoritaire, puisque la disposition de 40 % peut suffire à faire naître une présomption de contrôle dès lors qu'aucun autre associé n'en dispose d'un nombre supérieur.

La loi du 15 mai 2001 a introduit la notion d'action de concert, lorsque deux actionnaires s'entendent pour gérer ensemble une société, dès lors qu'ils détiennent ensemble le pouvoir de déterminer les décisions prises en assemblée générale.

Enfin, il n'est pas nécessaire de détenir directement la majorité des droits de vote, le contrôle pouvant être exercé au travers de sociétés elles mêmes contrôlées.

On voit que dans toutes les hypothèses retenues par les articles L. 233-3 et L. 233-4, c'est par la disposition des droits de vote que la notion de contrôle est déterminée au plan juridique.

Cependant, dans le même chapitre, mais sous la section 3 : « Des comptes consolidés »² à l'article L. 233-16, le code de commerce donne une seconde définition plus large.

Ce texte est issu d'une évolution commencée sous l'empire de la loi N° 83-1 du 3 janvier 1983 et qui insérait dans la loi du 24 juillet 1966 un article 357-1, qui a été codifié sous l'article L. 233-16. Il instituait une obligation de publication de comptes consolidés uniquement pour les sociétés cotées.

Cet article est aujourd'hui ainsi rédigé :

Article L. 233-16

I. - Les sociétés commerciales établissent et publient chaque année³ à la diligence du conseil d'administration, du directoire, du ou des gérants, selon le cas, des comptes consolidés ainsi qu'un rapport sur la gestion du groupe, dès lors qu'elles contrôlent de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises ou qu'elles exercent une influence notable sur celles-ci, dans les conditions ci-après définies.

II. - Le contrôle exclusif par une société résulte :

² Code de Commerce

Livre II Des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économiques

Titre III Dispositions communes aux diverses sociétés commerciales

Section 3 Des comptes consolidés

³ Sous réserve d'atteindre certains seuils fixés par décret (voir article L223-17 3° et renvoi à l'article L123-16)

1° Soit de la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre entreprise ;

2° Soit de la désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise. La société consolidante est présumée avoir effectué cette désignation lorsqu'elle a disposé au cours de cette période, directement ou indirectement, d'une fraction supérieure à 40 % des droits de vote, et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détenait, directement ou indirectement, une fraction supérieure à la sienne ;

3° Soit du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet.

III. - Le contrôle conjoint est le partage du contrôle d'une entreprise exploitée en commun par un nombre limité d'associés ou d'actionnaires, de sorte que les décisions résultent de leur accord.

IV. - L'influence notable sur la gestion et la politique financière d'une entreprise est présumée lorsqu'une société dispose, directement ou indirectement, d'une fraction au moins égale au cinquième des droits de vote de cette entreprise

Cette définition s'inscrit dans le cadre d'obligations comptables imposées à certains groupes de sociétés et l'on notera que la rédaction du 3° du II de cet article a été modifiée par la loi LSF n° 2003-706 du 1er Août 2003, article 133, rédigé ainsi qu'il suit :

Article 133

I - Au 3° du II de l'article L. 233-16 du code de commerce, les mots : « et que la société dominante est actionnaire ou associée de cette entreprise » sont supprimés.

II. - Les dispositions de l'article L. 233-16 du même code telles qu'elles sont modifiées par le I s'appliquent à compter du premier exercice ouvert après publication de la présente loi au Journal officiel.

Cette modification trouve son origine dans la volonté du législateur de faire face aux « montages déconsolidants » tels qu'il avaient été mis en relief dans le cadre de l'affaire ENRON.

C'est ainsi qu'une recommandation conjointe de la COB et de la Commission bancaire, parue dans le bulletin mensuel de la COB de Novembre 2002, N° 373, Page 117 ⁴ précise qu'il convient d'améliorer la législation en vigueur à l'époque et en particulier de :

⁴ Ce document est consultable à l'adresse www.amf-france.org/documents/general/4387_1.pdf

supprimer l'obligation de détention en capital prévue à l'article L. 233-16 du Code de commerce comme condition préalable pour la consolidation des entités ad hoc contrôlées par les entreprises industrielles et commerciales ;

A la page 188, il est par ailleurs indiqué que :

Les critères retenus pour la consolidation des entités ad hoc (contrôle, résultats, risques) devraient s'apprécier en substance à la lecture des textes français en vigueur.

Dans une autre livraison du bulletin COB daté celui là d'Octobre 2003, N° 383, page 181 ⁵, la COB expose les dispositions à prendre en matière de consolidation à la suite de la modification effective de l'article L. 233-16.

Elle vise expressément (page 182) les dispositions du paragraphe 10052 du règlement N° 99-02 du CRC, dont nous reparlerons ci-après.

Il existe donc, déjà dans le code de commerce deux définitions différentes du contrôle, la première, strictement juridique, est limitative et se base sur des critères essentiellement liés à la qualité d'actionnaire ou d'associé

II-. Le contrôle au sens des normes comptables

Il faut ici examiner la notion de contrôle dans le cadre du droit comptable interne et dans le cadre européen.

Nous laisserons de côté la question des normes applicables hors de l'Union européenne, et notamment les US GAP, dans la mesure où ces normes extérieures ne sont, en principe, pas applicables aux sociétés soumises au droit français.

Toutefois, les filiales françaises de sociétés hors Union européenne, ou les sociétés françaises qui veulent accéder à des marchés financiers hors EU, peuvent être contraintes d'appliquer les normes reconnues sur ces marchés et de produire des documents comptables certifiés, conformes à ces normes. Des démarches communes entre les organes normalisateurs tendent aujourd'hui à unifier ces normes pour permettre une plus grande fluidité des marchés, mais beaucoup reste à faire en ce domaine. La SEC (équivalente américaine de notre AMF) admet désormais les comptes établis selon les normes IAS/IFRS.

Nous verrons au travers de l'analyse de la notion de contrôle qu'il ne s'agit pas seulement d'un problème technique mais surtout d'un problème de société et de conception, presque philosophique.

A) La notion de contrôle dans les normes internes

⁵ Ce document est consultable à l'adresse : www.amf-france.org/documents/general/5079_1.pdf

Dans la norme interne, la notion de contrôle trouve sa place dans le règlement du Comité de la réglementation comptable N° 99-02 ⁶, règlement cadre sur la consolidation des bilans, constamment mis à jour par des règlements complémentaires ou modificatifs.

La définition du contrôle est donnée dans les paragraphes 1001 et suivants :

1001 - Entreprise consolidante

L'entreprise consolidante est celle qui contrôle exclusivement ou conjointement d'autres entreprises quelle que soit leur forme ou qui exerce sur elles une influence notable.

1002 - Entreprises sous contrôle exclusif (Règlement n°2004-03 du CRC)

Le contrôle exclusif est le pouvoir de diriger les politiques financière et opérationnelle d'une entreprise afin de tirer avantage de ses activités. Il résulte :

- *soit de la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre entreprise ;*
- *soit de la désignation, pendant deux exercices successifs de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise ; l'entreprise consolidante est présumée avoir effectué cette désignation lorsqu'elle a disposé, au cours de cette période, directement ou indirectement, d'une fraction supérieure à quarante pour cent des droits de vote et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détenait, directement ou indirectement, une fraction supérieure à la sienne ;*
- *soit du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet ; l'influence dominante existe dès lors que, dans les conditions décrites ci-dessus, l'entreprise consolidante a la possibilité d'utiliser ou d'orienter l'utilisation des actifs de la même façon qu'elle contrôle ses propres actifs.*

1003 - Entreprises sous contrôle conjoint

Le contrôle conjoint est le partage du contrôle d'une entreprise exploitée en commun par un nombre limité d'associés ou d'actionnaires, de sorte que les politiques financière et opérationnelle résultent de leur accord.

Deux éléments sont essentiels à l'existence d'un contrôle conjoint :

- *un nombre limité d'associés ou d'actionnaires partageant le contrôle ; le partage du contrôle suppose qu'aucun associé ou actionnaire n'est susceptible à lui seul de pouvoir exercer un contrôle exclusif en imposant ses décisions aux autres ; l'existence d'un contrôle conjoint n'exclut pas la présence d'associés ou d'actionnaires minoritaires ne participant pas au contrôle conjoint ;*
- *un accord contractuel qui :*
 - *prévoit l'exercice du contrôle conjoint sur l'activité économique de l'entreprise exploitée en commun ;*
 - *établit les décisions qui sont essentielles à la réalisation des objectifs de l'entreprise exploitée en commun et qui nécessitent le consentement de tous les associés ou actionnaires participant au contrôle conjoint.*

⁶ Ce document est consultable à l'adresse www.cnc.bercy.gouv.fr/directions_services/CNCompta/rcrc_modif/99_02_modifie.pdf

1004 - Entreprises sous influence notable

L'influence notable est le pouvoir de participer aux politiques financière et opérationnelle d'une entreprise sans en détenir le contrôle. L'influence notable peut notamment résulter d'une représentation dans les organes de direction ou de surveillance, de la participation aux décisions stratégiques, de l'existence d'opérations interentreprises importantes, de l'échange de personnel de direction, de liens de dépendance technique.

L'influence notable sur les politiques financière et opérationnelle d'une entreprise est présumée lorsque l'entreprise consolidante dispose, directement ou indirectement, d'une fraction au moins égale à 20 % des droits de vote de cette entreprise.

Ces textes sont des commentaires détaillés de l'article L. 233-16 du code de commerce.

Mais on notera qu'il existe une autre définition du contrôle, celle que le règlement, modifié en 2004, applique à ce qu'il appelle les « entités ad hoc ».

Le paragraphe 10052 du règlement N° 99-02 en donne la définition suivante :

Une entité ad hoc est une structure juridique distincte, créée spécifiquement pour gérer une opération ou un groupe d'opérations similaires pour le compte d'une entreprise.

L'entité ad hoc est structurée ou organisée de manière telle que son activité n'est en fait exercée que pour le compte de cette entreprise, par mise à disposition d'actifs ou fourniture de biens, de services ou de capitaux.

Le règlement décide que ces entités sont consolidées dans les conditions suivantes :

Une entité ad hoc est comprise dans le périmètre de consolidation dès lors qu'une ou plusieurs entreprises contrôlées ont en substance⁷ en vertu de contrats, d'accords, de clauses statutaires, le contrôle de l'entité.

Afin de déterminer l'existence de ce contrôle, il est nécessaire d'apprécier l'économie d'ensemble de l'opération⁸ à laquelle l'entité ad hoc participe et d'analyser les caractéristiques de la relation entre cette dernière et l'entité consolidante.

Dans cette optique, les critères suivants seront pris en considération :

1 - l'entreprise dispose en réalité des pouvoirs de décision, assortis ou non des pouvoirs de gestion sur l'entité ad hoc ou sur les actifs qui la composent, même si ces pouvoirs ne sont pas effectivement exercés. Elle a par exemple la capacité de dissoudre l'entité, d'en changer les statuts, ou au contraire de s'opposer formellement à leur modification ;

⁷ Souligné par l'auteur

⁸ Souligné par l'auteur

2 - l'entreprise a, de fait, la capacité de bénéficier de la majorité des avantages économiques de l'entité, que ce soit sous forme de flux de trésorerie ou de droit à une quote-part d'actif net, de droit de disposer d'un ou plusieurs actifs, de droit à la majorité des actifs résiduels en cas de liquidation ;

3 - l'entreprise supporte la majorité des risques relatifs à l'entité ; tel est le cas si les investisseurs extérieurs bénéficient d'une garantie, de la part de l'entité ou de l'entreprise, leur permettant de limiter de façon importante leur prise de risques.

On notera que, dans le premier alinéa de ce texte, le règlement apprécie le contrôle « en substance » : c'est la reprise en droit comptable interne de la notion « *substance over form* » sur laquelle nous reviendrons lorsque nous évoquerons les règles comptables internationales.

Dans le deuxième alinéa, le règlement indique que « *il est nécessaire d'apprécier l'économie d'ensemble de l'opération* ».

Nous sommes bien dans l'optique d'un abandon de la maxime selon laquelle « *la comptabilité est l'algèbre du droit* » et d'une transformation d'une approche purement économique de la comptabilité telle que les normes comptables internationales adoptées par l'Union Européenne la préconisent.

B) La notion de contrôle dans les normes européennes

Dans le cadre d'un vaste plan de normalisation des marchés financiers, l'Union Européenne a posé par le règlement 1606-2002 le principe d'adoption des normes comptables internationales IAS, puis à partir de 2003, par le règlement 2003-1725 et ses règlements modificatifs a adopté et publié les normes acceptées par les organismes normalisateurs européens.

Contrairement aux règlements il n'existe pas dans la conception des normes un plan cohérent, mais une série de textes traitant chacun d'un sujet donné mais dont plusieurs d'entre eux peuvent faire à une notion commune. C'est ainsi que l'on trouve des définitions du contrôle dans plusieurs normes adoptées par l'UE :

Norme IAS 27 Etats financiers et individuels §13 : cette norme se rapporte aux groupes de sociétés, la notion de contrôle étant un élément d'appréciation pour l'appartenant d'une entité à un tel groupe et, par conséquent, au périmètre de consolidation. Le contrôle y est ainsi défini :

Le contrôle est présumé exister lorsque la société mère détient, directement ou indirectement par l'intermédiaire de filiales, plus de la moitié des droits de vote d'une entité, sauf si dans des circonstances exceptionnelles, il peut être clairement démontré que cette détention ne permet pas le contrôle.

Le contrôle existe également lorsque la société mère détenant la moitié ou moins de la moitié des droits de vote d'une entité, dispose:

(a) du pouvoir sur plus de la moitié des droits de vote en vertu d'un accord avec d'autres investisseurs;

- (b) du pouvoir de diriger les politiques financière et opérationnelle de l'entité en vertu d'un texte réglementaire ou d'un contrat;*
- (c) du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres du conseil d'administration ou de l'organe de direction équivalent, si le contrôle de l'entité est exercé par ce conseil ou cet organe;*
- ou*
- (d) du pouvoir de réunir la majorité des droits de vote dans les réunions du conseil d'administration ou de l'organe de direction équivalent, si le contrôle de l'entité est exercé par ce conseil ou cet organe.*

Cette définition du contrôle est proche de celle donnée par le code de commerce. La norme envisage la possibilité d'un contrôle exercé avec une participation inférieure à la moitié des droits de votes, mais ne fixe pas de limite inférieure comme en droit français, ni l'éventualité d'un tiers détenteur d'un nombre supérieur de droits de vote. Le critère de détention du contrôle est seulement celui du pouvoir sous différentes formes.

Norme IAS 28 Participation dans des entreprises associées §2 : Cette norme se rapporte à des entités dont la norme donne la définition suivante :

Une entité associée est une entité, y compris une entité si elle est sans personnalité juridique telle que certaines sociétés de personnes, dans laquelle l'investisseur a une influence notable, et qui n'est ni une filiale ni une participation dans une coentreprise.

Pour ces entités, le contrôle est ainsi défini

Le contrôle est le pouvoir de diriger les politiques financières et opérationnelles d'une entité afin d'obtenir des avantages de ses activités.

Norme IAS 31 Participation dans des coentreprises : la norme traite des modalités de prises en compte des « coentreprises » selon la part qui y est détenue par le « coentrepreneur » mais ne donne pas de définition de ce qu'est une coentreprise.

Par contre elle reprend la même définition du contrôle que celle ci-dessus indiquée pour la norme IAS 28.

Pour les entités visées par ces deux dernières normes, la définition du contrôle prend en considération deux critères : la notion de pouvoir et celle de l'obtention d'avantages.

On voit là l'origine de certaines définitions reprises par le règlement CRC N° 99-02 et la dérive économique des règles retenues désormais en droit comptable interne : la notion de la conservation des risques et avantages qui figure dans le paragraphe 10052 du règlement CRC N° 99-02.

On notera que l'introduction dans le règlement consolidation de ce paragraphe 10052 résulte du règlement modificatif N° 2004-02, de peu postérieur à la première publication des normes IAS, alors qu'il était envisagé une harmonisation progressive

du plan comptable interne avec ces normes. Il semble que cette idée se soit aujourd'hui un peu éloignée.

DEUXIEME PARTIE

L'IMPACT PRATIQUE DES DIFFERENTES DEFINITIONS DU CONTRÔLE

-.*-*-*-*-*

La notion de contrôle, telle qu'elle a été évoquée ci-dessus, peut avoir de multiples conséquences dont nous allons évoquer quelques cas précis pour donner la mesure des difficultés que la multiplicité des normes peut entraîner.

Ces conséquences peuvent être directement visibles dans le contenu des actes juridiques.

La prise en compte dans les états financiers d'opérations qui devraient être considérées comme extérieures sur le plan juridique peut interférer sur la politique des entreprises.

On peut également s'interroger sur l'inclusion dans le périmètre de consolidation de structures de nature non commerciales dont on pourrait, économiquement, considérer qu'elles sont sous contrôle d'une société commerciale.

De l'interprétation donnée à la notion de contrôle, il peut découler des différences notables dans l'établissement des comptes annuels consolidés, non seulement dans la présentation des documents, mais surtout entre les évaluations financières et les résultats qui en découlent.

I-. Des actes juridiques conditionnés par la définition comptable du contrôle

A) Les traités de fusion

Les juristes sont familiers des obligations fiscales dont il faut tenir compte dans la rédaction de nombreux actes juridiques.

Mais la publication en mai 2004 d'un règlement comptable qui leur dictait la manière dont ils devraient à l'avenir construire les traités de fusion était une nouveauté dont ils se seraient bien passés.

Jusqu'alors, les parties fixaient librement l'évaluation des apports, sous leur responsabilité et sous réserve du contrôle du Commissaire aux apports. Ces opérations pouvaient être l'occasion de réévaluer des actifs que l'ancienneté de leur détention et la politique d'amortissement maintenaient aux bilans des sociétés pour des montants très fortement minorés.

Le règlement C.R.C. N° 2004-01 du 4 mai 2004 a fixé les règles suivant lesquelles, désormais, les apports devraient être évalués en fonction de la présence ou non d'un contrôle entre les sociétés en cause, l'évaluation du contrôle étant celle du règlement C.R.C. N° 99-03 et non pas celle du code de commerce : en particulier, sera considéré comme élément de détermination du contrôle, l'existence d'une influence notable, notion essentiellement floue et sujette à interprétation.

Rappelons le principe suivant lequel ce règlement impose un mode d'évaluation.

Si les sociétés concernées par une fusion sont sous contrôle les unes par rapport aux autres ou par rapport à une tierce société, les apports doivent être évalués à leur valeur comptable.

Cette règle souffre toutefois des exceptions lorsque l'évaluation des apports à la valeur comptable conduit à des apports négatifs. Il est alors possible de procéder à une évaluation à la valeur réelle.

L'évaluation à la valeur comptable ne préjuge pas des évaluations retenues pour le calcul des rapports d'échange des titres entre les sociétés, ce qui implique de déterminer néanmoins les valeurs réelles retenues pour leur détermination.

Les apports doivent être évalués à leur valeur réelle lorsque les sociétés concernées ne sont pas sous contrôle commun.

B) La Fiducie

La loi N° 2007-211 du 19 février 2007 a instauré la Fiducie en France. Ce texte longtemps attendu avait pour objet d'origine la création d'un trust à la française. Il s'agissait pour le législateur d'un texte civil de portée générale et de fait il a institué un nouveau chapitre du code civil.

On notera toutefois que les règles fiscales incluses dans cette loi prévoient que seules les sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés sont susceptibles d'être constituantes de fiducies.⁹ Cela implique bien entendu que tous les constituants admis par la loi tiennent une comptabilité régulière.

Ce texte prévoyait notamment que le fiduciaire devrait tenir une comptabilité de chaque fiducie dont il aurait la charge et en établirait les comptes annuels. L'article 12 § IV de la loi stipule que : « *Les dispositions des I et II¹⁰ sont précisées par un règlement du comité de la réglementation comptable* ».

Le règlement C.R.C. proprement dit n'est pas encore paru mais le C.N.C. a publié le 7 février 2008 un avis N° 2008-03 qui en sera la base : cet avis fixe notamment les modalités d'évaluation des « *apports* », c'est à dire des biens mis en fiducie. Cette évaluation sera la valeur comptable dans la comptabilité du constituant si la fiducie reste sous son contrôle ; elle sera faite à la valeur réelle si le constituant perd le contrôle.

⁹ Art 2014 du code civil

¹⁰ Tenue d'une comptabilité et établissement de comptes annuels

La notion de contrôle retenue dans le cadre de l'avis du C.N.C. est une notion proche de celle retenue par le paragraphe 10052 du règlement 99-02 - consolidation évoqué plus haut et qui fait appel à la notion de « *substance* ».

Toutefois, la référence au paragraphe 10052 du règlement 99-02 pose un réel problème d'interprétation : le texte transposé dans le règlement C.N.C. indique comme premier critère de conservation du contrôle est la conservation du pouvoir sur les biens et droits mis en fiducie et précise que ce critère est prépondérant.

Hors le fondement même de la fiducie est que, par l'effet du transfert de la propriété de ces mêmes biens et droits, par le constituant au profit du fiduciaire, ce constituant perd tous pouvoirs sur les dits biens et droits.

Il eut été plus judicieux, semble t'il, de poser comme critères le fait, pour le constituant, de conserver les risques¹¹ et avantages de la fiducie.

Il n'empêche que c'est un texte purement comptable qui impose des règles d'évaluations incontournables pour le rédacteur de l'acte. On notera que ces règles comptables sont parfaitement en phase avec les règles fiscales énoncées par la loi du 19 février 2007.

C) La perte du choix politique

Dans ces deux cas, l'obligation comptable de fixer les évaluations en fonction d'une règle de contrôle purement économique, ne permet pas l'exercice d'un choix guidé par la politique financière de l'entreprise.

Non pas que ces choix aient pu, par le passé être exempts de toute critique et aller même jusqu'à permettre certains abus.

Il n'en reste pas moins que les restrictions de choix ainsi imposées sont susceptibles d'entraver la réalisation de certaines opérations, soit que l'obligation de conserver les valeurs comptables faussent l'appréciation de la vraie valeur des entreprises en cause, soit au contraire, que l'obligation de choisir une valeur économique pose le problème difficile de sa détermination, opération purement subjective liée à des perspectives d'avenir souvent incertaines.

II-. Des montages juridiques confidentiels susceptibles de devoir être inclus dans le périmètre de consolidation

Certaines opérations financières justifient qu'elles restent inconnues des tiers dans la mesure où leur révélation peut avoir pour conséquence de porter préjudice à la société qui les engage ou de rendre impossible la réalisation de l'opération.

Peuvent entrer dans ce cadre les opérations de portage ou de titrisation.

A) Les opérations de portage

Dans une opération de « portage » un établissement, généralement un établissement financier, se présente comme le titulaire d'une participation dans une société,

¹¹ C'est le cas par application pure et simple de l'article 2025 2^{ème} alinéa du code civil, sauf les exceptions prévues par ce texte.

mais agit comme porteur de cette participation pour le compte d'un de ses clients, véritable propriétaire de la participation, laquelle sera officiellement transférée dans l'avenir lorsque certaines conditions seront effectivement réalisées.

Le but est généralement d'éviter que des opérations spéculatives puissent naître de l'idée que tel ou tel groupe s'intéressant à prendre ou à augmenter le contrôle sur une société ou un groupe de sociétés, il sera possible de rétrocéder avec profit toute masse d'action de la cible envisagée.

La raison du portage peut être la nécessité d'obtenir des autorisations administratives dans le cadre des réglementations sur la concurrence ou les transferts de technologies, des négociations en cours pour des cessions de blocs de contrôle partiel, etc.

Il s'agit alors de favoriser par la confidentialité la réalisation d'une opération future.

B) Les opérations de titrisations

L'opération de titrisation est une opération par laquelle le titulaire d'actifs fortement dépréciés ou susceptibles de le devenir, et de dettes importantes fait sortir ces actifs et ces dettes de ses comptes pour les transférer vers une structure extérieure, éventuellement une structure ad hoc, afin de « nettoyer son bilan ».

En contrepartie, et pour permettre à la structure d'accueil de faire face à terme aux engagements résultant de ces transferts, le « constituant » va lui transférer des biens ou des droits réalisables.

La structure aura pour mission de gérer les biens reçus et de tenter de les valoriser au maximum afin de régler les dettes prises en charge soit par les produits dégagés, soit par la négociation de délais ou d'abandons de créances.

Le constituant reste généralement garant de la bonne fin des opérations incluses dans la structure.

C) La perte de confidentialité

Dans le cas du portage, la substance économique de l'opération s'oppose à la règle juridique : si en droit, le porteur est effectivement propriétaire des titres, en fait, c'est le donneur d'ordres qui apparaît comme le véritable destinataire des titres, qui en supporte les risques et qui bénéficiera des avantages.

Dans celui de la titrisation, le « constituant » trouve son bénéfice dans le fait d'alléger son bilan de dettes même si l'opération comporte en contrepartie une sortie des actifs affectés : comme ces derniers sont généralement d'une valeur inférieure, l'opération de titrisation permet de dégager des bénéfices ou des réductions de pertes au moment de sa réalisation.

Mais, dans les deux cas, les règles que nous avons examinées concernant la prise en compte de critères économiques pour la définition du périmètre de consolidation conduisent à révéler aux tiers, au travers des comptes consolidés, des opérations qui auraient dû, dans l'esprit de leurs concepteurs, rester confidentielles.

II-. L'inclusion de structures de nature non commerciale dans le périmètre de consolidation

On a vu que dans le cas de la fiducie, il peut être particulièrement difficile de se prononcer sur la notion de contrôle.

Un autre exemple peut venir à l'esprit, c'est le cas où une société commerciale suscite la création d'une association, par exemple une association de consommateurs ou un club d'utilisateurs.

Bien entendu, la question de son intégration dans le périmètre de consolidation ne peut se poser que dans la mesure où une telle association détiendrait un patrimoine important ou gèrerait une activité significative : dans le cas contraire, elle pourrait être exclue du périmètre de consolidation en raison même de son caractère.

Si son importance est significative, la notion de contrôle se pose.

Sur le plan juridique, les statuts peuvent prévoir une organisation de l'assemblée et des organes de direction telle que le pouvoir ne puisse échapper à la société créatrice ou au groupe dont elle fait partie.

Bien qu'elle ne rentrerait pas dans les critères capitalistiques de l'article L233-3, elle présenterait des similitudes telles qu'il serait difficile de l'exclure notamment au vu des paragraphes 3 et 4 de cet article.

Mais de toutes façons, les critères de l'article L233-16 § II conduiraient à inclure l'association dans le périmètre de consolidation puisqu'il n'est plus ici question de société, mais d'entreprises, ni de participation capitalistique mais de droits de vote.

On devra interpréter les normes comptables dans le sens de l'assimilation de l'association à une entité ad hoc au sens du paragraphe 10052 du règlement consolidation ou des normes IAS 27 et 31 précités.

CONCLUSION

DES DIFFERENCES ENTRE LES EVALUATIONS FINANCIERES ET LES RESULTATS SUIVANT L'ETENDUE DU PERIMETRE

-.*-*-*-*-*-