



POLICY PAPER

La prééminence du fond sur la forme
(« *substance over form* »)

Yvonne Muller-Lagarde - Co-Directrice du Centre de droit
pénal et de criminologie, Université Paris Ouest Nanterre

SYNTHESE

1. Le principe de prééminence du fond sur la forme et le Cadre conceptuel

Le principe de prééminence du fond sur la forme est affirmé dans les différents cadres conceptuels de l'IASC/IASB. Il est repris dans le projet de cadre conceptuel actuellement en discussion (ES/2015/3) au §2.14 en ces termes :

« (...) *Une image fidèle communique la substance d'un phénomène économique plutôt que de s'en tenir à la forme juridique. Fournir de l'information uniquement sur la forme juridique lorsqu'elle diffère de la substance économique du phénomène sous-jacent ne peut aboutir à une image fidèle* ». Le principe est ensuite précisé aux §4.53 à 4.56 relatifs à la *Communication de la substance des droits et obligations contractuels*.

2. Le principe de prééminence du fond sur la forme et le Principe de fidélité

Le principe de prééminence du fond sur la forme est présenté, dans les différents cadres conceptuels de l'IASC/IASB, comme **le moyen nécessaire pour obtenir une image fidèle des transactions et événements à comptabiliser**.

L'image fidèle est une traduction de la notion anglo-saxonne « *true and fair view* » et exprime un standard, c'est-à-dire un comportement à suivre, par l'utilisateur, pour atteindre l'objectif attribué à l'information comptable. Dans le projet de cadre conceptuel, l'information financière doit être fidèle à la situation financière de l'entreprise. **Le principe de prééminence du fond sur la forme est donc le moyen d'assurer la fidélité de l'information financière à la réalité financière de l'entreprise**.

3. La Signification du principe de prééminence du fond sur la forme

Le principe de prééminence du fond sur la forme est une traduction du principe « substance over form », issu de la pratique professionnelle comptable anglo-saxonne du XIX^{ème} siècle. Autrement appelé, parfois, « *principe de substance* », le principe de prééminence du fond sur la forme n'exprime pas une opposition entre la substance économique d'un côté et la forme juridique de l'autre, au profit de la première mais **il traduit la primauté de la substance économique et juridique des opérations et événements à comptabiliser sur leur seule forme juridique**, c'est-à-dire sur les catégories juridiques nationales dans lesquels ces opérations et événements sont rangés.

4. Le principe de prééminence du fond sur la forme et le Droit

Parce qu'il invite le comptable à prendre en compte la réalité – économique et juridique – des opérations et événements, en dépassant si besoin les seules catégories juridiques retenues, le principe de prééminence du fond sur la forme s'apparente à une opération de qualification. Précisément, **il désigne le procédé de qualification des transactions et événements à comptabiliser selon les catégories comptables définies par le cadre conceptuel et en se détachant, lorsque nécessaire, des catégories juridiques nationales**.

Parce qu'il désigne un procédé de qualification autonome, s'appuyant sur des catégories comptables détachées des catégories juridiques nationales, le principe de prééminence du fond sur la forme marque une déconnexion avec les systèmes comptables juridico-patrimoniaux et, plus globalement, une déconnexion avec le droit. Ainsi la « propriété

comptable » ou « propriété économique » se distingue de la propriété juridique. Cela permet d'atteindre (ou vise à atteindre) un langage comptable international.

5. Le principe de prééminence du fond sur la forme et l'autonomie du système comptable international

Parce qu'il est le moyen d'assurer une information comptable fidèle à la situation financière réelle de l'entreprise, **le principe de prééminence du fond sur la forme irrigue tout le système de la normalisation comptable internationale**, qui se détache, lorsque nécessaire, des notions et catégories juridiques nationales.

Ainsi pour la consolidation, le périmètre comptable est distinct du périmètre juridique ; Pour les catégories juridiques, comme celles de contrat, elles sont tantôt fragmentées en droits et obligations (quels sont les droits et obligations que recèlent une vente avec clause de rachat ?), tantôt globalisées pour faire apparaître, en présence de plusieurs contrats, la réalité du montage économique-financier (ex. du contrat de crédit-bail).

6. Le principe de prééminence du fond sur la forme et le jugement du comptable

Parce que le principe de prééminence du fond sur la forme est un procédé de qualification, il implique un véritable **jugement** du comptable. Celui-ci procède à une requalification selon les catégories comptables des opérations et événements rangés dans des catégories juridiques. Cela pose la question du **contrôle de la qualification et de la sanction de l'information financière** jugée inexacte par l'autorité nationale compétente.

7. Propositions

Le principe de prééminence du fond sur la forme...

→ Doit être affirmé de manière **explicite** dans le cadre conceptuel

→ Doit être mieux **articulé** avec le principe de fidélité (l'image fidèle d'une comptabilité juridico-patrimoniaire ne prend pas appui sur le principe de prééminence du fond sur la forme)

→ Doit être mieux **défini** comme donnant la primauté à la substance économique et juridique sur la forme juridique (et non comme l'opposition entre l'économique et le juridique)

→ Doit prendre appui sur des définitions précises des notions comptables utilisées (fidélité, ressources, phénomène économiques etc..) en tenant compte des différences de langages et de culture juridique existant entre les pays utilisateurs.

SOMMAIRE

I LE CONCEPT COMPTABLE DE PREEMINENCE DU FOND SUR LA FORME

- 1.1 Le principe de prééminence du fond sur la forme et le principe de fidélité
- 1.2 Le principe de prééminence du fond sur la forme et le « principe de substance »

II LA SIGNIFICATION DU PRINCIPE DE PREEMINENCE DU FOND SUR LA FORME : UNE OPERATION DE QUALIFICATION

- 2.1 La combinaison du fond et de la forme dans l'opération de qualification
- 2.2 La prise en compte de la substance économique et juridique

III LES CONSEQUENCES DU PRINCIPE DE PREEMINENCE DU FOND SUR LA FORME ET L'AUTONOMIE DES CATEGORIES COMPTABLES

- 3.1 Le principe de prééminence du fond sur la forme au service de l'harmonisation comptable internationale
- 3.2. Le principe de la prééminence du fond sur la forme au service de l'objectif, attribué aux normes comptables internationales, d'une information financière
- 3.3. La prééminence du fond sur la forme comme outil de déconnexion avec un système comptable juridico-patrimonial
- 3.4. Le principe de prééminence du fond sur la forme au soutien d'un système comptable autonome
 - 3.4.1 Le principe de prééminence du fond sur la forme comme socle du changement de paradigme du système comptable
 - 3.4.2 La proximité du principe de prééminence du fond sur la forme avec le système juridique de la common law

IV – ILLUSTRATION TECHNIQUE DU PRINCIPE DE PREEMINENCE DU FOND SUR LA FORME : LA DEFINITION D'UN PERIMETRE COMPTABLE DISTINCT DU PERIMETRE JURIDIQUE FORMEL

- 4.1 La prééminence du fond sur la forme et le périmètre de consolidation
- 4.2 La prééminence du fond sur la forme et le périmètre des opérations à comptabiliser
 - 4.2.1 Le principe de prééminence du fond sur la forme et la qualification fragmentée de l'opération
 - 4.2.2 Le principe de prééminence du fond sur la forme et la qualification globale d'actes juridiques distincts
- 4.3. Le principe de prééminence du fond sur la forme et la date de prise en compte de la transaction

V - INTERPRETATION ET JUGEMENT

VI – OBSERVATIONS-PROPOSITIONS

I LE CONCEPT COMPTABLE DE PREEMINENCE DU FOND SUR LA FORME

Le principe de prééminence du fond sur la forme est une traduction du principe « substance over form » admis depuis le XIX^{ème} siècle dans la théorie comptable anglo-américaine, issue de la pratique professionnelle. Les textes consacrant le principe, ainsi que la doctrine et la jurisprudence autorisent à affirmer que le principe de prééminence du fond sur la forme est entendu, de façon plus précise, comme celui de la prééminence de la substance économique (fond) sur la forme juridique.

Cette étude a pour objet de préciser la signification du principe de prééminence du fond sur la forme et de définir les problématiques posées par ce principe.

1.1 Le principe de prééminence du fond sur la forme et le principe de fidélité

L'affirmation, dans le projet de cadre conceptuel (ES/2015/3) du principe de prééminence du fond sur la forme s'inscrit dans la continuité des deux précédents cadres conceptuels (1989 et 2010) en dépit de quelques variantes dans sa présentation. En effet, si la présentation formelle du principe de prééminence du fond sur la forme a pu changer dans les différents cadres conceptuels proposés par l'IASB/IASB (référence explicite dans le cadre conceptuel de 1989 au §35, référence implicite dans le cadre conceptuel de 2010 dans le principe de fidélité, définition au titre du principe de fidélité dans le projet de cadre conceptuel de 2015, § 2.14), il est dans tous les cas présenté comme **le moyen nécessaire pour obtenir une image fidèle des transactions et événements à comptabiliser** ; il participe ainsi, en visant à réaliser le principe de fidélité, aux caractéristiques qualitatives que doit revêtir l'information financière pour être utile pour ses utilisateurs.

Alors même que le paragraphe sur le principe de fidélité avait déjà été révisé en 2010, l'IASB propose de le revoir, en le clarifiant, dans le projet 2015, afin de répondre aux commentaires formulés par les répondants. Le §2.14 (chapitre 2 sur Les caractéristiques essentielles de l'information financière) nouveau propose ainsi de formuler explicitement qu'une image fidèle communique la substance d'un phénomène plutôt que de s'en tenir à la forme juridique : **« Une image fidèle communique la substance d'un phénomène économique plutôt que de s'en tenir à la forme juridique. Fournir de l'information uniquement sur la forme juridique lorsqu'elle diffère de la substance économique du phénomène sous-jacent ne peut aboutir à une image fidèle »**. Le principe est repris et expliqué dans les composantes des états financiers au titre de la Communication de la substance des droits et obligations contractuels (chapitre 4, §4.53 à 4.56 cadre conceptuel).

La formulation explicite par l'IASB du lien qu'elle entend établir entre l'image fidèle et le principe de prééminence du fond sur la forme est nécessaire car, selon le système normatif comptable visé, ce lien n'est pas systématique. La notion d'image fidèle est une notion subjective qui n'exige pas systématiquement de refléter la prééminence du fond sur la forme, et peut être réalisée par la poursuite d'autres objectifs. En effet, traduction de la notion anglo-saxonne « *true and fair view* » élaborée, dès le XIX^{ème} siècle, par la pratique comptable anglaise (F. Pasqualini, thèse, 1992), l'image fidèle est moins un principe qui pourrait être objectivement défini (il n'en existe pas de définition) qu'un standard (un comportement à suivre) (F. Pasqualini, 2015) ; elle détermine le jugement, l'attitude que le comptable (préparateur des comptes) doit suivre pour respecter les principes comptables dominants. Elle traduit donc l'obligation de saisir avec loyauté la réalité de l'entreprise (F. Pasqualini, thèse, 1992) ou encore d'en donner une image véridique et honnête (B. Colasse, 2007). Mais l'image réelle et loyale de la réalité renvoie à une appréciation subjective qui dépend du système comptable dans lequel elle s'insère et des principes comptables admis. Il existe donc plusieurs

images fidèles (L. Klee, encyclopédie), ou plusieurs images fidèle subjectives (J. Richard et Ch. Collette, ouvrage, 2008), reflétant la diversité des conventions nationales comptables. Autrement dit, **le caractère fidèle de l'information financière ne peut s'apprécier que par rapport aux objectifs assignés à cette dernière**. Une information n'est pas fidèle en soi mais est fidèle à quelque chose ; Dans la normalisation comptable internationale, les états financiers donne une image fidèle à la réalité économique et financière de l'entreprise.

On peut illustrer la distinction (possible) entre l'image fidèle et le principe de prééminence du fond sur la forme à travers une décision récente de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). En effet, le législateur européen, dans la Directive comptable européenne 2013/34/UE du 26 juin 2013 sur les états financiers annuels et les états financiers consolidés (suivant les directives comptables de 1978 et de 1983) réaffirme, au titre des principes généraux de l'information financière, le principe d'image fidèle (Article 4, §3) et celui de prééminence du fond sur la forme (art. 6, §1, h) (v. pour cette interprétation l'analyse §1.2 ci-après) mais il autorise (art. 6, §3) les Etats membres à exempter les entreprises, pour la comptabilisation, des exigences de prééminence du fond sur la forme laissant à penser que l'objectif d'image fidèle peut être atteint sans recourir à la prééminence du fond sur la forme. Cette dissociation entre l'image fidèle et la prééminence du fond sur la forme a été confirmée par la CJUE. La Cour devait se prononcer sur un recours formé par l'Estonie dans le cadre de la directive comptable de 2013, considérant que la possibilité laissée aux Etats membres d'exempter les entreprises du principe comptable de la « *prééminence de la substance sur la forme* » dérogeait au principe de l'image fidèle (énoncé à l'article 4 §3 de la Directive) et irait à l'encontre de l'objectif d'amélioration de la comparabilité et de la clarté des états financiers des entreprises. La CJUE répond toutefois que cette dispense permet au contraire de réaliser l'objectif, visé par la directive, d'allègement de la charge administrative pesant sur les petites entreprises, celles-ci pouvant « (...) *se borner à retracer la forme juridique d'une transaction plutôt que sa substance commerciale* ». Autrement dit l'affirmation selon laquelle « *les états financiers annuels donnent une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et des résultats de l'entreprise* » peut être entendue partiellement. L'image fidèle peut être une image fidèle du patrimoine.

1.2 Le principe de prééminence du fond sur la forme et le « principe de substance »

La Directive comptable européenne de 2013 (préc.) consacre un « principe de substance » (l'article 6, §1(h)), au titre des principes généraux de l'information financière (Chapitre 2, article 6 (h)). Ce principe signifie que les postes du compte de résultat et du bilan doivent être comptabilisés et présentés **en se référant à la substance de la transaction ou du contrat concerné** ou plus précisément, d'après le Considérant 16 de la Directive, en se référant « à la réalité économique ou à la substance commerciale de la transaction ou du contrat sous-jacent ». Le « principe de substance » fait référence à la substance seule de la transaction ou du contrat sans opposer, comme dans le principe de prééminence du fond sur la forme, la substance à la forme. Aussi il en avait été déduit que le principe du respect de la substance « ne doit pas être confondu avec la prééminence du fond sur la forme puisque la forme n'est pas mentionnée en opposition à la substance », le principe de substance devant être entendu simplement comme l'obligation de tenir compte de la réalité économique ou de la substance commerciale de transaction ou de contrat sous-jacent (Focus IFRS, lettre trimestrielle, n° 30, septembre 2013 ; G. Gélard, 2013).

Cette interprétation est toutefois contredite par un arrêt récent de la CJUE du 18 juin 2015 (aff. C-508/13, Estonie c/ Parlement et Conseil) rendu à la suite d'un recours introduit par la République d'Estonie et visant à l'annulation partielle de la directive. Appelée à se prononcer

sur la possibilité laissée aux Etats membres d'exempter les entreprises du principe de substance énoncé à l'article 6 §1 (h), la CJUE vise expressément « le respect du principe comptable de « la prééminence de la substance sur la forme ». L'assimilation du « principe de substance » seul au principe de « prééminence de la substance sur la forme » est importante car elle traduit le fait que ce dernier principe n'exprime pas un « arbitrage » ou une « hiérarchie » entre la forme et le fond de la transaction ou de l'évènement à comptabiliser, mais bien plus leur combinaison (M. Teller, 2015).

➔ Aux termes du premier paragraphe, il est possible de conclure que

- 1) le principe de prééminence du fond sur forme est le moyen nécessaire pour obtenir une image des transactions et évènements à comptabiliser, fidèle aux objectifs assignés (par le cadre conceptuel) aux normes comptables internationales ;
- 2) l'expression de « principe de prééminence du fond sur la forme » peut être tenue pour l'équivalent de l'expression du « principe de substance ».

II LA SIGNIFICATION DU PRINCIPE DE PREEMINENCE DU FOND SUR LA FORME : UNE OPERATION DE QUALIFICATION -

2.1 La combinaison du fond et de la forme dans l'opération de qualification

Le principe de prééminence du fond sur la forme détermine un mode de comptabilisation des transactions et évènements libéré des catégories juridiques nationales puisqu'il invite à communiquer « *la substance d'un phénomène économique plutôt que de s'en tenir à la forme juridique* ». Certains auteurs en ont déduit une opposition entre l'économique sur le juridique, au profit du premier. En témoigneraient les traductions qui toutes expriment un rapport de hiérarchie comme les expressions de « *prédominance, prééminence ou primauté* » (« *primauté de la substance économique sur la forme juridique* », M. Teller, BJB, 2007 ; « *prééminence du fond - économique - sur la forme - juridique -* », J. Saghroun et Cl. Simon, CCC, 1999 ; « *prééminence de la réalité financière sur l'apparence juridique* », « *prédominance de la substance sur l'apparence* », « *prééminence de la réalité sur l'apparence* » (F. Pasqualini, thèse, 1992 ; Règlement 99-02 du 29 avril 1999 relatif aux comptes consolidés des sociétés commerciales et des entreprises publiques », § 300 ; Décision AMF 8 décembre 2005). Le principe de prééminence du fond sur la forme sous-tendrait l'idée selon laquelle « *la forme juridique doit s'effacer au profit de la substance économique* » (M. Teller, 2015) ; l'idée serait alors moins de « *restaurer une réalité juridique* » que « *de donner une certaine vue de la réalité économique, propre à satisfaire l'investisseur* » (M. Teller, 2007).

Cette interprétation du principe comme exprimant une suprématie de la réalité économique sur la forme et l'apparence juridiques a cependant été critiquée très tôt par plusieurs auteurs (F. Pasqualini, thèse ; J-L. Medus, 1993) et résulterait d'une mauvaise traduction de l'expression anglaise « *substance over form* » (F. Pasqualini, thèse, 1992) ; il en résulterait un « décalage » entre la traduction française et la formulation originale du principe *substance over form* (B. Raybaud-Turillo, thèse, 1997).

En réalité, le principe, qui sollicite le rapport entre la forme et le fond, renvoie à un débat bien connu des juristes : l'articulation du droit et des faits qui est traitée à travers l'opération de qualification juridique. Qualifier les faits, c'est les ranger dans une catégorie juridique qui permettra d'identifier leur régime. Aussi, le principe de prééminence du fond sur la forme, en rétablissant la réalité de la substance des opérations par-delà leur forme juridique, ne réalise pas un arbitrage entre l'économique et le juridique mais **une opération de qualification des transactions et évènements à comptabiliser selon les seules catégories comptables.**

Il s'agit donc de privilégier l'analyse substantielle tant juridique (à travers les droits et obligations) qu'économique, des opérations et événements, en se détachant lorsque nécessaire des catégories juridiques formelles dans lesquelles ces opérations et événements sont rangés. D'où l'idée, défendue très tôt par certains juristes, que le principe de prééminence du fond sur la forme postule une « *analyse juridique substantielle* » (B. Raybaud-Turillo et R. Teller, 2009) qui se distingue de l'analyse formelle étant précisé, concrètement, que l'analyse juridique substantielle implique « *une requalification juridique des opérations si leur présentation juridique formelle ne correspond pas à leur substance juridique et économique* » (B. Raybaud-Turillo et R. Teller, 2009).

Il est important de noter que le principe de prééminence du fond sur la forme n'est pas en soi méconnu des juristes ; le droit lui-même offre en effet la possibilité, lorsque nécessaire, de se détacher des catégories juridiques établies et n'est pas un système purement formel (A. Bénabent, 2007). Ainsi de nombreux instruments et principes juridiques vont agir comme des *outils de correction* permettant de gérer les contradictions entre l'apparence et la réalité, pour le plus souvent rétablir cette dernière. On peut citer la fraude (*fraus omnia corrumpit*), l'abus de droit, la simulation, l'interprétation du contrat selon la commune intention des parties plutôt que de s'en tenir au sens littéral des termes (art. 1156 code civil) et qui peut conduire à une requalification du contrat.

Autrement dit, le principe de prééminence du fond sur la forme permet, au moment de la qualification comptable des opérations et événements, de superposer, à l'analyse formelle exprimée dans des catégories juridiques préétablies, une analyse substantielle (économique et juridique) qui peut confirmer, invalider, ou suppléer les carences de l'analyse formelle (J-L. Médus, 1996) : la réalité substantielle doit prévaloir sur la forme juridique (réalité formelle) lorsque celle-ci est inapte à traduire la réalité des faits économiques. Cette analyse trouve son fondement, et peut être précisée, avec l'autonomie des catégories comptables.

2.2. La prise en compte de la substance économique et juridique

Selon la définition donnée par le Larousse, la substance d'une chose est ce qui la constitue, sa matière, son contenu. C'est ce qui existe par soi-même. La substance est donc ce qui, étant essentielle, ne bouge pas. Elle peut revêtir des apparences, des formes différentes. Rechercher la substance des opérations et événements, c'est donc en rechercher les différentes propriétés, à travers ses effets économiques et les différents droits et obligations qui les composent au-delà de l'apparence formelle (forme juridique) que ces opérations et événements peuvent prendre ou qui leur est donnée. La forme est en quelque sorte un attribut qui se superpose aux caractéristiques essentielles des opérations et événements et qui leur donne une apparence.

La prééminence du fond sur la forme vise précisément à retrouver, au-delà de la forme, au-delà des apparences, ces caractéristiques essentielles pour comptabiliser la réalité de l'opération dans sa dimension économique et juridique, et non pas simplement son apparence formelle.

Il existe ainsi une substance juridique des choses qui peut être définie comme les caractéristiques que les parties ont principalement en vue, dans une chose, en réalisant une opération ; de même il existe une substance économique des choses que l'on peut définir, ici, comme les effets économiques (valeur, richesse) produits par l'opération ou l'événement. Plus précisément, la substance économique renvoie aux effets économiques et financiers produits par les opérations et événements à comptabiliser, tandis que la substance juridique renvoie aux droits et obligations contenus dans ces opérations et événements. La substance juridique est donc essentielle car le contrôle exercé est différent selon les droits et obligations

dont est assorti(e) l'opération ou l'événement ; de même la substance économique, c'est-à-dire la finalité à laquelle est affectée l'opération, peut bousculer les concepts juridiques traditionnels. Ainsi lorsque la propriété est utilisée comme sûreté (v. infra § 4.2.2), sa qualification peut s'adapter à la finalité qui lui est affectée, on parlera alors de propriété économique (avantage retiré du bien) aux côtés d'une propriété juridique (titre de propriété), la notion de propriété économique, dans le langage comptable, permettra alors à son titulaire de mettre à l'actif un bien dont il n'a pourtant pas la propriété juridique. Si le concept de propriété économique bouscule la notion traditionnelle de propriété juridique, droit absolu et sacré, il a néanmoins fait l'objet d'intéressantes études juridiques (C. Mouly, 1984, G. Blanluet, 1999) révélant, si besoin était, que les conventions comptables, notamment celle de prééminence du fond sur la forme, ne sont pas totalement étrangères aux principes et théories juridiques. Ainsi comme l'écrit un juriste pour le crédit-bail « admettre que le crédit-bail a la fonction économique d'une sûreté devrait conduire à admettre qu'il en a la nature juridique (...) les caractères juridiques du crédit-bail n'interdisent pas cette qualification et ses caractères économiques la justifient » (C. Mouly, 1984).

→ Aux termes du deuxième paragraphe, il est possible de conclure que

- 1) Le principe de prééminence du fond sur la forme est une opération de qualification des transactions et événements, ces derniers devant être comptabilisés selon les seules catégories comptables définies par le cadre conceptuel en se détachant, si besoin, des catégories juridiques nationales ;
- 2) Le principe de prééminence du fond sur la forme implique, dès lors, une requalification des opérations et événements à comptabiliser si leur présentation juridique formelle ne correspond pas à leur substance tant juridique qu'économique.
- 3) Le principe de prééminence du fond sur la forme implique la prise en compte de la substance tant économique que juridique de préférence à la seule forme juridique.

III LES CONSEQUENCES DU PRINCIPE DE PREEMINENCE DU FOND SUR LA FORME ET L'AUTONOMIE DES CATEGORIES COMPTABLES

3.1 Le principe de prééminence du fond sur la forme au service de l'harmonisation comptable internationale

L'opération de qualification, par le biais de la prééminence du fond sur la forme, s'opère selon des catégories comptables détachées des catégories juridiques nationales afin de permettre la constitution d'un langage comptable à vocation internationale. Le principe de prééminence du fond sur la forme est ainsi un facteur d'harmonisation de la norme comptable internationale dans un contexte de pluralisme juridique. Il permet en effet de dépasser les qualifications juridiques proposées par les différents droits nationaux, souvent divergents, et partant de requalifier les transactions et événements conformément aux catégories du langage comptable. La prééminence du fond sur la forme paraît ainsi indispensable pour adapter « les normes à l'environnement international et au-delà de toutes les spécificités des droits nationaux » (Danjou, 2013).

Le dépassement des catégories (formes) juridiques nationales comme facteur d'harmonisation est expressément mentionné dans une décision de la CJCE (devenu la CJUE) du 8 février 1990 (n° 320/88) appelé à ce prononcer sur la définition de la « livraison de biens » au sens de l'article 5 de la 6ème directive n° 77/388/CEE du 17 mai 1977 en matière d'harmonisation des Taxes sur les chiffre d'affaires. Dans cette décision, la Cour précise que « *la notion de livraison d'un bien ne se réfère pas au transfert de propriété dans les formes prévues par le droit national applicable mais (...) inclut toute opération de transfert d'un bien corporel par une*

partie qui habilite l'autre à en disposer en fait comme si elle était propriétaire de ce bien », ajoutant que cette conception est conforme à la finalité d'harmonisation de la directive qui se trouverait « compromis si la constatation d'une livraison de biens était soumise à la réalisation de conditions qui varient d'un Etat membre à l'autre... ».

3.2. Le principe de la prééminence du fond sur la forme au service de l'objectif, attribué aux normes comptables internationales, d'une information financière

La normalisation comptable internationale est l'œuvre d'un organisme international privé (IASC puis IASB), sans véritable tutelle politique et étatique, qui établit les catégories comptables en fonction de l'objectif d'information financière qu'il assigne, dans le cadre conceptuel, aux normes comptables internationales. L'analyse financière vise ainsi à mesurer la rentabilité et la solvabilité d'une entreprise sur plusieurs années (F. Romon, 2014) ; Ou, pour le dire plus précisément, l'objectif des états financiers, à travers les normes comptables internationales, n'est pas de renseigner sur la propriété des biens, c'est-à-dire sur les biens dont l'entreprise est propriétaire, mais de retracer les effets financiers des transactions et autres événements en les groupant en grandes catégories selon leurs caractéristiques économiques.

En ce sens, le cadre conceptuel précise que les états financiers *doivent « fournir des informations sur la situation financière de l'entité comptable, c'est-à-dire des informations sur les ressources économiques de l'entité et sur les droits d'autrui sur ces ressources »* (§1.12). L'information financière, ainsi définie, *« peut aider les utilisateurs à identifier les forces et les faiblesses financières de l'entité »* (§1.13), elle est également *« utile pour apprécier la capacité passée et future de l'entité de générer des entrées nettes de trésorerie »* (§1.18). L'information financière, ainsi définie, est utile aux investisseurs, prêteurs et autres créanciers pour leur prise de décisions sur l'apport de ressources à l'entité (§1.2).

Dès lors, pour satisfaire à la définition d'un actif, d'un passif ou des capitaux propres (§4.5 Cadre conceptuel : *« un actif (...) est une ressource économique actuelle que l'entité contrôle du fait d'événements passés »*, é.g. §4.24 pour le passif, §4.43 pour les capitaux propres), il convient de prêter attention à la substance sous-jacente et à la réalité économique et non pas seulement à la forme juridique (F. Romon, 2014). Dans la définition de l'actif, le critère (juridique) de propriété n'est plus essentiel. Un bien dont l'entreprise a le contrôle, mais dont elle n'est pas propriétaire est un actif de l'entreprise (J. Paillusseau, 2014).

Le principe de prééminence du fond sur la forme s'impose ici pour atteindre cet objectif d'information financière et pour informer, à travers les états financiers, sur les ressources économiques contrôlées par l'entreprise et permettre aux utilisateurs de prédire sa capacité à générer de la trésorerie à l'avenir (P. Pintaux, 2005) ; il oblige en effet, pour comptabiliser les transactions et événements, de dépasser la forme juridique (catégorie) dans laquelle ces transactions et événements sont rangés, pour s'attacher au contrôle exercé par l'entité sur l'élément à comptabiliser, et à sa capacité à générer dans le futur des avantages économiques (actif), ou à l'obligation de céder une ressource (passif).

Le principe de prééminence du fond sur la forme permet d'établir des états financiers qui ne prennent pas appui sur les notions juridiques de propriété et de patrimoine (notions non abordées dans les catégories comptables) mais sur les notions économiques et comptables de contrôle, performance et rentabilité. En cela, il marque une déconnexion avec un système comptable juridico-patrimonial.

3.3. La prééminence du fond sur la forme comme outil de déconnexion avec un système comptable juridico-patrimonial

L'objectif d'une information financière orientée *vers les investisseurs, prêteurs et autres créanciers afin de faciliter leur prise de décisions sur l'apport de ressources à l'entité* (§1.2 cadre conceptuel) est analysé comme une consécration du système comptable anglo-américain tourné vers les besoins des marchés de capitaux et, partant, une rupture avec le système d'une comptabilité juridico-patrimoniale propre pays de droit romano-germanique. Les auteurs parlent d'un « schisme juridique » (M. Teller, 2007) qui mettrait les normes comptables internationales au service du capitalisme financier (M. Capron (s/dir.) 2005), la rupture se réalisant principalement « par l'introduction du principe dit substance over form » (M. Teller, 2007).

Le système comptable juridico-patrimonial est historiquement un modèle patrimonial fondé sur le droit de propriété et chargé d'assurer la protection des créanciers et du crédit. L'information comptable se place ainsi dans la perspective où l'actif est un bien potentiellement saisissable par les créanciers en cas de défaillance de l'entreprise, ces derniers disposant, en vertu des règles du droit civil, d'un droit de gage général sur le patrimoine du débiteur. Dès lors, pour renseigner les créanciers sur leur gage et assurer la protection du crédit, il convient de donner l'étendue des biens du patrimoine du débiteur (entité juridique) à travers le document comptable que constitue le bilan, alors entendu comme la traduction chiffrée du patrimoine juridique, faisant de la comptabilité « l'algèbre du droit » (D. Ledouble, 2005, F. Pasqualini et D. Burbi, 2013, M. Teller, 2007). Le bilan est ici un document statique dont le périmètre est la limite patrimoniale. Le système comptable orienté dans l'intérêt des prêteurs est fondé sur un principe de prudence et vise à les informer, non pas de la performance de l'entreprise mais, dans le pire des cas, s'ils seront remboursés (E. Chiapello, 2005, J. Saghroun et C. Simon, 1999).

Dans le système comptable juridico-patrimonial, les catégories comptables sont alors directement reliées aux catégories de droit civil : l'entité comptable est l'entité juridique, l'image comptable est l'image de son patrimoine juridique et l'actif accueille les biens dont l'entité est juridiquement propriétaire. La comptabilité prend clairement appui sur le droit des biens, le droit des sûretés, le droit des contrats, le droit des sociétés (M-A. Frison-Roche, 2011, F. Pasqualini et D. Burbi, 2013) ; Son ancrage dans le droit fait de la comptabilité un instrument solide de mesure des dettes et créances, de preuve (la comptabilité « fait foi entre commerçants ») et d'un contrôle fiable. Et parce qu'elle prend appui sur l'ordre juridique, la comptabilité n'a pas besoin d'un cadre conceptuel autonome qui définirait ses principes généraux, le droit civil et le droit commercial pouvant en tenir lieu (J. Haas, D. Nechelis, 2013).

Aussi, de ce point de vue, l'introduction du principe de prééminence du fond sur la forme marque une nette déconnexion de la comptabilité au droit et affirme l'autonomie des catégories comptables sur lesquelles le système comptable international prend appui. Alors que dans un système patrimonial, la règle comptable est adossée au système juridique qui lui transfère sa légitimité, dans le système financier, la règle comptable est adossée au système autonome de normalisation comptable à la recherche d'une légitimité.

3.4. Le principe de prééminence du fond sur la forme au soutien d'un système comptable autonome

3.4.1 Le principe de prééminence du fond sur la forme comme socle du changement de paradigme du système comptable

Dès lors que le principe de prééminence du fond sur la forme est ce par quoi se définit une image comptable fidèle à la réalité financière de l'entreprise, **il irrigue l'ensemble de la normalisation comptable internationale toute orientée vers l'information financière des risques et performances de l'entité et non plus l'information patrimoniale.**

Ainsi la définition de l'entité comptable peut être dissociée de l'entité juridique (§3.12 cadre conceptuel) et dans ce cas, son périmètre est délimité de façon à ce qu'elle donne « une **image fidèle** des activités économiques de l'entité (§3.18 (b) ; La définition des actifs et passifs, comme il a été dit (supra §3.2), est liée à la notion de ressource économique entendue comme un droit qui a le potentiel de produire des avantages économiques (§4.5, §4.24), les capitaux propres sont définis comme les intérêts résiduels dans le patrimoine de l'entité (différence entre son actif et son passif, §4.43) et peuvent donc varier tout au long de la vie de l'entreprise marquant une césure avec la notion juridique de fixité du capital aux fins de garantie du créancier (D. Ledouble, 2005). De même, les comptes sont établis sur la base de la continuité d'exploitation, c'est-à-dire sur l'hypothèse que l'entité comptable est en situation d'exploitation et demeurera en activité dans un avenir prévisible (§3.10 cadre conceptuel) ; la valeur des actifs (v. le débat sur la juste valeur) n'est donc pas une valeur liquidative (c'est-à-dire de cessation des actifs) et ne peut donc utilement renseigner les créanciers dans l'hypothèse d'une cessation d'activités et du remboursement de leur créance. Du reste, le cadre conceptuel préconise clairement dans ce cas de préparer les états financiers « suivant une convention différente » (§3.10 cadre conceptuel). Enfin le principe de prééminence du fond sur la forme détermine une définition du principe de prudence rattaché à l'obligation de neutralité (ne pas surestimer les actifs et produits, ne pas sous-estimer les passifs et charges, §2.18) distincte de la définition de la prudence retenue dans une comptabilité juridico-patrimoniale. Pour cette dernière, le principe de prudence commande le choix subjectif de ne retenir les plus-values « potentielles » mais de retenir les moins-values « potentielles » (J. Richard et Ch. Collette, 2008).

3.4.2 La proximité du principe de prééminence du fond sur la forme avec le système juridique de common law

Si la recherche tant juridique que comptable rattache le principe de prééminence du fond sur la forme au **système comptable anglo-américain** de type économique par opposition au système européen continental de type juridique (Y. Ding, H. Stolowy et M. Tenenhaus 2001, P. Walton, 2009), elle tend à expliquer la domination du système anglo-américain par le système juridique dominant. Le système comptable anglo-américain est en effet issu du droit de la common law, droit coutumier qui laisse une grande place à la pratique professionnelle dans l'élaboration des règles comptables ; les principes d'image fidèle (*true and fair view*) et de prééminence de la forme sur le fond (*substance over form*) sont ainsi issus de la pratique comptable anglaise du XIX^{ème} siècle ; **Tandis que le droit comptable continental prend appui sur un droit romano-germanique, droit écrit, réglementé par l'Etat et influencé par le droit fiscal. Or, cette différence de culture juridique jouerait, selon l'analyse économique du droit, un rôle essentiel dans le développement économique, le système de common law étant plus propice au développement de l'économie et de la finance dès lors qu'il s'agit d'un droit jurisprudentiel (créé « bottom up ») qui respecte et défend l'autonomie privée, tandis que le modèle juridique romano-germanique fait une place trop grande à l'Etat et à la défense d'un intérêt général qui freine les initiatives privées. Les difficultés pour reconnaître le trust de la**

common law dans les droits romano-germaniques en constituent un exemple, la notion de trust jouant un rôle important dans la titrisation.

La théorie *Legal origins* vise ainsi à démontrer que les pays de common law auraient une croissance économique plus importante que ceux de droit romano-germanique (A. Gambaro, R. Sacco et L. Vogel, 2011). Cela expliquerait que la normalisation comptable internationale, adossée au développement mondial d'une économie financière, ait pris naissance, au XX^{ème} siècle, dans la pratique comptable anglo-américaine et qu'elle se soit dotée à la fin du XX^{ème} siècle, d'un cadre conceptuel autonome destiné à donner une cohérence à l'ensemble des normes produites. Mais, la normalisation comptable internationale va au-delà de la simple opposition entre le système juridique de common law et le système juridique romano-germanique, que l'évolution de chacun des droits invite du reste à nuancer : en réalité, elle traduit, par le biais du principe de prééminence du fond sur la forme, une approche du droit comme un simple outil au service d'un système normatif autonome ; **il s'agit moins de se préoccuper de patrimoine, de propriété ou de contrat, tel que définis par les droits nationaux, que de droits et obligations à la lumière de leurs effets économiques.** Les notions (qualifications) juridiques sont alors décortiquées (le patrimoine peut être juridique ou d'affectation, la propriété juridique ou économique, le contrat fragmenté ou globalisé, v. infra). En cela le principe de prééminence du fond sur le droit ne marque pas une césure entre l'économique et le juridique au profit du premier (supra § II) mais une domination de la pensée économique sur la pensée juridique en ce sens que la règle juridique est pensée à travers le prisme de la logique comptable financière. La norme comptable, qualifiée par le principe de prééminence du fond sur la forme, saisit les faits selon ses propres règles qui peuvent différer de celles applicables dans les différents droits nationaux (B. Raybaud-Turillo, 1997, F. Windsor et D. Ledouble, 1977, B. Bachy et M. Simon, 2009).

Le principe de prééminence du fond sur la forme se rapproche – ou correspond – à la méthode d'analyse spécifique des opérations développée par le droit économique : l'analyse substantielle (B. Raybaud-Turillo, thèse, 1997) consistant « à rechercher ce qui constitue la substance d'un rapport social pour le traduire dans la catégorie juridique adaptée » (L. Boy, 2002). Cela consiste « (...) à analyser, à qualifier, ou à critiquer (...) des concepts juridiques ou des faits à partir d'hypothèses produites par le droit, ces hypothèses étant livrées par un examen critique du système juridique. Cet examen critique permet de dégager ce que nous appelons : droit substantiel ou « matériel » (G. Farjat, 2010). Cette analyse s'oppose à une analyse ou à une qualification qui serait purement formelle » (J-B. Racine, F. Siirainen 2007). Les grands concepts du droit comme la propriété ou le contrat sont ainsi soumis à la critique et, si nécessaire, à un réexamen. L'analyse substantielle doit permettre « *de prendre en compte la complexité du réel et d'éviter une analyse formelle souvent simplificatrice, qui pourrait donner une vision caricaturale de la réalité* » (J-B. Racine, F. Siirainen, 2007). Ce faisant, en interrogeant les grandes catégories formelles du droit, elle permet de confronter le droit aux évolutions sociales et économiques.

Ainsi l'analyse substantielle propose-t-elle de distinguer au sein de la propriété juridique, la notion de contrôle qui permet de saisir la réalité d'une situation de domination économique pour lui faire produire certains effets de droit ; cela aboutit à distinguer la propriété juridique de la propriété économique, pour lui faire produire des effets de droits alors même que le caractère absolu du droit de propriété exercé par son titulaire sur la chose est, dans les droits romano-germaniques, réticent à une telle dissociation de la propriété.

Aux termes du troisième paragraphe, il est possible de conclure que le principe de prééminence du fond sur la forme permet d'établir des états financiers qui donnent une image

fidèle de la réalité financière de l'entreprise, détachée des catégories juridiques nationales, permettant ainsi d'établir un langage comptable international.

IV – ILLUSTRATION TECHNIQUE DU PRINCIPE DE PREEMINENCE DU FOND SUR LA FORME : LA DEFINITION D'UN PERIMETRE COMPTABLE DISTINCT DU PERIMETRE JURIDIQUE FORMEL

Le principe de prééminence du fond sur la forme est cohérent dans un système comptable à vocation internationale, visant à donner, au-delà des divergences juridiques nationales, une information économique et financière. Parce que le choix et le coût de financement d'une entité sont étroitement liés au risque pris, l'information qu'il est utile de donner aux investisseurs, prêteurs ou créanciers est une information économique et financière qui mesure le risque et le profit. Où sont les risques ? Qui les portent ? Quel rendement en contrepartie du risque ? Ainsi le §1.3 du cadre conceptuel précise que *« les attentes des investisseurs, des prêteurs et des autres créanciers au sujet des rendements dépendent (notamment) de leur appréciation des montants, du calendrier, et de l'incertitude liés aux entrées nettes futures de trésorerie de l'entité (...) »*.

Le principe de prééminence du fond sur la forme, qui vise à satisfaire le besoin d'information économique et financière des utilisateurs, va ainsi solliciter des catégories et notions comptables qui trouvent leur cohérence dans un périmètre comptable, distinct du périmètre juridique formel jouant, ainsi, un rôle perturbateur de certaines catégories juridiques nationales comme celle de patrimoine, de propriété, ou de contrat.

4.1 La prééminence du fond sur la forme et le périmètre de consolidation

L'information financière internationale porte sur les comptes consolidés d'un groupe de sociétés cotées, c'est-à-dire sur les comptes d'un groupe de sociétés appréhendées comme si elles ne formaient qu'une seule entité économique ; L'entité comptable est ainsi définie par un périmètre de consolidation établi à partir du contrôle qu'une entité exerce sur les autres, et de l'utilité de l'information financière pour ses utilisateurs, indépendamment de la forme juridique de l'entité (v. §3.12 cadre conceptuel). La technique de consolidation, par le recours à la notion de contrôle, vise à donner une image réelle de l'entité économique (J. Montier, 2009) au-delà des frontières établies par la forme juridique des entités.

Le périmètre comptable permet d'inclure, dans la consolidation, des entités ad hoc (special purpose vehicle), c'est-à-dire des structures juridiques distinctes créées par l'entité pour gérer certaines opérations (cela pouvant permettre de sortir des dettes du bilan de l'entité) alors même qu'elle contrôle l'entité ad hoc ou supporte les risques de l'opération. L'outil juridique (via la notion de personne morale distincte) peut ici servir à déformer la situation réelle, économique et financière, de la société mère d'où la nécessité d'inclure dans le périmètre de consolidation l'entité ad hoc (P. Vernimen, P. Quiry, Y. Le Fur, 2016)

Parce qu'elle privilégie la réalité des relations économiques sur la forme juridique des entités, la consolidation marque, pour certains auteurs, l'une des toutes premières manifestations du principe de prééminence du fond sur la forme (J. Gasbaoui, 2013). Surtout, elle révèle que le principe de prééminence du fond sur la forme irrigue tout le système normatif de la comptabilité internationale.

4.2 La prééminence du fond sur la forme et le périmètre des opérations à comptabiliser

Le principe de prééminence du fond sur la forme est directement lié à l'objectif des états financiers, à savoir donner une information financière et non patrimoniale. Il ne s'agit plus en effet de renseigner, à travers la propriété juridique, sur la solvabilité de l'entité mais de mesurer, à travers les avantages économiques futurs (ressources), le risque et le profit. Cela explique que la qualification comptable conduit à raisonner en termes de droits et obligations, de techniques contractuelles, indépendamment des catégories juridiques dans lesquelles ils sont, pour l'opération concernée, rangés (forme juridique). **L'idée théorique, écrit fort justement un auteur, est de travailler sur des contrats qui doivent tous être considérés comme des contrats innommés (J.Gasbaoui, 2013).**

De ce point de vue, le principe de prééminence du fond sur la forme répond, pour les besoins de la qualification comptable, à la définition de l'actif donné dans le cadre conceptuel (§4.5), une ressource économique (un droit qui a le potentiel de produire des avantages économiques) que l'entité contrôle du fait d'événements passés (§4.5) ainsi qu'à celle de passif entendu comme l'obligation actuelle qu'à l'entité de céder une ressource économique du fait d'événements passés (§4.24). Ainsi, l'opération de qualification comptable vise à identifier les éléments contribuant aux performances d'une entité même lorsque celle-ci n'est pas titulaire d'un droit de propriété juridique (J. Gasbaoui, 2013) ou à définir les capitaux propres n'ont plus selon une définition juridique patrimoniale mais comme l'élément résiduel résultant de la différence entre actifs et passifs (D. Ledouble, 2005 ; F. Pasqualini et D. Burbi, 2013).

De même, elle va permettre d'opérer une qualification fragmentée d'un acte juridique ou une qualification globale de plusieurs actes juridiques distincts dès lors que, ainsi réalisée, l'opération de qualification permet de révéler la réalité des droits et obligations et les effets économiques de l'opération à comptabiliser.

4.2.1 Le principe de prééminence du fond sur la forme et la qualification fragmentée de l'opération

La qualification comptable d'un contrat suppose de l'apprécier, non pas en fonction de son régime juridique, mais sous l'angle des droits et obligations qu'il renferme afin de rechercher, en fonction de la technique contractuelle choisie, la réalité du transfert des risques et profits. Il faut donc prendre en considération toutes les conditions du contrat dès lors qu'elles sont susceptibles d'avoir un effet économique. Ainsi un contrat de vente, auquel est ajoutée une clause de rachat qui empêche le transfert du risque, ne s'appréciera pas de la même façon qu'un contrat de vente simple. En ce sens, il est précisé dans le cadre conceptuel (§4.54) que toutes les conditions du contrat entrent en considération sauf si elles sont dénuées de substance commerciale, c'est-à-dire d'effets économiques.

4.2.2 Le principe de prééminence du fond sur la forme et la qualification globale d'actes juridiques distincts

Le domaine du droit économique et financier a vu naître, à travers l'ingénierie industrielle et financière, des montages contractuels de plus en plus complexes pour lesquels la forme juridique ne permet pas une vue d'ensemble de l'opération économique et financière qu'ils réalisent. Ces montages juridiques peuvent dissimuler, par une combinaison ou superposition d'actes juridiques, des modes de financement, de gestion des crédits, une opération de construction, qu'une analyse juridique simple ne permet pas de traduire. Ces montages juridiques complexes sollicitent les techniques contractuelles et les techniques patrimoniales propres à chacun des systèmes juridiques ; ils conduisent souvent dans les pays de droit

romano-germaniques, pour être validés, à une remise en cause des notions et concepts juridiques traditionnels et à l'introduction de notions propres au droit anglo-saxon à l'exemple de la propriété économique, du patrimoine d'affectation ou trust.

Qualifier l'opération, par la prééminence de la substance économique sur la forme juridique, va permettre, lorsque qu'il y a ainsi fragmentation de l'opération économique et financière en divers actes juridiques et dont les qualifications sont dépendantes du système juridique national, d'en redonner, pour la comptabiliser, une unité compréhensible à l'échelle internationale. (v. §4.53 du cadre conceptuel, « *l'identification de la substance des droits et obligations nécessite une analyse détaillée des conditions (...) d'un groupe ou d'une série de contrats* »).

Ainsi, une opération de location peut être également un financement à travers le **contrat de crédit-bail**, technique importée des Etats-Unis qui désigne le fait, pour une entreprise, de donner en location, un bien, fonds de commerce ou des parts sociales, assortie d'une option d'achat au profit du preneur. Juridiquement, l'opération de crédit-bail réunit plusieurs contrats: vente (fournisseur-crédit bailleur), bail (donné au crédit-preneur), promesse unilatérale de vente (conférant au crédit-preneur une option d'achat) et parfois un mandat (de la banque à l'utilisateur pour qu'il choisisse et réceptionne le bien pris en location). Economiquement, ce montage représente un prêt du crédit-bailleur au crédit-preneur, assorti d'une propriété-sûreté (au profit du crédit-bailleur). Aussi et bien qu'il s'agisse en droit d'un contrat nommé, les juristes s'accordent pour y voir une opération complexe dont la nature juridique n'est pas certaine dès lors qu'il y a une « *une distorsion profonde et véritablement radicale entre la réalité économique de l'opération et son montage juridique qui conduit à une véritable fiction* » (A. Bénabent, 2007). Au-delà de la forme juridique de la location, le crédit-bail est en effet un véritable « mode de financement d'un investissement » et le crédit-preneur « est davantage un emprunteur qu'un véritable locataire, de même que « *l'établissement crédit-bailleur est avant tout un prêteur* » (M. Bourassin, V. Brémond, M-N. Jobard-Bachelier, 2014). Et même si le crédit-bailleur est le propriétaire juridique du bien loué, c'est le crédit-preneur qui exerce le contrôle du bien et peut en tirer les mêmes avantages que ceux qui découleraient de la détention d'un titre. Il est alors qualifié de propriétaire économique (v. supra § 2.2).

Dans ce cas, et parce que l'analyse juridique liée au transfert ou non de la propriété juridique ne correspond pas à la réalité économique de l'opération, le principe de prééminence du fond sur la forme va conduire à retenir la propriété économique de préférence à la propriété juridique. Ainsi le traitement comptable en comptes consolidés, contrairement au traitement comptable en comptes sociaux, conduit à porter le bien loué à l'actif du bilan du locataire, celui-ci étant le seul à pouvoir tirer des avantages de l'utilisation du bien pendant sa valeur (F. Missonnier-Piera, Dick, 2006). Il s'agit donc de redresser « extra-comptablement les comptes sociaux de l'entreprise, en supposant que celle-ci s'est endettée pour acquérir les biens dont elle dispose sous forme de location financement (P.Vernimmen, P. Quiry, Y. Le Fur, 2016). L'entrée en comptabilité n'est donc plus liée au transfert de propriété juridique mais au transfert de contrôle sur la chose (J. Haas et D. Nechelis, 2013); qualifié de propriété économique, il correspond au droit personnel de jouissance et confère l'appropriation effective de la substance économique sur la chose.

Le raisonnement peut être appliqué aux hypothèses de cession de créances qui peuvent prendre la forme d'une cession comme la cession Dailly, l'affacturage ou la titrisation. On le retrouve d'une façon plus générale pour les conventions de portages, les frais de recherche etc.

4.3. Le principe de prééminence du fond sur la forme et la date de prise en compte de la transaction

La date de comptabilisation d'une transaction va s'apprécier par rapport à la réalité économique du transfert de risques et avantages et non par rapport aux distinctions juridiques (contrat sous condition, transfert de propriété juridique, promesse d'achat). Concrètement, pour enregistrer une vente, il n'est pas tenu compte de la date du transfert de la propriété juridique du bien (qui peut varier selon les droits nationaux) mais de la date du transfert des risques et avantages. Des biens sont donc comptabilisés vendus et sortis des stocks comptables du vendeur alors que ce dernier en est toujours le propriétaire juridique (W. Dick et F. Missonier-Piera 2006, M. Teller, 2013).

V - INTERPRETATION ET JUGEMENT

Le principe de prééminence du fond sur la forme est un procédé de qualification qui implique un véritable « jugement » par le comptable sur les opérations à comptabiliser. En effet, en substituant une qualification comptable à la qualification juridique, le comptable procède à une requalification selon les catégories comptables, afin de donner une image fidèle, qui fait de lui « le premier juge » (J. Gasbaoui, 2013). Mais là où, dans un système comptable appuyé sur un ordre juridique avec des catégories comptables liées aux catégories juridiques, l'opération de qualification peut être judiciairement contrôlée, dans un système comptable appuyé sur son propre ordre normatif, avec ses propres catégories comptables, distinctes des catégories juridiques, et ses propres règles d'interprétation, la question se pose du contrôle de la qualification (quid de l'audit ?) et de sa sanction. Ainsi, l'autorité des marchés financiers, par le biais d'une disposition de son règlement général, et le juge pénal, par le biais des délits pénaux généraux ou spéciaux, sont les autorités qui sanctionnent, en France, la violation des normes comptables internationales. Doit-on considérer que ces autorités administratives et judiciaires, doivent, pour les besoins de l'interprétation et de la sanction, prendre appui sur le cadre conceptuel ? Cela pose de multiples questions, tant technique (expertise requise, lisibilité des textes), philosophique que politique. De manière spécifique, cela renvoie à la question du pluralisme normatif et de la porosité entre les normes.

VI – OBSERVATIONS-PROPOSITIONS

Les développements qui précèdent ont permis de mettre en évidence que le principe de prééminence du fond sur la forme désigne **l'opération de qualification**, par le comptable, des événements et transactions à comptabiliser, selon des **catégories comptables** autonomes, détachées des catégories juridiques des droits nationaux. Cette opération de qualification doit permettre de donner de donner une **image des activités de l'entreprise fidèle à la réalité économique et financière et de donner ainsi une information financière utile pour ses utilisateurs.**

Le principe de prééminence du fond sur la forme trouve sa signification et sa cohérence dans les principes généraux et les catégories comptables établis dans le cadre conceptuel.

Il apparaît ainsi que le principe de prééminence du fond sur la forme est un principe qui irrigue l'ensemble des principes de la normalisation comptable (périmètre de consolidation, définition des actifs et des passifs, définition des capitaux propres etc..) et peut être analysé comme « un principe général » de la normalisation comptable internationale, à l'image des principes généraux du droit (D. Ledouble, Entretien) dont il affirme l'autonomie comme système normatif indépendant des Etats et de leurs droits nationaux.

Dans ces conditions :

§1 - Il est indispensable que le principe de prééminence **soit affirmé de manière explicite** dans le cadre conceptuel.

§2 – Il serait peut être utile de mieux articuler entre eux les paragraphes du cadre conceptuel dans lequel le principe est évoqué (le §2.14 devrait renvoyer aux §4.53 à 4.56 mais aussi (?) au §3.11 et s. sur l'entité comptable ou aux §4.5 et 4.24 sur la définition des éléments d'actifs et de passif) afin d'aider à la compréhension de la notion.

§3 - Il est nécessaire de mieux préciser **l'articulation entre le principe de prééminence du fond sur la forme et le principe de fidélité**. La fidélité de l'image comptable est une notion standard dont la définition dépend des objectifs du système comptable dans lequel elle s'insère. Ainsi l'image fidèle peut, selon la directive comptable de 2013, être atteinte en donnant l'image patrimoniale de l'opération. L'image fidèle apparaît donc, pour les rapports financiers à vocation internationale, l'image qui traduit fidèlement la réalité économique et financière des opérations et événements, sans s'arrêter aux qualifications juridiques nationales. Pour atteindre une image fidèle, l'utilisateur doit qualifier les transactions et événements en respectant le principe de prééminence du fond sur la forme.

§4 - Il est nécessaire de mieux préciser **l'articulation entre le principe de prééminence du fond sur la forme et le principe de prudence**, les deux principes ayant pu être interprétés, à la lumière de certains droits nationaux, comme contradictoires.

§5 - Il est nécessaire de mieux définir la prééminence du fond sur la forme en la dissociant de la distinction de l'économique et du juridique. Il nous semble que la prééminence du fond sur la forme **désigne en effet la prééminence de l'analyse substantielle économique et juridique sur une analyse juridique purement formelle**. Cela éviterait de traduire le principe de prééminence du fond sur la forme comme étant exclusif de la dimension juridique.

§6 - Enfin, et de façon globale, dans la mesure où le principe de prééminence du fond fait du comptable un véritable juge des opérations à qualifications, dans la mesure où, tout en affirmant l'autonomie du système normatif comptable international, il reste soumis à ces droits nationaux pour son éventuelle sanction (en France, c'est l'Autorité des marchés financiers et le juge pénal qui sanctionnent la violation des normes comptables internationales), **il serait opportun d'ajouter dans le cadre conceptuel un paragraphe consacré aux définitions des notions essentielles afin d'en permettre la compréhension**. Un véritable travail pluridisciplinaire et de droit comparé s'impose ici pour rendre intelligible des notions qui combinent des concepts de la finance, de l'économie, de la gestion et du droit, les spécificités de systèmes juridiques différents comme le droit de la common law ou le droit romano-germanique et les aléas de la traduction (à partir de l'anglais) (sur le « langage inapproprié de l'IASB », T. Bush, 2012). Les notions de substance commerciale, de phénomène économique, de structure du contrat, d'aspect économique... toutes sollicitées pour expliquer la substance des droits et obligations contractuels ne sont pas suffisamment intelligibles pour prétendre constituer un langage comptable international accessible à tous.

ANC Bibliographie Principale

2010-2015

O. Barbe et L. Didelot, Les conséquences potentielles en droit comptable français de l'introduction au plan européen du principe de prééminence du fond sur la forme, *Rev. Française de comptabilité* 2012, p. 26.

E. Blary-Clément et F. Plackeel, Le patrimoine de l'entreprise : d'une réalité économique à un concept juridique, *Contrats et patrimoine*, Larcier, 2014.

M-A. Frison-Roche, L'ancrage de la comptabilité dans le droit civil et ses conséquences dans les concepts sous-jacents des normes comptables, in *Les Actes, 2ème Etats généraux de la recherche comptable*, ANC, 2012, p. 33.

J. Gasbaoui, *Normes comptables et droit privé, Analyse juridique des documents comptables*, Ed. PUAM, 2014 (*Voir §215 et s., et §414*).

J. Haas et D. Nechelis, Les nouveaux enjeux de la comptabilité : du droit comptable à la régulation économique et financière, *Réflexions autour du rôle de l'Autorité des normes comptables*, *Annales de la régulation*, vol. 3 (V. (b) *Des différences conceptuelles fondamentales, p. 5 et s.*).

D. Ledouble, Quelques remarques sur l'incidence juridique des IFRS, *Les Petites Affiches*, 2011, n° 44, p. 11.

D. Moreau-Nechelis, L'impératif de qualité en droit comptable actuel, Des apports à systématiser, ANRT, 2009 (V. §2 *Le principe de prééminence de la réalité sur l'apparence ou « substance over form », p. 94 et s.*).

R. Obert, Le nouveau cadre conceptuel de l'IASB, *Rev. Française de comptabilité*, janvier 2011, n° 439, p. 26.

F. Pasqualini, L'image fidèle : mythe ou réalité ? *Comptabilité et fiscalité pratiques*, 2015/8, p. 16.

F. Pasqualini et D. Burli, Droit comptable européen et normes IFRS : une scission entre le droit et le chiffre ? *Revue des sociétés* 2013, p. 259 (*Voir §33 notamment*).

F. Romon, Le concept de valeur : moteur de la reconnaissance des nouveaux biens de l'entreprise ? Point de vue du comptable et du financier in E. Blary-Clément et F. Plackeel, *op. cit.*

M. Teller, L'harmonisation comptable à l'épreuve du droit européen (ou la confrontation indirecte du droit comptable européen aux normes IFRS), *Bulletin Joly Sociétés*, 01 octobre 2015 n° 10, P. 492 (*Voir Partie II, B – La contestation relative à l'application du principe de prééminence de la « substance »*)

M. Teller, La reconfiguration comptable européenne : décryptage juridique de la directive comptable unique, Bulletin Joly Sociétés, 31 janvier 2014 n° 1, P. 55 (Voir §C – *Affirmation et renouveau des principes comptables*).

P. Vernimmen, P. Quiry et Y. Le Fur, Finance d'entreprise 2016, Dalloz 2015.

2005-2009

B. Bachy et M. Sion, Analyse financière des comptes consolidés, Dunod, 2009.

D. Baert et G. Yanno, Rapport d'information n° 1508, Les normes comptables : jeu d'experts ou enjeu politique ? Documents d'information, Assemblée nationale, mars 2009, p. 22 et s. (V. *La prééminence de la réalité économique sur la forme juridique : le principe « substance over form »*, p. 27).

M. Capron (s/dir.), Les normes comptables internationales, instruments du capitalisme financier, La Découverte, 2005 (V. article E. Chiapello, *Transformation des conventions comptables, (transformation de la représentation de l'entreprise, p. 121 ets., spéc., p. 134)*).

B. Colasse, Introduction à la comptabilité (coll. C. Lesage), Economica, 2007.

B. Colasse (s/dir.), Encyclopédie de comptabilité, contrôle de gestion, et audit, Economica, 2009.

W. Dick et F. Missonier-Piera, Comptabilité financière en IFRS, Pearson, 2006.

D. Ledouble, La comptabilité est-elle encore « l'algèbre du droit » ? Les Petites Affiches 2005, n° 179.

D. Ledouble, Rapport d'étape du groupe IAS/Droit, présenté à l'Assemblée plénière du Conseil national de la comptabilité du 20 octobre 2005.

Ch. Marion et J. Herbert, Les normes IFRS intéressent également les juristes, IFRS should be a concern for lawyers, Revue de Droit des Affaires internationales/International Business Law Journal, n° 3, 2006, p. 430 (Voir §I *Le principe de prééminence de la « substance » sur la seule forme juridique*).

F. Pasqualini, Les chances d'une double rupture, Les Petites Affiches, 8 septembre 2005, p. 27.

J. Richard et Ch. Collette, Comptabilité générale, système français et normes IFRS, Dunod, 2008.

M. Teller, Les normes IFRS : vers un schisme juridique, Bulletin Joly Bourse, 01 novembre 2007 n° 6.

D. Villemot, Comptabilité et fiscalité : convergence ou divergence ? Les Petites Affiches, 8 septembre 2005, n° 179, p. 9 (Voir §II (A) *L'approche patrimoniale et le principe « substance over form »*).

2000-2004

E. Causin, Droit comptable des entreprises, Larcier, 2002

1990 – 1999

G. Blanluet, Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil, tome 313, LGDJ, 1999.

J-L. Medus, De quelques problématiques contemporaines de droit comptable,
- (1ère partie), Les Petites Affiches, 4 février 1999, n° 25,
- (2ème partie), Les Petites Affiches, 5 février 1999, n° 26,
- (Suite et fin), Les petites Affiches 8 février 1999, n°27.

J-L. Medus, Conventions de portage et information comptable et financière, Revue des sociétés 1993, p. 509.

F. Pasqualini, Le principe d'image fidèle en droit comptable (thèse), Litec, 1992.

B. Raybaud-Turillo, Le modèle comptable patrimonial, Les enjeux d'un droit comptable substantiel, Vuibert, 1997 (qui cite F. Windsor et D. Ledouble, Existe-t-il un droit comptable ? Cah.dr.entreprise, 1977 et Revue française de comptabilité, novembre 1977, n°77.

J. Saghroun et Cl. Simon, Primauté du bilan ou du compte de résultat, le principe du pendule, Comptabilité, contrôle, audit, 1999, tome 5, p. 59.

BIBLIOGRAPHIE COMPLÉMENTAIRE

▪ Fiscalité internationale

I. Rouberol, Prix de transfert : l'accession mobilière, un fondement légal de la propriété économique des marques ? Droit fiscal n° 27, 7 Juillet 2011, 410.

▪ Directive 2013

M. Teller, La comptabilité française à l'heure du droit comptable européen : commentaire de la transposition de la directive comptable unique en droit interne, Bulletin Joly Sociétés, 01 novembre 2015 n° 11, p. 604.

M. Teller, L'harmonisation comptable à l'épreuve du droit européen (ou la confrontation indirecte du droit comptable européen aux normes IFRS), Bulletin Joly Sociétés, 01 octobre 2015 n° 10, P. 492 (commentaire décision CJUE, 18 juin 2015, no C-508/13, République d'Estonie (v. §II, B *La contestation relative à l'application du principe de prééminence de la « substance »*).

▪ Droit des sûretés

M. Bourassin, V. Brémond et M-N. Jobard-Bachelier, Droit des sûretés, Sirey, 2013.

- **Autres**

T. Bush, Pourquoi l'IASB n'emploie-t-il pas un langage approprié ? in Les Actes, 2ème Etats généraux de la recherche comptable, ANC, 2012, p. 51.

S. Chassat, Norme et jugement sont-ils compatibles, institut Messine, 2015.