

Règles existantes en matière de consolidation des entités ad hoc

Les établissements de crédit interviennent à divers titres dans les montages utilisant des entités ad hoc, soit comme arrangeurs et/ou financeurs d'opérations pour le compte de clients, soit pour leur compte propre. Ce type d'entité est créé spécifiquement pour gérer une opération ou un ensemble d'opérations similaires au bénéfice d'une entreprise. Ainsi, en matière de présentation comptable de telles entités, deux questions principales se posent : les conditions de sortie du bilan des actifs et passifs repris par ces entités et les exigences de consolidation de ces entités.

Les normes internationales (dont les IAS ¹) et les normes américaines (dont les FAS ²) fixent en premier lieu les règles générales applicables en matière de sortie du bilan, notamment lorsque les éléments sortis sont intégrés dans une entité ad hoc. Si ces règles diffèrent quelque peu, les conséquences pratiques dans ce seul domaine ne sont pas très éloignées.

Les normes internationales et américaines précisent ensuite quand une entité ad hoc doit être consolidée, sans faire de distinction selon l'activité de l'entreprise consolidante. Pour ce faire, elles utilisent des critères très différents, plutôt juridiques dans le cas des normes américaines, d'inspiration plus économique pour les normes internationales.

La réglementation comptable française traite de manière différente la question de la consolidation des entités ad hoc selon que l'entreprise consolidante est un établissement de crédit ou une entreprise industrielle ou commerciale.

1. Les règles françaises, internationales et américaines en matière de sortie de bilan

Les règles internationales et américaines relatives à la sortie d'instruments financiers du bilan sont largement développées, respectivement dans les normes IAS 39 et FAS 140. Les règlements CRB ³ n° 89-07 et CRB n° 93-06 traitent le cas des cessions de créances par des établissements de crédit, notamment dans le cadre d'une opération de titrisation (CRB n° 93-06). Pour les autres instruments financiers, et pour les autres types d'entreprises, l'absence de textes spécifiques oblige à se référer aux dispositions générales.

Concernant la sortie d'actifs non financiers, aucun des trois référentiels n'a prévu de règle générale. Le cas des locations, y compris en crédit-bail, est traité dans les normes IAS 17, FAS 13 et FAS 98, tandis que seule la norme américaine FAS 66 traite des sorties d'actifs immobiliers.

1.1. Les règles françaises lient la sortie du bilan au transfert de propriété de l'actif, assorti d'autres conditions pour les instruments financiers

En l'absence de texte spécifique, la règle générale en France consiste à lier la sortie du bilan au transfert de propriété.

Concernant les actifs financiers, des règles françaises spécifiques existent pour les créances des établissements de crédit, définies limitativement comme des crédits distribués, des concours interbancaires et des titres de créances négociables sur un marché (dont les valeurs mobilières et les bons du Trésor). Dans ce cas, le CRB n° 89-07 prévoit qu'une cession est considérée comme parfaite, autorisant à sortir la créance du bilan, s'il n'y a pas de la part du cédant un engagement ou une faculté

¹ International Accounting Standards.

² Financial Accounting Standards.

³ Comité de la réglementation bancaire.

de reprise et si ni le cédant, ni aucune entreprise intégrée globalement dans le même périmètre de consolidation, n'accordent une garantie contre le risque de défaillance du débiteur. Toutefois, le CRB n° 93-06 précise qu'une cession de créances faite à un fonds commun de créances conformément aux dispositions de la loi du 23 décembre 1988 ou à des organismes étrangers présentant les mêmes caractéristiques sont sorties du bilan même si une garantie contre le risque de défaillance des débiteurs a été accordée.

1.2. Les règles internationales lient la sortie d'actifs financiers du bilan à la perte de leur contrôle, appréciée selon des critères économiques

L'IAS 39 interdit la sortie d'actifs financiers du bilan du cédant si celui-ci n'a pas perdu le contrôle de cet instrument. En particulier, le cédant garde le contrôle d'un actif financier ou d'une portion d'actif financier :

- s'il a le droit de racheter l'actif à un prix différent de sa juste valeur au moment du rachat, lorsque cet actif ne peut pas être facilement acquis sur le marché ;
- s'il est à la fois en droit et obligé de racheter l'actif à un prix qui procure au cessionnaire une rémunération comparable à celle d'un prêteur ;
- s'il a conservé, par le biais d'un swap global de rendement ou d'une option de vente inconditionnelle, la quasi-totalité des risques et des bénéfices liés à la propriété de l'actif, lorsque celui-ci ne peut pas être facilement acquis sur le marché.

A contrario, le cédant est présumé avoir perdu le contrôle d'un actif financier lorsque le cessionnaire a la capacité de jouir des avantages procurés par cet actif, notamment :

- s'il est libre de vendre ou de nantir l'actif pour l'essentiel de sa valeur ;
- dans le cas d'une entité ad hoc, si cette entité ou ses porteurs de parts peuvent jouir de l'essentiel des avantages procurés par cet actif.

L'IAS 39 précise que ces différents critères ne doivent pas être examinés isolément, mais éventuellement confrontés, ce qui peut poser quelques problèmes d'interprétation. Ainsi, doit-on considérer qu'une entité ad hoc jouissant des avantages procurés par un actif transféré ne le contrôle pas pour autant parce que le cédant aurait garanti un ou des risques essentiels liés à cet actif, moyennant une rémunération en conséquence ? L'IAS 39 précise que, dans ce cas, l'actif est sorti du bilan du cédant et un passif est comptabilisé au titre de la garantie, ce qui autorise l'entité ad hoc à porter cet actif à son bilan.

L'IAS 39 autorise par ailleurs une analyse par composante, ce qui permettrait de sortir partiellement un actif du bilan, en fonction des composantes essentielles de cet actif qui auraient été cédées ou non. Toutefois, l'IASB reconnaît lui-même que la mise en œuvre pratique de cette approche peut se heurter à des problèmes de distinction et d'évaluation fiable de chaque composante. Dans ce cas, la composante difficile à évaluer est comptabilisée pour une valeur nulle, s'il s'agit d'un actif, pour un montant maximal de risque, s'il s'agit d'un passif.

D'une manière générale, l'IAS 39 se réfère donc à la notion de contrôle pour apprécier la nécessité ou la possibilité de sortie d'un actif financier du bilan, mais les critères utilisés pour son application font largement appel aux notions de droit aux avantages et d'exposition aux risques pour déterminer l'existence ou non de ce contrôle. Cette approche apparaît ainsi reposer fortement sur une analyse économique du contrôle.

1.3. Les règles américaines lient la sortie d'actifs financiers du bilan à la perte de leur contrôle et des droits à leurs bénéfices, selon des critères juridiques

La norme américaine FAS 140, qui vient de remplacer le FAS 125, indique, pour sa part, qu'un actif financier sort du bilan lorsque le cédant en perd le contrôle et que le prix de cession ne comprend pas le maintien d'un « intérêt bénéficiaire » dans l'actif cédé. Plus précisément, les éléments suivants doivent être respectés :

- l'actif transféré est juridiquement hors de la portée du cédant et de ses créanciers ;
- le cessionnaire, y compris les porteurs de parts de l'entité ad hoc cessionnaire, peut disposer librement ou quasi librement de l'actif transféré, les restrictions éventuelles ne devant pas être significatives ;
- il n'existe pas d'option de rachat potentiellement avantageuse pour le cédant ou d'engagement réciproque de rachat.

La principale différence avec le FAS 125 est l'abandon de la notion d'actif non facilement disponible sur un marché comme critère supplémentaire pour déterminer si une option ou un engagement de rachat empêche la sortie de l'actif.

D'une manière générale, chacune des réglementations prévoit, avec des nuances, que la faculté ou l'obligation pour le cédant de reprendre l'actif financier empêcherait la sortie de cet actif du bilan. Au-delà, le FAS 140 s'appuie plutôt sur des critères juridiques, alors que l'IAS 39 et les règles françaises se fondent davantage sur une analyse économique, prenant notamment en compte le critère de l'exposition aux risques générés par l'actif cédé.

1.4. Les règles internationales de sortie d'actifs financiers du bilan devraient être prochainement clarifiées

L'approche actuelle de l'IAS 39 en termes d'entrée ou de sortie du bilan repose sur une analyse du contrôle liée à la détention de droits et d'obligations sur un instrument financier. Mais, elle l'assortit de conditions, telles que la non-disponibilité de l'actif cédé sur un marché qui complique cette analyse. Par ailleurs, les critères relatifs à la situation du cédant et à celle du cessionnaire permettant de conclure à l'existence ou à l'absence de contrôle sont potentiellement contradictoires. Au total, l'interprétation et la mise en œuvre pratique de cette approche apparaissent difficiles.

C'est pourquoi l'IASB réfléchit actuellement, dans le cadre de son projet d'amélioration de l'IAS 39, à une refonte des règles relatives à la sortie d'instruments financiers du bilan des entreprises. Il serait envisagé de simplifier considérablement les critères, en éliminant certaines conditions annexes, telles que la possibilité de racheter l'équivalent de l'actif cédé sur un marché (de la même façon que le FAS 140 l'a fait par rapport au FAS 125), pour se concentrer sur la relation entre le cédant et l'élément cédé. Ainsi, un actif financier ne pourrait être sorti du bilan du cédant que si ce dernier n'est plus du tout impliqué dans cet actif. En particulier, si le cédant apportait une garantie contre le risque de crédit généré par l'actif cédé, celui-ci pourrait être maintenu à son bilan à due concurrence.

2. Les critères utilisés en matière de consolidation des entités ad hoc varient sensiblement selon les référentiels

2.1. Les règles françaises de consolidation des entités ad hoc diffèrent selon le secteur d'activité de l'entreprise consolidante

Les comptes consolidés font normalement prévaloir la réalité économique sur l'apparence juridique des opérations. Par ailleurs, les nouveaux règlements relatifs aux règles de consolidation, adoptés par le Comité de la réglementation comptable en 1999 et 2000, introduisent des différences selon le secteur d'activité de l'entreprise consolidante.

2.1.1. Les règles applicables aux établissements de crédit et entreprises d'investissement se fondent sur la substance économique de l'opération

Le règlement CRC ¹ n° 99-07 relatif aux règles de consolidation des entreprises relevant du CRBF ² prévoit la consolidation d'une entité ad hoc lorsqu'une ou plusieurs entreprises du groupe ont le contrôle de l'entité et l'exercent dans leur seul intérêt. Ce contrôle s'apprécie en substance, sans requérir de dispositions juridiques formelles telles que l'existence d'un lien en capital ou d'un accord explicite.

L'économie d'ensemble de l'opération et les liens tissés entre l'entité ad hoc et les entreprises comprises dans le périmètre de consolidation doivent être analysés en examinant qui a :

- le pouvoir de décision et de gestion sur les activités courantes ou les actifs de l'entité,
- la capacité à bénéficier de tout ou de la majorité des résultats de l'entité,
- l'exposition à la majorité des risques relatifs à l'entité.

Ces critères sont examinés dans leur ensemble, la réalisation d'un seul d'entre eux n'étant pas a priori suffisante pour conclure à la nécessité de consolider l'entité.

2.1.2. Les règles applicables aux entreprises industrielles et commerciales subordonnent la consolidation des entités contrôlées à des conditions de forme

Le règlement CRC n° 99-02 relatif aux règles de consolidation des entreprises industrielles et commerciales subordonne la consolidation d'une entité ad hoc à des conditions de forme que sont l'existence d'un lien en capital et d'un accord explicite et ce quel que soit le résultat de l'analyse sur le contrôle en substance. En l'absence de ces deux éléments, le groupe doit donner une information détaillée en annexe sur l'entité non consolidée lorsqu'il la contrôle. Cette différence de traitement par rapport aux établissements de crédit résulte de dispositions relatives aux règles de consolidation incluses dans la loi de 1966 sur les sociétés commerciales, qui s'appliquent impérativement aux sociétés industrielles et commerciales, mais non aux établissements de crédit.

Par ailleurs, l'examen du contrôle repose sur les trois mêmes éléments que ceux retenus dans le CRC n° 99-07, mais ils sont considérés comme des situations pouvant chacune caractériser ce contrôle, et non plus comme des critères qu'il conviendrait d'examiner ensemble pour évaluer le degré de contrôle de l'entité. Si l'un de ces critères est rencontré, il n'y a toutefois pas pour autant obligation de consolidation.

2.2. Les règles françaises sont très proches des règles internationales

Les règles internationales en matière de consolidation des entités ad hoc sont précisées dans l'interprétation SIC 12 portant, pour ce type d'entité, sur les règles de l'IAS 27 relative aux états financiers consolidés et à la comptabilisation des investissements dans les filiales.

Le SIC ³ 12 oblige à consolider ces entités « quand, en substance, la relation entre l'entité ad hoc et l'entreprise indique que la première est contrôlée par la seconde ». Ce contrôle peut résulter notamment de l'existence de conventions de gestion, généralement rédigées par ou avec la collaboration du cédant ou du *sponsor* de l'entité, qui aboutissent à en prédéterminer l'activité et l'essentiel des règles de gestion sous la forme d'une sorte « d'auto-pilotage ».

Plus précisément, et en plus des cas de figure déjà prévus par l'IAS 27, le SIC 12 indique les situations suivantes qui peuvent laisser penser que l'entité ad hoc est contrôlée par une entreprise :

- en substance, les activités de l'entité sont gérées en fonction des besoins spécifiques de l'entreprise, qui de ce fait en retire des avantages ;
- en substance, l'entreprise détient le pouvoir de décision sur les activités de l'entité, lui permettant d'obtenir la majorité des avantages de ces activités, ceci pouvant se réaliser par le biais d'un système « d'auto-pilotage » conçu par l'entreprise ;

¹ Règlement du Comité de la réglementation comptable.

² Comité de la réglementation bancaire et financière.

³ *Standard Interpretation Committee*.

- en substance, l'entreprise a le droit d'obtenir la majorité des avantages de l'entité, ce qui laisse supposer qu'elle est exposée aux risques liés aux activités de l'entité ;
- en substance, l'entreprise est exposée à la majorité des risques résiduels ou de propriété de l'entité, dans le but d'obtenir des avantages.

L'interprétation elle-même ne précise pas clairement si une seule de ces situations est suffisante pour caractériser un contrôle en substance. Dans le *basis for conclusion* du SIC 12, il est même indiqué que le pouvoir de décision seul n'est pas un élément suffisant pour conclure à l'existence d'un contrôle. Il faut que ce pouvoir soit utilisé pour tirer bénéfice de l'activité de l'entité, ce qui semble exiger la réalisation simultanée de la première et de la deuxième situation. Néanmoins, la description même de ces différentes situations laisse supposer que la réalisation d'une d'entre elles présume logiquement de la réalisation des autres.

La définition des entités ad hoc et les situations décrites pouvant caractériser le contrôle en substance sont exactement similaires dans le SIC 12 et dans le CRC n° 99-02 relatif aux règles de consolidation des entreprises industrielles et commerciales. De même, la démarche consistant à considérer que la réalisation d'une seule des situations évoquées suffit à caractériser ce contrôle est identique.

Toutefois, dès lors que les conditions formelles ne sont pas réunies, le CRC n° 99-02 n'impose pas la consolidation des entités ad hoc, même lorsque le contrôle en substance est avéré.

2.3. Les règles américaines apparaissent, dans leur application, davantage fondées sur le respect de conditions formelles

Le FAS 140 impose la non-consolidation des entités ad hoc dédiées aux transferts d'actifs financiers lorsqu'elles sont considérées comme « qualifiées » (*qualifying special purpose entities*). Pour être considérée comme « qualifiée », une entité ad hoc doit répondre à toute une série de conditions, assurant son indépendance par rapport au cédant, limitant ses activités préalablement définies dans des statuts, spécifiant sélectivement le type d'actifs pouvant lui être transférés et limitant strictement les possibilités de modification des statuts ainsi que de cession des actifs qu'elle détient.

Parmi ces conditions, il convient de relever le fait que l'indépendance de l'entité par rapport au cédant est considérée comme assurée lorsque celui-ci en détient moins de 90 % des intérêts bénéficiaires. Mais cette règle a été encore assouplie dans les faits.

En effet, sur un sujet a priori complètement différent, relatif à des opérations de location conclues avec une entité ad hoc, l'avis interprétatif EITF ¹ 90-15 prévoit qu'une telle entité doit être consolidée lorsqu'elle a pour activité essentielle la location à un même preneur, auquel incombe la plus grande part des risques et bénéfices liés au bien loué et lorsque des tiers ont acquis moins de 3% des parts ordinaires émises par cette entité.

La SEC ² a considéré que ce texte devait s'appliquer aux autres transactions impliquant des entités ad hoc. Aussi, à partir de ce cas d'espèce, la pratique américaine a-t-elle été, a contrario, de considérer comme pouvant être non consolidée toute entité ad hoc, même « non qualifiée », dans laquelle des tiers auraient souscrit plus de 3 % des parts ordinaires, dès lors que le cédant n'en avait pas le contrôle. Toutefois, le FASB s'apprêterait à proposer de remonter ce seuil à 10 %.

Ainsi, les règles américaines de consolidation des entités ad hoc s'appuient sur la notion de contrôle, appréhendée de manière plutôt formelle. L'exposition aux risques ou la participation aux bénéfices doivent cependant faire l'objet d'un enregistrement au bilan du cédant pour leur juste valeur.

¹ *Emerging Issue Task Force.*

² SEC : *Securities and Exchange Commission*, autorité de régulation financière aux États-Unis.