



VINCENT THALMANN
NATHALIE BRAEM
LUCAS PITTET

TRAITEMENT FISCAL D'UNE OPÉRATION DE SALE & LEASEBACK

TRAITEMENT FISCAL D'UNE OPÉRATION DE SALE & LEASEBACK

Prise de position du Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral a jugé que le droit fiscal peut s'écarter du droit comptable lorsque ce dernier prévoit la neutralisation d'un gain résultant d'une opération de sale & leaseback. Il n'a ainsi pas tenu compte de l'analogie entre le droit fiscal et les normes comptables reconnues qui étaient pourtant de plus en plus utilisées comme outil d'interprétation du droit fiscal.

1. CONTEXTE

Dans l'arrêt 2C_712/2020 du 4 mars 2021, le Tribunal fédéral (ci-après: «TF») s'est pour la première fois prononcé sur le traitement fiscal d'une opération dite de «sale & leaseback» et sa prise de position pourrait avoir une portée importante pour les sociétés qui souhaiteraient utiliser ce mécanisme comme levier opérationnel pour générer des liquidités. En effet, les sociétés sont plus que jamais à la recherche de mesures leur permettant de relancer leurs activités et d'assurer une certaine pérennité financière, et ce d'autant plus dans le contexte actuel lié à la pandémie de COVID-19.

Bien que de nombreuses mesures existent, une solution envisageable pour les sociétés propriétaires d'immobilier d'exploitation est de procéder à une transaction de *sale & leaseback* qui consiste en

1. la vente de leur immeuble d'exploitation, et
2. la signature simultanée d'un contrat de location (bail à ferme) de ce même immeuble.

Très souvent, une promesse de rachat par le vendeur à l'issue de la période de location, voire une option de rachat pouvant être exercée à tout moment, est également signée entre les deux parties à la transaction. Ceci est convenu afin que le vendeur conserve un certain contrôle économique sur son bien immobilier ainsi cédé.

À la suite d'une telle opération, le vendeur continue d'utiliser l'immeuble en question pour ses activités opérationnelles moyennant le paiement d'un loyer. Une telle transaction apporte notamment l'avantage pour le vendeur de gé-

néral d'importantes liquidités disponibles immédiatement, permettant ainsi de répondre à ses besoins à court terme, de procéder à de nouveaux investissements ou de réduire son endettement.

En règle générale, ces opérations sont effectuées auprès d'institutions de prévoyance ou autres fonds de placement immobilier qui obtiennent en retour un rendement sécurisé, accompagné d'un faible niveau de risque. Partant, une opération de *sale & leaseback* semble être une solution attrayante pour les sociétés en difficulté financière.

Mais qu'en est-il de l'imposition de la plus-value immobilière ainsi réalisée? Pour les cantons dualistes qui soumettent ces plus-values à l'impôt sur le bénéfice, la question se pose dès lors de savoir si une provision visant à neutraliser ce gain pourrait être admise fiscalement l'année de la vente. Une telle provision serait ensuite dissoute linéairement sur la durée du contrat de location afin de tenir compte des engagements pris par la société cédante, à savoir de payer un loyer annuel et de racheter le bien immobilier à l'issue de l'opération. Dans l'arrêt susmentionné, le TF s'est prononcé sur l'admissibilité d'une telle provision dans le cadre d'une opération de *sale & leaseback* avec obligation de rachat et a réfuté le caractère commercialement justifié d'une telle provision.

Cette prise de position peut dans certains cas réduire l'attrait de ce type d'opération. Pour bien comprendre la portée de cet arrêt, il est important de présenter le traitement comptable en principe associé à ce type d'opération et le traitement fiscal y relatif dans le cas où la transaction est réalisée dans un canton dualiste.



VINCENT THALMANN,
EXPERT FISCAL DIPLÔMÉ,
PARTNER, HEAD OF
CORPORATE TAX WESTERN
SWITZERLAND, KPMG



NATHALIE BRAEM,
MASTER EN COMPTABILITÉ,
CONTRÔLE ET FINANCE,
SENIOR MANAGER,
CORPORATE TAX, KPMG



2. TRAITEMENT COMPTABLE

Le Code des obligations (ci-après: «CO») ne traite pas explicitement des opérations de *sale & leaseback*. Néanmoins, le Manuel suisse d'audit (ci-après: «MSA») considère que si une telle opération devait générer un gain pour le vendeur, il serait inapproprié que ce dernier ait une incidence sur le résultat statutaire. De plus, le MSA indique clairement que malgré la réalisation objective de la vente de l'immeuble d'un point de vue juridique, une transaction de *sale & leaseback* doit être considérée dans son ensemble, selon une approche économique [1]. En effet, d'un point de vue économique, ce type d'opération peut être assimilée à une opération financière par laquelle le prix de vente du bien immobilier constitue un emprunt et les loyers constituent les intérêts relatifs à cet emprunt.

Afin d'éviter que la transaction ait un effet sur le résultat statutaire de l'exercice concerné, le MSA requiert que la différence entre le prix de vente de l'immeuble et sa valeur comptable soit comptabilisée au passif au titre de provision pour produits différés. Une telle provision doit ensuite être dissoute par le compte de résultat de manière linéaire sur la durée du contrat de location.

Cette position du MSA s'inspire largement des normes comptables reconnues qui, au contraire du CO, abordent explicitement le traitement comptable des opérations de *sale & leaseback*.

En particulier, selon les normes *International Financial Reporting Standards* (ci-après: «IFRS») et plus spécifiquement la nouvelle norme IFRS 16 sur les contrats de location, le traitement comptable d'une opération de *sale & leaseback* est intimement lié à la qualification de l'opération comme vente [2]. À cet égard, le critère déterminant est de savoir si oui ou non le vendeur a transféré à l'acheteur le contrôle du bien immobilier. Bien que cette qualification soit jugée au cas par cas, il est généralement admis du point de vue des IFRS que la signature d'une option de rachat de l'immeuble exclut *de facto* la qualification de vente dans la mesure où le vendeur conserve le contrôle dudit bien. Dans un tel cas de figure, l'opération doit donc être appréhendée comme une opération financière sans effet sur le résultat, à savoir qu'un éventuel gain sur la vente immobilière doit être neutralisé par la constitution d'un passif.

Du point de vue de la norme SWISS GAAP RPC 13, si une opération de *sale & leaseback* est qualifiée de leasing financier, le vendeur est réputé rester le propriétaire économique de l'immeuble. L'immeuble doit ainsi rester à l'actif du vendeur et le gain résultant de la vente doit être inscrit au passif et dissous sur la durée du contrat de location. Selon ladite norme,

une transaction de *sale & leaseback* est qualifiée de leasing financier si l'un des critères suivants est rempli:

1. lors de la conclusion du contrat, la valeur escomptée des versements de leasing ainsi qu'un éventuel paiement de solde correspondent approximativement au prix d'acquisition ou à la valeur marchande de l'objet de leasing;
2. la durée du leasing attendue ne s'écarte pas de manière substantielle de sa durée économique;
3. la propriété de l'objet en leasing est transférée à l'échéance du contrat au preneur de leasing;
4. l'éventuel paiement d'un solde à la fin du contrat de leasing est substantiellement inférieur à la valeur de marché au début du contrat.

Sur la base de ce qui précède, dans la mesure où l'opération de *sale & leaseback* convenue entre les deux parties prévoit le rachat de l'immeuble par le vendeur, l'opération devrait être qualifiée de transaction financière et tout gain éventuel résultant de cette vente devrait être neutralisé comptablement par la constitution d'une provision. Une telle provision devrait ensuite être dissoute graduellement sur la durée du leasing. Dans un pareil cas de figure, ni les IFRS, ni les SWISS GAAP RPC ne permettraient en principe la reconnaissance immédiate d'un bénéfice dans le compte de résultat et ainsi *de facto* dans les fonds propres de la société vendeuse.

Dès lors que le CO reste muet lorsqu'on est confronté à une telle opération, la question de son traitement comptable se pose lors de l'établissement des comptes statutaires en conformité avec ce dernier. À cet égard, il semblerait que l'analyse du traitement comptable applicable, qui sera validé par l'organe de révision de la société, soit généralement faite au cas par cas afin de déterminer si le gain immobilier sera neutralisé par un passif correspondant ou au contraire reconnu immédiatement dans son entièreté. Nous souhaitons relever que l'approche qui sera adoptée peut avoir une importance capitale puisqu'une société, qui pourrait par exemple souhaiter vouloir sortir d'une situation de surendettement ou de perte en capital au sens de l'art. 725 CO, aurait tout intérêt à ce que la plus-value soit reconnue immédiatement dans ses fonds propres. Afin d'éviter toute mauvaise surprise, il est dès lors recommandé de valider en amont avec l'organe de révision le traitement comptable statutaire applicable à l'opération de *sale & leaseback* envisagée.

3. TRAITEMENT FISCAL

Dans la mesure où l'organe de révision requiert la neutralisation du gain par la constitution d'une provision, le fait de lisser la plus-value immobilière réalisée sur la durée du contrat de location comporte un certain nombre d'avantages, notamment fiscaux, car cela permet, en vertu du principe de détermination, de lisser de manière corrélative la charge d'impôts et donc la sortie de liquidités y relative. Notons que ce mécanisme est valable pour autant que l'immeuble d'exploitation se situe dans un canton dualiste, c'est-à-dire que la plus-value immobilière est soumise à l'impôt sur le bénéfice. La question de savoir si un tel mécanisme serait applicable dans un canton moniste, où le gain serait soumis à l'impôt spécial sur les gains immobiliers, n'est pas analysée dans le présent article.



LUCAS PITTET,
MASTER EN DROIT ET
ÉCONOMIE, ASSISTANT
MANAGER, CORPORATE TAX,
KPMG



Dans l'arrêt précité, le TF a été amené à juger une affaire dont l'objet du litige portait sur la justification commerciale d'une provision pour produits différés visant à neutraliser et lisser le gain résultant d'une opération de *sale & leaseback* effectuée dans le canton de Genève (canton dualiste).

Dans cette affaire, la recourante avait vendu son immeuble d'exploitation à une fondation de prévoyance et avait simultanément signé tant un contrat de location pour une durée de 20 ans qu'une promesse de rachat irrévocable. Conformément aux normes Swiss GAAP RPC appliquées par la recourante ainsi qu'aux recommandations du MSA, une provision pour produits différés avait été comptabilisée à la demande de l'organe de révision dans le but de neutraliser le gain et de le lisser sur la durée du contrat de location.

Les autorités fiscales genevoises ayant refusé la déductibilité fiscale de cette provision, l'affaire a été portée jusqu'au TF qui a donné raison aux instances inférieures au motif que les règles fiscales correctrices prévues à l'art. 58, al. 1, let. b, LIFD sont applicables au cas d'espèce. Dans son arrêt, le TF affirme que seules les provisions exigées par l'art. 960e, al. 2, CO, couvrant la perte d'avantages économiques futures en raison d'événements passés, sont reconnues d'office comme étant justifiées commercialement et doivent être admises fiscalement. Le TF ajoute que les provisions exigées par une norme comptable reconnue appliquée par une société en vertu de l'art. 962a CO ne lient pas les autorités fiscales, bien qu'il s'agisse de dispositions impératives. À ce titre, il précise que le respect de telles normes comptables est une condition préalable mais insuffisante pour qualifier une provision de justifiée commercialement. Au surplus, le TF a considéré dans son arrêt qu'une telle provision pour produits différés s'apparente à une réserve latente arbitraire non admissible en droit fiscal.

Sur la base de ce qui précède, le TF s'est donc limité à analyser la justification commerciale d'une provision en se référant uniquement aux dispositions comptables lacunaires du CO et en faisant abstraction de toute analyse économique et de la raison d'être des règles fiscales correctrices.

En effet, il sied de rappeler que la mise en place des règles fiscales correctrices résulte du fait que le droit comptable et le droit fiscal suisses poursuivent des objectifs différents. Alors que le droit comptable est orienté avant tout sur la protection des créanciers et est fortement marqué par le principe de prudence, le droit fiscal a quant à lui pour but de faire ressortir au mieux le résultat effectif et de donner une image aussi fidèle que possible de la situation économique du contribuable, en ligne avec le système *true and fair view* [3]. C'est dans ce contexte que les règles fiscales correctrices ont été prévues à l'art. 58, al. 1, let. b, LIFD, afin de compenser le fait que le résultat comptable peut s'éloigner de la réalité économique. De telles règles fiscales correctrices permettent notamment au droit fiscal de ne pas admettre la constitution de réserves latentes arbitraires pourtant tolérées par le CO.

Avec comme principe cardinal le concept de *true and fair view*, les normes IFRS et les normes SWISS GAAP RPC visent également à donner une image aussi fidèle que possible de la situation économique. Ces normes poursuivent donc le même objectif que le droit fiscal suisse. Tant les normes IFRS que les

SWISS GAAP RPC interdisent notamment explicitement la constitution de réserves latentes arbitraires.

Compte tenu de l'objectif commun visé par le droit fiscal suisse et les normes précitées, il a été reconnu que ces dernières peuvent servir d'outil d'interprétation dans l'application du droit fiscal lorsqu'il s'agit d'appliquer des normes fiscales correctrices [4]. Selon Glauser, l'application de systèmes comptables basés sur les normes internationales permettrait de réduire les dispositions fiscales qui autorisent le fisc à s'écarter de la comptabilité financière, voire de les rendre inutiles. À ce titre, nous relevons que le TF a confirmé, dans le cadre du traitement fiscal des écarts de conversions, l'importance du rôle des normes IFRS pour la détermination du bénéfice imposable et la nécessité de faire valoir une règle fiscale correctrice [5].

Dans le cas d'espèce, il aurait donc été attendu que le TF s'inspire également des normes *true and fair* pour déterminer si le traitement comptable de l'opération de *sale & leaseback* effectuée par la recourante nécessitait l'application de règles fiscales correctrices ou non. De manière surprenante, le TF n'a cette fois-ci pas pris en compte l'analogie entre le droit fiscal et les normes IFRS et SWISS GAAP RPC en prenant la position que la provision pour produits différés requise selon la norme RPC 13 s'apparentait à une réserve latente arbitraire et n'était ainsi pas justifiée commercialement. Il sied de constater que cette qualification de réserve latente arbitraire est pour le moins surprenante sachant que les normes *true and fair*, qui exigent la constitution d'une telle provision, interdisent explicitement la constitution de réserves latentes arbitraires.

Nous constatons donc que cette nouvelle jurisprudence minimise le rôle des normes internationales comme outil d'interprétation du droit fiscal qui était pourtant grandissant ces dernières années.

4. CONCLUSION

Cette prise de position du TF offre la possibilité aux administrations fiscales cantonales des cantons dualistes de s'écarter du traitement comptable d'une opération de *sale & leaseback* qui consisterait dans certains cas à lisser le gain réalisé sur la durée de location prévue par la constitution d'une provision. Ce gain pourrait donc être désormais pleinement imposable lors de la période fiscale durant laquelle la vente a eu lieu alors que comptablement, il ne serait pas forcément reconnu ni dans le compte de résultat, ni dans les fonds propres, car potentiellement neutralisé par une provision pour produits différés.

Ainsi, bien qu'une opération de *sale & leaseback* reste un levier opérationnel attrayant permettant de générer rapidement des liquidités, son traitement comptable et fiscal nécessite une analyse minutieuse en amont et la validation préalable tant de l'organe de révision que des autorités fiscales cantonales. ■

Notes: 1) Manuel suisse d'audit, tome «Tenue de la comptabilité et présentation des comptes», chapitre IV.2.15.4, p. 199. 2) Selon la norme IFRS 16, on analysera si l'opération peut être qualifiée de vente sur la base de la norme IFRS 15 relative à la reconnaissance du revenu des contrats conclus avec des clients 3) Cf. Glauser P.-M., Apports et impôt sur le bénéfice, in: Droit fiscal suisse et international, vol. 2, p. 97. 4) Cf. Glauser P.-M., IFRS et droit fiscal: Les normes *true and fair* et le principe de déterminance en droit fiscal suisse actuel, in: Archiv für schweizerisches Abgaberecht, p. 555 s. et les références citées. 5) Cf. ATF 136 II 88, consid. 4.3 à 4.5; 2C_776/2014, consid. 6.1, 6.2 et 13.