

PRIX OREF 2013

THEME DE DROIT FISCAL SUISSE

Le commerce professionnel de titres : analyse critique de la jurisprudence récente et de la nouvelle circulaire de l'AFC

Rédigé par Camille Piguet

Juin 2013

Tables des matières

Table des abréviations	IV
I. Introduction.....	1
II. Remarques préalables - La notion de commerce professionnel de titres en droit suisse.....	2
A. La notion fiscale du revenu en droit suisse	2
1. La théorie des sources.....	2
2. La théorie de l'accroissement du patrimoine	2
B. La distinction entre le gain en capital (fortune privée) et le revenu provenant d'une activité lucrative indépendante (fortune commerciale)	3
1. En général.....	3
2. La notion d'activité lucrative indépendante.....	3
3. Le gain en capital privé.....	4
4. Les conséquences de la distinction	5
III. Historique - Le commerce professionnel de titres dans la doctrine et la jurisprudence antérieures à 2012	5
A. La pratique développée sous l'AIFD, perpétuée dans la LIFD	5
1. En général.....	6
2. Le commerce professionnel, une création jurisprudentielle	6
3. Les critères proposés par la jurisprudence du Tribunal fédéral.....	7
2.1 Le caractère systématique et/ou planifié des opérations	7
2.2 La brièveté de la durée de possession et la fréquence élevée des opérations (achats/ventes)	8
2.3 Le rapport étroit entre l'opération effectuée et l'activité professionnelle (principale) du contribuable (utilisation de connaissances techniques spéciales, réalisation par le biais d'une société de personnes)	8
2.4 Le recours à des fonds étrangers comme source de financement des transactions.....	9
2.5 Le réinvestissement des bénéfices réalisés dans des biens similaires	9
2.6 Autres critères.....	9
4. La théorie du mandat	10
5. Les implications.....	11
6. Les pratiques cantonales divergentes.....	11
B. La réforme II de l'imposition des entreprises	12
1. Les invitations à légiférer	12
2. La tentative de légiférer	13
3. L'échec de la tentative.....	14
C. La Circulaire de l'AFC N° 8 du 21 juin 2005.....	14
1. But.....	14
2. Systématique.....	15
3. Le statut de la circulaire.....	15
4. L'examen préalable	15
5. L'examen des critères jurisprudentiels	17
6. Critique de la Circulaire.....	17

IV. Le commerce professionnel de titres selon la circulaire AFC N° 36 du 27 juillet 2012.....	17
1. Présentation	17
2. But.....	18
3. Systématique	18
4. La notion de titre	19
5. L'examen préalable	19
6.1 La durée de détention	20
6.2. Le volume total des transactions.....	21
6.3. La comparaison entre le gain réalisé et le revenu imposable.....	22
6.4 L'origine du financement.....	22
6.5 Les types d'investissements effectués	22
6. L'examen des critères jurisprudentiels	22
7. Critique	23
8. Tableau comparatif	24
VI. Les derniers développements jurisprudentiels	25
1. Relégation au second plan des critères du lien avec l'activité professionnelle du contribuable et de l'activité systématique et planifiée	25
2. Distinction entre le commerce de titres et le commerce de participation.....	26
3. La qualification d'activité lucrative indépendante de l'activité pratiquée à titre de "hobby"	26
6.1 En général.....	26
6.2 Les indices développés par la jurisprudence dans ce cadre.....	26
V. Enjeux - L'évolution souhaitable du commerce professionnel de titres pour l'avenir.....	28
VI. Conclusion	30
Bibliographie	31

Table des abréviations

ACF	Arrêté du Conseil fédéral
AFC	Administration fédérale des contributions
AIFD	Arrêté du Conseil fédéral concernant l'impôt fédéral direct (remplacé par la LIFD au 1 ^{er} janvier 1995)
al.	alinéa
Archives	Archives de droit fiscal suisse (Archiv für Schweizerisches Abgaberecht, ASA)
art.	article
ASA	Archives de droit fiscal suisse
ATA	Arrêt du Tribunal administratif
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
CE	Conseil des Etats
CF	Conseil fédéral
cf.	conferre
ch.	chiffre
chap.	chapitre
CHF	franc suisse
consid.	considérant
CO	Code des Obligations du 30 mars 1911 (RS 220)s
Cst.	Constitution fédérale du 29 mai 1874 (RS 101)
éd.	éditeur/édition
etc.	et cetera
FF	Feuille fédérale, Berne
IFD	Impôt fédéral direct
L'EC	L'expert-comptable suisse, Zurich
let.	lettre
LHID	Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 (RS 642.11)

LIFD	Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 (RS 642.11)
LIPP	Loi cantonale genevoise sur l'imposition des personnes physiques du 12 juin 2009 (RS/GE D 3 15)
n.	note
N°	numéro
p.	page
par.	paragraphe
pp.	pages
RC	Registre du Commerce
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal suisse, Lausanne
RF	Revue fiscale (Steuer Revue, StR)
RO	Recueil officiel des lois fédérales
RS	Recueil systématique des lois fédérales
s.	suivant(e)
ss.	suivant(e)s
StE	Der Steuerentscheid, Bâle
StR	Steuer-Revue, Muri/Berne
TF	Tribunal fédéral
TREX	L'expert fiduciaire (Der Treuhandexperte)
vol.	volume

I. Introduction

Ces derniers mois, le cours de la bourse a connu d'importantes hausses ce qui a pu attiser l'appétit de certains. L'idée de "boursicoter" afin d'améliorer son revenu et sans payer d'impôts, qui plus est, a de quoi séduire. Mais la méfiance est de mise car, au-dessus de la tête de nombreux investisseurs, plane le spectre du risque de la qualification de la simple gestion de leurs titres en "commerce professionnel" ou "quasi-commerce" de titres.

L'imprécision des lois quant à la distinction entre la notion de revenu de l'activité lucrative indépendante et de gain en capital privé, et les disparités de traitement fiscal engendrées précisément par cette distinction, provoquent conflits et distortions. Jusqu'à récemment, malgré une jurisprudence fournie et la parution d'une circulaire de l'administration fédérale des contributions, la frontière qui séparait les opérations privées des transactions professionnelles demeurait incertaine. Comment donc différencier l'activité d'administration d'un patrimoine, qui fait naître des gains en capital, d'une activité professionnelle ou lucrative qui engendre des revenus? C'est sous l'angle spécifique du commerce professionnel de titres, par un examen de la jurisprudence récente et de la nouvelle circulaire de l'AFC, que ce travail propose de se pencher sur cette question qui revêt une importance pratique considérable.

Nous examinerons dans un premier temps les notions à l'origine du problème, nous remonterons ensuite de quelques années pour suivre l'évolution de la notion de "commerce professionnel" à travers le temps, pour enfin nous intéresser aux derniers développements en date sur le sujet.

II. Remarques préalables - La notion de commerce professionnel de titres en droit suisse

A. La notion fiscale du revenu en droit suisse

La législation fiscale helvétique ne définit pas la notion de revenu¹. Tout au plus, les art. 16 al. 1 LIFD et 7 al. 1 LHID se limitent-ils à énoncer que "*l'impôt sur le revenu a pour objet tous les revenus du contribuable, qu'ils soient uniques ou périodiques*". La notion de revenu est protéiforme, la LIFD en dénombre d'ailleurs six catégories exemplatives². Dans le cadre de ce travail, seule l'une d'entre elles, le revenu de l'activité indépendante (par opposition au gain en capital privé), nous intéressera spécifiquement.

Le revenu est une notion économique qu'il est possible d'envisager de deux façons selon les deux théories élaborées par la doctrine allemande au début du 20^{ème} siècle³.

1. La théorie des sources

Selon la *théorie des sources* (conception restrictive), le revenu dépend de l'existence d'une source déterminée à caractère permanent (travail, fortune). *A contrario*, un gain ponctuel (vente avec profit d'une collection d'art, succession) ou fortuit (gain de loterie), ne peut être considéré comme un revenu et, par conséquent, ne peut être sujet à imposition. Cette approche n'est aujourd'hui plus d'actualité car elle a été considérée comme trop limitative (elle ne comprend pas les plus-values).

2. La théorie de l'accroissement du patrimoine

D'après la *théorie de l'accroissement du patrimoine* (conception extensive), privilégiée par la doctrine majoritaire⁴ et la jurisprudence du Tribunal fédéral⁵, le revenu (réalisé) correspond à l'accroissement net du patrimoine d'une personne au

¹ NOËL Y., *Commentaire ad art. 16 LIFD*, p. 196. La législation fiscale suisse se contente d'énumérer de façon exemplative des revenus imposables (art. 16 ss. LIFD) et d'en exonérer d'autres de façon exhaustive (art. 24 ss. LIFD).

² Revenu de l'activité lucrative dépendante ou indépendante, rendement de la fortune mobilière ou immobilière, revenu provenant de la prévoyance, autres revenus.

³ Voir notamment FUISTING B., *Die Preussischen direkten Steuern*, vol. IV, Grundzüge der Steuerlehre, Berlin, 1902, p. 110 et p. 147 ss. Pour un approfondissement, voir : BRACK J., *La notion du revenu global en théorie et en droit fiscal suisse*, thèse, Lausanne, 1941.

⁴ LOCHER P., *Kommentar DBG*, n. 8 ad art. 16 ; REICH, *Kommentar DBG* n. 7 ad art. 16 ; OBERSON X., 2012, § 7, n. 10ss.

⁵ ATF 117 Ib 1 = RDAF 1993 p. 30 ; 2C_120/2008, consid. 2.2.

cours d'une période donnée. Elle est notamment appliquée pour le revenu d'une activité lucrative indépendante.

Le droit fiscal suisse impose donc aux personnes physiques de faire la distinction d'eux-mêmes entre le gain en capital privé et la notion, sujette à discussion, de revenu de l'activité lucrative indépendante. Les administrations fiscales et les tribunaux ne se sont pas privés d'user, au fil des années, de la marge d'interprétation laissée par cette deuxième théorie pour étendre toujours davantage cette notion. De ce choix découle toute la problématique de la délimitation entre le gain en capital privé et le revenu de l'activité indépendante et donc indirectement celle de la définition du commerce professionnel.

B. La distinction entre le gain en capital (fortune privée) et le revenu provenant d'une activité lucrative indépendante (fortune commerciale)

1. En général

Les contribuables qui exercent une activité indépendante ont nécessairement deux patrimoines distincts : un patrimoine privé (ou fortune privée) qui comprend les biens dont l'affectation est personnelle⁶ et un patrimoine professionnel (ou fortune commerciale) qui comprend tous les actifs qui servent exclusivement, ou de manière prépondérante, à l'exercice de l'activité lucrative indépendante⁷. Partant, leurs biens sont en principe classifiables de façon évidente dans l'une ou l'autre de ces catégories. Malgré tout, il arrive que certains éléments du patrimoine à usage mixte, tels que les immeubles et les titres, se voient affectés tour à tour à l'une ou l'autre de ces catégories en fonction des circonstances du cas d'espèce et selon leur rôle prépondérant⁸.

2. La notion d'activité lucrative indépendante

Le droit fiscal suisse consacre une notion d'activité indépendante très large⁹ puisqu'elle comprend tous les revenus "*provenant de l'exploitation d'une entreprise commerciale, industrielle, artisanale, agricole ou sylvicole, de l'exercice d'une*

⁶ Immeuble qui sert uniquement à l'habitation, bijoux, mobilier, etc.

⁷ Locaux professionnels, installations commerciales, mobilier d'exploitation, etc.

⁸ Art. 18 al. 2 *in fine* LIFD. Le principe de la prépondérance veut que les éléments de la fortune du contribuable soient attribués dans leur totalité soit à son patrimoine privé, soit à son patrimoine commercial.

⁹ ATF 2A_105/2007 du 3 septembre 2007, consid. 3.2, NOEL Y., in : Commentaire Romand n. 14 ad art. 18

profession libérale ou de toute autre activité lucrative indépendante" (art. 18 LIFD). Ainsi, sont notamment considérés comme des activités indépendantes : les professions libérales (avocats, médecins, artistes, etc.), les associés participant à des sociétés de personnes et les activités qualifiées de "professionnelles" ou "quasi-professionnelles" selon des critères spécifiques (commerce professionnel de titres, commerce professionnel d'immeubles)¹⁰. Il n'est alors pas nécessaire que le contribuable apparaisse sur le marché de manière visible¹¹ ou qu'il développe son activité dans le cadre d'une entreprise organisée¹².

La jurisprudence¹³ et la doctrine¹⁴ définissent généralement l'activité indépendante comme étant *"toute activité durable, systématique et reconnaissable à l'extérieur, du contribuable par laquelle il participe à la vie économique, en engageant du travail et/ou du capital, pour son compte et à ses propres risques, selon une organisation librement choisie et dans le but de réaliser un profit"*. L'activité indépendante peut, selon la jurisprudence¹⁵, être effectuée soit à titre principal, soit à titre accessoire¹⁶, et parfois même de façon ponctuelle¹⁷. C'est ce qui explique que certaines activités, relevant du "hobby" ou de la simple administration de la fortune privée puissent être assimilées dans leur traitement fiscal à un commerce professionnel au regard de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce¹⁸.

3. Le gain en capital privé

A contrario, le gain en capital fait dans tous les cas partie du patrimoine privé du contribuable. Il se réalise lorsque le produit de la vente d'un bien excède l'investissement initial pour ce même bien. Seuls représentent donc des gains privés

¹⁰ La loi cantonale genevoise d'imposition des personnes physiques les prévoit d'ailleurs expressément : *"Sont imposables tous les revenus provenant de l'exploitation d'une entreprise commerciale, industrielle, artisanale, agricole ou sylvicole, et de l'exercice d'une profession libérale ou de toute autre activité lucrative indépendante. Sont également considérées comme une activité lucrative indépendante les opérations portant sur des éléments de la fortune, notamment sur des titres et des immeubles, dans la mesure où elles dépassent la simple administration de la fortune."* (19 al. 1 LIPP).

¹¹ ATF 122 II p. 446, consid. 3b et 5a (Archives 66, 224/227/230) ; ATF 125 II 113 = RDAF 1999 II p. 385

¹² RDAF 2003 II p. 611

¹³ ATF 121 I p. 259, consid. 3c = Archives 65, p. 421/424

¹⁴ BLUMENSTEIN E./LOCHER P., *System des Steuerrechts*, 5^{ème} éd. 1995, p. 158 ; OBERSON X., 2012, § 7 n. 40ss.

¹⁵ 2A_66/2002, consid. 2.3, du 17 septembre 2002

¹⁶ ATF 125 II 113, consid. 5b p. 122

¹⁷ Cf. RDAF 2003 II p. 209

¹⁸ ATF 112 Ib p. 79, consid. 2a = RDAF 1990, p. 21ss.

en capital, ceux obtenus par un particulier de façon fortuite ou dans le cadre de la simple administration de sa fortune privée¹⁹.

4. *Les conséquences de la distinction*

L'enjeu de la distinction est crucial puisque les bénéfices provenant de l'aliénation d'éléments de la fortune privée sont en principe exonérés (les pertes ne sont alors pas déductibles)²⁰ alors que les rendements tenant de la fortune mobilière sont imposables²¹ (tant au niveau fédéral qu'au niveau cantonal) et sujets aux cotisations sociales. Ils permettent en revanche la déduction des pertes.

En pratique, l'appartenance d'un bien à la fortune privée ou commerciale du contribuable n'est souvent pas clairement définie. Dans ce cadre, la jurisprudence a développé des indices permettant de démontrer, ou de réfuter, l'existence d'une activité indépendante (voir *infra*).

III. Historique - Le commerce professionnel de titres dans la doctrine et la jurisprudence antérieures à 2005

Depuis toujours, la Suisse connaît le principe de l'exonération fiscale des gains en capital privés²². D'aucuns ont eu tendance à en déduire que les gains en question, réalisés par des particuliers, n'étaient jamais sujets à imposition et ont crû pouvoir en profiter pour générer de juteux profits. A tort. Depuis quelques années, le principe de l'exonération a été plutôt mis à mal du fait de l'interprétation toujours plus restrictive qui en est faite, tant par la jurisprudence²³ que par l'AFC. Une définition légale de l'activité lucrative indépendante n'existant pas, le droit fiscal suisse a laissé une marge de manoeuvre importante aux autorités fiscales et aux tribunaux qui en ont profité pour englober dans cette notion des gains en capital obtenus dans des opérations de gestion qui s'apparentaient à des activités professionnelles.

A. La pratique développée sous l'AIFD, perpétuée dans la LIFD

¹⁹ ATF 122 II p. 446, consid. 3 = RDAF 1997, p. 383

²⁰ Art. 16 al. 3 LIFD, art. 7 al. 4 let. b LHID

²¹ Art. 18 LIFD, art. 8 al. 1 LHID

²² Ancré dans la loi aux art. 16 al. 3 LIFD et 7 al. 4 LHID

²³ Notamment concernant la transposition (vente à "soi-même"), la liquidation partielle indirecte, la liquidation de fait et le commerce professionnel (d'immeubles, de titres ou d'art).

1. *En général*

Une étude sommaire de l'histoire de la notion de "commerce professionnel de titres" nous paraît indispensable à la compréhension du cadre dans lequel s'inscrit le régime actuel.

Historiquement destinée à s'appliquer en matière de réalisations d'immeubles²⁴, la pratique du TF s'est étendue dès les années quatre-vingt aux métaux²⁵, aux devises²⁶ et aux papiers-valeurs²⁷, puis, plus récemment, à d'autres biens à usage mixte tels que les objets d'art²⁸. Le contribuable peut, du fait de cette création de la jurisprudence, voir le gain en capital qu'il réalise sur la vente d'un immeuble, d'une action ou d'une collection, être requalifié en rendement de fortune imposable.

Dans la suite de ce travail, nous aborderons les indices développés par la jurisprudence essentiellement sous l'angle du commerce de titres bien qu'il convient de garder à l'esprit que les mêmes critères s'appliquent aussi de façon générale aux catégories de biens précitées (immeubles, objets d'art, etc.).

2. *Le commerce professionnel, une création jurisprudentielle*

Au début des années quatre-vingt-dix, la jurisprudence a élargi la notion d'activité lucrative indépendante considérant qu'elle ne comprenait plus seulement les gains provenant de l'exercice d'une activité principale ou accessoire et d'un contribuable obligé de tenir des livres²⁹ mais également tout profit acquis dans une activité "qu'il y a lieu, dans son ensemble, de considérer comme axée sur l'obtention d'un gain"³⁰. Le message du Conseil fédéral relatif à la LIFD³¹ atteste de la volonté du législateur de suivre la même tendance, volonté traduite à l'art. 18 al. 1 de la loi, qui déclare imposables, non seulement les revenus provenant d'une exploitation ou de professions libérales, mais dorénavant, également ceux issus "de toute autre activité lucrative indépendante". En d'autres termes, le contribuable obtient un bénéfice imposable provenant d'une activité lucrative indépendante lorsqu'il procède à l'achat et à la vente

²⁴ RDAF 1982 p. 30 (Archives 43, 547)

²⁵ ATF non publié du 19 décembre 1984 concernant le commerce de l'or

²⁶ RDAF 1989 p. 421 (Archives 56, 366)

²⁷ StE 1989 B 23.1 n° 18 (Archives 58, 666) ; RDAF 1994 p. 189

²⁸ ATF 2A_66/2002 du 17 septembre 2002 ; RF 64/2009, p. 892 ; OBERSON X./MARAIA J.-F., *Artistes, art et fiscalité*

²⁹ Exigence abandonnée sous la LIFD.

³⁰ RDAF 1993 p. 4 = Archives 59, 709

³¹ FF 1983 III p. 170 du 22 mai 1983

d'éléments de fortune dans une mesure qui excède la simple administration de sa fortune privée³² (16 al. 3 LIFD *a contrario*).

La pratique élaborée sous l'égide de l'art. 21 AIFD³³ (et reprise ensuite par la plupart des administrations cantonales³⁴) a développé des indices qui permettent de délimiter la simple administration de patrimoine de l'activité axée sur l'obtention d'un gain. La jurisprudence, très dense³⁵, qui en a découlé reste tout à fait d'actualité puisque le TF a confirmé dans un arrêt de principe³⁶ qu'elle gardait son entière validité pour la LIFD.

3. *Les critères proposés par la jurisprudence du Tribunal fédéral*

Selon la jurisprudence constante du TF, pour déterminer de quel type doit être qualifiée l'activité de l'investisseur, il convient d'apprécier dans chaque cas l'ensemble des circonstances³⁷. Chaque indice peut être considéré seul, ou cumulé avec d'autres³⁸. La pratique considère les critères suivants³⁹:

2.1 Le caractère systématique et/ou planifié des opérations

Le TF fait la distinction entre une gestion de titres dynamique, marge de manoeuvre dont bénéficie le contribuable dans l'administration de son patrimoine, et une gestion systématique et méthodique dirigée vers l'obtention d'un gain⁴⁰. Ce critère est l'un des plus décisif et néanmoins l'un des plus subectif car le caractère systématique s'apprécie entre autre en fonction du nombre d'opérations effectuées (achats/ventes) sans qu'aucun seuil n'ait jamais été déterminé. Ce critère doit, à notre sens, être examiné conjointement avec le critère n° 2.2. La recherche active de profit selon une stratégie réfléchie et organisée, notamment en utilisant les fluctuations du marché de

³² ATF du 8 octobre 1996 = Archives 66, 224 ; ATF 125 II p. 113 = RDAF 1999 II p. 385 ; ATF du 12 novembre 2001 = Archives 71, 627 ;

³³ ACF concernant la perception d'un impôt fédéral direct de 1940. Texte en vigueur du 1^{er} janvier 1945 au 1^{er} janvier 1995, date à laquelle il fut remplacé par la LIFD.

³⁴ Exemple de décision du Tribunal administratif genevois : ATA/594/2010 = RDAF 2011, p. 100

³⁵ Une soixantaine d'arrêts publiés rien qu'entre 1949 et 1989. YERSIN D., Les gains en capital in: Archives 59,137, n. 2.

³⁶ ATF 122 II p. 453 = RDAF 1997 II p. 383, consid. 5b ; Cf. aussi RDAF 2003 II p. 611

³⁷ ATF 122 II p. 446, consid. 3b ; ATF 2C_893/2008 du 10 août 2009, consid. 2.2 = RF 64/2009, p. 892 ; RDAF 2003 II p. 611

³⁸ ATF 125 II p. 113, consid. 3c

³⁹ Pour ne citer que quelques arrêts qui traitent des critères : RDAF 1982 p. 30, consid. 4 (Archives 49, 558) ; RDAF 1994, p. 189, consid. 3a ; RDAF 2001 II p. 233, consid. 2a (Archives 69,788) ; RDAF 2003 II p. 599, consid. 2.4 ; RDAF 2004 II p. 338, consid. 2.3

⁴⁰ RDAF 2001 II p. 233, consid. 2c

manière systématique dans le but de réaliser un revenu⁴¹, présume fortement de la réalisation de cette condition.

2.2 La brièveté de la durée de possession et la fréquence élevée des opérations (achats/ventes)

Ce sont deux éléments importants qui plaident en faveur de l'activité indépendante car ils dénotent souvent la volonté du contribuable de revendre un titre au plus vite après l'avoir acquis pour en tirer un profit, ce qui est symptomatique d'une activité professionnelle. Le TF considère que la gestion de fortune privée implique que le contribuable tende à réaliser "des investissements pour le moins à moyen terme et non pas à obtenir un gain spéculatif par la réalisation rapide de valeurs acquises sans apport de fonds propres"⁴². La répartition des achats et des ventes dans le temps importe peu. En principe, le nombre d'opérations effectuées est un critère très important qui peut entraîner à lui seul la qualification de négociant professionnel. Mais, comme nous le verrons dans le cadre de la vente d'un stock de vin⁴³, le Tribunal fédéral se réserve la possibilité de considérer comme une activité lucrative indépendante "les opérations qui sont purement occasionnelles"⁴⁴.

2.3 Le rapport étroit entre l'opération effectuée et l'activité professionnelle (principale) du contribuable (utilisation de connaissances techniques spéciales, réalisation par le biais d'une société de personnes)

Il sera très difficile pour tout intervenant sur le marché des titres, dont c'est la profession, d'échapper à l'imposition des gains en capital réalisés sur sa fortune personnelle. Le sort du professionnel de titres "boursicotant" pour son propre compte paraît bien vite scellé eu égard à la quasi-inexistence de jurisprudence sur la question. Du fait de la connaissance du marché du contribuable, l'administration fiscale admettra presque d'emblée l'activité lucrative sans même considérer les autres indices. Dans deux arrêts, respectivement 2004⁴⁵ et 2005⁴⁶, le tribunal vaudois a retenu un caractère professionnel aux gains réalisés par deux employés de banque (cambistes) sur des opérations boursières parallèlement à leur activité professionnelle principale, estimant qu'ils avaient agi de façon professionnelle dans la gestion de leurs portefeuilles de titres privé.

⁴¹ ATF 104 Ib p. 164, consid. 1b

⁴² RDAF 1994, p. 123, consid. 4

⁴³ RDAF 2003 II p. 209

⁴⁴ RF 1991 p. 628, consid. 3

⁴⁵ ATF 2A_373/2003 du 1^{er} avril 2004

⁴⁶ ATF 2P_34/2004 du 17 février 2005

2.4 Le recours à des fonds étrangers comme source de financement des transactions

Le financement étranger peut être intégral ou partiel. Ce critère est particulièrement décisif dans le cadre du commerce de titres puisqu'il est peu fréquent en pratique d'y avoir recours pour l'acquisition de papiers-valeurs⁴⁷. Le TF considère que le fait qu'un achat d'action soit effectué exclusivement avec des fonds étrangers fait admettre l'activité lucrative, indépendamment de toute autre considération, pour la seule raison du risque financier que cela engendre⁴⁸.

2.5 Le réinvestissement des bénéfices réalisés dans des biens similaires

Le fait de réinjecter l'utilisation du produit de la vente de papiers-valeurs dans le même type de biens constitue un indice clair de recherche de profits car il marque la volonté du contribuable de poursuivre une activité.

2.6 Autres critères

Le Tribunal fédéral a également retenu comme éléments supplémentaires enclins à affirmer ou infirmer le commerce professionnel de titres : une prise de risque élevée dans l'activité, la réalisation d'un gros chiffre d'affaires annuel avec une mise de fonds importante ou une stratégie de maximisation des profits définie et durable⁴⁹. Ne jouent par contre aucun rôle, la tenue d'une comptabilité ou le fait d'apparaître de façon visible sur le marché.

La jurisprudence reconnaît qu'un critère peut exceptionnellement emporter, à lui seul, la qualification d'activité lucrative indépendante au sens de l'art. 18 LIFD s'il est d'importance prépondérante⁵⁰ (comme le caractère systématique et planifié des transactions ou le recours à des fonds étrangers). Au contraire, si certains éléments typiques (par exemple, le nombre élevé de transactions) font défaut, cela peut être compensé par d'autres circonstances qui revêtent une intensité particulière (par exemple, l'importance des plus-values réalisées par les opérations)⁵¹. Dans un arrêt de 2004⁵², le Tribunal fédéral a estimé que le contribuable qui effectuait 343 opérations sur options dépassait la simple administration de patrimoine en raison de leur nombre, du caractère systématique de l'activité et de l'importance du gain en jeu (CHF 564'010.-), et ce, malgré l'absence de critères prépondérants comme le recours à des fonds étrangers ou des connaissances préalables dans le domaine. La jurisprudence a

⁴⁷ Contrairement au commerce d'immeubles, par exemple.

⁴⁸ RDAF 2001 II p. 246 (Archives 69, 652)

⁴⁹ RDAF 2002 II p. 480, consid. 3a

⁵⁰ ATF 125 II p. 113, consid. 3c et 6a = RDAF 1999 II p. 385, consid. 3c

⁵¹ RDAF 2003 II p. 611

⁵² RDAF 2004 II p. 338, consid. 3.1

également refusé de faire des achats et ventes d'options un indice en soi, bien que *de facto* cette activité nécessite certaines connaissances particulières et de se tenir constamment informé de l'état du marché, mais a considéré qu'en l'espèce cette information mise en lien avec les autres circonstances du cas (durée de détention inférieure à 45 jours, réinvestissement du gains dans des biens de même nature) démontrait tout de même une activité axée sur la réalisation d'un profit⁵³.

Ce qui est décisif c'est que l'activité dans son aspect global paraisse vouloir exploiter les mécanismes du marché pour réaliser un profit⁵⁴. Comme le commerçant d'immeubles peut vouloir acquérir des biens immobiliers pour son usage personnel, le contribuable peut désirer placer ses fonds propres dans les papiers-valeurs. La volonté relève du for intérieur du contribuable et doit par conséquent se déduire de manifestations extérieures car elle ne peut être constatée en elle-même. C'est pourquoi, en raison de sa subjectivité, ce "critère" n'en est pas un en soi. Il doit à notre sens ne pas être utilisé comme tel mais plutôt, à titre secondaire, dans l'esprit d'appuyer des indices plus objectifs quand il s'agit d'établir un commerce professionnel.

4. *La théorie du mandat*

Avant d'imposer le gain, la question préalable se pose de savoir s'il faut différencier les situations selon que le contribuable intervient par ses propres moyens sur le marché pour effectuer des transactions ou qu'il délègue cette faculté à un tiers⁵⁵. Le Tribunal fédéral juge cette distinction non avenue notamment car il considère que le concours de gestionnaires, banquiers ou fiduciaires⁵⁶ est chose courante dans le commerce de titres. Ces personnes doivent être traitées comme des auxiliaires⁵⁷ du contribuable et, à ce titre, celui-ci doit se laisser opposer leurs agissements puisque, dans tous les cas, seule la capacité économique de l'investisseur est touchée⁵⁸. Non seulement les actes des intermédiaires sont imputés au contribuable, mais en plus le fait même d'y avoir recours plaide en faveur de l'activité lucrative. Dans un arrêt de principe⁵⁹, notre Haute Cour a affirmé que l'attribution des pleins pouvoirs de gestion à un tiers, sans instructions préalables, de surcroît dans un climat risqué, ne peut en aucun cas représenter une simple gestion de patrimoine de sa part. Cette théorie nous

⁵³ RDAF 2003 II p. 611, consid. 4

⁵⁴ ATF 112 Ib p. 79, consid. 2a ; ATF 122 II p. 446, consid. 3 = RDAF 1997 p. 383ss.

⁵⁵ Théorie du mandat : le tiers est le mandataire et l'investisseur est le mandant.

⁵⁶ ATF 110 Ia, p. 1, consid. 5 (Archives 52, 518)

⁵⁷ Au sens de Code des Obligations, cf. art. 55 al. 1 et 101 CO.

⁵⁸ Le mandataire supporte tant les profits que les risques.

⁵⁹ RDAF 1994, p. 189, consid. 3c (Archives 63, 43)

paraît discutable du seul fait qu'un contribuable ne possédant aucune connaissance du marché qui confierait la gestion de son patrimoine à un tiers se verrait automatiquement octroyé le qualificatif de "professionnel" (critère n° 3), puisque les actes du mandant lui seraient directement attribuables, chose qui n'aurait pas été possible si le contribuable avait agi personnellement. Cette théorie a été suivie par l'ensemble des cantons suisses, à l'exception notable du canton de Zürich, lequel considérait qu'une personne devait avoir été personnellement active sur le marché pour être considérée comme une professionnelle de titres. Ainsi, un gain de CHF 930'000.- obtenu par un contribuable dans le cadre du commerce de plusieurs produits dérivés, dont la gestion avait été confiée à un tiers, ne constituait pas une activité indépendante puisque le contribuable lui-même n'apparaissait pas de façon visible sur le marché⁶⁰.

5. *Les implications*

Au final, cette jurisprudence très restrictive n'exonère d'impôt que les gains en capital obtenus dans le cadre de la simple administration du patrimoine privé ou de façon fortuite⁶¹. On observe que la pratique du TF est davantage fondée sur des critères subjectifs que sur des indices objectifs⁶². Le fait que les tribunaux déterminent le poids de chaque indice en fonction des circonstances et qu'il soit suffisant qu'un seul des critères soit rempli pour admettre le commerce professionnel ne contribue pas à renforcer l'égalité de traitement entre les contribuables.

6. *Les pratiques cantonales divergentes*

La doctrine se montra très critique envers cette pratique qu'elle considéra comme source d'insécurité juridique notamment eu égard à la notion relativement indéterminée d'activité lucrative indépendante (18 al.1 LIFD). Les cantons quant à eux adoptèrent des pratiques très variées : certains décidèrent de s'en tenir assez fidèlement à la pratique fédérale, ce fut notamment le cas des cantons romands, d'autres en revanche poursuivirent leur propre approche. Les fiscaux bernois et zouglois notamment, tentèrent de s'écarter de la pratique du TF par l'adoption d'une procédure plus schématique qui renonçait à l'appréciation d'ensemble des circonstances en présence de certains critères. Berne élaborait une pratique très favorable au contribuable puisqu'il suffisait que l'investisseur remplisse l'un des critères suivants pour qu'il ne soit pas considéré comme un négociant professionnel (traduction libre) :

⁶⁰ SB.2007.00127

⁶¹ ATF 2C_893/2008, consid. 2.2 = RF 64/2009, p. 892

⁶² Message du CF sur la "Loi sur la réforme de l'imposition des entreprises II" du 22 juin 2005 (FF 2005 4809)

- la valeur moyenne du portefeuille de titres est inférieure à CHF 200'000.-,
- le nombre des transactions (achats/ventes) annuelles est inférieur à 100, mais si le contribuable n'a pas eu recours à des fonds étrangers ou détient des d'options, dans ce cas le nombre de transactions tolérées est relevé à 200 par an,
- le chiffre d'affaires (somme des achats et des ventes) est inférieur au triple de la valeur du portefeuille de titres. Toutefois, si le contribuable n'a pas eu recours à des fonds étrangers ou si les titres concernés sont des options, le chiffre d'affaires peut représenter jusqu'au quintuple de la valeur moyenne du portefeuille,
- la période de détention de la plupart des catégories de titres est supérieure à 6 mois.

Même dans le cas où aucun des critères ci-mentionnés ne serait rempli, il faudrait, selon la pratique bernoise, encore procéder à un examen basé sur les critères jurisprudentiels de la situation d'ensemble avant de pouvoir considérer le contribuable comme un commerçant professionnel.

Notre Haute Cour a rappelé les cantons à l'ordre dans un important arrêt de 1999⁶³, dans lequel elle a appelé au respect de sa jurisprudence de longue date⁶⁴, qu'elle considère comme conforme à la volonté du législateur et propre à régler suffisamment la notion de quasi-commerce de titres, écartant ainsi l'idée de la modifier.

B. La réforme II de l'imposition des entreprises

1. Les invitations à légiférer

Une première tentative de légiférer sur le sujet du commerce professionnel de titres avait échoué avec le programme de stabilisation 1998⁶⁵ en raison de la complexité de la matière. Le climat d'insécurité juridique persistant entourant le commerce de titres, que la jurisprudence du TF n'a pas suffi à dissiper, ainsi que les divergences entre cette dernière et les pratiques cantonales, ont induit les interventions successives de

⁶³ RDAF 1999 II p. 385, consid. 5e. Confirmé en 2003 par RDAF 2003 II p. 611, consid. 3.4. Sur le même sujet, voir aussi: BO 1999 CE p. 46, 48, 138 et 139ss. ; BO 1999 CN p. 231ss., 335

⁶⁴ Le TF admet que la jurisprudence découlant de l'AIFD est transposée à la LIFD.

⁶⁵ Cf. Message du Conseil fédéral du 28 septembre 1998 concernant le programme de stabilisation 1998 (FF 1999 3).

deux conseillers aux Etats au début des années 2000⁶⁶. Elles invitaient, toutes deux, le Conseil fédéral à réagir en adoptant dans la loi des critères clairs permettant d'affirmer ou d'infirmer avec certitude le commerce professionnel de titres. Le gouvernement donna suite à l'intervention de M. Reimann reconnaissant "un flou juridique" quant à la délimitation entre le simple particulier qui gère son portefeuille privé et le négociant en titres professionnel.

2. *La tentative de légiférer*

Le Conseil fédéral proposa alors de traiter une nouvelle fois le sujet dans la loi mais cette fois dans le cadre de la deuxième réforme de l'imposition des entreprises⁶⁷. Par cette mouture, le gouvernement visait globalement à améliorer l'attractivité de la place économique suisse par une série de mesures (des allègements fiscaux notamment) destinées aux entreprises. Il désirait aussi, en réglant une nouvelle fois le problème particulier du commerce professionnel de titres par la voie législative, améliorer la sécurité juridique et réduire le risque de voir apparaître des réglementations cantonales hétéroclites et contradictoires. En janvier 2005, le Conseil fédéral chargea le département fédéral des finances (DFF) d'élaborer un message sur cette base avant la fin du mois de juin de la même année. Comme, entre temps, l'AFC avait publié sa circulaire N° 8, le message de la réforme II des entreprises⁶⁸ indiqua que les incertitudes juridiques subsistant malgré l'application de la Circulaire de 2005 devaient être traitées dans ce cadre.

La réforme visait à ce que la pratique du moment, fondée davantage sur des critères subjectifs que sur des critères objectifs soit remplacée par deux critères alternatifs quantifiables⁶⁹. Il était prévu que les profits provenant de l'aliénation de titres ne puissent être considérés comme activité indépendante que si de façon alternative⁷⁰ :

- les titres avaient été acquis par des fonds étrangers à hauteur de 20% au moins et que le contribuable les a détenus moins de 5 ans, ou

⁶⁶ Recommandations de M. Hans Hess, *Exercice à titre professionnel du commerce de titres et d'immeubles*, du 5 octobre 2000 (BO 2000 CE p. 892) et de M. Maximilian Reimann, *"Commerce de titres par des particuliers"*, du 3 octobre 2001 (BO 2001 CE p. 797)

⁶⁷ Cf. le communiqué de presse du service de presse et d'information du département fédéral des finances du 21 novembre 2001.

⁶⁸ Message du Conseil fédéral du 22 juin 2005 concernant la loi fédérale sur l'amélioration des conditions fiscales applicables aux activités entrepreneuriales et aux investissements (Loi sur la réforme de l'imposition des entreprises II) (FF 2005 4469). Cf. notamment FF 2005 p. 4544 ss.

⁶⁹ FF 2005 4545

⁷⁰ Cf. art. 18 al. 2^{bis} let. a et b du projet (FF 2005 4612).

- le produit des ventes annuel est de CHF 500'000.- au moins et que la rotation des titres représente au moins le double de la valeur du portefeuille de titres existant au début de l'année fiscale.

3. *L'échec de la tentative*

Ces indices, qui font la part belle au type de financement et à l'importance des transactions au détriment de l'appréciation globale de la situation juridique, ont été jugé trop restrictifs. De plus à la fois cumulatifs et alternatifs, ils paraissent difficilement compréhensibles⁷¹. Par contre, les valeurs fixes présentent l'avantage de la clarté pour le contribuable. Des divergences entre les deux chambres ont abouti à un blocage au parlement qui ne réussit, une fois de plus⁷², pas à trouver un consensus sur la question. Le Parlement se mit d'accord au mois de mars 2007 de ne finalement pas traiter de cette problématique dans le cadre de la réforme II mais de l'ajourner *sine die* dans un projet séparé (projet 3)⁷³.

Finalement, les chambres ont définitivement enterré l'idée de régler le commerce professionnel de titres dans la loi pendant la session de printemps 2013. La commission concernée⁷⁴ trancha qu'une modification législative n'était pas nécessaire dans l'immédiat puisque la circulaire N° 36 de l'AFC, édictée dans l'intervalle, apportait davantage d'équité et de clarté et de ce fait garantissait "au mieux la sécurité juridique". Elle estima également qu'il n'était pas envisageable d'introduire des critères plus précis que ceux de la Circulaire de 2012 "sans risquer d'ouvrir la voie à de nombreux moyens de les contourner". Pour ces raisons, le projet 3 de la réforme II des entreprises a été officiellement et définitivement classé.

C. La Circulaire de l'AFC N° 8 du 21 juin 2005

1. But

Le 21 juin 2005⁷⁵, l'AFC, en collaboration avec la Conférence suisse des impôts, a publié une circulaire destinée à clarifier la délimitation entre la gestion de fortune privée et le commerce professionnel de titres. L'esprit de la circulaire étant de rétablir une certaine cohérence et d'apporter davantage de sécurité juridique et d'égalité de

⁷¹ HAINAUT/WIDMER, *Une avancée timide*, p. 768

⁷² Après la première tentative avortée dans le cadre du programme de stabilisation 1998 (FF 1999 3)

⁷³ Cf. BO 2007 CE 12 ; BO 2007 CN 309

⁷⁴ Cf. le rapport de la Commission de l'économie et des redevances du 8 avril 2013

⁷⁵ Circulaire N° 8 de l'AFC du 21 juin 2005 concernant le commerce professionnel de titres, ci-après: "Circulaire de 2005".

traitement entre contribuables⁷⁶, elle devance d'une petite longueur le chantier entrepris par le Conseil fédéral dans le cadre de la "réforme sur les entreprises II" sur le même sujet⁷⁷.

Cette Circulaire se présente comme un instrument à disposition des administrations fiscales et des contribuables. La liste de critères élaborés, qui constitue une "safe-haven"⁷⁸, devrait aider ces derniers à anticiper les décisions de l'administration fiscale en leur donnant les clés nécessaires à l'appréciation de leur propre situation.

2. *Systematique*

Pour ce faire, la Circulaire de 2005 instaure une analyse en deux temps. La première phase consiste en un examen préalable⁷⁹ se basant sur les six critères mis en place par l'AFC. Si ces indices sont cumulés, l'analyse prend fin et l'administration fiscale doit conclure à la simple gestion par le contribuable de son patrimoine privé. *A contrario*, si les critères ne sont pas réunis dans leur ensemble, une imposition demeure envisageable. Elle devra alors s'apprécier par rapport au catalogue d'indices dressé par la jurisprudence et eu égard à l'ensemble des circonstances du cas⁸⁰.

3. *Le statut de la circulaire*

Dans la hiérarchie des normes, la circulaire se situe à un échelon inférieur que la législation ou qu'un règlement ce qui signifie qu'elle ne peut pas les contredire. Par contre, la circulaire n'est pas un acte contraignant pour les autorités. Les cantons sont autonomes en ce qui concerne le prélèvement des impôts cantonaux et communaux⁸¹ ce qui signifie qu'ils ne sont pas liés par les décisions relatives à l'impôt fédéral.

4. *L'examen préalable*

Selon la réponse du Conseil fédéral, qui fait suite à l'interpellation urgente que lui a adressée M. Reimann en date du 30 septembre 2005,⁸² la Circulaire 2005 se maintient plutôt dans le cadre développé par le Tribunal fédéral. L'AFC n'instaure pas,

⁷⁶ Cf. Circulaire N° 8, préambule

⁷⁷ En effet, le message du CF du 22 juin 2005 (FF 2005 4469) et le projet (FF 2005 4611) de loi de la réforme II des entreprises ont été arrêtés, et transmis aux chambres, le lendemain de la publication de la Circulaire, soit le 23 juin 2005. Par contre, la "loi sur la réforme des entreprises II" du 23 mars 2007 n'entrera en vigueur, et ce de façon progressive, qu'à partir du 1^{er} janvier 2009.

⁷⁸ Ou "safe harbour rule", fonction de mise à l'abri ou fonction "refuge". ALTORFER/VON AH, *Gewerbsmässige Wertschriftenhändlerstätigkeit*, p. 1050.

⁷⁹ Cf. Circulaire N° 8, ch. 2

⁸⁰ ATF du 12 novembre 2001, Archives 71, 627

⁸¹ Art. 1 LHID

⁸² BO 2005 CE p. 849

selon ses dires, de nouvelles règles pour l'imposition des gains en capital mais celles-ci font plutôt échos, parfois en les précisant, aux indices développés antérieurement par la jurisprudence. Le particulier devrait en principe être exonéré d'impôt si sa situation répond aux six critères suivants :

- la durée de détention de ses titres est d'une année au moins : le critère de la brièveté de la durée de détention existait déjà dans la pratique du Tribunal fédéral⁸³ qui considère qu'elle constitue déjà un indice de professionnalité. Mais, bien qu'il ait laissé entendre que la revente "d'obligations acquises l'année même" relevait d'une possession courte⁸⁴, il s'était jusque-là refusé à chiffrer une durée minimale,
- la somme des achats et des ventes qu'il effectue, par an, ne dépasse pas le quintuple du montant de ses titres et de ses avoirs au début de la période fiscale,
- le gain en capital qu'il obtient n'est pas destiné à compenser des revenus manquants, ou ayant cessé, dans l'optique de lui maintenir un certain niveau de vie (les gains en capital représentent moins de 50 % des revenus imposables) ; il constitue un critère nouveau par rapport à la pratique du TF,
- les placements effectués par ses soins sont ouverts à tous les investisseurs et ils ne présentent pas un lien étroit avec son activité professionnelle, respectivement ils ne sont pas attribuables à des connaissances spéciales résultant de la position professionnelle particulière qui serait la sienne,
- il n'a pas financé ses placements par des fonds étrangers ou, dans le cas où il se trouverait endetté, le rendement de ses titres (intérêts, dividendes) est supérieur aux intérêts passifs,
- les achats et ventes de produits dérivés qu'il fait se limitent à la couverture de ses positions-titres.

Si un seul de ces critères n'est pas satisfait, l'administration fiscale peut admettre le commerce professionnel de titres et imposer sur cette base. Le fait que le contribuable intervienne personnellement sur le marché, ou par l'entremise de tiers, et le fait qu'il le fasse de façon visible ou non continuent à ne jouer aucun rôle déterminant.

⁸³ Voir notamment : RDAF 2003 II p. 611, consid. 4 ; RDAF 2004 II p. 30 consid. 2.3 et 3 ; RDAF 2002 II p. 480, consid. 3a

⁸⁴ RDAF 1991 p. 191, consid. 3

L'analyse de ces critères, qui ont presque tous été récupérés dans la Circulaire de 2012, se fera sous la section "Examen préalable" du chapitre consacré à la circulaire AFC N° 36.

5. *L'examen des critères jurisprudentiels*

Dans l'hypothèse où le commerce professionnel de papiers-valeurs ne pourrait être irrémédiablement écarté suite à l'examen préalable, une seconde analyse qui repose sur les critères jurisprudentiels intervient. La Circulaire de 2005⁸⁵ reprend fidèlement les cinq indices établis de longue date par le Tribunal fédéral, développés dans un premier temps sous l'égide de l'AIFD, qui ont ensuite été repris sous la LIFD.

6. *Critique de la Circulaire*

La doctrine constate malheureusement que dans l'ensemble la Circulaire de 2005 n'est pas de nature à créer une sécurité juridique satisfaisante pour le contribuable. La mise en place de critères plus objectifs que ceux élaborés par la jurisprudence avait pourtant suscité l'espoir de voir la situation du contribuable se clarifier. Force est de constater que le catalogue de critères ne résiste pas à un examen critique⁸⁶. Il est extrêmement délicat, pour ne pas dire impossible, pour l'investisseur privé de pouvoir déterminer *a priori* le traitement fiscal qui lui sera réservé sur la base des seuls critères mis en place par l'AFC.

IV. Le commerce professionnel de titres selon la circulaire AFC N° 36 du 27 juillet 2012

1. *Présentation*

La question de la délimitation entre le gain en capital privé réalisé dans le cadre de la fortune privée et le revenu de l'activité professionnelle indépendante est restée floue malgré l'entrée en vigueur de la Circulaire N° 8 du 21 juin 2005. Cette dernière, on l'a vu, n'a ni apporté de "recette miracle" qui permette de délimiter le commerce professionnel de titres de la simple gestion de fortune privée, ni satisfait à son but de générer davantage de sécurité juridique. Les critiques quasi-unanimes adressées par les tribunaux, la doctrine et les administrations fiscales cantonales (dont certaines d'entre elles ont refusé de l'appliquer) ont finalement eu raison de la Circulaire N° 8 et

⁸⁵ Circulaire de 2005, par. 3.3

⁸⁶ HAINAUT/WIDMER, *Le flou demeure*, p. 811 ; BYLAND, *Equivoques persistantes*, p. 345 ; ALTORFER/VON AH, *Gewerbsmässige Wertschriftenhändlerstätigkeit*, p. 1051. Nous approfondirons ces remarques dans le cadre de la Circulaire de 2012 qui a repris par la suite l'essentiel des critères préalables de la Circulaire de 2005 et donc pour lesquelles le même genre de réflexion s'applique.

amené l'AFC à en adopter une nouvelle. Ainsi, sept ans après son édicition, la Circulaire de 2005 est remplacée par la Circulaire N° 36 du 27 juillet 2012 sur le commerce professionnel des titres⁸⁷.

2. *But*

L'AFC se base sur l'évolution récente de la jurisprudence du TF pour apporter quelques précisions à sa précédente circulaire et réaffirmer la volonté du législateur d'éviter une extension trop importante de la pratique qui pourrait avoir pour incidence fâcheuse l'introduction d'un impôt déguisé sur les gains en capital.

D'aucuns diraient que le désaveu dont la Circulaire de 2005 a fait l'objet, tant par les tribunaux cantonaux (certains ayant refusé de l'appliquer) que par la doctrine, explique la plus grande circonspection dont fait preuve la nouvelle mouture quant à ses intentions. En effet, quand sa petite soeur (la Circulaire N° 8) affichait le but clair "de distinguer le commerce professionnel de titres de la gestion de fortune privée"⁸⁸, la nouvelle Circulaire, elle, poursuit l'objectif plus tempéré "d'aider à faire la distinction entre une activité lucrative indépendante et la gestion de fortune privée"⁸⁹.

Dans la même veine que celle de 2005, la Circulaire de 2012 se revendique donc être un outil à la disposition du contribuable et des administrations fiscales avec, en toile de fond, l'objectif de renforcer la sécurité juridique et l'égalité de traitement entre contribuables⁹⁰.

3. *Systematique*

La Circulaire de 2012 a conservé la structure binaire mise en place par la Circulaire N° 8. Dans un premier temps s'effectue un examen préalable sur la base de cinq critères. Lorsque ce celui-ci ne permet pas d'attester de l'inexistence du commerce professionnel de titres, il y a lieu de procéder à un examen du cas basé sur les indices développés par la jurisprudence la plus récente.

A l'instar de la Circulaire de 2005, la façon de procéder de l'AFC dans la Circulaire de 2012 est plutôt étrange : au lieu de délimiter les indices en présence desquels le commerce professionnel pourrait se présumer fortement, elle le définit par la négative

⁸⁷ Circulaire N° 36 de l'AFC du 27 juillet 2012 concernant le commerce professionnel de titres, ci-après: "Circulaire de 2012".

⁸⁸ Circulaire N° 8, préambule

⁸⁹ Circulaire N° 36, par. 1

⁹⁰ Circulaire N° 36, par. 1

à l'aide des critères qui établissent ce qui n'est pas considérable comme tel. L'AFC postule en quelque sorte le commerce de titre "par défaut" car hormis les cas où tous les indices sont cumulés, la qualification de négociant professionnel demeure possible. Cela nous paraît révélateur du fait que la qualification du commerce professionnel constitue pour l'AFC davantage la règle que l'exception.

4. *La notion de titre*

A dessein ou non, la jurisprudence et le message de la réforme II des entreprises n'ont jamais circonscrit la notion de "titre". La Circulaire N° 36⁹¹ a repris la définition que la Circulaire de 2005⁹² s'était la première attelée à définir. Ainsi, constitue un titre tout papier-valeur qui incorpore des droits sociaux et/ou patrimoniaux tels que les actions, les obligations, les matières premières, les devises, les indices et tous les produits financiers dérivés (options, futures, swaps). Une incertitude règne toutefois quant à la délimitation exacte de ces produits financiers dérivés car les deux circulaires se sont bornées à préciser que seuls les produits dérivés non limités à la couverture de positions-titres devaient être considérés comme des indices de commerce professionnel en raison de leur caractère spéculatif.⁹³ On constate que toutes sortes de produits dérivés comme les produits structurés ou les combinaisons de dérivés n'ont pas été expressément mentionnées par les circulaires. Nul doute qu'ils seraient également concernés par le commerce de titre puisque l'AFC se réserve la possibilité d'englober dans sa notion d'autres types de produits en ne dressant qu'une liste exemplative de papiers-valeurs⁹⁴. A notre avis, le texte mériterait cependant d'être précisé.

5. *L'examen préalable*

Dans un premier temps, la Circulaire de 2012 énonce cinq critères qui, remplis cumulativement, plaident en faveur de la simple gestion de fortune privée et excluent *a contrario* le commerce professionnel de titres⁹⁵ :

- les titres vendus ont été détenus pendant six mois au moins,
- le volume total des transactions (somme de tous les achats et de toutes les ventes) ne représente pas, par année civile, plus du quintuple du montant des titres et des avoirs au début de la période fiscale,

⁹¹ Circulaire N° 36, par. 4.2

⁹² Circulaire N° 8, par. 3.2

⁹³ RDAF 2002 II p. 480

⁹⁴ *Ibidem*, comme l'indique le terme "notamment".

⁹⁵ Circulaire N° 36, par. 3ss.

- la réalisation des gains en capital provenant d'opérations sur titres n'est pas nécessaire en vue de remplacer des revenus manquants ou ayant cessé dans le but d'assurer le train de vie du contribuable. C'est normalement le cas lorsque les gains en capital réalisés représentent moins de 50% du revenu net de la période fiscale considérée,
- les placements ne sont pas financés par des fonds étrangers ou les rendements de fortune imposables provenant de titres (par ex. les intérêts, les dividendes, etc.) sont plus élevés que la part proportionnelle des intérêts passifs,
- l'achat et la vente de produits dérivés (en particulier d'options) se limitent à la couverture des positions-titres du contribuable.

Des cinq critères en présence, tous introduits dans la Circulaire de 2005, seul le premier a été modifié. Les quatre autres critères énoncés dans la Circulaire de 2012, respectivement le volume total des transactions, la comparaison entre le gain réalisé et le revenu imposable, la limitation en fonction de l'origine du financement et la limitation à raison du type d'investissements effectués, ont été repris à l'identique de la circulaire précédente. Nous en ferons l'analyse ici.

6.1 La durée de détention

La durée de détention d'une année, telle que prévue initialement dans la Circulaire de 2005, représentait une restriction majeure en totale inadéquation avec la réalité du marché. La décision de l'AFC de diviser ce minima de moitié, en le faisant passer d'une année à six mois, mérite à notre sens d'être saluée car elle nous paraît suivre la bonne voie. Cependant, les marchés financiers restent tributaires des perturbations économiques et politiques et ils sont donc susceptibles d'évoluer de façon extrêmement rapide comme l'illustrent les événements récents⁹⁶. En ce sens, l'exigence d'une durée de possession de six mois nous paraît encore un peu éloignée des réalités économiques. En choisissant ce laps de temps précisément, l'administration fiscale des contributions s'est calquée sur la pratique retenue par le canton de Berne, mais à la différence notable que cette dernière ne prévoit cette exigence que pour la catégorie de titres qui constitue la majorité des valeurs mobilières qui composent le portefeuille.

Nous pensons qu'il aurait été judicieux d'apprécier le critère de la durée de possession de cas en cas, car un temps "suffisant" de détention ne peut s'apprécier qu'en fonction

⁹⁶ La crise des *subprimes*, l'augmentation des taux bancaires, le contexte général de récession, le boom des matières premières, les crises bancaires systémiques, etc.

des circonstances et en relation avec le type de produit financier en cause. L'application d'une durée de détention minimale identique à tous les types de titres est en soi injuste puisque certaines valeurs mobilières ont une durée de vie inférieure à ce laps de temps. En effet, la durée de vie d'une valeur mobilière varie considérablement selon qu'on parle d'action, de future ou de produit structuré. Par exemple, selon M. BYLAND, "la période à courir pour les produits dérivés est généralement inférieure à 60 jours"⁹⁷.

Que le cours du marché subisse une évolution positive ou négative, il n'est pas raisonnable à notre sens que le contribuable se voit contraint de renoncer à prendre les décisions raisonnables qui s'imposeraient à lui, du fait qu'il détient des titres depuis moins de six mois, car plane sur lui le spectre du négociant en titres. On peut d'ailleurs se poser la question de savoir si, dans pareille situation, une telle règle ne constitue pas une restriction majeure au principe de la liberté économique⁹⁸. On relève enfin qu'un tel critère est enclin à exclure définitivement la gestion de portefeuille active et dynamique⁹⁹ de la simple administration de la fortune privée, ce qui va à l'encontre de l'esprit et de la lettre de la Circulaire N° 36.

6.2. Le volume total des transactions

On parle ici davantage du volume que du nombre de transactions effectuées ce qui diffère un peu de la pratique jurisprudentielle antérieure¹⁰⁰. Le fait que le volume total des transactions ne représente pas plus du quintuple du montant des titres et des avoirs au début de la période fiscale revient à dire que l'investisseur peut faire "rouler" au maximum deux fois et demie son portefeuille de titres par an¹⁰¹. Ce critère a été repris de la pratique bernoise à la différence que cette dernière distingue les régimes en fonction du type de financement et de la catégorie de titre (option ou non)¹⁰². La Circulaire de 2012 s'est donc montrée plus "généreuse"¹⁰³ envers le contribuable par la fixation d'un volume de transactions possible, toutes catégories de titres confondues, équivalent au quintuple de la valeur moyenne du portefeuille de titres en

⁹⁷ BYLAND M., *Equivoques persistantes*, ch. 4, p. 345

⁹⁸ La liberté économique est un droit fondamental ancré à l'art. 27 de la Constitution fédérale (RS 101)

⁹⁹ Circulaire N° 36, n. 2.3

¹⁰⁰ ATF du 1^{er} septembre 2004 2A_23/2004, consid. 3.2 ; RDAF 2004 II p. 338, consid. 3.1 ; RDAF 2001 II p. 233, consid. 3b, RDAF 1994 p. 189 consid. 3b

¹⁰¹ HAINAUT/WIDMER, *Une avancée timide*, par. 2.2.2, p. 209

¹⁰² Le chiffre d'affaires est inférieur au triple de la valeur moyenne du portefeuille de titres, sauf si le contribuable a eu recours à des fonds étrangers ou si les titres concernés sont des options, le chiffre d'affaires peut représenter jusqu'à cinq fois la valeur moyenne du portefeuille.

¹⁰³ Au niveau du critère lui-même s'entend, car la pratique bernoise reste dans tous les cas plus favorable au contribuable eu égard à sa systématique.

début d'année fiscale. Ce critère nous paraît plutôt pertinent et ne nous inspire pas de remarque particulière.

6.3. La comparaison entre le gain réalisé et le revenu imposable

Ce critère a été instauré dans le cadre de la Circulaire 2005 mais constitue néanmoins une nouveauté par rapport à la jurisprudence du Tribunal fédéral. Son bien-fondé mérite d'être discuté pour plusieurs raisons. Premièrement, il semble d'emblée que les personnes susceptibles d'être concernées sont celles qui ne déclarent aucun revenu imposable, comme les rentiers, mais aussi et surtout, les "petits" contribuables à faible revenu imposable¹⁰⁴. Ce critère présente une certaine dangerosité car il établit une comparaison qui n'est pas pertinente, pour ne pas dire contre-productive, entre le ratio gain réalisé/revenu imposable et l'activité lucrative indépendante susceptible de mener à des résultats inégalitaires car plus le revenu imposable est bas, plus le risque est élevé de voir le gain en capital dépasser la part de 50 % de ce revenu.

En sus, le fait que ce critère fasse appel à la notion indéterminée de "train de vie" ajoute encore à l'insécurité juridique.

6.4 L'origine du financement

Ce critère, déjà considéré comme prépondérant sous l'empire de la jurisprudence¹⁰⁵, reste fondamental dans la Circulaire de 2012¹⁰⁶. La difficulté est de prouver le lien de causalité entre l'emprunt et l'achat de papier-valeurs, établir lien fonctionnel entre acquisition des titres et fonds étranger (ex: crédits lombards, etc).

6.5 Les types d'investissements effectués

Le fait pour le contribuable d'investir dans des produits dérivés qui dépassent un rôle de couverture des risques constitue un indice de commerce professionnel de titres. Ce critère n'appelle aucune remarque supplémentaire par rapport à ce qui a déjà été discuté¹⁰⁷.

6. L'examen des critères jurisprudentiels

Si l'un des critères énuméré fait défaut, la situation du contribuable s'apprécie au regard des indices dégagés par la jurisprudence du TF. doit continuer à examiner en

¹⁰⁴ Tels que, les retraités, les personnes qui réalisent un revenu modique ou celles qui occupent un emploi à temps partiel.

¹⁰⁵ RDAF 2001 II p. 246 (Archives 69, 652)

¹⁰⁶ Circulaire de 2012, n. 2.3 *in fine*

¹⁰⁷ Cf. "Notion de titre", ch. 4

L'autorité fiscale doit toujours d'apprécier l'activité d'après l'ensemble des circonstances du cas¹⁰⁸. Par contre, la Circulaire de 2012 introduit une nouveauté, qui découle de l'arrêt du 23 octobre 2009¹⁰⁹, en faisant primer certains critères sur d'autres¹¹⁰. Il faut dès lors distinguer les critères principaux¹¹¹, propres à fonder un commerce professionnels en eux-mêmes, des critères subalternes¹¹², qui ne peuvent qu'affermir les critères principaux.

Il nous paraît dangereux qu'alors que la jurisprudence de 2009 érigeait deux indices en critères primordiaux, le volume des transactions et le recours à des fonds étrangers, la Circulaire de 2012 en nomme un troisième, l'utilisation de dérivés qui comme nous l'avons vu est une notion mal circonscrite.

7. Critique

Un an après son introduction, et en la quasi-absence de jurisprudence y relative, il est difficile de tirer un bilan définitif de la Circulaire 2012. Certains auteurs ont très rapidement jugé qu'elle ne bouleverserait pas en profondeur le système mis en place dans la Circulaire de 2005 du fait qu'elle utilise le même *modus operandi*¹¹³. Ces réserves nous semblent justifiées.

L'objectif majeur poursuivi par la Circulaire de 2012, à l'instar celle de 2005, était d'adopter des règles qui assureraient une sécurité juridique accrue au contribuable ("safe haven"). On ne peut pas dire que l'AFC ait pleinement satisfait cette ambition, car l'évaluation au cas par cas et toujours *a posteriori* de la situation fiscale ne permet pas au contribuable lambda d'anticiper le sort fiscal qui lui sera réservé sans l'aide d'un professionnel. En effet, le catalogue d'indices, trop en décalage avec la réalité du marché (et les produits financiers actuels), oblige *de facto* le contribuable à agir avec la plus grande prudence et le condamne en quelque sorte à l'inaction.

¹⁰⁸ ATF 2C_868/2008, consid. 2.4

¹⁰⁹ ATF 2C_868/2008, consid. 2.7

¹¹⁰ Circulaire de 2012, n. 4.3.2

¹¹¹ Volume des transactions, courte durée de détention, recours à des fonds étrangers et utilisation de dérivés.

¹¹² Activité systématique et planifiée et lien des transactions avec l'activité professionnelle ou des connaissances spécifiques du contribuable.

¹¹³ HAINAUT/WIDMER, *Une avancée timide*, p. 771. Le titre de cet article résume assez bien à notre sens la conclusions qu'il faut tirer de cette Circulaire de 2012.

8. *Tableau comparatif*

Critères	Circulaire N° 8 du 21 juin 2005	Circulaire N° 36 du 27 juillet 2012	Indices de la Jurisprudence du TF
1. Durée de détention	1 an au moins	6 mois au moins	Brève
2. Volume total des transactions	La somme annuelle des achats et vente est inférieure au quintuple du montant des titres et des avoirs au début de la période fiscale	Idem que la Circulaire N° 8	Fréquence et pluralité des transactions
3. Comparaison entre gain réalisé et revenu imposable	Le gain en capital d'opérations sur titres n'est pas nécessaire au maintien du train de vie du contribuable en remplacement de revenus "manquants ou ayant cessé" (gains en capital < 50 % des revenus imposables de la période fiscale concernée)	Idem que la Circulaire N° 8	
4. Nature des transactions et lien avec l'activité ou les connaissances professionnelles	Placements accessibles à tous les investisseurs et ceux-ci ne sont pas en rapport étroit avec l'activité professionnelle du contribuable, respectivement ils ne sont pas attribuables à des connaissances spéciales acquises du fait d'une position professionnelle particulière	Abandonné dans la Circulaire N° 36	Rapport étroit avec l'activité professionnelle et le recours à de connaissances spéciales
5. Limitation selon l'origine du financement	Absence de financement par des tiers ou rendement des titres supérieur aux intérêts passifs	Idem que la Circulaire N° 8	Usage important de fonds étrangers
6. Limitation en raison du type d'investissements effectués	Usage de dérivés limités à la couverture des positions-titres du contribuable	Idem que la Circulaire N° 8	Usage de dérivés dans la mesure où ceux-ci dépassent le cadre d'une pure sûreté pour le dépôt
7. Démarches effectuées par le contribuable			Procédé systématique et planifié
8. Réinvestissement du revenu obtenu			Remplacement du produit de la vente dans l'acquisition de biens similaires

VI. Les derniers développements jurisprudentiels

La Circulaire de 2012 s'est conformée à l'abondante jurisprudence récente¹¹⁴ de notre Haute-Cour. Voici les développements les plus marquants de ces dernières années.

1. Relégation au second plan des critères du lien avec l'activité professionnelle du contribuable et de l'activité systématique et planifiée

Dans un arrêt fondamental du 23 octobre 2009, le TF a introduit une distinction entre critères principaux et critères secondaires¹¹⁵. Il précise que les critères les plus déterminants pour distinguer le commerce professionnel de la simple administration de la fortune privée sont désormais ceux du volume des transactions et du financement massif des transactions par des fonds étrangers. En revanche, l'activité systématique et planifiée ainsi que l'emploi de connaissances particulières sont rétrogradés au rang de critères subalternes, c'est-à-dire qu'ils ne consacrent pas, à eux seuls, le commerce professionnel, mais viennent tout au plus corroborer les critères fondamentaux (critères d'exclusion). Dans un arrêt vaudois¹¹⁶, le tribunal a admis le caractère professionnel de versements effectués en exécution d'un contrat de licence portant sur un brevet car, premièrement, il s'agissait d'un revenu de bien immatériel¹¹⁷ mais également en raison du caractère planifié de l'activité et de son lien avec les connaissances professionnelles du contribuable car les employeurs avaient financé le développement des brevets, indices qui viennent appuyer l'existence d'une activité indépendante selon lui.

Cette évolution va dans le sens de ce que préconisait la doctrine¹¹⁸ et permet d'éviter la distinction qui pénalisait les professionnels du monde bancaire dans le cadre de l'examen préalable de la Circulaire de 2005. Le Tribunal fédéral s'adapte aux réalités du marché financier en reconnaissant ainsi que certains critères, pourtant déterminants à une époque, ne résistent pas à l'évolution de la société. Il reconnaît, enfin, que le recours par le contribuable à des techniques d'investissement actuelles n'excluent pas pour autant d'office l'administration de fortune privée¹¹⁹.

¹¹⁴ De 2005 à aujourd'hui.

¹¹⁵ ATF 2C_868/2008, consid. 2.7

¹¹⁶ FI.2010.0002 du 15 juin 2010

¹¹⁷ Art. 20 al. 1 let. f LIFD

¹¹⁸ BYLAND M., *Equivoques persistantes*, p. 345

¹¹⁹ ATF 2C_868/2008, consid. 3.3

2. *Distinction entre le commerce de titres et le commerce de participation*

Une tendance récente du Tribunal fédéral consiste à distinguer le commerce professionnel de titres et le commerce de participations. Dans un arrêt topique¹²⁰, le Tribunal fédéral a reconnu que les indices jurisprudentiels qu'il a développé dans le cadre du commerce professionnel de titres ne sont pas applicables au commerce de participations¹²¹.

3. *La qualification d'activité lucrative indépendante de l'activité pratiquée à titre de "hobby"*

6.1 En général

Jusqu'alors, le TF n'avait appliqué sa jurisprudence qu'à la vente d'immeubles et de titres mais il a fini par se demander s'il pouvait appliquer ces critères à d'autres types de biens. La notion d'activité indépendante est une notion très large, qui ne l'est en principe pas suffisamment pour comprendre "le hobby"¹²² car, par définition, la volonté de réaliser un gain fait défaut dans ce type d'agissements¹²³. C'est pourquoi, le bénéfice d'une activité désintéressée devrait en principe être considéré comme un gain en capital appartenant à la fortune privée du contribuable, et par conséquent être exonéré d'impôt (16 al. 3 LIFD et 7 al. 4 let. b LHID)¹²⁴. Néanmoins, lorsque certaines conditions sont réunies, comme le fait d'exercer une activité systématique et planifiée et/ou de la pratiquer aux fins d'en tirer un profit, le bénéfice résultant de cette dernière peut se voir être assimilé à un revenu avec, pour corollaire, son imposition et la non-déductibilité des pertes (18 al. 1 LIFD et 7 al. 1 LHID). On parle souvent dans ce cas d'"activité lucrative accessoire".

6.2 Les indices développés par la jurisprudence dans ce cadre

Ces indices ont déjà été exposés de façon plus approfondie dans ce travail mais il est indispensable d'en parler aussi en rapport avec cette problématique. Bien que l'ensemble des circonstances du cas doivent être examinées afin d'établir si l'activité déployée l'est par pure passion ou revêt l'habit de commerce professionnel, certains éléments sont particulièrement déterminants. Dans un arrêt fondamental datant de 2009¹²⁵, le TF a relevé que les critères utilisés pour définir le commerce professionnel

¹²⁰ ATF 2C_385/2011 du 12 septembre 2011

¹²¹ *Ibidem*, consid. 2.1

¹²² Le terme "hobby" désigne toute activité privée exercée par passion. Les litiges surviennent principalement dans le cas de contribuables collectionneurs ou amateurs (d'arts, de vins, etc).

¹²³ StR 1988, p. 170 ; OBERSON X., 2012, § 7, n. 67

¹²⁴ ATF 2A_66/2002, consid. 2.3, du 17 septembre 2002

¹²⁵ ATF 2C_893/2008 du 10 août 2009 = RF 64/2009, p. 892

d'immeubles et de titres s'appliquaient par analogie à d'autres biens (objets d'arts en l'espèce) sous réserves des adaptations découlant de la nature du bien considéré.

Le critère fondamental est la volonté du contribuable de réaliser, ou non, un gain : les motivations lucratives qui prennent le pas sur la simple distraction constituent un indice fort en faveur de l'activité indépendante. Le TF a notamment jugé que la constitution d'une collection par un amateur ne constituait pas une activité indépendante si elle ne tendait pas à la réalisation d'un profit¹²⁶. Le défaut de velléité commerciale du contribuable doit être démontré par des signes objectifs, tel que l'accumulation de pertes sur un laps de temps important¹²⁷, ou résulter des circonstances (un revenu paraît improbable en raison de l'activité choisie)¹²⁸.

L'absence de caractère systématique ou planifié dans l'activité constitue un autre critère prépondérant aux yeux de la jurisprudence et de la doctrine¹²⁹. Notre Haute Cour a désavoué le fisc zurichois, qui avait reconnu un caractère commercial à la vente par un collectionneur d'une part de 40% dans une statue Giacometti en raison de connaissances spécifiques du marché de l'art car elle a considéré qu'en l'espèce il n'était pas avéré que le contribuable ait agi de façon planifiée et systématique¹³⁰, notamment en raison du peu de ventes antérieures par rapport à la taille de la collection. Dans cet arrêt, le gain en capital fut donc qualifié de privé et exonéré. Le fisc zurichois a également été désavoué en raison du défaut de caractère systématique dans la vente par deux contribuables de sept oeuvres d'arts à la même personne en 13 ans¹³¹.

Enfin, d'autres éléments peuvent plaider en la faveur, ou défaveur, du simple "hobby". La tribunal a reconnu une activité lucrative accessoire dans la vente, par un couple de contribuables, d'une collection d'affiches¹³² en raison notamment des nombreuses et régulières aliénations, à caractères identiques, ayant eu cours les années précédentes (caractère systématique et planifié). Mais il a en outre considéré comme déterminant le fait que les ventes constituaient l'unique source de revenu des recourants, que ces

¹²⁶ NOEL Y., in : Commentaire Romand, n. 32 ad art. 18 ; ATF 2A_66/2002 du 17 septembre 2002, consid. 2.3

¹²⁷ Un chiffre d'affaires de 2 millions de francs suisses, pour environ 10 millions de pertes dans un ATF du 11 juillet 2001 (NStP 55 247).

¹²⁸ ATF 122 II 446 = RDAF 1997 II 383 consid. 3b

¹²⁹ OBERSON X., 2012, § 7, n. 68

¹³⁰ ATF 2C_766/2010 du 29 juillet 2011

¹³¹ SB.2009.00056

¹³² ATF 2C_893/2008 du 10 août 2009 = RF 64/2009, p. 892

derniers bénéficiaient de connaissances professionnelles pointues dans le domaine en question et qu'ils réinvestissaient d'office une part des plus-values obtenues directement dans leur activité. Par contre, il est intéressant de constater que le TF revient sur sa jurisprudence antérieure en considérant que l'importance du gain réalisé ne constitue pas un critère en soi.

Chacun des indices qui précède peut constituer, en concours avec les autres ou à lui seul, selon les circonstances, un commerce professionnel. Sur la base de ceux-ci, le TF est même allé jusqu'à reconnaître, de façon choquante à notre sens, qu'une vente unique pouvait représenter une activité lucrative accessoire. Dans une affaire de 2003¹³³, où était en cause la vente partielle d'un stock de vin, le TF a jugé qu'un acte d'aliénation unique n'empêchait pas la poursuite d'un but économique par une action systématique, eu égard aux connaissances professionnelles du contribuable et à l'importance du gain par rapport au revenu déclaré. En l'espèce, le TF a adapté le critère de la fréquence au contexte de la vente de vin en considérant que dans le cadre d'une collection effectuée sur un laps de temps de 10 ans on ne doit en général pas s'attendre à de nombreuses opérations. De plus, le tribunal ajoute à sa liste d'indices l'importance du gain réalisé (CHF 838'000.-) par rapport au revenu déclaré.

V. Enjeux - L'évolution souhaitable du commerce professionnel de titres pour l'avenir

Depuis sa création par la jurisprudence du Tribunal fédéral dans les années 80, la notion de commerce professionnel de titres est sujette à controverse et inspire régulièrement des tentatives de clarification (articles de la doctrine, circulaires de l'AFC, projets de codifications du Parlement). Force est de constater qu'aucune solution raisonnable n'a jamais vraiment émergé, la Circulaire N° 36 en constitue le dernier exemple en date¹³⁴.

Le "nerf de la guerre" selon nous est de déterminer s'il faut légiférer sur la question ou non. En raison de l'extrême complexité de la matière à traiter, nous sommes d'avis qu'une intervention législative s'impose. Une circulaire, du moins en l'état, ne présente pas les garanties nécessaires de sécurité ni ne permet de supprimer l'hétérogénéité qui règne entre les cantons du fait de sa nature non-contraignante. Il nous paraîtrait aussi

¹³³ RDAF 2003 II p. 209, consid. 2.3

¹³⁴ Les propositions de la Circulaire semblent inadaptées pour certaines et difficilement applicables pour le futur en général.

judicieux, dans l'idée d'aboutir à un résultat équitable, de consulter et d'associer le secteur financier à l'élaboration du texte. De plus, cette loi devrait, impérativement veiller à ne pas imposer les gains en capital conformément à la volonté du peuple, lequel a encore réitéré sa position sur le sujet, le 2 décembre 2001, en rejetant massivement (à plus de 65 %) l'initiative populaire lancée par l'Union syndicale suisse pour l'imposition systématique des gains en capital réalisés sur la fortune privée¹³⁵. On ne peut pas réintroduire ce type d'impôt par la petite porte en procédant à une interprétation restrictive de la loi.

Par le jeu de notions juridiques indéterminées comme "l'activité lucrative indépendante" ou "la fortune privée" se crée l'insécurité juridique. Le risque est que le contribuable qui aurait la mauvaise surprise de se voir imposer sur un revenu auquel il ne s'attend pas recherche à terme des solutions qui ne seraient pas dans l'intérêt de la Suisse (exil fiscal, structures *off-shores*, etc.). C'est pourquoi, il serait profitable à tous que les contribuables puissent compter sur davantage de prévisibilité et nous pensons que cela passe par une définition plus concrète des indices de délimitation.

Une des clés pourrait être selon certains auteurs¹³⁶ l'abandon pur et simple de la théorie du mandat, soit qu'il ne soit plus possible d'imputer au contribuable les actes d'un gestionnaire de fortune externe à qui il aurait confié "les commandes des opérations" (en tout cas en présence d'une procuration).

En dernier lieu, on pourrait imaginer reprendre l'ancienne pratique zurichoise qui admettait la reconnaissance d'un commerce professionnel uniquement pour le contribuable qui pratiquait cette activité de façon visible sur le marché.

Nous pensons que la solution législative est la voie à suivre car elle est préférable amènerait une certaine sécurité juridique et empêcherait que certains cantons n'introduisent *de facto* un impôt sur les gains en capital réalisés sur les éléments de la fortune privée.

¹³⁵ Arrêté du CF du 4 février 2002 constatant le résultat de la votation populaire du 2 décembre 2001 : FF 2002 1156. Cf. aussi le Message du CF du 25 octobre 2000 à propos de l'initiative populaire "pour un impôt sur les gains en capital" : FF 2000 5573.

¹³⁶ OBERSON X., 2012, § 7, n. 66 ; KAPPALE U./SALIB A. *Der Quasi-Wertpapierhändler*.

VI. Conclusion

Force est de constater que bien que la Suisse ait choisi de longue date d'exonérer d'impôt les gains en capital privés, la jurisprudence du TF et les deux circulaires de l'AFC (qui se basent en partie sur elle) se sont s'inscrites en porte-à-faux avec ce principe en tentant d'instaurer par une voie indirecte un impôt sur les gains en capital privés.

Bien que la Circulaire N° 36 ait amélioré quelque peu les choses, la sécurité du droit reste toute relative. Selon nous, légiférer s'impose car nous constatons qu'actuellement la pratique des administrations fiscales se résume bien trop souvent à taxer le contribuable lorsqu'il réalise des gains et à l'exonérer lorsqu'il fait des pertes. Malheureusement, les temps qui courent ne nous invitent pas à l'optimisme, et ne nous font pas tabler sur l'élaboration d'une législation sur le commerce professionnel de titres dans ces prochains temps. En effet, dans un climat de "crise" comme celui que nous traversons, l'exonération n'est pas "à la mode" et l'ordre juridique et l'état de droit sont trop souvent sacrifiés à l'arbitraire politique. L'arbitraire justement se manifeste dans le décrêt de nouvelles interprétations ou définitions : ce qui était autorisé hier ne le sera plus demain ou de façon différente. L'esprit entrepreneurial pourrait s'en trouver grandement affecté ce qui serait contre-productif pour une place financière comme la Suisse.

Bibliographie

ALTORFER J./ VON AH J., *Gewerbmässige Wertschriftenhändlerstätigkeit : Auslegeordnung, Ausblick auf die Unternehmenssteuerreform II und ein Gegenvorschlag*, L'EC 2005, p. 1047ss. (cité ALTORFER/VON AH, *Gewerbmässige Wertschriftenhändlerstätigkeit*)

BAUDAT O./RÄBER W. A., *La planification fiscale et patrimoniale : comment développer et sécuriser mon patrimoine*, Muri-Berne 2006

BLUMENSTEIN E./LOCHER P., *System des Steuerrechts*, 5^e éd., Zurich 1995

BYLAND M., *Equivoques persistantes dans le commerce professionnel de titres*, TREX 2005, p. 344ss. (cité BYLAND M., *Equivoques persistantes*)

CHENEVARD H., *Aspects fiscaux de la gestion de fortune*, Berne ; Stuttgart ; Vienne, 1996

FISCHER T./LAMBELET M., *Planification personnalisée et conseils en matière fiscale, successorale et de prévoyance. Le manuel pratique des contribuables en Suisse*, Muri-Berne 1997

HAINAUT J.-M./WIDMER A., *Commerce professionnel de titres : le flou demeure*, L'EC 2005, p. 808ss. (cité HAINAUT/WIDMER, *Le flou demeure*)

HAINAUT J.-M./WIDMER A., *Commerce professionnel de titres : une avancée timide*, L'EC 2012, p. 768ss. (cité HAINAUT/WIDMER, *Une avancée timide*)

HUGHES A. T./WUILLEMIN C., *Le commerce professionnel de titres : l'approche fiscale française*, L'EC 2006, p. 77ss.

KAMBER A., *Stratégie fiscale : 12 principes*, Nyon 1998

KAPPALE U./SALIB A., *Der Quasi-Wertpapierhändler in der Unternehmenssteuerreform II*, RF 2005, p. 730 (cité KAPPALE U./SALIB A. *Der Quasi-Wertpapierhändler*)

KAUFFMANN T. J./RABAGLIO O., *Gewerbmässiger Wertschriftenhandel : résumé*, L'EC 2005, p. 1065

LEYSINGER M., *Wann ist die Kunstmalerei eine steuerpflichtige Erwerbstätigkeit und wann ist sie bloss Liebhabelei ?*, L'EC 1988, p. 143

LOCHER P., *Kommentar zum DBG, I Teil*, Bâle 2001 (cité LOCHER P., *Kommentar DBG*)

LOCHER P., *Kommentar zum DBG, II Teil*, Bâle 2004 (cité LOCHER P., *Kommentar DBG*)

MAÜSLI-ALLENSPACH P./OERTLI M., *Das schweizerische Steuerrecht : ein Grundriss mit Beispielen*, 5^e éd., Muri-Berne 2007

MÜLLER F., *Der Quasi-Wertschriftenhandel*, L'EC 2007 p. 406

NOËL Y./MONOD M./KRAFT J.-P./PASCHOUD L., 6. *Autres aspects fiscaux du patrimoine*, Note@lex 2011, p. 113

NOËL Y./YERSIN D., *Impôt fédéral direct : Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct*, Bâle 2008

OBERSON X., *Droit fiscal suisse*, 4^e éd., Bâle 2012 (cité: OBERSON X., 2012)

OBERSON X./MARAIA J.-F., *Artistes, art et fiscalité*, SJ 2012 II p. 61

PEDROLI A., *L'imposizione dei capital gains in Svizzera e in alcuni importanti stati esteri - Studio di diritto svizzero e di diritto comparato*, Basel ; Genève ; München 2002

PEDROLI A./BERNASCONI M., *Gli aspetti fiscali del capital gain*, Manno 2005

REYMOND J.-A., *La distinction entre le gain en capital et le revenu d'activité. A la recherche du critère perdu*, in : Festschrift Zuppinger, p.208

REYMOND J.-A., *L'influence du droit fiscal sur le droit commercial*, Bâle 1978

REICH M., *Steuerrecht*, 2^e éd., Zurich 2012

RIVIER J.-M., *Droit fiscal suisse : l'imposition du revenu et de la fortune*, 2^e éd., Lausanne 1998

RYSER W./ROLL B., *Précis de droit fiscal suisse (impôts directs)*, 4^e éd., Berne 2002

YERSIN D., *La distinction entre l'activité indépendante et la gestion de fortune privée, dans le domaine immobilier*, Archives 67 (1998/99), p. 97ss.

YERSIN D., *Les gains en capital considérés comme le revenu d'une activité lucrative*, Archives 59 (1990/91), p. 137ss. (cité YERSIN D., Les gains en capital)

YERSIN D./NOËL Y. (éd.), *Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct*, Bâle 2008 (cité : nom de l'auteur in : Commentaire Romand)