

Arnaud Cywie

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

Texte présenté dans le cadre du prix OREF 2013

Genève, le 30 Juin 2013

Table des matières

Table des abréviations.....	4
Introduction.....	5
I. Le commerce professionnel de titres	5
A. Notion et bases légales	5
B. Historique	6
1. La circulaire de 2005.....	6
2. La RIE II	7
3. La pratique des cantons	8
C. Enjeux	9
II. Evolution jurisprudentielle	9
A. Décisions de 2005 à 2012.....	9
1. L'arrêt du 23 Octobre 2009	9
2. L'arrêt du 12 septembre 2011 : commerce de titres et commerce de participations.....	11
B. Décisions depuis 2012	12
III. La nouvelle circulaire de 2012.....	14
A. Raisons de l'adoption de la circulaire	14
B. Présentation de la circulaire.....	14
1. Généralités	14
2. Examen préalable	15
a. Les critères identiques à ceux de 2005.....	16
(i) Le volume total des transactions	16
(ii) Le critère du remplacement des revenus manquants	16
(iii) Financement par des fonds étrangers.....	17
(iv) L'achat et la vente de produits dérivés	17
b. Les changements	18
(i) Le changement de la durée de détention.....	18
(ii) La disparition du critère du rapport étroit avec l'activité du contribuable	19
3. Analyse du cas d'espèce	21
a. Généralités.....	21
b. Les critères généraux.....	21
c. Les critères primordiaux	22
d. Les critères d'importance secondaire	23

IV. Apports et critiques de la nouvelle circulaire	23
A. Apports.....	23
B. Critiques	24
Conclusion	24
Bibliographie.....	25
Documents officiels (autres que la loi).....	27
Annexe: Tableau comparatif	28

Table des abréviations

AFC: Administration fédérale des contributions

Al.: alinéa(s)

Art.: article(s)

ATF: Arrêt du Tribunal fédéral

ASA: Archives de droit fiscal suisse

DFF: Département fédéral des finances

ECS: L'Expert-comptable suisse

FF: Feuille fédérale

LHID: Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes

LIFD: Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct

LIPP: Loi sur l'imposition des personnes physiques du canton de Genève

n°: numéro

p.: page(s)

RDAF: Revue de droit administratif et de droit fiscal

RIE: réforme de l'imposition des entreprises (en allemand USTR)

RS: recueil systématique

RSDA: Revue suisse de droit des affaires (en allemand SZW)

RSJ: Revue Suisse de Jurisprudence

s.: et suivante

SJ: semaine judiciaire

SMI: Swiss Market Index

ss.: et suivantes

StR: Steuer Revue

TA: Tribunal administratif

TF: Tribunal fédéral

v.: voir

Introduction

La distinction entre activité lucrative indépendante et gestion de la fortune privée est délicate en raison de la frontière ténue, souvent complexe à tracer, qui existe entre ces deux notions. Il ne s'agit pas uniquement d'une délimitation doctrinale et théorique, sans portée pratique. Au contraire, la jurisprudence abondante, ainsi que l'intérêt de l'administration fiscale en la matière démontrent qu'il s'agit bien d'une question actuelle aux enjeux importants. La distinction est simplement cruciale tant pour l'administration fiscale que pour le contribuable¹.

Ainsi, l'AFC a publié le 27 juillet 2012 une nouvelle circulaire n° 36 consacrée au commerce professionnel de titres. Il ne s'agit pas d'une première en la matière puisque cette publication remplace une circulaire n° 8 du 21 juin 2005 déjà entièrement dédiée au commerce professionnel de titres. Mais alors, quelles sont les raisons liées au remplacement de la circulaire de 2005 ? La nouvelle circulaire apporte-t-elle des changements fondamentaux dans le paysage fiscal suisse ? A l'inverse, celle-ci ne représente-t-elle qu'une publication sans conséquence codifiant l'évolution jurisprudentielle des dernières années ?

C'est à ces diverses questions que nous allons tenter de répondre dans la présente contribution. Après avoir brièvement défini le concept de « commerce professionnel de titres² » et retracé son évolution (I), nous allons présenter les quelques évolutions jurisprudentielles essentielles apparues depuis la circulaire de 2005 (II). Une étude de la nouvelle circulaire sera effectuée (III) avant de consacrer une dernière section aux potentiels apports susceptibles d'en découler (IV).

I. Le commerce professionnel de titres

A. Notion et bases légales

La notion de commerce professionnel de titres prend ses racines dans la distinction controversée entre revenu de l'activité lucrative indépendante (art. 18 LIFD; art. 8, al. 1 LHID; art. 19 LIPP) et gain en capital privé exonéré (art. 16, al. 3 LIFD; art. 7, al. 4, let. b LHID; art. 27; let. j LIPP)³. La circulaire de 2012 pose également cette délimitation essentielle dans son titre consacré aux fondements juridiques⁴. Tant la jurisprudence que l'administration fiscale ont tenté d'élargir la notion d'activité lucrative indépendante, respectivement de réduire celle de gain en capital provenant de la gestion de la fortune privée afin de faire rentrer le maximum d'opérations dans le cadre du revenu imposable.

¹ V. ci-dessous: point I, A.

² En allemand, «gewerbsmäßige Wertschriftenhandel».

³ Pour davantage de précisions sur la distinction, v. OBERSON, p. 112 ss. ; RICHNER, p. 326 ss. ; REICH, p. 370 ss. ; OBERSON, MARAIA, p. 68 ss.

⁴ Circulaire de 2012, p. 2 ; ces éléments existaient déjà dans la circulaire de 2005 : v. circulaire de 2005, p. 2 s.

La jurisprudence⁵, reprise par le Tribunal fédéral, a posé divers critères afin de délimiter l'activité lucrative indépendante imposable de la gestion de la fortune privée. Comme nous le verrons⁶, ces éléments sont repris dans la circulaire de l'AFC. Un arrêt récent du Tribunal fédéral du 1^{er} mars 2013⁷ résume parfaitement la jurisprudence traditionnelle sur ce point. Ainsi, « selon la jurisprudence, la distinction entre un gain privé en capital (non imposable sur le revenu) ou un bénéfice commercial en capital provenant de l'exercice d'une activité lucrative indépendante (imposable sur le revenu), dépend des circonstances concrètes du cas ». La jurisprudence, tout comme la pratique des administrations fiscales fait donc une analyse au cas d'espèce pour trancher. L'art. 16, al. 3 LIFD étant une exception à la clause générale de l'art. 16, al. 1 LIFD, la jurisprudence interprète extensivement la notion d'activité lucrative indépendante⁸ même si celle-ci n'est exercée qu'à titre accessoire.

Cette distinction a d'abord été effectuée dans le domaine du commerce d'immeubles avant de s'étendre au commerce de titres et de papiers-valeurs⁹. Précisons, que dans la présente contribution, nous étudierons la problématique uniquement sous l'angle du commerce de titres¹⁰.

B. Historique

1. La circulaire de 2005

La circulaire de 2005¹¹ annonçait déjà clairement ses objectifs : distinguer le commerce professionnel de titres de la simple gestion de la fortune privée¹² et ce afin de garantir la sécurité juridique des contribuables. Malheureusement aucun de ces buts n'a pu être atteint.

La circulaire proposait une analyse en deux étapes : tout d'abord des critères cumulatifs, qui s'ils sont remplis (Safe harbour rules), permettent de qualifier l'opération de gestion de fortune privée non imposable (il s'agit d'un examen préalable¹³) ; puis, faute de

⁵ ATF 125 II 113, c. 4a) ss. ; ATF 2C_786/2012 et 2C_789/2012 du 1^{er} mars 2013, c. 3.1 et les références citées.

⁶ V. ci-dessous, point III.

⁷ ATF 2C_786/2012 et 2C_789/2012 du 1^{er} mars 2013.

⁸ ATF 2C_786/2012 et 2C_789/2012 du 1^{er} mars 2013, c. 3.1 : « La notion d'activité lucrative indépendante s'interprète toutefois largement...si l'activité du contribuable excède ce cadre relativement étroit et est orientée dans son ensemble vers l'obtention d'un revenu, l'intéressé est réputé exercer une activité lucrative indépendante dont les bénéfices en capital sont imposables ».

⁹ OBERSON, p. 113. Pour quelques précisions sur le commerce professionnel d'immeubles, v. BETSCHART, p. 847 ss. ; Z'GRAGGEN, SCHMIDIG, p. 221 ss. ; NEUHAUS, AGNER, STEINMANN, p. 593 ss.

¹⁰ La circulaire se limite aussi au commerce professionnel de titres ; v. circulaire de 2012, p. 2, *ab initio*.

¹¹ Pour de plus amples détails sur la circulaire de 2005, v. BYLAND, p. 344 ss. ; HAINAUT, WIDMER DOMINÉ, 2005, p. 808 ss. ; ALTORFER, VON AH, p. 1050 ss. ; KAUFMANN, RABAGLIO, p. 1059 ss.

¹² Circulaire de 2005, p. 2, *ab initio*.

¹³ Circulaire de 2005, p. 3 s.

remplir ces critères, une analyse basée sur les circonstances *in concreto*¹⁴ sera effectuée¹⁵.

La majorité des critères posés dans la circulaire apparaissaient inadaptés¹⁶. En outre, la sécurité juridique n'était pas rétablie. Nombreux étaient les cas dans lesquels le contribuable voyait, ce qu'il croyait être de la gestion de la fortune privée requalifiée en activité lucrative indépendante. La seule lecture de la jurisprudence abondante, en particulier au niveau cantonal¹⁷, dès 2005 montre la difficulté de distinguer ces concepts ainsi que l'insécurité du contribuable. Comme le précise à juste titre HAINAUT et WIDMER DOMINÉ, même notre Cour suprême ne se référait que rarement et de manière non décisive à la circulaire de 2005¹⁸.

2. La RIE II¹⁹

La RIE II aurait été l'occasion de clarifier l'ensemble de cette problématique en proposant une base légale claire. Il était alors question de réaliser une codification concernant directement le commerce professionnel de titres. Le Conseil fédéral avait alors relancé²⁰ cette idée dans son message²¹ concernant la loi fédérale sur l'amélioration des conditions fiscales²² applicables aux activités entrepreneuriales et aux investissements. La réforme avait pour objectif de remplacer la pratique par deux critères alternatifs : le financement par emprunt²³, et l'importance et la fréquence relativement élevée des transactions²⁴.

Pour ne pas faire échouer le projet de loi sur la RIE II, le Conseil des Etats et le Conseil national ont fait le choix en mars 2007, de ne pas réaliser ces nouvelles dispositions,

¹⁴ Circulaire de 2005, p. 4.

¹⁵ Ces éléments seront analysés de manière plus détaillée lors de l'étude comparative de la nouvelle circulaire de 2012 avec celle de 2005 (v. ci-dessous, point III., B., 3.).

¹⁶ HAINAUT, WIDMER DOMINÉ, p. 768.

¹⁷ V. par exemple pour le canton de Zürich: arrêt SB.2009.00057 du Tribunal administratif zurichois du 20 janvier 2010 ; arrêt SB.2007.00127 du Tribunal administratif zurichois du 22 octobre 2008 ; arrêt SB.2010.00055 du 25 août 2010 Tribunal administratif zurichois du c. 2.3.2 ss.

¹⁸ HAINAUT, WIDMER DOMINÉ, p. 768.

¹⁹ V. plus globalement, sur la RIE II : MÜLLER, p. 406 ; BALABAN, ETTLIN, p. 399 ss. ; STUCKER, p. 778 ss. ; RECHSTEINER, SIGRIST, p. 783 ss ; UEBELHART, MORF, p. 702 ss.

²⁰ L'idée d'une base légale avait déjà vu le jour lors du programme de stabilisation de 1998 (RS 642.11). La circulaire de 2005, tout comme celle de 2012, rappelle l'échec de ce projet. Pour plus de détails sur le programme de stabilisation de 1998, v. NEUHAUS, AGNER, STEINMANN, p. 593 ss. ; SCHÜLE, p. 376 ; ALTORFER, VON AH, p. 1048 ss.

²¹ FF 2005, 4469 ; v. spécifiquement p. 4544 ss. sur le commerce quasi-professionnel de titres.

²² Loi sur la RIE II ; objet 05.058.

²³ En cas d'acquisition financée par des fonds étrangers et d'aliénation des titres dans les de cinq ans de possession du contribuable, les bénéfices réalisés lors de l'aliénation doivent être imposés à titre de revenu d'une activité lucrative indépendante ; FF 2005, 4545.

²⁴ Durant une année fiscale, le produit de la vente de titres atteint au minimum 500 000 francs et ce produit sert à renouveler deux fois au moins la valeur du portefeuille de titres existant au début de l'année, les bénéfices nets tirés des ventes de titres effectuées au cours de l'année fiscale sont considérés comme autant de revenus d'une activité lucrative indépendante ; FF 2005, 4546.

pourtant prévues dans le cadre d'un projet ²⁵. La RIE III²⁶, actuellement en cours, et prévoyant des changements fiscaux importants pour la Suisse afin de maintenir sa compétitivité et de répondre à certaines exigences internationales n'envisage pas de codification concernant le commerce professionnel de titres.

Ainsi, il n'y a pas en droit suisse de base légale concernant cette thématique. C'est pourquoi la jurisprudence, la pratique et les circulaires conservent toute leur importance.

3. La pratique des cantons²⁷

Les cantons ont adopté des pratiques variées suite à la publication de la circulaire de 2005. Ces pratiques ont été mises en place jusqu'à ce jour, et il conviendra de voir si la publication de la nouvelle circulaire aura ou non un impact au niveau cantonal.

Ces diverses pratiques sont la preuve que la circulaire de 2005 n'a pas résolu les principaux problèmes. En effet, si la plupart des cantons romands n'ont pas pris position par rapport à cette circulaire²⁸, certains cantons alémaniques ont complété, voire même, sont allés à l'encontre de ladite circulaire. Le canton de Berne a posé des critères selon lesquels le commerce de titres n'est en général pas professionnel s'il répond à l'un des critères suivants : la valeur moyenne du portefeuille de titres indiquée dans l'état des titres (hors liquidités) est inférieure à 200 000 CHF, moins de 100²⁹ transactions (achats et ventes) sont effectuées sur l'année³⁰.

Zurich a même écarté l'application de la circulaire pour suivre sa propre jurisprudence³¹. Ainsi, dans un arrêt du 22 octobre 2008³², le Tribunal administratif du canton de Zurich rappelle sa jurisprudence et affirme expressément que le Tribunal administratif, de jurisprudence constante, a « mis des exigences beaucoup plus élevées pour admettre une activité lucrative indépendante accessoire en tant que commerçant professionnel de titres que le Tribunal fédéral l'a fait pour l'impôt fédéral direct concernant les commerçants d'immeubles et de titres »³³.

²⁵ Pour de plus amples précisions v. le site internet officiel du parlement : http://www.parlament.ch/afs/data/f/bericht/2005/f_bericht_s_k23_0_20050058_0_20130408.htm#f_ott7

²⁶ Pour de plus amples précisions, v. le rapport intermédiaire de l'organe de pilotage à l'attention du DFF du 7 mai 2013 « Mesures visant à renforcer la compétitivité fiscale de la Suisse ».

²⁷ Pour une analyse assez détaillée de la pratique de Zurich, Schwyz et Zug, v. MAUTE, p. 256 ss.

²⁸ HAINAUT, WIDMER DOMINÉ, p. 768, *in fine*.

²⁹ Ce seuil de transaction est, selon notre avis, très bas (même pas 9 transactions mensuelles). Il est très fréquent, même à titre privé de réaliser beaucoup plus que 9 transactions mensuelles (achats et ventes confondus).

³⁰ Pour de plus amples précisions v. le site internet officiel de l'administration fiscale cantonale du canton de Berne : <http://www.taxinfo.sv.fin.be.ch/taxinfo/display/taxinfofr/Commerce+professionnel+de+titres>

³¹ Arrêt du TA zurichois du 22 octobre 2008, in RDAF 2009 II 287, c. 2.2.2 dans lequel le TA cite expressément la circulaire de 2005 et la jurisprudence du Tribunal fédéral.

³² Arrêt du TA zurichois du 22 octobre 2008, in RDAF 2009 II 284. Dans cet arrêt des époux avaient été qualifiés de commerçants professionnels de titres par les autorités fiscales zurichoises.

³³ Arrêt du TA zurichois du 22 octobre 2008, in RDAF 2009 II 287, c. 2.2.1.

C. Enjeux

L'insécurité juridique due à l'absence de base légale claire, à une jurisprudence évolutive et à des pratiques cantonales divergentes aurait pu créer des attentes importantes dans le milieu de la fiscalité suisse concernant la nouvelle circulaire de 2012.

Toutefois, les désillusions passées due aux divers échecs de codification³⁴ ainsi qu'à l'impact très limité de la précédente circulaire ne laissent pas présager un futur des plus radieux à la nouvelle publication de l'AFC sur le commerce professionnel de titres.

Cette situation est regrettable tant les enjeux sont importants pour un grand nombre de contribuables³⁵. En effet, savoir *a priori* si une opération sera entièrement imposable au titre de l'impôt sur le revenu, ou au contraire exonérée, est fondamental pour tout contribuable. L'absence de critères et de délimitation clairs crée une véritable incertitude pouvant engendrer des conséquences économiques fâcheuses et conduire à des années de procédures (avec un résultat très souvent en défaveur du contribuable).

II. Evolution jurisprudentielle

De nombreuses décisions ont été rendues depuis 2005 concernant le commerce professionnel de titres³⁶. Certaines ont bien évidemment été plus fondamentales et ont eu un impact sur l'élaboration de la nouvelle circulaire de 2012.

A. Décisions de 2005 à 2012³⁷

1. L'arrêt du 23 Octobre 2009³⁸

Cet arrêt est capital en la matière et fonde une partie de la nouvelle circulaire de 2012³⁹. Il concernait un couple de retraités ayant réalisé un gain d'environ CHF 940'000 pour l'année fiscale 2004 suite à différentes opérations sur le SMI. L'affaire arrive dans le

³⁴ V. ci-dessus point I., B., 2.

³⁵ Il ne s'agit pas de situations anecdotiques mais très répandues. L'accès aux marchés financiers a été grandement facilité ces dernières années à travers les outils informatiques, favorisant, à titre privé, les opérations sur titres.

³⁶ Plus généralement de nombreuses décisions ont aussi été rendues pour délimiter l'activité lucrative indépendante et le gain en capital privé exonéré ; v. pour quelques exemples récents : ATF 2C_818/2012 du 21 mars 2013, c. 6.1 ; ATF 2C_786/2012 et 2C_789/2012 du 1^{er} mars 2013, c. 3.1 ; ATF 2C_1023/2011 et 1024/2011 du 10 mai 2012 c. 6.1 ; ATF 2C_361/2011 et 2C_364/2011 du 8 novembre 2011 concernant le commerce professionnel de titres et la vente de participation ; ATF 2C_766/2010 ; 2C_767/2010 du 29.7.2011 concernant le commerce d'objets d'art ; ATF 2C_349/2009 du 16 novembre 2009 c. 4.1.2 ; 2C_893/2008 du 10 août 2009 c.. 2.2 ; ATF 125 II 113, c. 4a) ss ; v. pour un exemple de la jurisprudence à ce sujet DE VRIES REILINGH, p. 48 ss. ; RICHNER, p. 326 ss ; GLAUSER, BEUSCH, p. 296 ss.

³⁷ Nous faisons le choix de nous attarder sur deux arrêts essentiels rendus lors de cette période.

³⁸ ATF 2C_868/2008 du 23 octobre 2009 (la référence dans la circulaire de 2012 est erronée, il ne s'agit pas de l'ATF 2C.868/2008). Cet arrêt a été repris pour diverses raisons dans des décisions ultérieures du Tribunal fédéral: v. à titre exemplatif ATF 2C_802/2012 du 8 janvier 2013, c. 2.1 ; ATF 2C_115/2012 du 25 septembre 2012, c. 2.1.1 qui reprend les critères posés dans l'arrêt de 2009 (cet arrêt concerne une problématique de participations) ; ATF 2C_399/2011 du 13 avril 2012, c. 2.4.2.

³⁹ Circulaire de 2012, p. 5 s.

cadre d'un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral. La Haute Cour précise clairement le cadre dans lequel cette affaire s'est déroulée soit 32 transactions sur titres au SMI (15 achats et 17 ventes)⁴⁰, qui ont été conservés en moyenne moins d'un mois, 69 transactions d'options put et call d'actions du SMI et de Futures⁴¹ avec un gain de plus de CHF 400'000.-, 82 opérations sur devises pour un gain d'environ CHF 350'000.- et un volume de CHF 30'000'000.-⁴². Au regard du cas d'espèce le Tribunal fédéral va qualifier les revenus du couple pour l'année 2004 de « steuerbares Erwerbseinkommen im Sinne von § 18 StG/ZH ».

L'intérêt de cet arrêt ne réside pas dans sa solution mais dans certains considérants novateurs. En effet, il permet désormais de distinguer entre critères primordiaux et critères secondaires⁴³. Cette délimitation nouvelle apparaît expressément dans la circulaire de 2012, qui distingue entre ces deux catégories. La délimitation est essentielle puisque les critères primordiaux peuvent conduire à eux seuls à qualifier une activité de commerce professionnel de titres⁴⁴. Les critères primordiaux sont, selon l'arrêt du Tribunal fédéral, le montant du volume des transactions et le recours à d'importants fonds étrangers pour financer les opérations⁴⁵. A l'inverse, les critères d'importance secondaire « ne fondent pas à eux seuls une activité lucrative indépendante »⁴⁶. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral relègue donc à un niveau secondaire les indices tels que la manière d'agir de façon systématique ou planifiée ou encore les connaissances professionnelles spécifiques⁴⁷.

Si nous pouvons nous réjouir de l'émergence des deux critères primordiaux élaborés par le Tribunal fédéral, nous pouvons regretter qu'il ne soit pas allé plus loin, par exemple en fixant des seuils quant à la proportion de fonds étrangers admissibles. Mais n'est-ce pas le rôle du législateur que de prévoir de telles limites ? Les échecs successifs de codifications et l'absence, à notre connaissance, de projet allant dans cette direction nous laissent penser que le Tribunal fédéral se doit d'être audacieux et poser les critères les plus objectifs et précis possibles afin de garantir la sécurité juridique. Malgré ces quelques critiques, il faut reconnaître que le Tribunal fédéral a fait un pas fort intéressant en 2009, en posant des critères spécifiques au commerce professionnel de titres.

La Haute Cour précise également un autre élément intéressant allant dans le sens d'une prise en compte accrue des réalités financières : il n'y a pas uniquement gestion du

⁴⁰ ATF 2C_868/2008, c. 3.1.

⁴¹ Contrats à terme.

⁴² ATF 2C_868/2008, c. 3.1.

⁴³ Circulaire de 2012, p. 5 s.

⁴⁴ HAINAUT, WIDMER DOMINÉ, p. 771, circulaire de 2012, p. 6, *a contrario*.

⁴⁵ ATF 2C_868/2008, c. 2.7 qui dispose que « Dagegen treten die beiden Kriterien der "Höhe des Transaktionsvolumens" ... sowie der "Einsatz erheblicher fremder Mittel zur Finanzierung der Geschäfte", in den Vordergrund und sind fortan stärker zu gewichten ; v. aussi circulaire de 2012, p. 5 s. qui ajoute de manière peu opportune le critère de l'utilisation de dérivés

⁴⁶ Circulaire de 2012, p. 6.

⁴⁷ Circulaire de 2012, p. 5 ; ATF 2C_868/2008, c. 2.7.

patrimoine privé si le contribuable ne passe que par des transactions sur des obligations ou droits de participations. La qualification de gestion du patrimoine privé n'est pas exclue par l'usage des modèles et instruments financiers modernes⁴⁸. Précisons d'emblée que ce dernier élément est d'ores et déjà limité par la circulaire de 2012 qui impose un troisième critère primordial applicable dans certaines situations à savoir l'utilisation de dérivés⁴⁹. L'ajout de ce troisième critère est regrettable⁵⁰.

2. L'arrêt du 12 septembre 2011⁵¹ : commerce de titres et commerce de participations⁵²

Il s'agissait d'une affaire concernant une société détenue par quatre actionnaires, les deux premiers détenant respectivement 20 et 40 actions, les deux derniers se partageant les 40 actions restantes. L'avenir de la société résidait dans la venue d'un partenaire « fort » : une entreprise fut trouvée et intéressée par l'achat des actions du premier actionnaire si certaines conditions concernant les actions restantes étaient remplies. Pour ce faire, quatre contrats furent conclus afin de réorganiser les participations au sein de la société (contrats de vente, convention d'actionnaire, etc.).

Le problème, sous l'angle fiscal, concerne un actionnaire qui voit la vente de sa participation requalifiée, lors de l'année fiscale 2005. Cette requalification des autorités fiscales zurichoises a pour conséquence que le revenu déclaré de CHF 48'490 n'est plus pertinent : il augmente fortement pour s'établir à CHF 1'354'600 imposables.

Lorsque cette affaire arrive devant la Haute Cour, celle-ci va rappeler les critères posés lors de son précédent arrêt de 2009⁵³. L'ensemble des principes établis en la matière⁵⁴ ne sont pas adaptés au commerce de participation⁵⁵. La Haute Cour réaffirme également sa position face à la « requalification de la vente d'une participation lorsqu'il s'agit d'une opération isolée »⁵⁶. L'analyse faite dans cet arrêt du Tribunal fédéral est pertinente. Le contribuable n'avait pris qu'un risque modéré dans la transaction. De plus, l'opération ne visait qu'à assurer la pérennité de la société⁵⁷.

Cet arrêt confirme que les raisons qui sous-tendent les transferts de participations sont souvent très différentes du simple commerce de titres (avec une potentielle volonté de

⁴⁸ HAINAUT, WIDMER DOMINÉ, p. 769 ; ATF 2C_868/2008, c. 3.3.

⁴⁹ Circulaire de 2012, p. 6.

⁵⁰ V. ci-dessous, point III., B., 3., c.

⁵¹ ATF 2C_385/2011,2C_386/2011 du 12 septembre 2011.

⁵² V. pour un autre exemple d'arrêt sur une participation, ATF 2C_361/2011 et 2C_364/2011 du 8 novembre 2011.

⁵³ V. ci-dessus, point 1 ; ATF 2C_385/2011,2C_386/2011, c. 2.1.

⁵⁴ Ces principes s'appliquent également aux investissements en portefeuille.

⁵⁵ HAINAUT, WIDMER DOMINÉ, p. 769 ; ATF 2C_385/2011,2C_386/2011, c. 2.1.

⁵⁶ HAINAUT, WIDMER DOMINÉ, p. 769 ; ATF 2C_385/2011,2C_386/2011, c. 2.2 concernant la "Beteiligungshandel" aufgrund isolierter Transaktionen.

⁵⁷ GLAUSER, BEUSCH, p. 296.

réaliser un profit à court terme). De plus, comme dans le cas d'espèce⁵⁸, ces opérations interviennent souvent dans le cadre d'opérations isolées et spécifiques, notamment lors d'une vente ou rachat de sociétés.

B. Décisions depuis 2012

La circulaire a été publiée il y a environ une année. La jurisprudence récente s'y réfère-t-elle déjà ? Est-ce encore trop tôt ? Il est certain qu'au regard de la longueur des procédures, il est peu probable que le Tribunal fédéral ait déjà eu l'occasion d'évoquer la nouvelle circulaire dans sa jurisprudence.

Quelques arrêts concernant le commerce professionnel de titres ont été rendus⁵⁹ par la Haute Cour, à notre connaissance, sans que la nouvelle circulaire n'ait été évoquée. Malgré cela, l'arrêt du Tribunal fédéral rendu le 15 janvier 2013⁶⁰ mérite que nous nous y arrêtions quelque peu. Cette décision est intéressante sous l'angle du commerce professionnel de titres puisque la Haute Cour ne fait absolument pas référence à l'arrêt du Tribunal fédéral du 23 octobre 2009 distinguant les critères primordiaux et les critères secondaires. Après avoir exposé la distinction traditionnelle entre gains en capital réalisés lors de l'aliénation d'éléments de la fortune privée et revenus provenant d'une activité lucrative indépendante⁶¹, le Tribunal fédéral rappelle que cette dernière notion doit s'interpréter largement⁶².

Le point intéressant de l'arrêt réside dans le développement de la Haute Cour sur les critères dégagés par la jurisprudence, en particulier « en lien avec les transactions effectuées par les particuliers sur des immeubles ou sur des titres »⁶³. Le Tribunal fédéral, se basant sur un arrêt récent⁶⁴, ne reprend pas la distinction effectuée lors de l'arrêt de 2009, par ailleurs reprise par la nouvelle circulaire de 2012.

Le Tribunal fédéral semble au contraire placer tous les indices traditionnellement utilisés⁶⁵ au même niveau et rappelle que « les circonstances concrètes du cas sont déterminantes, telles qu'elles se présentent au moment de l'aliénation »⁶⁶. Rappelons

⁵⁸ En l'espèce, l'entreprise acquéreuse n'était intéressée par le rachat d'actions d'un actionnaire que dans la mesure où elle pouvait par la suite acquérir la majorité des participations afin de contrôler l'entreprise.

⁵⁹ ATF 2F_2/2013 du 5 juin 2013 concernant une demande de révision ; ATF 2C_511/2012 du 15 janvier 2013.

⁶⁰ ATF 2C_511/2012 du 15 janvier 2013.

⁶¹ ATF 2C_511/2012 du 15 janvier 2013, c. 9.2.

⁶² ATF 2C_511/2012 du 15 janvier 2013, c. 9.2.

⁶³ ATF 2C_511/2012 du 15 janvier 2013, c. 9.2.

⁶⁴ ATF 2C_455/2011 du 5 avril 2012 c. 5.1 et les références citées.

⁶⁵ Le Tribunal fédéral fait la liste de ces indices : « le caractère systématique et/ou planifié des opérations, la fréquence élevée des transactions, la courte durée de possession des biens avant leur (re)vente, la relation étroite entre l'activité indépendante (accessoire) supposée et la formation et/ou la profession (principale) du contribuable, l'utilisation de connaissances spécialisées, l'engagement de fonds étrangers d'une certaine importance pour financer les opérations, le réinvestissement du bénéfice réalisé ou encore la constitution d'une société de personnes. On peut aussi mentionner l'utilisation effective du bien et le motif de son aliénation ».

⁶⁶ ATF 2C_511/2012 du 15 janvier 2013, c. 9.2.

que dans son arrêt de 2009, le Tribunal fédéral relègue à un niveau secondaire les indices tels que la manière d'agir de façon systématique ou planifiée ou encore les connaissances professionnelles spécifiques.

Le Tribunal fédéral s'appuie sur un arrêt rendu en matière immobilière⁶⁷ pour rappeler que « chacun de ces indices peut conduire, en concours avec les autres voire même - exceptionnellement - isolément s'il revêt une intensité particulière, à la reconnaissance d'une activité lucrative indépendante ».

Cette affirmation est maladroite. En effet, le Tribunal fédéral dans son arrêt de 2009 distingue critères primordiaux et critères secondaires, spécifiquement pour le commerce professionnel de titres. Il pose ainsi des particularités qui ne sont pas évoquées dans le cadre du commerce professionnel d'immeubles. L'arrêt du 15 janvier 2013 est aussi en contradiction avec l'actuelle circulaire de 2012, qui affirme que les critères primordiaux peuvent à eux seuls qualifier une opération de commerce professionnel de titres⁶⁸.

En présentant l'ensemble des critères traditionnels de manière indifférenciées, le Tribunal fédéral renoue avec l'ancienne jurisprudence et va, selon nous de manière regrettable, contre la dynamique instaurée par l'arrêt de 2009, confirmée par l'actuelle circulaire de 2012. La circulaire a précisément pour objectif de distinguer les critères dans la situation particulière du commerce professionnel de titres et de ne pas se baser sur l'ensemble des indices visant la situation générale de délimitation entre activité lucrative indépendante et gain résultant d'une gestion de la fortune privée non imposable. La nouvelle circulaire fait d'ailleurs parfaitement la différence et consacre deux sections distinctes, à savoir les critères généraux⁶⁹ puis les particularités pour les portefeuilles de titres⁷⁰. Se baser uniquement sur les principes et indices généraux fait perdre toute utilité à la jurisprudence de 2009, ainsi qu'à la nouvelle circulaire.

Un tel arrêt ne va bien sûr pas dans le sens d'une sécurité juridique accrue du contribuable, qui pourra avoir comme crainte de voir requalifier son opération de commerce professionnel de titres sur un critère qualifié actuellement de secondaire par la circulaire mais revêtant une intensité particulière au sens de l'arrêt du Tribunal fédéral du 15 janvier 2013. Dans le cas d'espèce, les deux critères qualifiés de secondaires, tant par le Tribunal fédéral dans son arrêt de 2009 que par la circulaire de 2012, ont revêtu une grande importance. La Haute Cour se base principalement sur la fonction spécifique du contribuable au sein de la Caisse de retraite et de prévoyance du personnel enseignant du canton du Valais et sur sa « manière [d'agir] systématique et planifiée, avec une fréquence élevée de transactions »⁷¹ pour arriver à la conclusion que

⁶⁷ ATF 2C_455/2011 du 5 avril 2012 c. 5.1 et les références citées.

⁶⁸ A l'inverse, les indices secondaires ne peuvent pas à eux seuls emporter qualification de commerce professionnel de titres.

⁶⁹ Point 4.3.1 de la circulaire de 2012.

⁷⁰ Point 4.3.2 de la circulaire de 2012.

⁷¹ ATF 2C_511/2012 du 15 janvier 2013, c. 9.3.

« le commerce de titres qu'il a développé a largement dépassé la simple administration de la fortune privée »⁷². Il sera intéressant de voir, si à l'avenir le Tribunal fédéral va s'appuyer de manière plus systématique sur la circulaire de 2012, en distinguant les critères primordiaux des critères secondaires, inspirée de sa propre jurisprudence au 31 décembre 2011⁷³.

III. La nouvelle circulaire de 2012

A. Raisons de l'adoption de la circulaire

Une des raisons qui sous-tend l'adoption de la nouvelle circulaire est le manque de portée de l'ancienne publication de 2005. En effet, celle-ci avait pour ambitieux objectifs de clarifier la situation du commerce professionnel de titres ce qui n'a pas été une réussite. La jurisprudence ne s'y réfère quasiment pas et les litiges continuent d'arriver devant les tribunaux⁷⁴.

La circulaire de 2012 vise les mêmes objectifs que celle de 2005⁷⁵ soit la délimitation entre l'art. 16, al. 3 LIFD et l'art. 18 LIFD afin de garantir la sécurité juridique. Elle a pour principal intérêt de prendre en compte l'évolution jurisprudentielle afin de tenter de s'adapter aux besoins et réalités actuelles dans le domaine de la gestion des titres. La principale innovation de cette circulaire réside d'ailleurs dans la prise en compte de l'arrêt du Tribunal fédéral du 23 octobre 2009⁷⁶.

B. Présentation de la circulaire

1. Généralités

La circulaire de 2012 reprend la structure de celle de 2005⁷⁷. Les objectifs affichés par la nouvelle circulaire sont également semblables à ceux de l'ancienne : distinguer le commerce professionnel de titres de la gestion de la fortune privée en posant des critères les plus clairs possibles afin de garantir la sécurité du droit aux contribuables.

Les fondements juridiques sur lesquels repose la nouvelle circulaire sont bien évidemment identiques à ceux déjà présents sous l'ancienne. Il s'agit de savoir si l'opération tombe sous l'art. 16, al. 3 LIFD ou sous l'art. 18 LIFD⁷⁸. La nouvelle circulaire reprend également l'analyse en deux étapes, déjà proposée dès 2005. Il y aura donc tout d'abord un examen préalable permettant potentiellement d'exclure l'existence d'un commerce professionnel de titres, puis un examen *in concreto* dans le cas où le

⁷² ATF 2C_511/2012 du 15 janvier 2013, c. 9.3.

⁷³ Circulaire de 2012, p. 2.

⁷⁴ Les litiges en matière de commerce d'immeubles, ou même en matière de commerce de vins, d'art sont également toujours très présents devant les tribunaux.

⁷⁵ V. tableau récapitulatif.

⁷⁶ V. ci-dessus point II., A., 1.

⁷⁷ Pour une comparaison globale de la circulaire de 2012 avec celle de 2005, v. annexe.

⁷⁸ V. ci-dessus point I., A.

commerce de titres n'est pas exclu par l'examen préalable. Si la procédure analytique ne change pas, les modalités de l'analyse ont été modifiées de manière significative dans la nouvelle circulaire. Tant les critères relatifs à l'examen préalable que ceux ayant trait à l'appréciation *in concreto* ont évolué, principalement grâce à la jurisprudence du Tribunal fédéral⁷⁹.

Notons également une petite modification terminologique sans réelle portée puisque la nouvelle circulaire, même si elle s'intitule « Commerce professionnel de titres », parle dans ses développements de commerce quasi-professionnel de titres⁸⁰, notion qui n'apparaissait pas dans la publication de 2005. Cette notion, déjà présente dans la jurisprudence, affine l'analyse et permet un gain de précision. En effet, il ne s'agit en principe pas, dans la zone grise entre activité lucrative indépendante et gestion de la fortune privée, d'une simple gestion professionnelle de titres puisque celle-ci est bien sûr imposable⁸¹. Il s'agit bien d'une activité quasi-professionnelle, rentrant tout de même dans la catégorie d'activité lucrative du fait de l'interprétation stricte qu'il convient de faire de l'exception de l'art. 16, al. 3 LIFD⁸².

2. Examen préalable

La circulaire de 2005⁸³ contenait déjà l'étape de l'examen préalable. Cette étape propose des Safe harbour rules⁸⁴, autrement dit, des critères permettant au contribuable d'être protégés s'ils sont remplis. En effet, si ces derniers sont cumulativement remplis, il y a gestion de la fortune privée et ce de manière certaine⁸⁵. Une requalification en activité relevant du commerce professionnel de titres n'est plus envisageable. Cinq critères sont nécessaires pour bénéficier de la protection de la circulaire, à savoir⁸⁶ :

- Détention des titres vendus durant 6 mois au moins.
- Volume total des transactions (somme de tous les achats et de toutes les ventes) ne représentant pas, par année civile, plus du quintuple du montant des titres et des avoirs détenus au début de la période fiscale.
- La réalisation de 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.

⁷⁹ L'examen préalable et l'analyse du cas d'espèce seront étudiés en détail aux points III, B, 2. et III, B, 3 ci-dessous.

⁸⁰ Circulaire de 2012, p. 2. Dans la présente contribution, nous utilisons indifféremment les deux termes.

⁸¹ Art. 18 LIFD.

⁸² Selon la circulaire, l'art. 16, al. 1 LIFD est une clause générale, les exceptions telles que l'art. 16, al. 3 LIFD devant s'interpréter restrictivement ; v. circulaire de 2012, p. 2 ; circulaire de 2005, p. 2.

⁸³ Sur des critiques et analyses de la circulaire de 2005, v. ALTORFER, VON AH, p. 1047 ss. ; KAUFMAN, RABAGLIO, p. 1059 ss. ; HAINAUT, WIDMER, 2005, p. 808 ss. ; MÜLLER, p. 405 s.

⁸⁴ OESTERHELT, p. 99 s.

⁸⁵ Circulaire de 2005, p. 3 ; circulaire de 2012, p. 3.

⁸⁶ V. aussi, par exemple OESTERHELT, p. 99

- Placements non financés par des fonds étrangers ou les rendements de fortune imposables provenant des titres (p. ex. les intérêts, les dividendes, etc.) sont plus élevés que la part proportionnelle des intérêts passifs.

- Achat et vente de produits dérivés (en particulier d'options) limités à la couverture des positions-titres du contribuable.

Si la circulaire de 2012 reprend l'approche de safe harbour rules, certains critères ont évolué⁸⁷.

a. Les critères identiques à ceux de 2005

(i) Le volume total des transactions

La circulaire de 2012 reprend le critère directement de la circulaire de 2005 selon lequel il n'est pas permis, pour bénéficier de la protection offerte en cas de conformité aux conditions posées au stade de l'examen préalable, de faire tourner le portefeuille de titres plus de deux fois et demi par an⁸⁸.

Cette condition peut certes constituer un indice d'un commerce professionnel de titres mais ne devrait pas être érigée comme critère absolu. En effet, il n'y a pas forcément de lien entre volume des transactions élevé et pure spéculation à titre professionnel par exemple. Les transactions s'effectuant de manière très aisée, un gros volume peut facilement être atteint.

Ce seuil aurait pu ne pas être repris dans la nouvelle circulaire au niveau de l'examen préalable d'autant plus que le critère du montant du volume des transactions, associé à la courte durée de possession, figure en plus au stade de l'analyse *in concreto* en tant que critère primordial, pouvant entraîner à lui seul la qualification de commerce professionnel de titres.

(ii) Le critère du remplacement des revenus manquants

Ce critère déjà présent dans la circulaire de 2005 n'est pas plus adéquat à l'heure actuelle. Faire un lien entre gain en capital et revenus afin de déterminer s'il s'agit d'une activité lucrative, en l'espèce d'un commerce quasi-professionnel de titres est discutable. Cela a pour conséquence fâcheuse de faire tantôt tomber l'opération sous le coup d'une activité imposable, tantôt sous la forme d'un gain consécutif à la gestion de la fortune privée exonéré. Or ceci ne peut être un critère de distinction, la loi permettant sans autre

⁸⁷ Pour un comparatif général des critères de la circulaire de 2005 et de celle de 2012, v. tableau comparatif.

⁸⁸ HAINAUT, WIDMER, 2005, p. 809.

considération l'exonération des gains résultants de l'administration de la fortune privée (art. 16, al. 3 LIFD)⁸⁹.

Ce critère ne prend absolument pas en considération un aspect à notre sens essentiel: le temps que la personne consacre à cette activité. Un tel critère peut être intéressant pour différencier des situations variées: il n'en va pas de même d'un travailleur à temps complet ne consacrant que quelques heures par semaine à la gestion de sa fortune privée même s'il réalise des gains importants et un travailleur à 20% ayant pour principale activité la gestion de sa fortune mobilière.

Le seuil de 50% paraît également délicat à appliquer sans autre considération. En effet, pour un contribuable ayant des revenus très importants, il est possible que des gains en capitaux représentant 60% ou même davantage de son revenu net aient moins d'influence que des gains représentant 30% du revenu net pour un contribuable modeste. Même si la circulaire utilise le terme « normalement »⁹⁰ qui semble laisser une place à des exceptions (comme par exemple précisément pour le cas où un contribuable est très aisé), un tel palier est inadapté au commerce quasi-professionnel de titres.

(iii) Financement par des fonds étrangers

Cette condition est reprise mot pour mot de celle de la circulaire de 2005. Le financement par fonds étrangers est en quelque sorte anormal dans le cadre d'une gestion de la fortune privée et signale une « professionnalisation » de l'activité, même accessoire.

Comme le soulèvent à juste titre HAINAUT, WIDMER, encore faut-il faire le lien fonctionnel⁹¹ entre les fonds empruntés et l'acquisition de titres. La nouvelle circulaire n'est malheureusement pas plus développée sur ce point que ne l'était l'ancienne.

Un cas typique de fonds étrangers en lien avec les opérations sur titres est le crédit lombard⁹² permettant d'obtenir des liquidités via le nantissement des avoirs mis en dépôt. Ces liquidités peuvent ensuite servir à l'acquisition d'autres instruments financiers.

(iv) L'achat et la vente de produits dérivés⁹³

Précisons à titre liminaire que les produits dérivés font partie des titres au sens de la circulaire⁹⁴. Les produits dérivés se divisent principalement en produits de type forward/futures, en swaps et contrats d'option, d'où l'utilisation dans la circulaire du

⁸⁹ HAINAUT, WIDMER, 2005, p. 810.

⁹⁰ Circulaire de 2012, p. 3.

⁹¹ HAINAUT, WIDMER, 2005, p. 810.

⁹² Favorise l'effet de levier.

⁹³ v. aussi circulaire de 2012, p. 4.

⁹⁴ Circulaire de 2012, p. 4.

terme « notamment »⁹⁵ montrant le caractère exemplatif de la liste. D'autres produits existent comme par exemple les dérivés de crédit, ou les dérivés environnementaux.

Les opérations sur produit dérivés doivent se limiter à la couverture des positions-titres du contribuable. Cette condition, présente à l'identique sous la circulaire de 2005 et issue de la jurisprudence⁹⁶, traduit l'idée de ne pas permettre la protection résultant de l'examen préalable dans des cas purement spéculatifs. Cette seule référence aux produits dérivés est inopportune, d'autres instruments financiers, en particulier les produits structurés⁹⁷ présentant également un haut niveau de risque. Rappelons que les produits structurés sont innombrables du fait de multiples combinaisons possibles et présentent souvent un aspect spéculatif important (produits structurés à effet de levier par exemple).

Il est d'une certaine manière logique que les opérations sur produits structurés ne soient pas érigées en tant que critère relatif à l'examen préalable puisque ces produits ne sont même pas énoncés sous la définition de titres au sens de la circulaire⁹⁸. En effet, cette dernière ne fait entrer sous cette notion que les papiers valeurs et droits valeurs, les droits inhérents à la qualité d'associé et les droits de créance enregistrés uniquement dans la comptabilité et les dérivés, dont le prix est fonction d'une valeur sous-jacente déterminée, mais pas les produits structurés.

Les produits dérivés ont largement été démocratisés ces dernières années. S'il est vrai qu'ils étaient quasiment réservés aux professionnels il y a plus d'une décennie, ce n'est plus le cas actuellement, ce qui rend ce critère quelque peu obsolète. Cet argument est notamment souligné par le Tribunal administratif zurichois, qui affirme que « même les produits dérivés et structurés ainsi que les parts de hedge funds sont devenus courants chez les investisseurs privés ce qui d'ailleurs – comme les contribuables le mentionnent à raison – se ressent aux volumineuses publicités y relatives dans les quotidiens sérieux »⁹⁹.

b. Les changements

(i) Le changement de la durée de détention

La durée de détention est réduite de moitié puisqu'elle passe d'une année à six mois. Il s'agit d'une exigence minimale de durée sans laquelle la première condition nécessaire à

⁹⁵ Circulaire de 2012, p. 4.

⁹⁶ ATF du 13 novembre 2002, in : RDAF 2004 II 338; ATF du 12 novembre 2001 in RDAF 2002 II 480.

⁹⁷ Un produit structuré est un produit qui combine généralement deux éléments à savoir un placement à terme fixe avec des produits dérivés. Il peut s'agir de produits structurés à capital garanti ou non garanti, de produits structurés à levier, etc.

⁹⁸ Il est possible de se demander si l'énumération des diverses sortes de titres au point 4.2 de la circulaire est exhaustive ou si d'autres produits tels que les produits structurés pourraient rentrer dans cette catégorie. Certains produits structurés sont présentés dans la circulaire n° 15 dont les produits structurés avec protection du capital, qui en combinaison avec les modèles correspondants d'option, sont considérés comme des produits transparents.

⁹⁹ Arrêt du TA zurichois du 22 octobre 2008, in RDAF 2009 II 291 s., c. 3.4.2.

l'exclusion de l'activité de commerce professionnel de titres ne peut pas être remplie. Cette exigence se comprend aisément du fait de la volonté de l'administration d'exclure des opérations purement spéculatives du champ de l'art. 16, al. 3 LIFD.

Toutefois, eu égard aux marchés toujours plus volatiles et à une époque où la rapidité s'accroît, maintenir un tel minima de durée de détention semble inadéquat, du moins trop large. En effet, si six mois de détention est une période pouvant paraître courte dans l'optique d'une gestion de portefeuille en « bon père de famille » basée sur des titres peu volatiles, une telle durée est extrêmement longue concernant d'autres instruments financiers, pas nécessairement spéculatifs pour lesquels la réaction rapide est essentielle¹⁰⁰. On ne saurait demander à un contribuable de conserver des positions subissant des pertes croissantes uniquement dans le but d'atteindre ce seuil des six mois. A l'inverse, un contribuable voyant ses positions fortement augmenter et voulant les vendre pourrait se demander s'il ne doit pas attendre au risque que le cours des titres connaisse un retournement de situation.

De plus, les derniers évènements boursiers et économiques mondiaux¹⁰¹ (dont la crise des subprimes) ont démontré que même pour des titres ou autres instruments réputés sûrs et à long-terme, des mouvements brutaux peuvent se produire. Ceux-ci nécessitent une réaction efficiente et rapide en contradiction avec le carcan d'une durée minimale imposée.

Si un abandon pur et simple du critère de la durée n'était peut-être pas envisageable, une inspiration de la pratique bernoise s'appuyant sur une durée de détention par catégorie de titres, aurait été souhaitable¹⁰².

A notre sens, la durée de détention n'a plus sa place au stade de l'examen préalable mais plutôt à celui de l'examen *in concreto*. La circulaire de 2012 fait d'ailleurs état de cet élément en le liant au montant du volume des transactions qui est l'un des critères primordiaux¹⁰³. Le fait d'utiliser ce critère à ce stade suffit et aurait dû permettre de l'éliminer de l'examen préalable.

(ii) La disparition du critère du rapport étroit avec l'activité du contribuable

La circulaire de 2005 prévoyait un sixième critère lors de l'examen préalable¹⁰⁴ : le lien avec l'activité du contribuable, et ses connaissances professionnelles ainsi que l'accessibilité des transactions¹⁰⁵.

¹⁰⁰ De nombreux types d'instruments financiers très différents existent dont les plus connus sont les actions ou les obligations. Il peut toutefois s'agir aussi par exemple de warrants, d'options, etc.

¹⁰¹ Nous pouvons bien sûr penser à la crise des subprimes et à la crise mondiale débutée en 2007, mais aussi aux différentes bulles mondiales ayant éclaté ces dernières décennies (bulle internet, bulle japonaise, bulle immobilière, etc.).

¹⁰² HAINAUT, WIDMER DOMINÉ, p. 770.

¹⁰³ Circulaire de 2012, p. 5 ; HAINAUT, WIDMER DOMINÉ, p. 770.

¹⁰⁴ Il s'agissait en fait du quatrième critère de la liste qui a été supprimé.

C'est précisément ce critère que le Tribunal fédéral a renvoyé à un plan secondaire dans son arrêt de 2009¹⁰⁶. La Haute Cour avait alors à l'occasion rappelé l'évolution des marchés financiers, la rapidité toujours de plus en plus importante imposée par la finance moderne. Ceci avait pour conséquence de faire perdre de l'intérêt à ce critère¹⁰⁷. Un tel indice n'est plus un signe distinctif du commerce professionnel de titres et est, en quelque sorte, devenu obsolète¹⁰⁸.

La Haute Cour résume parfaitement les raisons qui l'ont conduite à reléguer ce critère au second plan : « So ist nicht von der Hand zu weisen, dass sich das Kriterium der "systematischen und planmässigen Vorgehensweise" bei näherer Betrachtung als nicht mehr sehr zeitgemäss erweist; diese Voraussetzung dürfte heute fast jede Person erfüllen, die sich - privat oder gewerbsmässig - mit Wertschriftenhandel befasst. Das Gleiche gilt für die "speziellen Fachkenntnisse". Diese beiden Kriterien können bei der Beurteilung des gewerbsmässigen Wertschriftenhandels nur noch eine untergeordnete Bedeutung haben, namentlich im Sinne von Ausschlusskriterien »¹⁰⁹.

La circulaire de 2012 suit expressément¹¹⁰, sur ce point, l'arrêt du Tribunal fédéral et considère que le « rapport étroit entre les transactions et l'activité professionnelle du contribuable, de même que l'utilisation de connaissances spéciales »¹¹¹ n'est plus qu'un indice secondaire.

Un tel changement est, selon nous, justifié. En effet, la place de ce critère au niveau de l'examen préalable discriminait de nombreux contribuables du seul fait qu'ils étaient professionnellement actifs dans le domaine de la finance. Or le seul fait d'avoir pour activité professionnelle un métier dans le cadre du commerce de titres ne peut pas, à notre avis¹¹², constituer à lui seul une exclusion de la possibilité de bénéficier de l'effet protecteur de l'examen préalable¹¹³. En outre, l'accès à l'information et aux marchés, facilité par les outils informatiques et de télécommunication¹¹⁴, tend à mettre sur un pied plus égalitaire les professionnels de la finance avec les citoyens n'ayant pas de lien

¹⁰⁵ Ce critère était exactement énoncé comme suit dans la circulaire de 2005, p. 3, *in fine* : « les placements, respectivement les transactions qui s'y rapportent, sont en principe accessibles à tous les investisseurs et ne sont pas en rapport étroit avec l'activité professionnelle du contribuable, respectivement ne sont pas attribuables à des connaissances spéciales acquises en vertu d'une profession particulière ».

¹⁰⁶ ATF 2C_868/2008, c. 2.7.

¹⁰⁷ Le Tribunal fédéral applique un raisonnement identique pour l'autre critère qu'il relègue au second plan : celui de l'activité systématique et planifiée.

¹⁰⁸ Pour le moins, il a perdu de l'importance.

¹⁰⁹ ATF 2C_868/2008, c. 2.7.

¹¹⁰ Circulaire de 2012, p. 6.

¹¹¹ Circulaire de 2012, p. 6.

¹¹² V. du même avis, HAINAUT, WIDMER DOMINÉ, p. 770.

¹¹³ En effet, cet examen définit des critères cumulatifs : si un seul n'est pas rempli, comme le lien trop étroit avec la profession, alors seule l'analyse *in concreto* permet de faire échapper l'opération à la qualification de commerce professionnel de titres.

¹¹⁴ Ces dernières années, internet a énormément facilité les opérations directes sur les marchés financiers. De plus l'accès à l'information, via les nombreux sites internet spécialisés et les chaînes de télévision (Bloomberg, BFM business, etc.) entièrement dédiées aux marchés financiers, est devenu aisé.

particulier avec cette activité, mais s'adonnant quotidiennement aux opérations en bourse.

Rappelons tout de même que l'arrêt du Tribunal fédéral du 15 janvier 2013¹¹⁵, de manière regrettable, ne suit pas la distinction entre critères primordiaux et secondaires mais s'arrête et se réfère uniquement aux indices utilisés dans la situation générale. Cette récente décision ne relègue ainsi pas au second plan le rapport étroit avec l'activité du contribuable.

Il faut espérer à l'avenir que la jurisprudence s'appuie de manière plus régulière sur l'arrêt du Tribunal fédéral de 2009, repris dans la circulaire de 2012, mettant en exergue les spécificités relatives au portefeuille de titres.

3. Analyse du cas d'espèce

a. Généralités

Si l'examen préalable ne conduit pas à l'exclusion du commerce quasi-professionnel de titres, il faut passer à l'analyse concrète¹¹⁶. La circulaire de 2012 change fondamentalement sur ce point. En effet, il y a désormais une mise en exergue sans équivoque des particularités ayant trait au commerce professionnel de titres avec distinction entre critères primordiaux et critères secondaires.

b. Les critères généraux

La circulaire de 2012 commence par reprendre les critères généraux traditionnels déjà présents dans la circulaire de 2005 et régulièrement admis par la jurisprudence. Ainsi, « il faut toujours se fonder sur l'ensemble des circonstances du cas particulier pour juger si l'on est en présence d'une simple gestion de la fortune privée ou d'une activité lucrative indépendante »¹¹⁷.

Un élément qui figure dans la description de ces critères généraux nous semble toutefois en contradiction avec la priorisation réalisée par la circulaire de 2012 concernant les particularités réservées aux portefeuilles de titres.

En effet, la circulaire dispose de manière générale que « pour déterminer si l'on est en présence d'une activité lucrative indépendante, il convient de prendre en considération divers indices. Chacun de ces indices peut, dans le cas concret selon les circonstances aussi à lui seul ou en conjonction avec d'autres indices suffire pour faire admettre une activité lucrative indépendante »¹¹⁸. Or la circulaire s'empresse de préciser¹¹⁹ pour les portefeuilles de titres que les indices d'importance secondaire « ne fondent pas à eux

¹¹⁵ ATF 2C_511/2012 du 15 janvier 2013.

¹¹⁶ Circulaire de 2012, p. 3.

¹¹⁷ Circulaire de 2012, p. 4.

¹¹⁸ Circulaire de 2012, p. 4 s.

¹¹⁹ V. point III., B., 3., d.

seuls une activité lucrative indépendante ». En ce qui concerne les portefeuilles de titres, l'aspect spécifique doit à notre sens prévaloir de sorte qu'un indice d'importance secondaire ne peut pas emporter à lui seul qualification de l'activité de commerce professionnel de titres sur la base des critères généraux. Admettre l'inverse, ferait perdre tout son intérêt à la nouvelle distinction.

c. Les critères primordiaux

Les critères primordiaux peuvent à eux seuls emporter la qualification de commerce professionnel de titres. La circulaire de 2012 prévoit trois critères primordiaux : le montant du volume des transactions, le recours à d'importants fonds étrangers et l'utilisation de dérivés.

Une première remarque s'impose. Si la circulaire se fonde sur l'arrêt de 2009 pour exposer les critères essentiels, elle rajoute le critère de l'utilisation des dérivés. Les remarques que nous avons effectuées concernant le critère des dérivés lors de l'examen préalable peuvent s'appliquer *mutatis mutandis* au stade de l'analyse concrète. La jurisprudence n'avait d'ailleurs, à juste titre, pas érigé cet élément en critère primordial.

Concernant les deux autres critères primordiaux, nous considérons le choix de la jurisprudence, confirmé par la circulaire cohérent. En effet, le critère du montant du volume des transactions critiquable lorsqu'il est pris individuellement devient plus pertinent lorsqu'il est associé, comme le fait la circulaire, à la durée de possession¹²⁰. La combinaison de ces deux éléments marque davantage l'activité quasi-professionnelle, que ne le fait chaque indice pris isolément.

Le financement par fonds étrangers est, comme nous avons eu l'occasion de le préciser¹²¹, une sorte d'« anomalie » dans le cadre d'une gestion de la fortune privée. Même si le problème d'un lien fonctionnel¹²² reste présent, force est d'admettre que cet élément est important pour délimiter la gestion de la fortune privée de l'activité quasi-professionnelle.

Il est tout de même regrettable pour la sécurité juridique que l'utilisation de termes juridiques indéterminés comme celui d'« importants fonds étrangers »¹²³ n'a pas été supprimée. Peut-on vraiment le reprocher à l'AFC ? N'est-ce pas plutôt le rôle du législateur, qui comme nous l'avons vu, n'a toujours pas codifié cette problématique ? L'AFC, se basant sur la jurisprudence au 31 décembre 2011 aurait pu essayer de fixer un ordre de grandeur, même s'il est vrai qu'une telle tentative n'aurait probablement contenté personne, selon le milieu auquel celle-ci appartient.

¹²⁰ Circulaire de 2012, p. 5.

¹²¹ V. point III, B., 2., a., iii.

¹²² Il faut éviter que les contribuables simple créanciers hypothécaires soient aisément classés comme commerçant professionnel de titres.

¹²³ Circulaire de 2012, p. 5.

d. Les critères d'importance secondaire

Les critères d'importance secondaire ne peuvent entraîner à eux seuls la qualification de commerce professionnel de titres, et ce quelle que soit leur importance. Ils sont directement repris de l'arrêt du Tribunal fédéral du 23 octobre 2009. Il est bienvenu que ces critères ne soient plus sur un pied d'égalité avec les critères primordiaux.

Le critère du rapport étroit a disparu de l'examen préalable et est donc classé de manière cohérente dans les critères secondaires. En effet, mis à part l'aspect potentiellement discriminatoire de ce critère pour les professionnels de la finance gérant leur fortune privée, celui-ci a perdu beaucoup de son importance en raison des outils et de l'information désormais aisément disponibles.

La manière d'agir systématique ou planifiée est également devenue obsolète selon les considérations du Tribunal fédéral¹²⁴ et est reléguée à un rang subalterne dans la circulaire. Le critère du réinvestissement des bénéfices réalisés dans des éléments de fortune similaires, qui existait de manière indépendante sous l'ancienne circulaire, est désormais placé avec la manière d'agir systématique. Il n'est donc plus un critère autonome, permettant selon son importance de faire tomber l'activité sous le champ du commerce professionnel de titres.

Nous pouvons tout de même saluer cette adaptation justifiée à la jurisprudence. Si, au niveau des indices primordiaux, l'AFC a trouvé opportun d'ajouter un critère non prévu par la récente jurisprudence, l'administration s'en tient, à juste titre, à l'arrêt de 2009 pour ce qui a trait aux critères secondaires.

IV. Apports et critiques de la nouvelle circulaire

A. Apports

La circulaire de 2012, même si elle ne présente pas d'innovation fondamentalement surprenante puisqu'elle ne fait en quelque sorte qu'actualiser la précédente circulaire au vu de la jurisprudence rendue dans l'intervalle, présente selon nous deux apports essentiels :

- la suppression au stade de l'examen préalable du critère du rapport étroit avec l'activité professionnelle du contribuable ;
- la priorisation de certains critères lors de l'analyse concrète.

Ainsi, le principal intérêt de la circulaire réside dans un toilettage afin de mieux correspondre aux exigences de l'actualité dans des marchés financiers plus volatiles et soumis à une exigence de célérité accrue.

¹²⁴ ATF 2C_868/2008, c. 2.7.

B. Critiques

Des critiques ont déjà été évoquées lors du développement de certains points comme par exemple le fait d'avoir introduit le critère primordial des dérivés lors de l'examen de la situation concrète ou de ne pas avoir changé certains critères non pertinents dans l'examen préalable.

Quelques regrets peuvent aussi émerger quant à la quantité non négligeable de termes juridiques soumis à interprétation, voire indéterminés. En effet qu'est-ce qu'un recours à d'importants fonds étrangers¹²⁵? Qu'est-ce que le train de vie du contribuable¹²⁶? La multiplication de ces imprécisions est en contradiction totale avec l'objectif affiché de la circulaire : garantir la sécurité du contribuable. Qu'y a-t-il de plus insécurisant que de ne pas savoir ce que l'administration fiscale, puis les tribunaux en cas de litige, incluront sous ces termes? La situation sera fondamentalement différente selon qu'une acception large ou au contraire ténue est retenue.

En outre, la circulaire qui se prévaut de prendre en compte la jurisprudence aurait pu insister sur la différence faite par le Tribunal fédéral entre le commerce de participations et le commerce de titres. L'arrêt du 12 septembre 2011¹²⁷ traite parfaitement de cette problématique et aurait pu être intégré afin d'affiner la définition de titres au sens de la circulaire.

Conclusion

La nouvelle circulaire de 2012 fait un grand effort d'adaptation à la jurisprudence, sans toutefois s'y conformer strictement. Certains critères, déjà critiqués à l'époque, vont continuer à être pris en compte, et ce de manière regrettable, par l'administration fiscale.

La notion de commerce quasi-professionnel de titres étant souvent synonyme de situations délicates à analyser, il est peu probable que la nouvelle publication de l'AFC apporte la sécurité juridique tant espérée. Il est ainsi difficile de prévoir un avenir prometteur à la circulaire de 2012, qui ne sera sans doute pas plus reprise par les tribunaux que ne l'a été l'ancienne publication de 2005.

Il ne reste plus qu'à espérer un projet de codification afin de fixer, s'il est possible¹²⁸, des critères précis et sécurisants dans une base légale. Un tel projet n'étant pas envisagé, quelques années d'incertitudes vont sans nul doute dicter la situation des contribuables et les litiges devant les tribunaux.

¹²⁵ Deuxième critère primordial de la circulaire, v. circulaire de 2012, p. 5.

¹²⁶ Terme utilisé dans le point 3 de l'examen préalable, v. circulaire de 2012, p. 3

¹²⁷ ATF 2C_385/2011,2C_386/2011 du 12 septembre 2011.

¹²⁸ La distinction entre gestion de la fortune privée et commerce quasi-professionnel de titres est très délicate. Peut-être faudrait-il abandonner une telle idée pour distinguer, dans des situations délicates, gestion de fortune privée et pure spéculation par exemple.

Bibliographie

ALTORFER JÜRIG , VON AH JULIA: Gewerbsmässige Wertschriftenhändlerstätigkeit , in : ECS 12/2005, p. 1047.

BALABAN BRANKO , ETTLI ERICH: Unternehmenssteuerreform II für Personenunternehmen , in : ECS 6-7/2010, p. 399.

BETSCHART PHILIPP: Der gewerbsmässige Liegenschaften- und Wertschriftenhandel im StHG, in ECS 9/1999, p.847 ss.

BYLAND MARTIN: Equivoques persistantes dans le commerce professionnel de titres, in: TREX 2005, p. 344.

DE VRIES REILINGH JEANINE: Impôt sur le revenu et la fortune des personnes physiques, in : DANON ROBERT, OBRIST THIERRY, DE VRIES REILINGH JEANINE, MARTINEZ NATASSIA, DE VRIES REILINGH DANIEL, GUILLAUME PIERRE ALAIN: La jurisprudence fiscale du Tribunal fédéral en 2001, RJN 2011, p. 41.

GLAUSER PIERRE-MARIE, BEUSCH MICHAEL : Le point sur le droit fiscal/Entwicklungen im Steuerrecht, in: RSJ, 108/2012, p. 294.

HAINAUT JEAN-MARIE, WIDMER DOMINÉ ANNE: Commerce professionnel de titres, in: ECS 10/2012, p. 768 ss.

HAINAUT JEAN-MARIE, WIDMER DOMINÉ ANNE: Commerce professionnel de titres, in: ECS 10/2005, p. 808 ss. (cité : 2005).

KAUFMANN THOMAS JÖRG , RABAGLIO ORLANDO: Commerce professionnel de titres, in: ECS 12/2005, p. 1059.

MAUTE WOLFGANG : Gewerbsmässiger Wertpapierhandel - Quo vadis?, in: StR 62/2007 p. 254.

MÜLLER FRITZ: Der Quasi-Wertschriftenhandel, in: ECS 2007, p. 405.

NEUHAUS HANS-JÜRIG, AGNER PETER, STEINMANN GOTTHARD: Der gewerbsmässige Liegenschaften- und Wertschriftenhandel nach dem Stabilisierungsprogramm 1998, in: ECS 6-7/1999, p. 593.

OBERSON XAVIER: Droit fiscal suisse, 4^{ème} éd., Bâle, 2012.

OBERSON XAVIER, MARAIA JEAN-FRÉDÉRIC: Artistes, art et fiscalité, in: SJ 2012 II, p. 61.

OESTERHELT STEFAN: Steuerrechtliche Entwicklungen (insbesondere im Jahr 2012), in: SZW, 2013, p. 85

REICH MARKUS : Steuerrecht, 2^{ème} éd., Zurich, 2012.

RECHSTEINER CHRISTOPH, SIGRIST JONAS: Das Kapitaleinlageprinzip der USTR II, in: ECS 10/2008, p. 783.

RICHNER FELIX: Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2011 im Bereich der natürlichen Personen, in: ASA, 81, p. 319.

SCHÜLE KURT: Neuregelung der Gewerbsmässigkeit aus dem Stabilisierungsprogramm 98 gekippt, in ECS 4/1999, p. 376.

STUCKER CÉDRIC: Réforme de l'imposition des entreprises II sous l'angle politique et économique, in: ECS 10/2008, p. 778.

UEBELHART PETER, MORF CATHERINE: Unternehmenssteuerreform II – erste kritische Übersicht, in ECS 9/2005, p. 702.

Z'GRAGGEN TONY, SCHMIDIG PHILIPP: Steuerneutrale Umwandlung beim gewerbsmässigen Liegenschaftenhändler, in ECS 4/2010, p. 221 ss.

Documents officiels (autres que la loi)

Circulaire de l'AFC n° 8 du 21 juin 2005 sur le commerce professionnel de titres (citée, notamment, circulaire de 2005).

Circulaire de l'AFC n° 36 du 27 juillet 2012 sur le commerce professionnel de titres (citée, notamment, circulaire de 2012).

Circulaire de l'AFC n° 15 du 7 février 2007 sur les obligations et instruments financiers dérivés en tant qu'objets de l'impôt fédéral direct, de l'impôt anticipé et des droits de timbre.

Message concernant la loi fédérale sur l'amélioration des conditions fiscales applicables aux activités entrepreneuriales et aux investissements, in: FF 2005, 4469.

Rapport intermédiaire de l'organe de pilotage à l'attention du DFF du 7 mai 2013 « Mesures visant à renforcer la compétitivité fiscale de la Suisse ».

Annexe: Tableau comparatif

Sections	Circulaire de 2005	Circulaire de 2012	Commentaires sur la nouvelle circulaire
Objectifs de la circulaire	<ul style="list-style-type: none"> • Distinguer le commerce professionnel de titres de la gestion de la fortune privée. • Garantir la sécurité du droit. 	<ul style="list-style-type: none"> • Distinguer le commerce quasi-professionnel de titres et la gestion de la fortune privée. • Garantir la sécurité du droit. 	<p><u>Similitudes</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Objectifs similaires • Analyse en 2 temps comme dans la circulaire de 2005: examen préalable (safe harbour rules) puis, cas échéant examen <i>in concreto</i>. <p><u>Divergences</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Volonté de prise en compte de la jurisprudence du TF au 31.12.2011. • Vocabulaire plus précis : commerce quasi-professionnel de titres en lieu et place du simple commerce professionnel de titres.
Fondements juridiques	<ul style="list-style-type: none"> • Délimitation entre les gains en capitaux sur la fortune privée non imposables et bénéfices en capital imposables en tant que revenus d'une activité lucrative 	<ul style="list-style-type: none"> • Délimitation entre les gains en capitaux sur la fortune privée non imposables et bénéfices en capital imposables en tant que revenus d'une activité lucrative 	<p><u>Similitudes</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Reprise de la circulaire de 2005.

	<p>indépendante (art. 16, al. 3 LIFD/art. 18 LIFD).</p> <ul style="list-style-type: none"> • Résumé de l'échec du programme de stabilisation de 1998. 	<p>indépendante (art. 16, al. 3 LIFD/art. 18 LIFD).</p> <ul style="list-style-type: none"> • Résumé de l'échec du programme de stabilisation de 1998. 	<p><u>Divergences</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Pas de divergence notable.
<p>Examen préalable</p>	<p>Exclusion du commerce professionnel de titres si les 6 critères suivants sont cumulativement remplis :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Les titres vendus ont été détenus durant une année au moins; • Le volume total des transactions ne représente pas, par année civile, plus du quintuple du montant des titres et des avoirs au début de la période fiscale; • Réalisation des gains en capital provenant d'opérations sur titres afin de remplacer des revenus manquants ou ayant cessé dans le but d'assurer le train de vie du contribuable. (gains en capital réalisés 	<p>Exclusion du commerce professionnel de titres si les 5 critères suivants sont cumulativement remplis :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Les titres vendus ont été détenus durant 6 mois au moins. • Le volume total des transactions ne représente pas, par année civile, plus du quintuple du montant des titres et des avoirs au début de la période fiscale. • La réalisation de 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 (gains en capital réalisés 	<p><u>Similitudes</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Reprise des critères relatifs au volume des transactions, au remplacement des revenus manquants, au financement par fonds étrangers et à l'utilisation des produits dérivés pour la couverture des positions. <p><u>Divergences</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Abaissement de l'exigence de durée de possession de 1 an à 6 mois. • Suppression du critère du rapport étroit avec l'activité, respectivement les connaissances du contribuable.

	<p>représentant moins de 50 % du revenu net de la période fiscale considérée);</p> <ul style="list-style-type: none"> • Les placements, respectivement les transactions qui s’y rapportent, sont en principe accessibles à tous les investisseurs et ne sont pas en rapport étroit avec l’activité professionnelle du contribuable, respectivement ne sont pas attribuables à des connaissances spéciales acquises en vertu d’une profession particulière; • Les placements ne sont pas financés par des fonds étrangers ou, en cas d’endettement, les rendements de fortune imposables provenant des titres sont plus élevés que la part proportionnelle des intérêts passifs; • L’achat et la vente de produits dérivés se limitent à la couverture des positions-titres 	<p>représentant moins de 50 % du revenu net de la période fiscale considérée).</p> <ul style="list-style-type: none"> • Les placements ne sont pas financés par des fonds étrangers ou les rendements de fortune imposables provenant des titres 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. 	
--	---	--	--

	du contribuable.		
Activité lucrative indépendante portant sur des titres (généralités)	<ul style="list-style-type: none"> • Exposé de la pratique de l'AIFD • Définition de la notion de titres 	<ul style="list-style-type: none"> • Exposé de la pratique de l'AIFD • Définition de la notion de titres 	<u>Similitudes</u> Reprise identique de l'ancienne circulaire. <u>Divergences</u> Pas de divergence.
Distinction entre l'activité lucrative indépendante portant sur des titres et la simple gestion de la fortune privée : examen <i>in concreto</i>	Exposé des indices d'une activité lucrative indépendante (Chacun de ces indices peut, à lui seul ou en conjonction avec d'autres indices, suffire pour faire admettre une activité lucrative indépendante): <ul style="list-style-type: none"> • Manière d'agir systématique ou planifiée. • Fréquence élevée des transactions et courte durée de possession. 	Critères primordiaux: <ul style="list-style-type: none"> • Montant du volume des transactions (fréquence élevée des transactions et courte durée de possession). • Recours à d'importants fonds étrangers pour financer les transactions. • Utilisation de dérivés. Critères d'importance secondaire:	<u>Similitudes</u> <ul style="list-style-type: none"> • Reprise des critères. <u>Divergences</u> <ul style="list-style-type: none"> • Priorisation avec distinction entre critères primordiaux pouvant à eux seuls entraîner la qualification de commerce professionnel de titres et critères d'importance secondaire.

	<ul style="list-style-type: none"> • Rapport étroit entre les transactions et l'activité professionnelle du contribuable, de même qu'utilisation de connaissances spéciales. • Recours à d'importants fonds étrangers pour financer les transactions. • Réinvestissement des bénéfices réalisés dans des éléments de fortune similaires. 	<ul style="list-style-type: none"> • Manière d'agir systématique ou planifiée. • Rapport étroit entre les transactions et l'activité professionnelle du contribuable, de même que l'utilisation de connaissances spéciales. 	
Base de calcul	<ul style="list-style-type: none"> • Le bénéfice provenant de la vente de titres est défini comme la différence entre le produit de la vente et le prix d'acquisition des titres, déduction faite des frais liés à la vente. 	<ul style="list-style-type: none"> • Le bénéfice provenant de la vente de titres est défini comme la différence entre le produit de la vente et le prix d'acquisition des titres, déduction faite des frais liés à la vente. 	<p><u>Similitudes</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Reprise identique de la base de calcul, y compris les précisions sur les frais de l'art. 27 LIFD. <p><u>Divergences</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Pas de divergence notable.
Moment de la qualification	<ul style="list-style-type: none"> • Description des principes du moment de la qualification (période fiscale durant laquelle les indices sont établis, qualification de l'activité lucrative au moment de 	<ul style="list-style-type: none"> • Description des principes du moment de la qualification (période fiscale durant laquelle les indices sont établis, qualification de l'activité lucrative au moment de 	<p><u>Similitudes</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Reprise quasi identique des descriptions de l'ancienne circulaire.

	l'aliénation). <ul style="list-style-type: none"> • Distinction entre intérêts passifs privés et commerciaux. • Notion de titres hérités. 	l'aliénation). <ul style="list-style-type: none"> • Distinction entre intérêts passifs privés et commerciaux. • Notion de titres hérités. 	<u>Divergences</u> <ul style="list-style-type: none"> • Pas de divergence notable (seules quelques références aux circulaires entrée en vigueur dans l'intervalle changent).
--	---	---	---