



Impôt fédéral direct

Berne, le 27 juillet 2012

Circulaire n° 36

Commerce professionnel de titres

Table des matières

1.	Objet de la circulaire	2
2.	Fondements juridiques	2
2.1	<i>Revenus imposables – non-imposition des gains en capital sur les éléments de la fortune privée (art. 16, al. 1 et 3, LIFD)</i>	2
2.2	<i>Bénéfices en capital imposables en tant que revenus d'une activité lucrative indépendante (art. 18 LIFD)</i>	2
2.3	<i>Volonté du législateur manifestée dans le programme de stabilisation 1998</i>	2
3.	Examen préalable	3
4.	Activité lucrative indépendante portant sur des titres (commerce professionnel de titres)	4
4.1	<i>Principe: reprise pour l'application de la LIFD de la pratique développée sous l'empire de l'AIFD (ATF du 2 décembre 1999)</i>	4
4.2	<i>Titres</i>	4
4.3	<i>Distinction entre l'activité lucrative indépendante portant sur des titres et la simple gestion de la fortune privée</i>	4
4.3.1	<i>Critères généraux</i>	4
4.3.2	<i>Particularités pour les portefeuilles de titres</i>	5
4.4	<i>Base de calcul</i>	6
5.	Moment de la qualification	7
5.1	<i>Principe</i>	7
5.2	<i>Intérêts passifs</i>	7
5.3	<i>Titres hérités</i>	8
6.	Entrée en vigueur	8

1. **Objet de la circulaire**

La présente circulaire a pour but d'aider à faire la distinction entre une activité lucrative indépendante (commerce quasi-professionnel de titres) et la gestion de la fortune privée en fonction de la jurisprudence du Tribunal fédéral au 31 décembre 2011. La circulaire ne concerne que l'appréciation fiscale de la gestion de portefeuilles (cf. ch. 4).

Afin de garantir la sécurité du droit aux contribuables, des critères ont été élaborés permettant, dans le cadre d'un examen préalable, d'exclure l'existence d'un commerce professionnel de titres (cf. ch. 3). Au cas où ces critères ne sont pas cumulativement satisfaits, il n'y a pas obligatoirement commerce professionnel de titres. Il convient alors de déterminer dans le cas concret à la lumière de la jurisprudence du Tribunal fédéral s'il y a simple gestion de la fortune privée ou activité lucrative indépendante (cf. ch. 4).

2. **Fondements juridiques**

2.1 ***Revenus imposables – non-imposition des gains en capital sur les éléments de la fortune privée (art. 16, al. 1 et 3, LIFD)***

Selon l'article 16, alinéa 1, de la loi fédérale du 14 décembre 1990¹ sur l'impôt fédéral direct (LIFD), «tous les revenus du contribuable, qu'ils soient uniques ou périodiques» sont imposables. Par cette clause générale, le législateur a posé le principe de l'imposition du revenu global net: seuls les revenus expressément exemptés par une disposition légale ne sont pas soumis à l'impôt sur le revenu. L'article 16, alinéa 3, LIFD, qui dispose que les gains en capital réalisés lors de l'aliénation d'éléments de la fortune privée ne sont pas imposables, constitue une telle exception.

2.2 ***Bénéfices en capital imposables en tant que revenus d'une activité lucrative indépendante (art. 18 LIFD)***

L'article 18, alinéa 1, LIFD énonce que tous les revenus provenant de l'exploitation d'une entreprise commerciale, industrielle, artisanale, agricole ou sylvicole, de l'exercice d'une profession libérale ou de toute autre activité lucrative indépendante, sont imposables. L'article 18, alinéa 2, LIFD précise de plus que tous les bénéfices en capital provenant de l'aliénation, de la réalisation ou de la réévaluation comptable d'éléments de la fortune commerciale font partie du produit de l'activité lucrative indépendante.

2.3 ***Volonté du législateur manifestée dans le programme de stabilisation 1998***

Lors des délibérations concernant la loi fédérale sur le programme de stabilisation 1998², les Chambres fédérales ont tenté d'inscrire expressément le commerce professionnel de titres dans la loi. Toutefois, ce projet a échoué en raison de la complexité de la matière. Par conséquent, il a été décidé de ne rien régler dans la loi mais de s'en tenir au droit en vigueur (pratique et jurisprudence sous l'AIFD). Aussi la «volonté du législateur» a-t-elle été établie sans équivoque.

¹ RS 642.11

² RO 1999 2374

En outre, il ressort des délibérations concernant la loi fédérale sur le programme de stabilisation 1998 que la pratique en matière de commerce professionnel de titres ne doit pas être étendue³. Une gestion «dynamique» de la fortune privée doit demeurer possible⁴. Le recours à des fonds étrangers constitue l'indice le plus pertinent d'un commerce professionnel de titres⁵.

3. Examen préalable

Il convient de se fonder sur l'ensemble des circonstances du cas d'espèce afin de déterminer s'il y a commerce professionnel de titres, c'est-à-dire une activité lucrative indépendante.

Afin de garantir une sécurité du droit adéquate pour la majorité des contribuables, des **critères** ont été élaborés permettant, dans le cadre d'un examen préalable, **d'exclure l'existence d'un commerce professionnel de titres**.

Les autorités fiscales concluent **dans tous les cas** à l'existence d'une gestion de la fortune privée et, par conséquent, à la qualification de gains en capital privés lorsque les **critères suivants sont remplis cumulativement**.

1. Les titres vendus ont été détenus durant 6 mois au moins.
2. 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.
3. 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.
4. Les placements ne sont pas financés par des fonds étrangers *ou* les rendements de fortune imposables provenant des titres (par ex. les intérêts, les dividendes, etc.) sont plus élevés que la part proportionnelle des intérêts passifs.
5. L'achat et la vente de produits dérivés (en particulier d'options) se limitent à la couverture des positions-titres du contribuable.

Au cas où ces critères ne sont pas cumulativement satisfaits, l'existence d'un commerce professionnel de titres ne peut pas être exclue. Cette analyse doit se fonder sur l'ensemble des circonstances du cas d'espèce (cf. ch. 4).

³ Intervention Villiger, Conseiller fédéral, Bulletin officiel, Conseil des Etats le 10.3.1999, p. 140 (traduction libre): D'une manière générale il s'agit de cas rares, et cela demeurera ainsi. C'est aussi dans l'intérêt du fisc, car le fisc court également un risque en imposant l'activité professionnelle, à savoir qu'il doit ensuite admettre la déduction des pertes...

⁴ Intervention Villiger, Conseiller fédéral, Bulletin officiel, Conseil des Etats le 3.3.1999, p. 47 (traduction libre): Nous ne voulons pas d'impôt sur les gains en capital pour les investisseurs et les épargnants traditionnels, ou quel que soit le nom que vous leur donnez, même s'ils administrent un bon portefeuille en appliquant les méthodes les plus modernes. Là, le fisc ne «se servira» pas, sinon il introduirait un impôt sur les gains en capital par la petite porte... Voir également ATF du 3 juillet 1998, dans StE 1998, B 23.1 n° 39.

⁵ Intervention Gemperli, Bulletin officiel, Conseil des Etats, le 2.3.1999, p. 43 (traduction libre): En règle générale, dans le domaine des titres, le simple recours à des fonds étrangers permet de conclure à une activité professionnelle...

4. Activité lucrative indépendante portant sur des titres (commerce professionnel de titres)

4.1 *Principe: reprise pour l'application de la LIFD de la pratique développée sous l'empire de l'AIFD (ATF du 2 décembre 1999)*

Dans son arrêt du 2 décembre 1999, le Tribunal fédéral a confirmé que l'ancienne pratique fondée sur l'article 21, alinéa 1, lettre a, AIFD, s'applique en principe aussi sous l'empire de la LIFD (Archives 69 788). Selon cet arrêt, un contribuable réalise un revenu provenant d'une activité lucrative indépendante s'il achète et vend des éléments de fortune d'une manière qui excède la simple gestion de sa fortune privée. Il faut pour cela qu'il exerce une activité qui, dans son ensemble, soit orientée vers l'obtention d'un revenu ou qu'il effectue des transactions systématiquement dans l'intention de réaliser des bénéfices. Pour juger de l'existence d'une activité lucrative indépendante, la pratique n'exige pas que le contribuable participe de manière reconnaissable à la vie économique ou qu'il exerce cette activité dans une entreprise au sens propre, organisée à cette fin (Archives 73 299).

4.2 Titres

Les titres au sens de la présente circulaire sont les papiers-valeurs, ainsi que les droits non incorporés ayant la même fonction (droits-valeurs). Font partie des titres, d'une part, les papiers-valeurs au sens du droit civil, qui incorporent soit l'ensemble des droits (sociaux et patrimoniaux) inhérents à la qualité d'associé (par exemple les actions, les parts de coopératives), soit uniquement des droits patrimoniaux (par exemple les bons de participation, les bons de jouissance, les parts à des placements collectifs de capitaux) et, d'autre part, les droits de créance (obligations). De même, au sens fiscal, les titres comprennent également les droits inhérents à la qualité d'associé et les droits de créance enregistrés uniquement dans la comptabilité. Enfin, les dérivés, dont le prix est fonction d'une valeur sous-jacente déterminée (actions, obligations, devises, métaux précieux, matières premières, indices, etc.), font également partie des titres. Les instruments financiers dérivés sont notamment constitués d'options, de futures et de swaps.

4.3 *Distinction entre l'activité lucrative indépendante portant sur des titres et la simple gestion de la fortune privée*

4.3.1 Critères généraux

Selon la **jurisprudence**, les gains en capital réalisés lors de l'aliénation d'éléments de la fortune mobilière, en particulier des titres, sont considérés comme des revenus issus d'une activité lucrative indépendante, pour autant que le contribuable procède à des achats et à des ventes dans une mesure qui excède la simple gestion de la fortune privée (Archives 71 627; 66 224). En revanche, les gains en capital issus de l'aliénation d'éléments de la fortune mobilière ne sont pas imposables tant qu'ils sont réalisés dans le cadre de la gestion de la fortune privée ou lors d'une occasion fortuite.

Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, 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 (Archives 71 627; 69 652 et 788, avec références). Une procédure schématique ne conduit à un résultat correct «que dans les cas où les circonstances sont claires et incontestables. Dans les autres cas, il faut, comme jusqu'à présent, apprécier juridiquement l'activité d'après l'ensemble de ses caractéristiques.» (ATF 2C_868/2008).

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. Le fait que certains éléments typiques de l'activité lucrative indépendante fassent défaut dans un cas concret (p. ex. la fréquence élevée des transactions ou le recours à des fonds étrangers) peut être relativisé par d'autres circonstances revêtant une intensité particulière (Archives 73 299). Pour apprécier le «commerce de participations à titre accessoire», le Tribunal fédéral a statué que les indices généraux continuent d'être pleinement applicables (ATF 2C_385/2011, consid. 2.2).

4.3.2 Particularités pour les portefeuilles de titres

Dans son arrêt du 23 octobre 2009 (ATF 2C.868/2008), le Tribunal fédéral s'en tient à ces principes. Il précise en outre la pratique en ce sens que les indices concernant la manière d'agir systématique ou planifiée et les connaissances professionnelles spécifiques n'ont plus qu'une importance secondaire. En revanche, le volume des transactions et le financement par des fonds étrangers sont déterminants. Cette précision vise en particulier la gestion de portefeuilles (ATF 2C_766/2010 et 2C_385/2011).

Si les critères cités au ch. 3 ne sont pas satisfaits en cas d'exploitation d'un portefeuille de titres, il faut examiner, selon le Tribunal fédéral, s'il y a activité lucrative indépendante sur la base de l'évaluation suivante:

Critères primordiaux

- *Montant du volume des transactions (fréquence élevée des transactions et courte durée de possession)*

Une courte durée de possession des titres est un indice indiquant que le contribuable ne cherche pas en premier lieu à placer son argent mais plutôt à réaliser rapidement un bénéfice (Archives 69 652 et 788; 63 43; 59 709). Dans certains cas, une seule transaction permet de conclure à l'existence d'une activité lucrative indépendante (ATF du 1.9.2004, 2A.23/2004; Archives 69 652).

La fréquence élevée des transactions et la courte durée de possession des titres tendent à faire admettre que le contribuable ne cherche pas à faire un placement au moins à moyen terme, mais qu'il vise à réaliser rapidement un bénéfice en capital et qu'il est, par conséquent, prêt à courir le risque de subir d'importantes pertes (Archives 71 627).

- *Recours à d'importants fonds étrangers pour financer les transactions*

Le recours à d'importants fonds étrangers dans la gestion de la fortune privée est plutôt atypique. Dans le cadre d'un simple placement de la fortune privée, on veille en général à ce que les rendements soient supérieurs aux coûts (Archives 69 788). Le contribuable qui recourt à un financement étranger, prend un risque plus élevé, ce qui constitue un indice d'activité lucrative indépendante. Dans la mesure où les intérêts passifs et les frais ne peuvent être couverts par des revenus périodiques mais qu'ils doivent l'être au moyen de bénéfices d'aliénation, il ne peut plus être question d'une gestion de fortune à titre privé (Archives 69 788).

Si le contribuable renonce à faire valoir la déduction des dettes et des intérêts passifs, cela n'implique pas automatiquement que les titres financés par des fonds étrangers soient considérés comme des éléments de la fortune privée: en accord avec la jurisprudence topique, il faut au contraire se fonder dans chaque cas sur l'ensemble

des circonstances pour déterminer si les titres font partie de la fortune privée ou de la fortune commerciale.

- *Utilisation de dérivés*

L'utilisation de dérivés peut servir notamment à protéger la valeur d'un portefeuille d'actions. Mais si le volume des dérivés est important par rapport à la fortune totale et si cette utilisation dépasse la protection contre les risques, l'utilisation de dérivés doit être qualifiée de spéculative ce qui constitue un indice d'un commerce professionnel de titres.

Indices d'importance secondaire

- *Manière d'agir systématique ou planifiée*

Le contribuable poursuit une activité visant à augmenter la valeur de ses avoirs ou tente de tirer parti de l'évolution du marché (Archives 69 652 et 788; 67 483). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, pour admettre l'existence d'une activité lucrative indépendante portant sur des titres, il n'est pas nécessaire que le contribuable exerce cette activité dans une entreprise au sens propre, organisée à cette fin (Archives 73 299; 69 788), ni qu'il participe à la vie économique de manière reconnaissable pour les tiers (Archives 69 652; 67 483; 66 224).

Le réinvestissement des bénéfices réalisés dans des éléments de fortune similaires peut également être considéré comme un élément d'une manière d'agir systématique. Le fait que les bénéfices réalisés soient investis dans des éléments de fortune similaires constitue également un indice de l'existence d'une activité lucrative indépendante portant sur des titres (Archives 69 652 et 788; 67 483; 66 224).

- *Rapport étroit entre les transactions et l'activité professionnelle du contribuable, de même que l'utilisation de connaissances spéciales*

Le rapport étroit entre les transactions et l'activité professionnelle d'un contribuable peut également être un indice qu'il n'agit pas comme tout autre particulier mais qu'il tente de réaliser des bénéfices à la manière d'une personne qui exerce une activité lucrative indépendante à titre principal ou accessoire (Archives 66 224).

Dans l'arrêt du Tribunal fédéral du 23 octobre 2009 (ATF 2C.868/2008), une importance subalterne a été accordée à ces deux indices. Ils ne fondent pas à eux seuls une activité lucrative indépendante; en revanche, ils corroborent la qualification comme telle lorsqu'un des critères principaux est rempli.

Enfin, que le contribuable effectue lui-même les transactions sur titres ou par l'intermédiaire de tiers dûment mandatés (banque, fiduciaire, etc.) n'est pas déterminant (Archives 71 627; 69 652 et 788; 67 483; 66 224). Le comportement de ces tiers, qui agissent en qualité d'auxiliaires, est imputé au contribuable: le succès (ou l'échec) des opérations réalisées déploie en fin de compte des effets sur la capacité contributive du contribuable qui a mandaté ces tiers (Archives 63 43). Dans sa jurisprudence la plus récente, le Tribunal fédéral a confirmé expressément le principe d'après lequel les actes du tiers mandaté sont imputables au contribuable (ATF 2C_868/2008, consid. 3.4).

4.4 Base de calcul

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. Il incombe au contribuable de documenter le prix d'acquisition des titres.

Selon l'article 27, alinéa 1, LIFD, les frais qui sont justifiés par l'usage commercial ou professionnel peuvent être déduits des revenus imposables provenant d'une activité lucrative indépendante. En font notamment partie, les pertes effectives sur des éléments de la fortune commerciale, à condition qu'elles aient été comptabilisées (art. 27, al. 2, let. b, LIFD). Les pertes commerciales ne peuvent en principe être reconnues fiscalement que si elles sont comptabilisées. Cela présuppose que le contribuable tienne une comptabilité. Au cas où il n'est pas astreint, en vertu du droit commercial, à tenir une comptabilité commerciale, ceci ne signifie pas que les pertes subies ne puissent pas être déduites. Les pertes sur titres, qui résultent d'une activité lucrative indépendante, peuvent en principe être prises en considération, indépendamment de l'obligation de tenir une comptabilité au sens du droit commercial (Archives 58 666). Lorsqu'une comptabilité tenue conformément à l'usage commercial fait défaut, la condition pour la déduction des pertes est que le contribuable produise un état des actifs et des passifs, un relevé des recettes et des dépenses ainsi que des prélèvements et apports privés (art. 125, al. 2, LIFD). Les exigences relatives à l'établissement de cet état se fondent sur l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, en particulier sur le genre d'activité exercée et sur son étendue. Dans tous les cas, des documents appropriés garantissant une saisie complète et rigoureuse du revenu commercial et de la fortune commerciale doivent être disponibles de façon à permettre un contrôle aisé de la part des autorités fiscales (StE 2004, B 23.9 n° 7).

5. Moment de la qualification

5.1 Principe

Le contribuable exerce un commerce professionnel de titres durant la période fiscale au cours de laquelle les indices établis par la jurisprudence sont réunis, ce qui implique l'existence d'une fortune commerciale.

Ce n'est qu'au moment de l'aliénation (ou des aliénations) qu'il est possible de déterminer si une personne exerce une activité à but lucratif: c'est en effet seulement à ce moment que toutes les conditions déterminantes sont connues.

Considérant l'incertitude et la volatilité liées aux marchés des titres, il est difficile en pratique d'établir à l'avance la durée de détention des titres, le moment et le nombre des transactions sur une longue période. Par conséquent, les autorités fiscales ne sont en mesure de donner des renseignements les liant juridiquement sur la question de la nature professionnelle d'un commerce de titres que dans des cas sans équivoque.

5.2 Intérêts passifs

Selon l'article 33, alinéa 1, lettre a, LIFD, les intérêts passifs privés ne peuvent être déduits du revenu qu'à concurrence du rendement brut de la fortune augmenté d'un montant de 50 000 francs. En revanche, les intérêts passifs commerciaux sont entièrement déductibles. Si des intérêts passifs font l'objet de reprises de la part des autorités de taxation, cela signifie implicitement que les titres financés par des fonds étrangers sont attribués à la fortune privée pour la période fiscale concernée. Cette qualification (implicite) peut être revue lorsque l'état de fait est modifié. La qualification d'une plus-value intervenue après la fin de la reprise des intérêts passifs comme un revenu d'une activité lucrative indépendante doit être appréciée en fonction de l'ensemble des circonstances au moment de l'aliénation (cf. circulaire n° 22 de l'AFC du 16 décembre 2008).

La distinction entre intérêts passifs privés et commerciaux est faite en fonction de l'utilisation des fonds étrangers prouvée par le contribuable; si la preuve de l'utilisation des fonds étrangers fait défaut, cette distinction est faite en fonction du rapport entre les actifs (répartition proportionnelle; cf. circulaire n° 22 de l'AFC du 16 décembre 2008).

5.3 Titres hérités

La qualification fiscale (fortune privée ou commerciale) des titres possédés par le défunt subsiste lors du transfert aux héritiers (cf. circulaire n° 22 de l'AFC du 16 décembre 2008).

6. Entrée en vigueur

Cette circulaire est applicable dès la date de sa publication sur le site internet de l'AFC. Elle remplace la circulaire n° 8 du 21 juin 2005.