



Martin Byland
lic. en droit, avocat,
TBO Treuhand AG, Zurich

Equivoques persistantes dans le commerce professionnel de titres

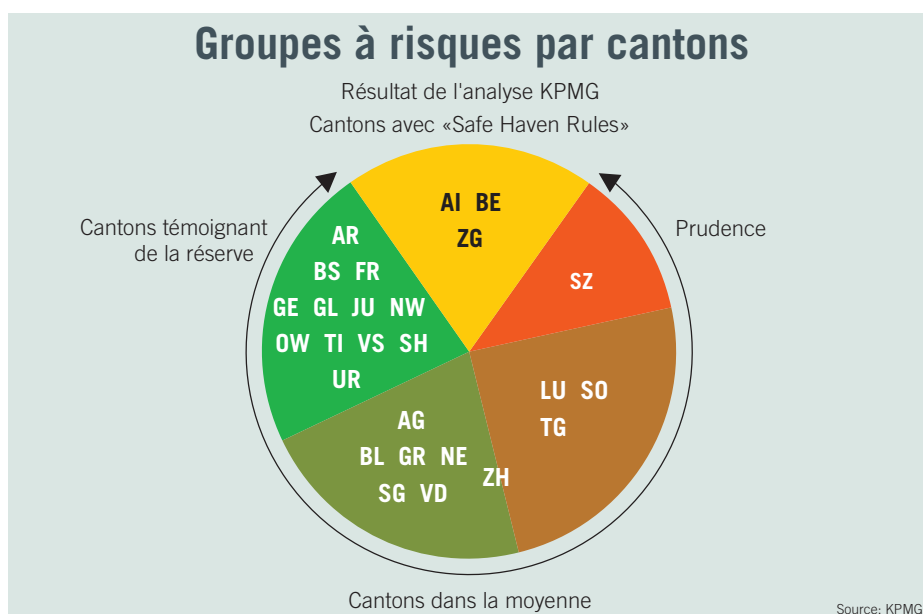
La nouvelle circulaire n° 8 de l'AFC et le message sur la réforme de l'imposition des entreprises II du CF génèrent-ils effectivement davantage de sécurité juridique, ou les exemptions de l'impôt continueront-elles à ne profiter qu'aux seuls gérants de fortune¹ «dilettantes»?

Depuis l'important arrêt du Tribunal fédéral du 8 janvier 1999², il est clairement établi que le seuil entre gain privé en capital exonéré de l'impôt et commerce professionnel de titres est franchi lorsqu'il se présente une activité lucrative indépendante. Ainsi, les bénéficiaires représentent, pour une activité dépassant le simple cadre de l'administration d'une fortune privée, un revenu imposable provenant d'une activité lucrative indépendante, et ce également en cas d'absence d'activité organisée dans une entreprise proprement dite. Les valeurs patrimoniales utilisées pour cette activité représentent une fortune de nature commerciale.

La jurisprudence

En ce qui concerne la question de savoir si l'on se trouve en présence d'une pure gestion de fortune ou d'une activité lucrative indépendante, le Tribunal fédéral et les administrations des contributions renvoient toujours à la pratique formée sous l'empire de l'ancien droit fiscal fédéral, à savoir à l'application d'un catalogue de critères d'indices (cf. table ci-après), chacun de ces indices étant toutefois susceptible, pour lui seul, de mener dans un cas d'espèce, conjointement avec d'autres, à l'admission d'une activité lucrative indépendante. La juris-

prudence, critiquée dans la littérature comme étant imprécise et imprévisible, a incité certains cantons à mettre sur pied des directives en vue de fixer une pratique. Les nombreuses interventions déposées par des députés au Parlement et les articles sévères publiés dans la presse révèlent bien que ces normes très disparates n'ont pas contribué à éclaircir la situation, mais au contraire accru l'insécurité. Selon une analyse portant sur un grand nombre d'arrêts, effectuée par KPMG³, les critères du Tribunal fédéral sont plutôt de nature théorique. Le seul critère important serait le gain en capital, lequel se situe pour l'autorité fiscale à un seuil de tolérance placé entre 500 000 et 1 million de francs. Un gain en capital inférieur à 500 000 francs dans des conditions ordonnées (revenu et fortune moyens) ne mène guère à une imposition, alors que les contribuables se trouvant dans une situation exceptionnelle (par exemple, absence de revenu provenant d'une activité lucrative) doivent compter avec un assujettissement fiscal en cas de gains en capital supérieurs à 1 million de francs. Une demande tendant à une imposition en tant que commerçant professionnel de titres n'est pas reconnue si des pertes se présentent dans le même temps. L'analyse de KPMG³ subdivise les cantons dans diverses catégories en fonction de leur pratique (cf. tableau à gauche).



La circulaire n° 8

Avec la circulaire n° 8 du 21 juin 2005, l'Administration fédérale des contributions a publié, en collaboration avec la Conférence suisse des impôts, un instrument de travail permettant de délimiter le commerce professionnel de titres par rapport à la gestion de fortune privée, le but étant d'augmenter la sécurité juridique. A l'appui de six critères, le contribuable doit être en mesure de constater s'il existe un élément professionnel ou non. Si les critères ne sont pas remplis dans leur ensemble, il faut s'attendre à une imposition. Une comparaison avec les critères de la jurisprudence du Tribunal fédéral indique la manière dont la délimitation a été opérée (cf. table à droite):

Il n'est pas décisif que ce soit le contribuable lui-même ou des tiers qui procèdent aux transactions relatives aux titres. En outre, la participation visible aux circuits économiques ne représente non plus un critère.

L'analyse de la circulaire ainsi que les réactions en partie véhémentes mènent aux constats suivants:

1. La circulaire doit permettre au contribuable d'effectuer une appréciation de sa propre situation. Ce n'est que dans des cas dénués d'équivoque que l'autorité fiscale elle-même se voit en mesure de fournir à l'avance des renseignements qui la lient. Le fait que l'administration des contributions se réserve la possibilité de ne rendre une décision qui la lie que subséquemment a pour conséquence que dans des cas limites la liste d'indices du Tribunal fédéral se retrouve au premier plan. De la sorte, il se révèle impossible d'atteindre la sécurité juridique visée.
2. Le contribuable ne peut effectuer lui-même l'examen préalable parce qu'il ignore encore, au moment de la conclusion de l'opération portant sur les titres, quel sera le montant de son revenu imposable dans l'année en cours.
3. Vu que tous les critères doivent être remplis cumulativement et que les exigences sont strictes, des conditions claires ne pourraient être créées que dans un petit nombre des cas possibles. C'est précisément dans l'hypothèse de revenus modiques (par exemple, bénéficiaires de rentes AVS) que le gain devrait souvent dépasser la part de 50% de l'ensemble du revenu imposable.
4. La durée de détention d'au moins une année, exigée pour les titres aliénés, représente une restriction très étendue, ce qui est d'autant plus grave qu'elle dépend fréquemment du genre d'investissement ou de la période à courir. Pour les dérivés par exemple, elle est généralement inférieure à 60 jours. Il s'y ajoute le fait que tous les titres

Indices pour un commerce professionnel de titres selon la jurisprudence du Tribunal fédéral	Critères pour un gain en capital exempté de l'impôt selon la circulaire no 8 (conditions cumulatives)
Procédé systématique et planifié, notamment les efforts entrepris en vue de réaliser un bénéfice	
Rapport étroit avec l'activité professionnelle et usage de connaissances spécifiques	Les placements sont ouverts à tous les investisseurs et il n'existe pas de relation étroite avec la profession, respectivement ils ne sont pas attribuables à des connaissances spéciales résultant d'une position professionnelle particulière
	Le gain en capital n'est pas un succédané nécessaire pour un défaut de revenu; exonération de l'impôt si le gain en capital réalisé s'élève au plus à 50% du revenu restant
Fréquence des transactions respectivement pluralité des transactions (achats et ventes)	La somme de l'ensemble des achats et des ventes par an est inférieure au quintuple de l'actif
Brièveté de la durée de la possession	La durée de la détention est d'un an au moins
Usage de fonds tiers notables indiquant un risque important de l'entrepreneur	Absence de financement par des tiers ou rendement des titres supérieur aux intérêts passifs
Remplacement du produit de la vente dans des éléments de patrimoine du même genre	
Usage de dérivés dans la mesure où ceux-ci dépassent le cadre d'une pure sûreté pour le dépôt	Usage de dérivés limité à la sûreté du dépôt

aliénés doivent observer la durée de détention, ce qui représente une aggravation supplémentaire. Lors de la fixation de sa pratique, le canton de Berne a retenu, pour la majorité des titres, une durée de six mois.

5. En règle générale, on accorde beaucoup trop de poids au critère de l'utilisation des connaissances professionnelles, lequel est inutile pour un examen préalable et a uniquement pour conséquence qu'il ne peut exister de sécurité juridique pour les personnes exerçant des professions proches du secteur bancaire. Vu que les autres critères de la circulaire sont déjà restrictifs en soi – notamment en ce qui concerne la durée de la détention et le volume des transactions – cela seul est suffisant pour admettre une exemption des gains de l'impôt. Il y a lieu d'opérer une appréciation distincte de la situation lorsqu'un gain en capital a pu être réalisé sur la base d'informations spéciales que le contribuable n'a acquises qu'en raison de sa position professionnelle particulière.
6. Vu que les administrations cantonales des contributions ont coopéré à ladite circulaire, il convient d'escompter qu'ils se rallient à cette fixation de la pratique. Le canton de Zurich a déjà réagi et établi une directive

datée du 20 juillet 2005, reprenant plus ou moins littéralement le catalogue des critères (mais dans un autre ordre). La directive s'applique rétroactivement aux estimations ouvertes à compter de la période fiscale 2001.

Message sur la réforme de l'imposition des entreprises II

Presque en même temps que la publication de la circulaire n° 8, le Conseil fédéral a adopté le message sur la réforme de l'imposition des entreprises II⁴. Cette réforme est destinée à remplacer par deux critères alternatifs quantifiables – applicables tant pour la LIFD que pour la législation fiscale des cantons – et à simplifier fortement la pratique actuelle relative au commerce quasi-professionnel de titres⁵, «qui est fondée davantage sur des critères subjectifs que sur des critères objectifs et qui, par conséquent, n'assure ni la sécurité du droit ni l'égalité de traitement». Ainsi, à teneur de l'art. 18 al. 2^{bis} (nouveau) LIFD, il se présente un commerce professionnel de titres:

– lorsque les titres ont été acquis à raison d'au moins 20% au moyen de capitaux étrangers et que le contribuable ne les a pas détenus

plus longtemps que cinq ans ou, alternativement,
– lorsque le produit annuel des ventes est d'au moins 500 000 francs et que la rotation des titres représente au moins le double de la valeur du portefeuille de titres existant au début de l'année fiscale.

Selon le message, le mode du financement par emprunt (crédit lombard ou hypothèque) ne joue aucun rôle. C'est la situation objective au moment de l'acquisition qui est décisive. Si l'un de ces critères alternatifs est réalisé et qu'il se présente une perte pour solde de tout compte, celle-ci peut être compensée avec les autres revenus.

Une première analyse de ces propositions mène aux constats suivants:

1. Le critère de l'acquisition des titres avec du *capital étranger* semble problématique. D'après le message, le degré de financement par emprunt doit être déterminé au moyen d'une comparaison au prorata entre l'ensemble des actifs et l'ensemble des passifs. Il en résulte que tous les contribuables qui sont créanciers hypothécaires doivent s'attendre à être classés de commerçants de titres. La probabilité est élevée notamment pour les contribuables disposant d'un portefeuille de titres modeste⁶, ce qui ne répond pas au but poursuivi par le projet.
2. Compte tenu de la volatilité de la Bourse, la *durée de détention* de cinq ans est extrêmement longue et mène à ce que les propriétaires disposant d'un financement par emprunt supérieur à 20% ne sont plus à même de gérer leurs titres conformément aux développements boursiers sans devoir s'attendre à être classés de négociants.
3. L'introduction du critère du *produit de la vente* supérieur à 500 000 francs par an équivaut certes à un allègement pour la plupart des contribuables. Le montant correspond aux résultats précités de l'analyse de KPMG, selon laquelle le seuil de tolérance fiscale est atteint avec 500 000 francs. Il convient cependant de se poser la question de savoir si la limite de 500 000 francs garantit l'égalité de traitement entre portefeuilles de titres modestes et portefeuilles importants en connexité avec une double rotation de titres par année.

Bilan

Le message précité du Conseil fédéral sur la réforme de l'imposition des entreprises ne laisse planer aucun doute: la pratique actuelle repose sur des critères subjectifs et ne garantit ni la sécurité juridique, ni l'égalité de traite-

ment. L'analyse opérée par KPMG confirme également ce constat. La publication de la circulaire procure certes un peu de clarté, en ce sens que la grande diversité des pratiques cantonales devient caduque. Cependant, la circulaire ressemble fortement à un bon compromis helvétique menant forcément à un abaissement des limites de l'exonération, auquel fait face le message gouvernemental publié presque simultanément, lequel contredit la circulaire et ne présente que peu de congruence.

Tandis que le projet du Conseil fédéral veut introduire des critères fixes pour l'existence d'un commerce professionnel de titres, la circulaire s'entend uniquement comme un instrument servant à opérer une délimitation entre gains en capital imposables et gains en capital exempts de l'impôt (règles dites du «Safe Harbor»). Comme il a déjà été constaté, la circulaire ne remplit son but qu'insuffisamment, car elle ne garantit une exonération de l'impôt que dans un nombre infime de cas. Contrairement à son objectif, elle crée donc davantage d'insécurité et garde toutes les options ouvertes à l'autorité fiscale. C'est pourquoi, dans la plupart des hypothèses, c'est le catalogue des critères du Tribunal fédéral qui continuera à être appliqué, car seules des personnes inactives et révélant une aversion aux risques (Markus Reich¹ parle de dilettantes) pourront à l'avenir bénéficier d'une sécurité face à une imposition. L'avenir dira de quelle manière les autorités fiscales traiteront cette problématique et si elles appliqueront à nouveau, en catimini, leurs pratiques officiellement dépassées. Toujours est-il qu'il faut espérer qu'au moins les cantons dotés d'un régime sévère (à l'instar du canton de Schwyz) manifesteront davantage de retenue. Cependant, le point décisif est que les administrations cantonales des contributions ne donnent pas une autre interprétation à cet instrument, en le traitant comme un critère fixe pour l'existence d'un commerce professionnel de titres. Il en résulterait une nette réduction de la marge d'exonération fiscale du gain en capital, ce qui représenterait un désaveu de la volonté clairement exprimée par le peuple⁷. Les instituts bancaires et les gérants de fortunes ne se réjouiront guère de la circulaire, en effet, suivant les circonstances, ils risquent de s'exposer à une responsabilité.

Perspective

Le message gouvernemental ne donne guère beaucoup d'espoir. Le catalogue des critères est certes nettement réduit, mais les critères et limites choisis ne sont pas convaincants. Le Conseiller fédéral Merz a signalé, au cours de la session d'automne du Conseil des Etats, que

l'exécutif ne se sent pas à l'aise avec la solution proposée et qu'il mise sur le Parlement pour trouver une meilleure issue. Ce n'est qu'avec un régime relativisant la liste de critères beaucoup trop longue et non coercitive du Tribunal fédéral que l'on peut réaliser une sécurité juridique. Il faut non pas décider sur la base de critères individuels, mais se fonder toujours sur le tableau d'ensemble des activités à apprécier. Celui-ci ne doit pas être axé sur le montant du bénéfice, mais sur les caractéristiques de l'activité lucrative indépendante. Ce n'est que de cette façon que l'on peut éviter que l'exonération de l'impôt du gain en capital privé soit amoindrie. Le Tribunal fédéral a constaté qu'en règle générale la gestion de fortune privée est orientée non seulement sur la pure préservation de la valeur, mais aussi, au-delà, sur la réalisation d'un rendement approprié. Il a souligné en outre qu'à cet égard il ne revêt aucune importance que celui-ci soit visé à l'aide d'une stratégie de placement conservatrice ou par le biais d'investissements dans des titres et des instruments financiers dérivés, même si cela est lié à un risque de perte plus élevé. Il est piquant de relever que ces constats ont été faits dans un cas où le Tribunal fédéral a refusé de reprendre les pertes survenues⁸.

Sont relativement prometteurs de succès les fondements élaborés par le Conseil des Etats dans la perspective du programme de stabilisation 1998⁹, selon lesquels il se présente une activité lucrative indépendante si au moins deux des quatre conditions suivantes sont remplies:

- un nombre disproportionné de transactions;
- l'acceptation de risques particuliers;
- l'usage de fonds étrangers notables par rapport au patrimoine afférent;
- une part importante de placements à court terme.

Ces critères devraient être quantifiés de telle façon qu'ils soient applicables aussi bien aux portefeuilles de titres modestes qu'aux portefeuilles de titres importants. De plus, il y aurait lieu de stipuler quelle combinaison de critères mène à un professionnalisme¹⁰. Cependant, un «plus» de sécurité juridique ne peut être mis en œuvre que si le législateur et, partant, les autorités fiscales, acceptent certains critères mesurables, ce qui inclut le risque qu'il y aura des cas d'exonération fiscale qui, selon la jurisprudence actuelle, seront assujettis à une imposition. ■

Notes 1–10 voir page 343.