

Jürg Altorfer, Julia von Ah

Gewerbsmässige Wertschriftenhändlerstätigkeit

Auslegeordnung, Ausblick auf die Unternehmenssteuerreform II und ein Gegenvorschlag

Im Rahmen der im Juni 2005 veröffentlichten Botschaft zum Unternehmenssteuerreformgesetz II nimmt der Bundesrat nach ersten Bemühungen im Zuge des Stabilisierungsprogramms 1998 einen erneuten Anlauf, die gewerbsmässige Wertschriftenhändlerstätigkeit im Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG) und im Steuerharmonisierungsgesetz (StHG) gesetzlich zu ordnen. Die diesbezüglich herrschende Rechtsunsicherheit schadet dem Standort Schweiz in immer deutlich werdender Weise und muss so rasch und soweit als möglich ausgeräumt werden. Vor diesem Hintergrund sind die bundesrätlichen Bemühungen zu begrüssen.

Dienstpflcht» als Einkommen aus Erwerbstätigkeit erfasst. Daraus, namentlich aus der Steuerbarkeit des Einkommens aus einer Handelstätigkeit, leitete die Doktrin und Praxis eine Dreiteilung der Veräusserungsgewinne ab: (i) Veräusserungsgewinne aus einer gewerbsmässigen bzw. betrieblichen Tätigkeit, (ii) Veräusserungsgewinne aus einer die schlichte Vermögensverwaltung übersteigende Erwerbstätigkeit und (iii) Veräusserungsgewinne im Rahmen der schlichten Vermögensverwaltung [1]. Die ersten zwei Arten von Veräusserungsgewinnen wurden als Einkommen aus einer Tätigkeit besteuert. Die dritte Art blieb steuerfrei.

1. Einleitung

Dass die Frage, wann eine gewerbsmässige Wertschriftenhändlerstätigkeit vorliegt, schwierig zu beantworten ist, zeigt die bisherige Praxis und Rechtsprechung. Entsprechend problematisch gestaltet sich die Festlegung von zur Kodifizierung geeigneten objektiven Kriterien. Die Qualifikation als gewerbsmässiger Wertschriftenhändler und damit als Selbständigerwerbender hat für einen Steuerpflichtigen jedoch weitreichende Konsequenzen.

1.1 BdBSt: Dreiteilung der Veräusserungsgewinne

Unter dem bis am 31. Dezember 1994 geltenden *Bundesratsbeschluss über die Erhebung einer direkten Bundessteuer (BdBSt)* wurde nach Art. 21 Abs. 1 Bst. a «jedes Einkommen aus einer Tätigkeit (namentlich aus Handel, Ge-

werbe, Industrie, Land- oder Forstwirtschaft, aus freien Berufen, aus Beamtung, Anstellung oder Arbeitsverhältnis und aus der Erfüllung einer



Jürg Altorfer, Dr. oec. HSG,
dipl. Steuerexperte, Partner, Altorfer
Duss & Beilstein AG, Zürich

1.2 DBG und StHG

Art. 16 Abs. 1 DBG hält im Sinne einer Generalklausel fest, dass alle wiederkehrenden und einmaligen Einkünfte der Einkommenssteuer unterliegen. Art. 16 Abs. 3 DBG schränkt allerdings ein: «Kapitalgewinne aus der Veräusserung von Privatvermögen sind steuerfrei». Art. 18 DBG ordnet die Steuerbarkeit der Einkünfte aus selbständiger Erwerbstätigkeit und erklärt in Abs. 1 die Einkünfte aus «einem Handels-, Industrie-, Gewerbe-, Land- und Forstwirtschaftsbetrieb, aus einem freien Beruf sowie aus jeder anderen selbständigen Erwerbstätigkeit» für steuerbar. Abs. 2 hält einerseits fest, dass auch alle Kapital- und Aufwertungsgewinne aus Geschäftsvermögen steuerbares Einkommen darstellen und definiert andererseits Geschäftsvermögen als «alle Vermögenswerte, die ganz oder vorwiegend der selbständigen Erwerbstätigkeit dienen». Als Geschäftsvermögen gelten seit der auf Anfang 2001 in Kraft getretenen Gesetzesänderung, welche im Rahmen des Stabilisierungspro-

gramms [2] zustande kam, auch zu Geschäftsvermögen erklärte Beteiligungen.

Das StHG enthält in Art. 7 Abs. 1 dieselbe Einkommensgeneralklausel wie das DBG und statuiert in Art. 7 Abs. 4 lit. b die Steuerfreiheit der «Kapitalgewinne auf beweglichem Privatvermögen». Eine Art. 18 Abs. 1 DBG entsprechende Aufzählung von verschiedenen Einkünften enthält das StHG nicht. Art. 8 Abs. 1 StHG erklärt die Kapital- und Aufwertungsgewinne aus Geschäftsvermögen für steuerbar und Art. 8 Abs. 2 StHG umschreibt das Geschäftsvermögen gleich wie Art. 18 Abs. 2 (erster Teil des Satzes) als «alle Vermögenswerte, die ganz oder vorwiegend der selbständigen Erwerbstätigkeit dienen». Als Geschäftsvermögen gelten auch zu Geschäftsvermögen erklärte Beteiligungen (zweiter Teil des Satzes von Art. 8 Abs. 2 StHG).

Rückblickend auf den BdBSt ist festzustellen, dass das harmonisierte Bundessteuerrecht nicht mehr auf das Einkommen aus einer «Tätigkeit» abstellt, sondern am Einkommen aus «selbständiger Erwerbstätigkeit» anknüpft [3]. Veräusserungsgewinne können im harmonisierten Recht nur besteuert werden, wenn sie im Rahmen einer selbständigen Erwerbstätigkeit erzielt werden. Im Privatvermögensbereich erzielte Veräusserungsgewinne sind dagegen steuerfrei. Etwas Drittes, etwa im Sinne von Veräusserungsgewinnen, welche im Rahmen der die schlichte oder bloss private Vermögensverwaltung übersteigenden Tätigkeit entstanden sind, gibt es nicht mehr [4].

Festzuhalten ist: i) Einkommen aus einer gewerblichen Händlerstätigkeit kann nur dann besteuert werden, wenn diese die Voraussetzungen einer selbständigen Erwerbstätigkeit erfüllt und ii) Vermögensgegenstände, welche einer diese Voraussetzungen erfüllenden gewerbmässigen Händlerstätigkeit dienen, bilden zwingend Geschäftsvermögen.

Sodann sind auch die weiteren Auswirkungen einer selbständigen Erwerbstätigkeit zu berücksichtigen: So können stille Reserven eines Personenunternehmens im Rahmen einer Umstrukturierung nach Art. 19 DBG und Art. 8 Abs. 3 StHG unversteuert weiterge-

führt werden. Geschäftsmässig begründete Abschreibungen und Rückstellungen sowie Verluste auf Geschäftsvermögen können bei der Ermittlung der steuerbaren Einkünfte aus selbständiger Erwerbstätigkeit abgezogen werden [5]. Beim Ersatz von betriebsnotwendigem Anlagevermögen können die stillen Reserven auf ein Ersatzobjekt mit gleicher Funktion übertragen werden [6].

Vermögensgegenstände, welche als Geschäftsvermögen qualifiziert wurden, behalten diese Qualifikation grundsätzlich bei. Sollten sie ins Privatvermögen überführt werden, bedarf es einer Privatentnahme, welche dieselben Steuerfolgen wie eine Veräusserung auslöst. Auf Gegenstände des Geschäftsvermögens, welche in einen ausländischen Betrieb oder eine ausländische Betriebsstätte überführt werden, wird diese steuerrechtliche Veräusserungsfiktion ebenfalls angewandt [7]; die stillen Reserven unterliegen bei Wegzug der Einkommenssteuer. Privatvermögen kann hingegen steuerfrei ins Ausland verlegt werden.

Diese gesetzliche Konzeption des Begriffs der selbständigen Erwerbstätigkeit und des eng damit verknüpften Geschäftsvermögensbegriffs bilden den gesetzlichen Rahmen für eine Ordnung der Steuerbarkeit von Veräusserungsgewinnen aus gewerbmässiger (Wertschriften-)Händlerstätigkeit.



2. Versuch einer gesetzlichen Ordnung im Rahmen des Stabilisierungsprogramms

Der Bundesrat erachtete es, nicht zuletzt vor dem Hintergrund des Entscheids der Bundessteuerrekurskommission des Kantons Zürich vom 13. März 1997 [8], als notwendig, die seiner Meinung nach sinnvolle damalige bundesgerichtliche Praxis zum gewerbmässigen Wertschriftenhändler im Gesetz zu verankern [9] und schlug dazu folgenden Gesetzeswortlaut vor [10]:

Art. 18 Abs. 1 zweiter Satz DBG (neu):
Als selbständige Erwerbstätigkeit gilt auch die Veräusserung von Vermögenswerten, namentlich von Wertschriften und Liegenschaften, soweit die Veräusserung nicht im Rahmen der blossen Verwaltung eigenen Vermögens erfolgt.

Diese Bestimmung sollte auch im StHG verankert werden, als neuer zweiter Satz von Art. 8 Abs. 1 StHG [11].

Der Vorschlag der ständerätlichen Kommission zur Kodifizierung der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung im DBG und im StHG lautete – dargestellt anhand des Vorschlags für das DBG – wie folgt [12]:

Art. 18 Abs. 1 DBG (Ergänzung):
... Als selbständige Erwerbstätigkeit gilt auch die Veräusserung von Vermögenswerten, soweit die Veräusserung nicht im Rahmen der blossen Verwaltung eigenen Vermögens erfolgt. Die Verwaltung eigenen Vermögens nach den für die entsprechenden Vermögenswerte anerkannten Grundsätzen vermag für sich allein selbst dann keine selbständige Erwerbstätigkeit zu begründen, wenn der Eigentümer oder der beauftragte Vermögensverwalter sachkundig ist.

Abs. 1^{bis} (neu):
Bei Veräusserung von Wertschriften und anderen Finanzanlagen ausserhalb einer allfälligen geschäftlichen Tätigkeit des Veräusserers wird selbständige Erwerbstätigkeit vermutet, wenn mindestens zwei der nachfolgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- a. eine unverhältnismässig hohe Anzahl von Transaktionen;
- b. die Inkaufnahme besonderer Risiken;
- c. der Einsatz bedeutender Fremdmittel im Verhältnis zum entsprechenden Vermögen;
- d. ein grosser Anteil kurzfristiger Anlagen.

Mit dieser Lösung wollte die ständerätliche Kommission nicht nur den gewerbmässigen Wertschriftenhandel ordnen, sondern auch den gewerbmässigen Handel mit Liegenschaften und mit sonstigen Vermögensgegenständen [13]. Begrüsszt wurde an diesem Vorschlag in der parlamentarischen De-

batte in beiden Räten, dass, wenn zwei der vier Voraussetzungen erfüllt seien, eine selbständige Erwerbstätigkeit nicht gegeben sei, sondern bloss vermutet werde, es somit im Einzelfall dem Steuerpflichtigen obliege, diese Vermutung zu widerlegen. Kritisiert wurde dagegen, dass die einzelnen Voraussetzungen nicht näher konkretisiert seien. Schliesslich trug der ständerätliche Kommissionsvorschlag auch den Befürchtungen von Bankenseite Rechnung, wonach alleine schon der Professionalität einer ihr Vermögen selbst verwaltenden Person oder des Vermögensverwalters wegen eine selbständige Erwerbstätigkeit vorliegen könnte. Zu diesem Zweck wurde der letzte Satz in Abs. 1 in den Vorschlag aufgenommen [14].

Der Vorschlag der nationalrätlichen Kommission hingegen lautete wie folgt [15]:

Art. 18 Abs. 1 DBG (Ergänzung):

... Die Veräusserung von Wertschriften und anderen Finanzanlagen ausserhalb einer allfälligen geschäftlichen Tätigkeit des Veräusserers gilt auch dann ausnahmsweise als selbständige Erwerbstätigkeit, wenn der Veräusserer im Verhältnis zu seinem Vermögen bedeutende Fremdmittel einsetzt und darüber hinaus zwei der nachfolgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- a. eine unverhältnismässig hohe Anzahl von Transaktionen;
- b. die Inkaufnahme besonderer Risiken;
- c. ein grosser Anteil kurzfristiger Anlagen.

Anders als der ständerätliche Kommissionsvorschlag sah der nationalrätliche Vorschlag vor, dass bedeutende Fremdmittel eingesetzt werden müssen, damit das Vorliegen einer selbständigen Erwerbstätigkeit überhaupt zu prüfen ist. Die weiteren Voraussetzungen wurden gleich umschrieben wie im ständerätlichen Vorschlag, weshalb die Kritik der fehlenden Konkretisierung auch darauf zutraf.

Der Bundesgerichtsentscheid vom 8. Januar 1999 [16] betreffend die Frage der gewerbmässigen Liegenschaftenhändlerstätigkeit und die darin vom Bundesgericht vertretene Auffassung, die bisherige, unter dem BdBST ergangene Rechtsprechung zum gewerbmässigen Liegenschaftenhändler könne unverändert auch auf das DBG übertragen werden, eröffnete dem Gesetzgeber (vermeintlich) den Weg, sich der schwierigen Aufgabe der gesetzlichen Regelung

der gewerbmässigen Händlerstätigkeit zu entziehen, indem er auf eine gesetzliche Ordnung der gewerbmässigen Händlerstätigkeit verzichtete und die Konkretisierung weiterhin der Rechtsprechung überliess.

3. Rechtsprechung und Praxis

3.1 Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Unter dem harmonisierten Recht knüpfte das Bundesgericht nicht nur für die Frage der gewerbmässigen Liegenschaftenhändlerstätigkeit an die Rechtsprechung unter dem BdBST an, sondern auch für jene der gewerbmässigen Wertschriftenhändlerstätigkeit. Insbesondere diese Rechtsprechung entwickelte sich in den letzten Jahren fort und hatte dabei die verschiedensten Sachverhalte und Aspekte zu beurteilen. Zu denken ist dabei etwa an den Appenzeller Bauern, der mit Optionstransaktionen zum gewerbmässigen Wertschriftenhändler wurde [17], oder an den jüngsten Entscheid zur Abziehbarkeit eines Verlustes aus einem gewerbmässigen Wertschriftenhandel [18]. Dabei hat das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung festgehalten, ob einfache Vermögensverwaltung oder selbständige Erwerbstätigkeit vorliege, sei stets nach der Gesamtheit der Umstände des Einzelfalles zu beurteilen [19]. Als Indizien für eine selbständige Erwerbstätigkeit können laut Bundesgericht folgende Kriterien in Betracht kommen: Die systematische und planmässige Art und Weise des Vorgehens, die Häufigkeit der fraglichen Geschäfte, eine kurze Besitzdauer, der enge Zusammenhang der Geschäfte mit der beruflichen Tätigkeit des Steuerpflichtigen, der Einsatz erheblicher fremder Mittel zur Finanzierung der Geschäfte und die Verwendung der erzielten Gewinne bzw. deren Wiederanlage in gleichartigen Vermögensgegenständen. Jedes dieser Indizien könne zusammen mit anderen, unter Umständen auch bereits allein, zur Annahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit ausreichen.

3.2 Praxis der Kantone

Die Praxis der Kantone im Bereich der gewerbmässigen Händlerstätigkeit war

in den letzten Jahren unterschiedlich. Einige Kantone lehnten ihre Praxis an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung an, andere – wie etwa der Kanton Zürich insbesondere im Bereich des gewerbmässigen Wertschriftenhandels – definierten die Gewerbmässigkeit weiterhin zurückhaltend, mit dem Ziel, die «krassen» Einzelfälle zu treffen, nicht aber Privatpersonen, welche ihr Vermögen umsichtig und nach modernen Kriterien anlegen. Die Kantone Bern und Zug publizierten einen Katalog mit Safe-Haven-Kriterien. Danach lag im Kanton Bern [20], insbesondere für die Belange der Berner Staatssteuer, eine «private» Vermögensverwaltung vor, wenn eine der folgenden Bedingungen erfüllt war (war keine der Bedingungen erfüllt, konnte dennoch eine selbständige Erwerbstätigkeit vorliegen) [21]:

- «Der durchschnittliche Wertschriftenbestand gemäss Wertschriftenverzeichnis (ohne flüssige Mittel) beträgt weniger als 200 000 Franken.
- Es finden jährlich weniger als 100 Transaktionen (Käufe oder Verkäufe) statt. Wenn kein Fremdkapital eingesetzt wird und keine Optionen gekauft werden, sind bis zu 200 Transaktionen zulässig.
- Der Umsatz (Summe der Käufe und Verkäufe) beträgt weniger als das Dreifache des durchschnittlichen Wertschriftenbestandes. Wenn kein Fremdkapital eingesetzt wird und keine Optionen gekauft werden, darf der Umsatz bis zum Fünffachen des durchschnittlichen Wertschriftenbestandes betragen.
- Die Haltedauer ist in der Mehrzahl der Titelkategorien länger als sechs Monate. Massgebend sind die Titelkategorien, die den überwiegenden Teil des Wertschriftenbestandes darstellen.»

Im weiteren wurde festgelegt, wie diese Kriterien anzuwenden waren, wenn mehrere Personen – namentlich Ehegatten – gemeinsam anlegten: «Schliessen sich mehrere Personen zum gemeinsamen Kauf und Verkauf von Wertschriften zusammen, erhöhen sich die massgeblichen Grenzbeträge (Wertschriftenbestand, Transaktionen, Umsatz) nicht. Bei gemeinsam veranlagten Ehegatten findet aus diesem Grund keine Verdoppelung der Grenzbeträge statt.»

Ähnlich präsentiert sich der Zuger Kriterienkatalog. Danach ist Gewerbmässigkeit in der Regel auszuschliessen, wenn [22]

- «der durchschnittliche Wertschriftenbestand gemäss Wertschriftenverzeichnis (ohne flüssige Mittel) weniger als 200 000 Franken beträgt;

- jährlich weniger als 100 Transaktionen (Käufe und Verkäufe) stattfinden. Falls kein Fremdkapital eingesetzt wird und keine derivate Geschäfte (zum Beispiel Optionen, Hedge Funds) getätigt werden, sind bis zu 200 Transaktionen zulässig;
- der Umsatz (Käufe und Verkäufe) weniger als das Einfache des durchschnittlichen Wertschriftenbestandes beträgt. Falls kein Fremdkapital eingesetzt wird und keine derivaten Geschäfte getätigt werden, darf der Umsatz bis zum Zweifachen des durchschnittlichen Wertschriftenbestandes betragen;
- die Haltedauer in der Mehrzahl der Titelkategorien länger als sechs Monate ist.

Werden die obigen Bedingungen deutlich überschritten, ist Gewerbmässigkeit anzunehmen. Falls mehrere Personen in einer einfachen Gesellschaft gemeinsam kaufen und verkaufen, dürfen die obenerwähnten Bedingungen insgesamt nicht überschritten werden. Dies gilt auch für Ehegatten, sofern nicht jeder Ehegatte selbstständig sein eigenes Vermögen verwaltet».

Der Kanton Schwyz hingegen definierte und veröffentlichte zwei nicht kumulative Kriterien, bei welchen die gewerbmässige Wertschriftenhändlerstätigkeit (grundsätzlich) zu bejahen ist [23]. Ein gewerbmässiger Wertschriftenhandel liegt für die Belange der Schwyzer Staatssteuer und der direkten Bundessteuer in allen jenen Fällen vor, in denen

- mittels Kredit – sei dies ein Lombardkredit oder die Aufnahme bzw. Aufstockung einer Hypothek – Wertschriften gekauft werden, oder
- der Einsatz von Derivaten über die Depotabsicherung hinausgeht.

Zur Begründung führt die Schwyzer Steuerverwaltung an, dass auch nach modernem Verständnis beim Kauf und Verkauf von fremdfinanzierten Wertschriften bzw. von spekulativen Derivaten in der Regel nicht mehr von blosser Vermögensverwaltung gesprochen werden könne.

3.3 Kreisschreiben ESTV Nr. 8 vom 21. Juni 2005

Mit Datum vom 21. Juni 2005 veröffentlichte die *Eidg. Steuerverwaltung (ESTV)* ein Kreisschreiben zum gewerbmässigen Wertschriftenhandel [24.]. Dieses enthält einen von der Schweizerischen Steuerkonferenz erarbeiteten Kriterienkatalog, welcher – im Sinne einer «Safe-Haven»-Funktion – dazu dient, «der Mehrheit der Steuerpflichtigen eine angemessene Rechtssicherheit zu gewährleisten» [25]. Nach diesem Katalog be-

treibt ein Steuerpflichtiger aus der Sicht der Steuerbehörde in jedem Fall eine private Vermögensverwaltung, wenn die folgenden sechs Kriterien *kumulativ* erfüllt sind:

1. «Die Haltedauer der veräusserten Wertschriften beträgt mindestens ein Jahr.
2. Das Transaktionsvolumen (betragsmässige Summe aller Käufe und Verkäufe) pro Kalenderjahr beträgt gesamthaft nicht mehr als das Fünffache des Wertschriften- und Guthabenbestands zu Beginn der Steuerperiode.
3. Das Erzielen von Kapitalgewinnen aus Wertschriftengeschäften bildet keine Notwendigkeit, um fehlende oder wegfallende Einkünfte zur Lebenshaltung zu ersetzen. Das ist regelmässig dann der Fall, wenn die realisierten Kapitalgewinne weniger als 50% aller steuerbaren Einkünfte in der Steuerperiode betragen.
4. Die Anlagen bzw. deren Transaktionen sind grundsätzlich allen Anlegern zugänglich und stehen nicht in engem Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit bzw. sind nicht auf spezielle Kenntnisse auf Grund einer besonderen beruflichen Stellung zurückzuführen.
5. Die Anlagen sind nicht fremdfinanziert oder die steuerbaren Vermögenserträge aus den Wertschriften (wie z. B. Zinsen, Dividenden usw.) sind grösser als die anteiligen Schuldzinsen.
6. Der Kauf und Verkauf von Derivaten (insbesondere Optionen) beschränkt sich auf die Absicherung von eigenen Wertschriftenpositionen.»

Sind diese sechs kumulativen Kriterien nicht erfüllt, kann gewerbmässiger Wertschriftenhandel nicht ausgeschlossen werden und es ist anhand des vom Bundesgericht entwickelten Indizienkatalogs im Einzelfall zu beurteilen, ob ein solcher vorliegt. Das Kreisschreiben gibt auch einen Überblick über die bekannten, bundesgerichtlichen Indizien. Der Begriff Wertschriften wird definiert als Wertpapiere sowie nicht verkündete Rechte mit gleicher Funktion (Wertrechte). Zu den Wertschriften gehören auch Derivate, insbesondere Optionen, Futures und Swaps. Sodann äussert sich das Kreisschreiben zur Bemessungsgrundlage und zum Beurteilungszeitpunkt. Der Gewinn aus der Veräusserung von Wertschriften wird definiert als Differenz zwischen dem Veräusserungserlös und den Gesteuerungskosten der Wertschriften, abzüglich der Kosten der Veräusserung. Dabei wird darauf hingewiesen, dass Geschäftsverluste, welche verbucht oder mittels geeigneter Aufzeichnungen nachgewiesen werden, abgezogen werden können. Anknüpfungspunkt für die Beurteilung, ob eine gewerbmässige Wertschriftenhändlerstätigkeit vorliegt, ist das Vorliegen einer oder mehrerer Veräusserung(en) [26]. Und

schliesslich hält das Kreisschreiben fest, was in der Lehre und Praxis unbestritten ist, nämlich dass geerbte Wertschriften ihre steuerliche Qualifikation ungeachtet des Erbgangs beibehalten.

Eine Aufrechnung von Schuldzinsen aufgrund der Begrenzung des privaten Schuldzinsenabzugs nach Art. 33 Abs. 1 lit. a DBG qualifiziert – so das Kreisschreiben in Ziff. 4.2 – die damit fremdfinanzierten Wertschriften in der Steuerperiode, in der aufgerechnet wird, (implizit) als Privatvermögen. «Diese (implizite) Qualifikation kann angepasst werden, wenn sich der Sachverhalt verändert hat. Ob nach der Beendigung der Schuldzinsenaufrechnung ein realisierter Wertzuwachs als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit zu erfassen ist, wird nach der Gesamtheit der Umstände im Zeitpunkt der Veräusserung beurteilt.» Es fragt sich, ob sich der zweite Satz ausschliesslich auf Wertzuwächse bezieht, welche nach dem Jahr der Schuldzinsenaufrechnung entstanden sind, oder ob mit einer Beurteilung im Veräusserungszeitpunkt auf die implizite Qualifikation zurückzukommen sei. Da das Kreisschreiben hierzu Bezug auf Ziff. 3 des Kreisschreibens ESTV Nr. 1 vom 19.7.2000 [27] betreffend den Schuldzinsenabzug und die zum Geschäftsvermögen erklärten Beteiligungen nimmt, wird klargestellt, dass Ersteres gemeint und der zweite Satz wie folgt zu verstehen ist: Ob ein nach der Beendigung der Schuldzinsenaufrechnung eingetretener und anlässlich einer späteren Veräusserung realisierter Wertzuwachs als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit zu erfassen ist, wird nach der Gesamtheit der Umstände im Zeitpunkt der Veräusserung beurteilt. Denn Ziff. 3 des Kreisschreibens ESTV Nr. 1 hält unmissverständlich fest, dass die Aufrechnung von Schuldzinsen die Besteuerung des bis zur Beendigung der Aufrechnung eingetretenen und anlässlich einer späteren Veräusserung realisierten Wertzuwachses als Einkommen aus gewerbmässigem Wertschriftenhandel verunmöglicht.

Die kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen des Safe-Haven-Katalogs im Kreisschreiben ESTV Nr. 8 sind so gefasst, dass lediglich die schon bisher

klaren «08.15»-Fälle «privater» Vermögensverwaltung diese erfüllen. Für die restlichen Fälle besteht die Rechtsunsicherheit weiter. Dieser Rechtsunsicherheit will der Bundesrat nun mit einer gesetzlichen Regelung des gewerbmässigen Wertschriftenhandels im Rahmen des Unternehmenssteuerreformgesetzes II begegnen.

4. Botschaft zum Unternehmenssteuerreformgesetz II vom 22. Juni 2005: Vorschlag einer gesetzlichen Regelung des gewerbmässigen Wertschriftenhandels

4.1 Einleitung

In der Unternehmenssteuerreform II geht es im wesentlichen darum, eine steuerliche Entlastung von Risikokapital zu erreichen, und KMU gezielt steuerlich zu entlasten [28]. Die steuerliche Entlastung der Investoren soll durch eine tiefere Besteuerung der ausgeschütteten Unternehmensgewinne auf der Ebene der Anteilinhaber erreicht werden. Zur Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung wird für die direkte Bundessteuer [29] ein Teilbesteuerungsverfahren vorgeschlagen, welches für Privat- und Geschäftsvermögen unterschiedliche Teilbesteuerungsquoten vorsieht, für Privatvermögen 80% und für Geschäftsvermögen 60% [30]. Veräusserungsgewinne aus im Geschäftsvermögen gehaltenen Beteiligungen sollen teilbesteuert werden können, wenn sie bestimmte Voraussetzungen erfüllen (mind. 10%-Beteiligung und während mindestens eines Jahres gehalten [31]), andernfalls werden sie wie bisher vollumfänglich besteuert. Veräusserungsgewinne auf Wertschriften im Privatvermögensbereich bleiben wie bisher steuerfrei.

Zusätzlich will der Bundesrat unter anderem die Rechtsunsicherheit im Zusammenhang mit dem gewerbmässigen Wertschriftenhandel beseitigen. Der Begriff des sog. «Quasi-Wertschriftenhändlers» soll nun gesetzlich umschrieben und deutlich eingeschränkt werden [32]. Die übrigen gewerbmässigen

Händlerstätigkeiten sind nicht Gegenstand der Unternehmenssteuerreform II. Was den Anlass gegeben hat, die von der Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung losgelöste Wertschriftenhändlerfrage ebenfalls in diese Reform einzubauen, bleibt in der Botschaft offen. Vermutungsweise könnte die thematische Schnittstelle, die Frage einer Wertschriftenhändlerqualifikation bei Veräusserung von Beteiligungen aus dem Privatvermögen, Auslöser gewesen sein. Weit wichtiger als diese Frage ist jedoch, dass die Wertschriftenhändlerthematik ob der Wichtigkeit der übrigen Reformpunkte nicht «untergeht» und der vorgeschlagene Gesetzesentwurf nicht undiskutiert übernommen wird.

4.2 Entwurf zu Art. 18 Abs. 2^{bis} E-DBG und Art. 8 Abs. 2^{bis} E-StHG

Der Quasi-Wertschriftenhandel soll im Rahmen des Unternehmenssteuerreformgesetzes II mittels eines neu einzufügenden Art. 18 Abs. 2^{bis} E-DBG und eines neu einzufügenden Art. 8 Abs. 2^{bis} E-StHG geordnet werden. Deren Wortlaute sind identisch und lauten wie folgt:

«Veräusserungsgewinne aus Wertschriften, die nicht in funktionalem Zusammenhang mit einem von der steuerpflichtigen Person geführten Geschäftsbetrieb stehen, stellen nur dann Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit dar, wenn:

- die Wertschriften mit mindestens zwanzig Prozent Fremdkapital erworben wurden und nicht länger als fünf Jahre im Eigentum dieser Person waren;
- oder
- der jährliche Verkaufserlös mindestens 500 000 Franken beträgt und das zu Beginn des Steuerjahres vorhandene Wertschriftenvermögen wertmässig mindestens zweimal umgeschlagen wurde.»

4.3 Würdigung des Entwurfs und Gegenvorschlag

4.3.1 Zu den Kriterien

Der Gesetzesentwurf bestimmt anhand von zwei alternativen Kriterien, welche ihrerseits aus zwei kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen bestehen, welche Veräusserungsgewinne aus Wertschriften Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit darstellen. Es handelt sich um positive Kriterienpaare: Ist mindestens eines der beiden Kriterien-

paare erfüllt, liegt ein gewerbmässiger Wertschriftenhandel vor und der erzielte Gewinn ist als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit zu versteuern.

Wie die einzelnen Voraussetzungen im Detail auszulegen und zu prüfen sind, umreisst die Botschaft nur knapp. Vorab ist festzustellen, dass sie auch offen lässt, was unter den Begriff Wertschriften zu subsumieren ist. Es fragt sich, ob behelfsweise auf die Begriffsdefinition in Ziff. 3.2 des Kreisschreibens ESTV Nr. 8 abzustellen ist.

In bezug auf die *Fremdfinanzierungsvoraussetzung* führt sie aus, dass es keine Rolle spiele, ob die Fremdfinanzierung unmittelbar mit dem Kauf der Wertschriften zusammenhänge (z. B. mittels Lombardkredit) oder durch Erhöhung bestehender Schulden (z. B. einer Hypothek) erfolge [33]. Lässt sich daraus schliessen, dass nur jene Fremdmittel zu berücksichtigen sind, welche in kausalem Zusammenhang und zeitlicher Nähe mit dem Wertschriftenerwerb aufgenommen werden? Ist nur eine Momentaufnahme im Erwerbszeitpunkt massgebend? Wie wird diese nachgewiesen? Ist die Fremdfinanzierung jedes einzelnen Aktivums massgebend und nicht die anteilige Verschuldung unter Berücksichtigung aller Aktiven? Ist eine Person, welche über freie Mittel verfügt und diese zur Amortisation einer Hypothek verwendet, um anschliessend im gleichen Umfang Fremdmittel zu beschaffen und in Wertschriften zu investieren, aufgrund der Fremdfinanzierung als gewerbmässiger Wertschriftenhändler zu qualifizieren, obgleich sie diese Mittel auch in Wertschriften investieren und die Hypothek in unveränderter Höhe hätte stehen lassen können?

Zweite Voraussetzung des ersten Kriterienpaars ist eine *fünfjährige Halte-dauer*. Der dahinter stehenden Überlegung, wonach kurzfristig gehaltene Wertschriften nur geringfügig fremdfinanziert werden dürfen und höher fremdfinanzierte Wertschriften längerfristig gehalten werden müssen, lässt sich mit Blick auf Management- und Leverage-Buyouts durchaus etwas Positives abgewinnen: Bei der Anlage von Wertschriftenvermögen sprengt in der

Regel eine hohe Fremdfinanzierung von Anlagen den Rahmen einer sorgfältigen Vermögensverwaltung, resp. wird dadurch nicht bereits vorhandenes Vermögen angelegt, sondern es wird versucht, unter Ausnützung des Leverageeffekts Vermögen zu erwerben [34]. Solche Aktivitäten legen den Schluss auf selbständige Erwerbstätigkeit nahe. Diese Erkenntnis ist nicht neu. Im Rahmen des Stabilisierungsprogramms schlugen die national- und ständerätlichen Kommissionen vor, das Kriterium «Einsatz bedeutender Fremdmittel» im Gesetzeswortlaut zu verankern. Kritisiert wurde in der Debatte jedoch dessen fehlende Konkretisierung. Gemäss der vorliegenden Botschaft zum Unternehmenssteuerreformgesetz II ist ein Fremdmiteinsatz bei Wertschriften, welche bald wieder veräussert werden (d.h. nicht während mindestens fünf Jahren gehalten werden), bedeutend, wenn er mindestens 20% des Erwerbspreises umfasst. Bei Wertschriften, welche während mehr als fünf Jahren gehalten werden, kann der Fremdmiteinsatz beliebig hoch sein. Die Verknüpfung des Fremdfinanzierungselements mit der Haltedauer bewirkt, dass ein weitgehend fremdfinanzierter Erwerb einer Beteiligung, welche längerfristig gehalten werden soll, etwa im Rahmen eines Managements- oder Leverage-Buyouts ins Privatvermögen möglich ist. Gleichzeitig soll verhindert werden, dass die Leveragewirkung der Erzielung kurzfristiger Gewinne dient. Dies ist zu begrüssen, liesse sich aber auch auf andere Weise sicherstellen. Die starren Schwellenwerte «fünfjährige Haltedauer» und die «zwanzigprozentige Fremdfinanzierung» sind kritisch zu hinterfragen resp. abzulehnen [35]. Im heutigen Wirtschaftsumfeld können sich die Rahmenbedingungen innerhalb von fünf Jahren derart verändern, dass diese Zeitspanne als zu lange erscheint [36].

Bei der Fremdfinanzierung des Wertschriftenerwerbs ist unseres Erachtens die gesamte Vermögenssituation einer Person zu berücksichtigen. Denn wer Liegenschaften und Wertschriften hält, seine Liegenschaften soweit als zulässig z.B. mittels Hypotheken fremdfinanziert und die dadurch verfügbaren Mittel in Wertschriften investiert, ist gleich zu beurteilen, wie jener, der seine Akti-

ven im Ergebnis mit gleich viel Fremdkapital finanziert, die Liegenschaften stärker eigenfinanziert hat und sich das Fremdkapital erst mit Blick auf den Wertschriftenerwerb beschafft. Massgebend darf nicht die Finanzierung der einzelnen Wertschriftenkäufe sein, wohl aber die *Fremdfinanzierung des gesamten Privatvermögens*. Beispielsweise könnte mit Allokationsregeln ähnlich denjenigen zur Ermittlung des verdeckten Eigenkapitals im Geschäftsvermögen (zulässiges Fremdkapital je Art der Aktiven) ermittelt werden, ob ein Steuerpflichtiger über bedeutende Fremdmittel verfügt.

Nach der üblichen Verwendung des Begriffs *Verkaufserlös* ist damit im zweiten Kriterienpaket der mit einem Verkauf erzielte *Umsatz* gemeint und nicht etwa der Veräusserungsgewinn. Die Schwelle von CHF 500'000 ist derart tief, dass sie auch bei durchschnittlichem Vermögen überschritten wird und vermögende Personen gegenüber weniger vermögenden Personen demnach ungleich behandelt werden. Ist die Schwelle überschritten, übt eine Person eine selbständige Erwerbstätigkeit aus, wenn das zu Beginn des Jahres vorhandene Wertschriftenvermögen *wertmässig mindestens zweimal umgeschlagen* wird. Die dabei getätigte Anzahl Transaktionen ist – entgegen der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der publizierten Berner und Zuger Praxis – zu Recht irrelevant. Wer nicht in Aktien, sondern in Derivate, beispielsweise in Optionen investiert, erreicht die Umschlagsgrenze weniger rasch. Sein Risiko, als gewerbmässiger Wertschriftenhändler besteuert zu werden, ist folgedessen geringer, obgleich das mit Investitionen in Derivate verbundene Risiko höher sein kann als jenes von Investitionen in Aktien und häufig auch ein professionelleres Vorgehen erfordert, welches demjenigen eines «echten» gewerbmässigen Händlers näher kommt. Dies vermag nicht zu überzeugen. Unseres Erachtens spricht gerade das Eingehen von unverhältnismässig hohen Anlagerisiken – z.B. im Zusammenhang mit spekulativen Optionstransaktionen – für eine gewerbmässige Tätigkeit.

Der *Vermögensumschlag* soll bezogen auf den Stand zu Beginn des Steuer-

jahres berechnet werden. Ähnliche betriebswirtschaftliche Kenngrössen wie Lagerumschlag, Debitoren- oder Kreditorenumschlag stellen auf den durchschnittlichen Bestand, d.h. auf das arithmetische Mittel aus dem Bestand zu Beginn und am Ende des Jahres ab. Auf den durchschnittlichen Wertschriftenbestand stellt auch die bisherige Berner und Zuger Praxis ab [37]. Wer zu Beginn des Jahres einen niedrigen Wertschriftenbestand und sein Vermögen in andere Vermögensgegenstände investiert hat, im Laufe des Jahres sein Vermögen zugunsten von Wertschriften umschichtet (etwa weil er ansteigende Aktienkurse erwartet), ist gezwungen, diese Wertschriften grösstenteils über das Jahresende zu halten, andernfalls er des Wertschriftenumschlags wegen rasch zum gewerbmässigen Wertschriftenhändler würde. Oder ein Einfamilienhausbesitzer, welcher sein Vermögen bisher grösstenteils in seine Liegenschaft investiert hatte, diese unter dem Jahr veräussert und den Gewinn in Wertschriften investiert, kann eine sich ihm im gleichen Jahr bietende Gewinnchance (z.B. bei Kursanstieg) nur sehr begrenzt nutzen. Hätte er nicht zunächst in die Liegenschaft, sondern in Wertschriften investiert, so hätte er einen bedeutend grösseren Handlungsspielraum im laufenden Jahr, und dies, obgleich das Privatvermögen in beiden Fällen gleich hoch ist. Gleiches gilt auch für andere Arten von Investitionen (z.B. in Kunst). Demgegenüber sprechen Einfachheit und Praktikabilität für ein Abstellen auf den Stand zu Beginn des Jahres.

Sodann fragt sich, ob mit Vermögensumschlag das bezeichnet wird, was in Ziff. 2 des Kreisschreibens ESTV Nr. 8 als «Transaktionsvolumen» bezeichnet wird, nämlich die Summe aller Verkäufe und Käufe pro Kalenderjahr. Träfe dies zu, hätte, wer sein gesamtes Wertschriftenvermögen im Laufe eines Kalenderjahres einmal umschichtet, d.h. verkauft und den Erlös wiederum in Wertschriften investiert, das Kriterium des zweifachen Umschlags bereits erfüllt [38]. Um Fälle von blossen Vermögensumschichtungen nicht versehentlich zu gewerbmässigem Wertschriftenhandel werden zu lassen, ist der Umschlagsbegriff zu präzisieren und die Häufigkeit anzuheben.

Die Botschaft äussert sich zur Frage der Beurteilung der gewerbsmässigen Wertschriftenhändlerstätigkeit bei *ein-fachen Gesellschaften* resp. bei *Ehepaaren* nicht. Da jeder Ehegatte Steuer-subjekt ist, erscheint es zumindest nahe liegend – aber mit Blick auf die bisherige Zuger und Berner Praxis [39] keineswegs klar –, dass die Kriterien für beide Ehegatten je separat zu prüfen sind. Dies würde jedoch eine Aufteilung des gemeinsamen Vermögens und Einkommens auf die beiden Ehegatten erfordern, wie sie das heutige Gesetz nicht kennt. Offen ist auch, wie sich die Kriterien bei einer Schenkung oder einem Erbgang im laufenden Jahr auswirken, wenn Wertschriftenbestände auf den Beschenkten oder den Erben übergehen. Vererbt beispielsweise ein an mehreren Unternehmen beteiligter Vater seinen drei Kindern die Anteile an den Unternehmen je zu gleichen Teilen und möchten die Kinder anschliessend die Anteilsverhältnisse so ändern, dass jedes der Kinder nur an einem Unternehmen beteiligt ist, indem sie die Anteile untereinander veräussern, droht ihnen wohl dem Umschlagskriterium wegen Gefahr, gewerbsmässige Wertschriftenhändler zu werden. Diese Fragen bedürfen einer Klärung im Rahmen der parlamentarischen Debatte.

Die Botschaft zum Unternehmenssteuerreformgesetz II hält fest, dass im *Ausland ansässige Personen*, welche in der Schweiz ein Wertschriftenportefeuille verwalten lassen und sich nach den vorgängigen Kriterien als gewerbsmässige Wertschriftenhändler qualifizieren, alleine aufgrund dieses Umstands keine Steuerpflicht kraft wirtschaftlicher Zugehörigkeit in der Schweiz begründen [40]. Es ist zu prüfen, ob diesem Aspekt in den entsprechenden Gesetzesnormen ausdrücklich (Art. 4 und 5 DBG und Art. 4 StHG) Rechnung zu tragen ist.

4.3.2 Gegenvorschlag

Die beiden vorgeschlagenen Kriterienpaare vermögen unseres Erachtens die gewerbsmässige Wertschriftenhändlerstätigkeit nicht sachgerecht zu kodifizieren [41]. An sich ist es störend, wenn nur eine und zudem spezielle Art der selbständigen Erwerbstätigkeit im Gesetz näher umschrieben wird, wo doch nicht

einmal der Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit selber im Gesetz definiert wird. Ohne Kodifizierung ist die eingetretene Rechtsunsicherheit aber wohl kaum mehr zu beseitigen. Falls der Gesetzgeber sich dieser Meinung bzw. der Meinung des Bundesrats, dass die Wertschriftenhändlerfrage gesetzlich zu ordnen sei, anschliessen sollte, fragt es sich, ob nicht ein Kriterienkatalog aufzulisten wäre, wonach eine gewerbsmässige Wertschriftenhändlerstätigkeit vorläge, wenn eine gewisse Anzahl der Kriterien erfüllt ist, so wie es die Kommissionsvorschläge im Rahmen des Stabilisierungsprogramms 1998 vorsehen. Denkbar wäre beispielsweise, auf den ständerätlichen Kommissionsvorschlag abzustellen, welcher dem As-

selbständige Erwerbstätigkeit, wenn zwei der nachfolgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- Der jährlich kumulierte Verkaufserlös übersteigt den fünffachen Bestand des Wertschriftenvermögens zu Beginn des Steuerjahres;
- unverhältnismässig hohe Anlagerisiken werden in Kauf genommen;
- im Verhältnis zum entsprechenden Vermögen werden bedeutende Fremdmittel eingesetzt.

4.3.3 Zur Gesetzssystematik und zu den davon abweichenden Ausführungen in der Botschaft

4.3.3.1 Selbständige Erwerbstätigkeit und Geschäftsvermögen

Mit Art. 18 Abs. 2^{bis} E-DBG soll die bisherige gesetzliche Ordnung der selbständigen Erwerbstätigkeit in Art. 18 DBG erweitert werden. Art. 8 Abs. 2^{bis}

«Eine restriktive Norm führt zur Abwanderung von Vermögen, vermindert die Attraktivität der Schweiz und schadet der Volkswirtschaft.»

pekt Rechnung trägt, dass nicht schon alleine der Professionalität einer ihr Vermögen selbst verwaltenden Person oder des Vermögensverwalters wegen eine selbständige Erwerbstätigkeit vorliegt [42]. In einem solchen Kriterienkatalog wären die drei Kriterien «bedeutende Fremdfinanzierung im Verhältnis zum gesamten Vermögen», die «Inkaufnahme unverhältnismässig hoher Anlagerisiken» (wobei der Einsatz von Derivaten primär zu Hedgingzwecken unschädlich ist) und ein «fünffacher Veräusserungserlös» zu berücksichtigen. Dies liesse sich in Anlehnung an den ständerätlichen Kommissionsvorschlag wie folgt formulieren:

Art. 18 Abs. 1 DBG (Ergänzung) und Art. 8 Abs. 1 StHG (Ergänzung):

... Als selbständige Erwerbstätigkeit gilt auch die Veräusserung von Vermögenswerten, soweit sie nicht im Rahmen der blossen Verwaltung eigenen Vermögens erfolgt. Die Verwaltung eigenen Vermögens nach den für die entsprechenden Vermögenswerte anerkannten Grundsätzen vermag für sich allein selbst dann keine selbständige Erwerbstätigkeit zu begründen, wenn der Eigentümer oder der beauftragte Vermögensverwalter sachkundig ist.

Art. 18 Abs. 2^{bis} DBG (neu) und Art. 8 Abs. 2^{bis} StHG (neu):

Die Veräusserung von Wertschriften und anderen Finanzanlagen ausserhalb einer allfälligen geschäftlichen Tätigkeit des Veräusserers gilt als

E-StHG kommt dieselbe Funktion im StHG zu. Die beiden in der Botschaft vorgeschlagenen Entwürfe bestimmen, dass Gewinne aus der Veräusserung von Wertschriften, welche nicht in funktionalem Zusammenhang mit einem Geschäftsbetrieb stehen, unter bestimmten Voraussetzungen Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit darstellen.

Gesetzliche Folge der Qualifikation des Veräusserungsgewinnes als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit ist, dass eine selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt wird und dass die dieser Tätigkeit dienenden Vermögensgegenstände Geschäftsvermögen darstellen. Denn das Vorhandensein von Geschäftsvermögen setzt eine selbständige Erwerbstätigkeit voraus. Ohne diese gibt es keinen Grund für seine Ausgrenzung aus dem Gesamtvermögen. Daraus folgt allerdings, dass eine selbständige Erwerbstätigkeit, wenn sie als Begriff für eine Methode der Gewinnermittlung steht, ihrerseits das Vorhandensein eines Geschäftsvermögens voraussetzt, denn ohne Letzteres ist ein Vermögensstandsgewinn nicht zu ermitteln [43]. Dies gilt auch für den gewerbsmässigen Händlerbereich, was

vom Bundesgericht festgehalten wurde [44].

4.3.3.2 Beginn der selbständigen Erwerbstätigkeit und Einbringungswert

Als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit können nur Erträge besteuert werden, welche während der Dauer der selbständigen Erwerbstätigkeit erzielt werden. Bezogen auf Veräusserungsgewinne aus Wertschriften bedeutet das, dass nur derjenige Wertzuwachs, welcher seit der Begründung der selbständigen Erwerbstätigkeit entstanden ist, als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit erfasst werden kann. Der davor erzielte Wertzuwachs entstand im Privatvermögensbereich. Werden bei Beginn der selbständigen Erwerbstätigkeit Privatvermögensgegenstände ins Geschäftsvermögen eingebracht, ist ein Einbringungswert zu bestimmen. Anders als bei der Überführung aus dem Geschäftsvermögen ins Privatvermögen, für welche der Verkehrswert gilt, dürfen sie – müssen aber nicht – zum Verkehrswert ins Geschäftsvermögen eingebracht werden.

Der Bundesrat äussert sich zum Beginn der gewerbmässigen Händlerstätigkeit in der Botschaft indirekt, indem er zur Ermittlung der steuerbaren Veräusserungsgewinne festhält: «Für die Ermittlung der Veräusserungsgewinne oder -verluste ist dabei auf die tatsächlichen Gestehungskosten abzustellen. Ist der Nachweis der tatsächlichen Gestehungskosten nicht mehr möglich, kann auf den Vermögenssteuerwert am Ende des Erwerbsjahres abgestellt werden» [45]. Der Gestehungskostenbegriff wird nicht näher definiert. In Anlehnung an den Gestehungskostenbegriff in Art. 70 Abs. 4 DBG, wo der Gewinn aus der Veräusserung von Beteiligungen für die Belange des Beteiligungsabzugs definiert wird, ist zu vermuten, dass damit die Anschaffungskosten gemeint sind. Trifft dies zu, lässt sich daraus schliessen, dass der Bundesrat davon ausgeht, dass der Steuerpflichtige seine selbständige Erwerbstätigkeit im Zeitpunkt des Erwerbs der Wertschriften beginnt. Konsequenterweise ist sodann, dass die betreffenden Wertschriften seit Erwerb Geschäftsvermögen bilden müssen und während der

Haltedauer erzielte Vermögenserträge wie Dividenden oder Zinsen nicht privaten Vermögensertrag, sondern Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit darstellen [46].

Da die Frage der gewerbmässigen Händlerstätigkeit erst bei einer Veräusserung geklärt wird, ergeben sich zwangsläufig Ungereimtheiten: Der Wertzuwachs während der ganzen Haltedauer wird der selbständigen Erwerbstätigkeit zugerechnet (welche nach Meinung des Bundesrats seit dem Erwerb besteht), die laufenden Erträge hingegen bilden privaten Vermögensertrag und die betroffenen Wertschriften Privatvermögen. Dies ist auch einer der Widersprüche, die der bisherigen Praxis und Rechtsprechung des Bundesgerichts zur gewerbmässigen Händlerstätigkeit innewohnen.

Der Bundesrat will diese Ungereimtheit nun ins Gesetz projizieren: Veräusserungsgewinne sollen unter bestimmten Voraussetzungen Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit darstellen, laufende Erträge hingegen sollen selbst bei Erfüllung eines der beiden alternativen Kriterien Einkommen aus Privatvermögen bilden [47]. Aus ein und demselben Vermögensgegenstand soll (auch) in einem Steuerjahr zugleich privater Vermögensertrag und Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit erzielt werden können.

Ob die der gewerbmässigen Wertschriftenhändlerstätigkeit dienenden Wertschriften in der Botschaft als Geschäfts- oder Privatvermögen betrachtet werden, ist unklar. Aus der Darlegung «selbst bei Erfüllung eines der beiden Alternativkriterien stellen laufende Erträge Einkommen aus Privatvermögen dar und die weiteren Einkünfte qualifizieren erst bei Veräusserung der Wertschriften als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit» könnte geschlossen werden, dass diese Wertschriften als Privatvermögen gelten sollen. Andernfalls hätte der Bundesrat Stellung nehmen müssen zur Frage, ob ein gewerbmässiger Wertschriftenhändler neben dem dem Geschäftsvermögen zuzurechnenden Wertschriften auch noch solche im Privatvermögen halten kann, oder ob die Wertschriftenhändlerstätigkeit für alle zu diesem

Zeitpunkt gehaltenen Wertschriften «infizierend» wirkt. In der Literatur wird überwiegend davon ausgegangen, dass ein gewerbmässiger Wertschriftenhändler auch Wertschriften in seinem Privatvermögen halten kann; das Bundesgericht hat sich dazu, soweit ersichtlich, noch nie geäussert [48]. Jedenfalls ist bei einem gewerbmässigen Wertschriftenhändler, wie bei jedem anderen Selbständigerwerbenden auch, das Geschäfts- vom Privatvermögen klar abzugrenzen.

4.3.3.3 Beendigung der selbständigen Erwerbstätigkeit

Eine einmal begründete selbständige Erwerbstätigkeit endet mit der letzten Liquidationshandlung, der dauerhaften Verpachtung, Veräusserung oder sonstigen Verwertung des Geschäftsvermögens, aber nicht schon mit der Aufgabe der aktiven Geschäftstätigkeit. Allfälliges noch verbleibendes Geschäftsvermögen ist mittels Privatentnahme ins Privatvermögen zu überführen, wobei stille Reserven realisiert werden.

Bezogen auf einen gewerbmässigen Wertschriftenhändler heisst das, dass er seine selbständige Erwerbstätigkeit über dasjenige Jahr hinaus beibehält, in dem er erstmals als gewerbmässiger Wertschriftenhändler besteuert wurde. Gewinne resp. Verluste aus den dieser Tätigkeit dienenden Wertschriften (Geschäftsvermögen) werden weiterhin als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit besteuert. Verluste können innerhalb der Steuerperiode mit übrigen Einkommen verrechnet und Verlustüberhänge vorgetragen werden [49].

Das vom Bundesrat vorgeschlagene Konzept ist offenbar anderer Art: Die selbständige Erwerbstätigkeit eines «Quasi-Wertschriftenhändlers» scheint auf ein Steuerjahr begrenzt zu sein. Ausgelöst durch bestimmte Veräusserungsgewinne (oder -verluste) in einem Steuerjahr endet sie mit dem Ablauf dieses Steuerjahres. Dies jedenfalls geht indirekt aus den bundesrätlichen Ausführungen zum Verlustvortrag hervor: Nach einer Verrechnung innerhalb des Steuerjahres kann ein Verlustüberhang nur dann vorgetragen werden, «wenn der Quasi-Wertschriftenhandel *ununterbrochen* fortgeführt wird» [50]. Diese

Ausführungen würden sich erübrigen, wenn die selbständige Erwerbstätigkeit qua Wertschriftenhandel zunächst einmal andauern würde. Eine auf ein Steuerjahr bezogene Begründung und Beendigung der selbständigen Erwerbstätigkeit lässt sich mit der gesetzlichen Ordnung der selbständigen Erwerbstätigkeit jedoch nicht vereinbaren.

Gelten die dem Quasi-Wertschriftenhandel dienenden Wertschriften nach dem bundesrätlichen Konzept hingegen als Geschäftsvermögen, stimmt dies mit der heutigen Gesetzssystematik überein. Allerdings ist dann das dem Wertschriftenhandel dienende Geschäftsvermögen vom Privatvermögen abzugrenzen. Hätte eine Person neben den veräusserten und die Qualifikation als Quasi-Wertschriftenhändler auslösenden Wertschriften weitere Wertschriften im Geschäftsvermögen, bliebe die selbständige Erwerbstätigkeit weiterhin bestehen und jeder Vermögensertrag und Veräusserungsgewinn (-verlust) würde Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit darstellen, auch wenn die vorgeschlagenen Wertschriftenhändlerkriterien nicht erfüllt würden. Wären nur die veräusserten Wertschriften Geschäftsvermögen, welche in einem Jahr die Wertschriftenhändlerqualifikation auslösen, liesse sich dieser Konflikt zunächst vermeiden. Alle vom Wertschriftenhändler gehaltenen Wertschriften würden als Privatvermögen qualifiziert. Würden sie im Folgejahr veräussert, müssten sie aber zu Geschäftsvermögen mutieren, wenn die Wertschriftenhändlerkriterien erfüllt wären. Von der notwendigen klaren Abgrenzung des Geschäftsvermögens vom Privatvermögen ist dies weit entfernt. Die Betrachtung der Wertschriften, welche der Wertschriftenhändlerstätigkeit dienen, als Privatvermögen vermeidet zwar diese Probleme, widerspricht aber klar dem gesetzlichen Konzept der selbständigen Erwerbstätigkeit und ist deshalb abzulehnen. Eine unsaubere Praxis sollte nicht durch unsaubere Gesetzgebung abgelöst werden.

Die Botschaft beschreibt eine über die Hintertüre eingeführte Kapitalgewinnsteuer auf dem Privatvermögen, welche von der gesetzssystematischen Verankerung der selbständigen Erwerbstätig-

keit abweicht. Dies gilt in besonderem Masse für den Beginn und die Beendigung der gewerbsmässigen Wertschriftenhändlerstätigkeit und für die Verlustverrechnung.

5. Fazit

Soll der gewerbsmässige Wertschriftenhändler im Rahmen der selbständigen Erwerbstätigkeit gesetzlich geordnet werden, ist zu berücksichtigen, dass mit der Qualifikation als gewerbsmässiger Wertschriftenhändler eine selbständige Erwerbstätigkeit aufgenommen wird und das dazu dienende Vermögen Geschäftsvermögen darstellt. Es stellen sich alle damit verbundenen Fragen wie etwa jene nach Beginn und Ende der selbständigen Erwerbstätigkeit, Abgrenzung des Geschäfts- vom Privatvermögen und Verlustvortragsmöglichkeiten.

Gewerbsmässige Wertschriftenhändler sollen auch in Zukunft Ausnahmerecheinungen sein. Die Einführung einer Kapitalgewinnsteuer (auch einer «durch die Hintertüre») ist weder vom Gesetzgeber noch vom Volk gewünscht (Volksabstimmung vom 2. Dezember 2001 «Für eine Kapitalgewinnsteuer») und wäre für den Wirtschaftsstandort Schweiz ein negatives Signal. Bundesrat Villiger brachte es seinerzeit im Rahmen der Debatte zum Stabilisierungsprogramm auf den Punkt: «Wir wollen keine Kapitalgewinnsteuer für alle Normalanleger und -sparer, (...), auch wenn sie ein gutes Portefeuille nach modernsten Methoden bewirtschaften. Da will der Fiskus nicht <zuschlagen>; das wäre eine Kapitalgewinnsteuer durch die Hintertüre. Aber es gibt einige Fälle – im Wertschriftenbereich sind es relativ wenige, (...) – wo keine Besteuerung einfach stossend ist. Diese Fälle – soweit man überhaupt darauf gestossen ist – hat das Bundesgericht bis jetzt schon als steuerbar beurteilt. Wir wollen nichts anderes, als das zu sichern» [51].

Strategien zur Vermeidung der gewerbsmässigen Wertschriftenhändlerstätigkeit gibt es viele. U. a. bieten die Banken genügend Anlageprodukte an, welche indirekt aktives Tätigsein erlauben, ohne dass der Anleger Gefahr

läuft, als gewerbsmässiger Wertschriftenhändler besteuert zu werden. Eine neue Gesetzesnorm kann nur den Zweck haben, Rechtssicherheit zu schaffen. Sie wird kein Instrument zur unmittelbaren Steigerung oder Senkung des Steueraufkommens sein. Bei der Normierung sollte deshalb das Augenmerk darauf gelegt werden, dass möglichst viele schweizerische Anleger ihr Vermögen in der Schweiz selber verwalten oder verwalten lassen können. Ebenso wichtig wird eine klare Gesetzesbestimmung und Praxis für vermögende Privatpersonen bei der Wahl ihres Wohnsitzes sein. Eine restriktive Norm führt zur Abwanderung von Vermögen und Privatpersonen aus der Schweiz [52], vermindert die Attraktivität der Schweiz für mögliche Zuzüger und schadet somit der schweizerischen Volkswirtschaft insgesamt. Eine klare und grosszügige Gesetzesnorm wird dank der damit verbundenen Rechtssicherheit den Finanzplatz stärken und die Schweiz für vermögende Ausländer attraktiv bleiben lassen. ▬▬▬

Anmerkungen

- 1 Dazu Reich Markus, Der Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit im Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, in: Blaise Knapp u. a. (Hrsg.), *Problèmes actuels de droit fiscal, Mélanges en l'honneur du professeur Raoul Oberson*, Basel 1995, 117 f.; ders., in: Zweifel Martin/Athans Peter (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2a*, Art. 18 N 8.
- 2 Ziff. 1 6 des Bundesgesetzes vom 19. März 1999 über das Stabilisierungsprogramm, AS 1999 2374 2386, BBl 1999 4.
- 3 Reich, FS Oberson (Anm. 1), 118 f.
- 4 Reich, FS Oberson (Anm. 1), 118 f.
- 5 Art. 27–29 DBG und Art. 10 StHG.
- 6 Art. 30 DBG und Art. 8 Abs. 4 StHG.
- 7 Art. 18 Abs. 2 DBG und Art. 8 Abs. 1 StHG.
- 8 StE 1997 B 23.1 Nr. 37.
- 9 Votum Villiger, AmtlBull NR 1999 336.
- 10 Botschaft zum Stabilisierungsprogramm 1998 vom 28. September 1998, BBl 1999 139.
- 11 Botschaft zum Stabilisierungsprogramm 1998 (Anm. 10), BBl 1999 143.
- 12 AmtlBull SR 1999 41 und 140.
- 13 Als Beispiele erwähnt der Berichterstatter der ständerätlichen Kommission Kunstgegenstände und antike Fahrzeuge, AmtlBull SR 1999 42.
- 14 Dazu Votum Villiger, AmtlBull SR 1999 48.
- 15 AmtlBull NR 1999 333. Die zitierte Ergänzung von Art. 18 Abs. 1 DBG wurde auch als Ergänzung von Art. 8 Abs. 1 StHG vorgeschlagen.
- 16 BGE 125 II 113 = StE 1999 B 23.1 Nr. 41.
- 17 BGer 12.11.2001, StE 2002 B 23.1 Nr. 50.
- 18 BGer 13.12.2003, StE 2004 B 23.9 Nr. 7.

- 19 Statt vieler BGer 12.11.2001, StE 2002 B 23.1 Nr. 50 m. w. Hw. auch zum Folgenden.
- 20 Dem Vernehmen nach findet heute im Kanton Bern auch für die Belange der Berner Staatssteuer das Kreisschreiben ESTV Nr. 8 v. 21.6.2005 Anwendung.
- 21 Steuerverwaltung des Kantons Bern, Praxisfestlegung zum gewerbmässigen Wertschriftenhandel, NStP 55 (2001) 13 f. auch zum folgenden (Hervorhebung im Original).
- 22 Zuger Steuerbuch, Erläuterungen zu § 26, Ziff. 3 zum gewerbmässigen Wertschriftenhandel, abrufbar unter www.zug.ch/tax/pdf/steuerbuch/steuerbuch_p26.pdf.
- 23 Auch zum Folgenden Kantonale Steuerverwaltung, Praxis Kanton Schwyz, StPS 2000, 6f.
- 24 Abrufbar unter www.estv.admin.ch/data/dvs/index/d/index.htm.
- 25 Kreisschreiben ESTV Nr. 8 v. 21.6.2005, Ziff. 2.
- 26 Kreisschreiben ESTV Nr. 8 v. 21.6.2005, Ziff. 4.1.
- 27 Betreffend die Beschränkung des Schuldzinsenabzuges und die zum Geschäftsvermögen erklärten Beteiligungen nach dem Bundesgesetz vom 19. März 1999 über das Stabilisierungsprogramm 1998, ASA 69 (2000/01) 176ff., auch abrufbar unter www.estv.admin.ch/data/dvs/index/d/index.htm.
- 28 Botschaft zum Bundesgesetz über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (Unternehmenssteuerreformgesetz II) vom 22. Juni 2005, BBl 2005 4735 ff.
- 29 Die Kantone sind frei, die wirtschaftliche Doppelbelastung ebenfalls zu mildern. Art. 7 Abs. 1 zweiter Satz E-STHG sieht einschränkend vor, dass, falls entlastet wird, dies auf Stufe der Anteilsinhaber erfolgen muss, Botschaft Unternehmenssteuerreformgesetz II (Anm. 28), BBl 2005 4880.
- 30 Art. 18b und 20 Abs. 1^{bis} E-DBG Botschaft Unternehmenssteuerreformgesetz II (Anm. 28), BBl 2005 4794 ff., 4844, 4877.
- 31 Art. 18b Abs. 2 E-DBG, Botschaft Unternehmenssteuerreformgesetz II (Anm. 28), BBl 2005 4877.
- 32 Botschaft Unternehmenssteuerreformgesetz II (Anm. 28), BBl 2005 4736.
- 33 Botschaft Unternehmenssteuerreformgesetz II (Anm. 28), BBl 2005 4809 f.
- 34 Reich, FS Oberson (Anm. 1), 135.
- 35 Vgl. dazu Kapalle Urs/Salib Alexandra, Der Quasi-Wertpapierhändler in der Unternehmenssteuerreform II, StR 60 (2005) 744 ff.
- 36 Urs Kapalle (Neueste Entwicklungen bei der Abgrenzung der Vermögensverwaltung von der selbständigen Erwerbstätigkeit – de lege lata und de lege ferenda, IFF Seminar zur Unternehmensbesteuerung 2005 v. 21./22. September 2005) wirft zudem zu Recht die Frage auf, wie eine solche Frist zu berechnen wäre, d. h. im Rahmen einer Einzelbetrachtung, pro Titelkategorie usw.
- 37 Dazu vorne 3.2.
- 38 Vgl. dazu auch Uebelhart Peter/Morf Catherine, Unternehmenssteuerreform II – erste kritische Übersicht, ST 9/2005, S. 708 und Kapalle (Anm. 36), Folie zu Ziff. III.5, sowie Kapalle/Salib (Anm. 35), StR 60 (2005) 746 f. mit weiteren Beispielen.
- 39 Dazu vorne 3.2.
- 40 Botschaft Unternehmenssteuerreformgesetz II (Anm. 28), BBl 2005 4810.
- 41 Kritisch zu den in der Botschaft vorgeschlagenen Kriterien auch Uebelhart/Morf (Anm. 38), ST 9/2005 706 ff.; Kapalle (Anm. 36), Folien zu Ziff. III.
- 42 Dazu vorne 2.
- 43 Duss Marco/Greter Marco/von Ah Julia, Die Besteuerung Selbständigerwerbender, Zürich/Basel/Genf 2004, 2.
- 44 BGer 8.1.1999, ASA 67 (1998/99) 644 E. 5d.
- 45 Botschaft Unternehmenssteuerreformgesetz II (Anm. 28), BBl 2005 4810.
- 46 Bei gleicher Qualifikation der selbständigen Erwerbstätigkeit im Sozialversicherungsrecht wie im Steuerrecht sind die Erträge sozialversicherungspflichtig.
- 47 Botschaft Unternehmenssteuerreformgesetz II (Anm. 28), BBl 2005 4810.
- 48 Im Entscheid vom 13.11.2002, StE 2003 B 23.1 Nr. 54, brachte das Bundesgericht diese Frage in E. 3.2 zwar auf, liess sie aber offen.
- 49 Art. 211 DBG und Art. 67 StHG.
- 50 Botschaft Unternehmenssteuerreformgesetz II (Anm. 28), BBl 2005 4810 (Hervorhebung nicht im Original).
- 51 AmtlBull SR 1999 47.
- 52 NZZ Nr. 265 vom 12./13. November 2005, 25.

RESUME

Le commerce professionnel de titres

Dans le Message publié en juin 2005 concernant la loi sur la réforme de l'imposition des entreprises II, le Conseil fédéral, après de premiers efforts dans le cadre du programme de stabilisation de 1998, lance une nouvelle tentative de régler le commerce professionnel de titres dans la LIFD et la LHID. Le flou juridique régnant à ce sujet est de plus en plus clairement préjudiciable à la Suisse, en tant que site d'implantation et doit être dissipé le plus rapidement possible. Dans un tel contexte, il convient de saluer les efforts du Conseil fédéral. La pratique et la jurisprudence actuelles montrent à quel point il est difficile de dire à partir de quel moment nous sommes en présence d'une activité professionnelle de commerce de titres. La circulaire n° 8, émise par l'Administration fédérale des contributions (AFC) également en juin 2005, contient une liste de critères élaborée par la Conférence

suisse des Impôts, liste qui, aux dires de l'AFC, va dans le sens d'une fonction d'abri («safe-haven») qui devrait offrir à la majorité des contribuables une sécurité juridique raisonnable. Si le contribuable cumule l'ensemble des critères, il ne fait aucun doute qu'il s'agit d'une gestion du patrimoine privé. Dans les autres cas, il convient d'apprécier, au regard du catalogue d'indices dressé par le Tribunal fédéral, si nous sommes en présence d'une activité professionnelle de négociant de titres. Malheureusement, ce catalogue n'offre de garanties juridiques qu'aux contribuables qui, jusqu'à présent et malgré une jurisprudence devenue limitative en matière de gestion du patrimoine «privé», devaient encore émettre des suppositions. Les incertitudes juridiques subsistant dans les autres cas doivent être réglées dans le cadre de la réforme de l'imposition des entreprises, par un complément à

la réglementation sur l'activité lucrative indépendante. Il est prévu de fixer dans la loi que les bénéfices provenant de l'aliénation de titres qui ne seraient pas en rapport avec une exploitation dirigée par le contribuable ne constituent un revenu d'activité indépendante que a) 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 de cinq ans ou b) 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.

Le Message ne donne qu'un bref descriptif des différents critères. De nombreuses questions demeurent sans réponse, par exemple comment appliquer ces critères lorsque des conjoints font une déclaration commune. A

RESUME

notre avis, ces doubles critères ne parviennent toutefois pas à codifier le commerce professionnel de titres d'une manière adéquate. La condition relative au financement au moyen de capitaux étrangers se rapporte uniquement à l'acquisition de titres alors que, selon nous, c'est l'ensemble de la situation patrimoniale du contribuable qui devrait être l'élément décisif. Les cinq années de détention nous semblent trop longues compte tenu de la rapidité des changements de l'environnement économique. Un produit annuel des ventes (chiffre d'affaires) de CHF 500 000 peut être également réalisé avec un portefeuille privé moyen. Certains particuliers fortunés remplissent pratiquement d'emblée la première condition du second couple de critères, sans même recourir à une gestion active de leur patrimoine. Et si, de plus, ils renouvellent au moins deux fois la valeur de leur portefeuille dans l'année, ce qui est tout à fait possible, ils se retrouvent déjà qualifiés de négociants professionnels en titres si, par «négoce», on entend la somme de tous les achats et ventes.

En fait, il est gênant que la loi ne décrive en détail qu'un seul type d'activité lucrative indépendante, et qui plus est un type tout à fait particulier, alors que le terme d'activité lucrative indépendante n'est même pas défini dans le texte. Sans codification, il ne sera guère possible de parvenir à éliminer l'incertitude juridique. Au cas où le législateur se rallierait à cet avis, il conviendrait de se demander s'il ne serait pas plus judicieux de considérer qu'il y a négoce professionnel de titres si un certain nombre de critères sont remplis. Un «financement étranger significatif par rapport à l'ensemble du patrimoine», l'«acceptation de risques de placement disproportionnés» (sans prendre en compte le recours à des dérivés visant essentiellement à la couverture des risques) et un produit annuel des ventes élevé (p.ex. de l'ordre du quintuple) nous semblent consti-

tuer des critères décisifs. Par analogie avec la proposition de la commission du Conseil des États, soumise lors du débat sur le programme de stabilisation 1998, on pourrait alors fixer que la gestion de son propre patrimoine, sur la base des principes reconnus pour les valeurs patrimoniales correspondantes, ne constitue, en soi, pas une activité lucrative indépendante si le détenteur ou le gestionnaire du patrimoine est compétent en la matière.

La norme sur les négociants en titres est prévue comme une extension de l'actuelle disposition sur l'activité lucrative indépendante. Seuls peuvent être imposés au titre de revenus d'une activité lucrative indépendante les montants réalisés au cours de la durée de l'activité lucrative indépendante. Ramené aux bénéfices provenant de l'aliénation de titres, ceci signifie que seul l'accroissement de valeur enregistré depuis le début de l'activité lucrative indépendante est imposable. Une valeur d'apport doit être déterminée pour les biens personnels investis initialement dans le patrimoine commercial. Selon le Message concernant la loi sur la réforme de l'imposition des entreprises II, le calcul des bénéfices ou des pertes sur les aliénations doit se baser sur les coûts d'acquisition effectifs ou, le cas échéant, sur la valeur déterminante pour l'impôt sur la fortune à la fin de l'année d'acquisition. Si, en particulier, on entend par «coût d'acquisition» le prix de revient, ceci signifierait en tout cas que l'activité lucrative indépendante du contribuable débute à la date d'acquisition des titres. Une telle approche doit être rejetée. La date à laquelle commence une activité professionnelle de négoce doit être déterminée en fonction des critères habituellement appliqués à une activité lucrative indépendante.

Une fois établie, une activité lucrative indépendante perdure dans un premier temps et ne s'arrête qu'avec le

dernier acte de liquidation, sa vente, etc. La conception abordée dans le Message est à l'évidence différente: l'activité lucrative indépendante d'un «quasi» négociant en titres semble se limiter à une année fiscale. Déclenchée par certains bénéfices réalisés sur les ventes au cours de l'année fiscale, ladite activité prend fin avec l'année en question. C'est en tout cas ce qui ressort des explications sur les reports de pertes: un excédent de pertes ne peut être reporté que si le commerce quasi-professionnel de titres est poursuivi sans interruption. À la différence du projet de loi proposé, le Message décrit un impôt institué par une porte dérobée sur les gains en capital de la fortune privée. La création d'un tel impôt sur les gains en capital n'est souhaitée ni par le législateur ni par le peuple et elle constituerait un signal négatif pour la Suisse en tant que site d'implantation économique. Les négociants professionnels de titres doivent, à l'avenir aussi, demeurer une exception. Les stratégies visant à empêcher les personnes fortunées de devenir des négociants professionnels de titres sont évidentes. Si, à l'avenir, le patrimoine est détenu par une personne morale dont le siège et la gestion effective se trouvent à l'étranger (en un lieu fiscalement avantageux), l'état des titres imposables en Suisse demeure inchangé et les critères mentionnés ci-dessus ne sont pas remplis, même si le patrimoine personnel investi est géré de façon active. Si l'on considère les choses sous cet angle et avec une réglementation telle que la prévoit le Message, seules les personnes mal informées ou mal conseillées tomberaient sous le coup d'une imposition. Du point de vue économique également, il conviendrait de rechercher une norme légale qui permette aux personnes fortunées de continuer à gérer elles-mêmes, en Suisse, leur patrimoine ou d'en confier la gestion professionnelle à des banques ou des conseillers financiers, également en Suisse. JA/JA/JA