

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2869/2011-ICCIFD

ATA/55/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 4 février 2014

1^{ère} section

dans la cause

Madame et Monsieur X _____

représentés par Me Joëlle Zumoffen Fruttero, avocate

contre

ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE

et

ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
31 octobre 2012 (JTAPI/1364/2012)**

EN FAIT

- 1) Madame et Monsieur X_____, nés respectivement les _____ 1946 et _____ 1938 et (ci-après : les époux X_____), sont contribuables dans le canton de Genève.
- 2) M. X_____ est directeur et administrateur de Y_____ S.A. (ci-après : Y_____), société qu'il a créée en 1969 et dont le but statutaire est la mise, sur le plan international, à la disposition des banques, fonds de placement, fonds de prévoyance, compagnies d'assurances et autres organismes du même genre, les services d'institutions financières sélectionnées pour leur spécialisation et leurs hautes qualifications dans la gestion de portefeuilles de titres.
- 3) Dans leur déclaration fiscale 2007, les époux X_____ ont notamment déclaré un salaire brut de l'activité dépendante de CHF 505'800.- et un revenu mobilier de CHF 99'569.-. Sous la rubrique « observations », le contribuable a indiqué que la diminution de sa fortune résultait de nombreuses et répétées opérations de change qui s'étaient globalement révélées négatives. Il répondait, depuis 2007 « aux critères de la circulaire n° 8 chiffre 3 de l'AFC [administration fédérale des contributions, ci-après : AFC-CH] du 21 juin 2005 » (ci-après : la circulaire) définissant le commerce professionnel de titres.
- 4) Sous la rubrique « autre déduction sur le revenu » (chiffre 59.30) de leur déclaration fiscale de 2007, les contribuables ont porté en déduction un montant de CHF 650'917.- avec la mention « perte en capital - circulaire No 8 AFC du 21.6.2005 ».
- 5) Sur une feuille annexée à la déclaration fiscale, le calcul de la perte en capital précitée a été présenté comme suit :

Détermination des pertes en capital sur les portefeuilles en 2007

	CHF	Perte en capital CHF
1. <u>Portefeuille de la Z_____</u> Valeur au 01.01.2007 sans c/c personnel CH 01F (selon relevé fiscal au 31.12.2006) moins : Obligations transférées et liquidités transférées à la A_____ au (selon relevé A_____ au 31.07.2007)	1'552'955.- 1'019'696.- 533'259.-	
Valeur au 31.12.2007 sans c/c personnel CH 01F (selon relevé fiscal)	435'203.-	98'056.-

2. Portefeuille A _____ Obligations et liquidités transférées de la Z _____ (comme ci-dessus)	1'019'696.-	
Valeur au 31.12.2007 (selon relevé fiscal)	466'835.-	552'861.-
Perte totale en capital		650'917.-

- 6) Le 11 juin 2009, l'administration fiscale cantonale (ci-après : AFC-GE) a adressé aux époux X _____ deux bordereaux de taxation pour l'année fiscale 2007. L'impôt fédéral direct (ci-après : IFD) s'élevait à CHF 55'180.-, montant calculé sur la base d'un revenu imposable de CHF 521'800.-. L'impôt cantonal et communal (ci-après : ICC) se montait à CHF 147'205,60, somme établie compte tenu d'un revenu imposable de CHF 500'424.- et d'une fortune imposable de CHF 853'921.-.
- 7) A teneur des avis de taxation annexés aux bordereaux précités, l'AFC-GE n'avait pas retenu la déduction de CHF 650'917.- au motif que le contribuable ne répondait pas aux critères de la circulaire.
- 8) Par l'intermédiaire de leur mandataire, expert-comptable, les époux X _____ ont formé le 20 juillet 2009 une réclamation à l'encontre des bordereaux ICC et IFD 2007 du 11 juin 2009. L'AFC-GE devait admettre l'activité commerciale indépendante du contribuable et, ainsi, lui accorder la déductibilité de la perte commerciale.
- 9) Le 22 mars 2010, l'AFC-GE a rendu deux décisions sur réclamation, concernant respectivement l'ICC et l'IFD 2007, maintenant les deux bordereaux de taxation 2007 en raison de la tardiveté de la réclamation.
- 10) Le 20 avril 2010, Mme et M. X _____ ont recouru contre les deux décisions de l'AFC-GE du 22 mars 2010 auprès de l'ancienne commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : CCRA), dont les compétences ont été reprises dès le 1^{er} janvier 2011 par le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI). Les recours ont été enregistrés sous le numéro de procédure A/1463/2010. Toutefois, les contribuables et l'AFC-GE étant parvenus à un accord pour que lesdites décisions soient annulées et remplacées par deux nouvelles décisions sur le fond, le TAPI a rayé la cause du rôle par jugement de retrait du 5 mai 2011.
- 11) Le 10 janvier 2011, l'AFC-GE a demandé aux contribuables de lui fournir des renseignements en vue d'examiner leur réclamation du 20 juillet 2009 et de se prononcer quant à la qualification de professionnel du commerce de titres. M. X _____ était invité à :

- démontrer, cas échéant preuve à l'appui, qu'il devait être qualifié de professionnel des titres au sens de la circulaire ;
 - remettre une comptabilité complète concernant son activité d'indépendant (bilan, pertes et profits), ainsi qu'un relevé des apports et prélèvements privés, daté et signé ;
 - remettre le détail du poste « perte en capital » de CHF 650'917.- ;
 - expliquer la raison pour laquelle cette qualification intervenait seulement à compter de la période fiscale 2008.
- 12) Les époux X_____, par l'intermédiaire de leur mandataire, ont répondu à l'AFC-GE le 17 janvier 2011, se référant notamment à la teneur et aux pièces de leur recours du 20 avril 2010.
- 13) Considérant la réponse incomplète, l'AFC-GE a réitéré sa demande par courrier du 7 février 2011 et indiqué aux contribuables qu'elle souhaitait recevoir d'une part une comptabilité complète concernant l'activité d'indépendant (bilan, compte de résultat) ainsi qu'un relevé des apports et prélèvements privés, daté et signé et, d'autre part, le détail du poste « perte en capital » de CHF 650'917.- (ou à défaut les relevés de performances du dépôt Z_____ et A_____).
- 14) Le 22 février 2011, les contribuables, par l'intermédiaire de leur mandataire, se sont derechef référés à leur recours du 20 avril 2010 et ont indiqué que M. X_____ n'était pas soumis à l'obligation de tenir une comptabilité, mais gérait son patrimoine de manière professionnelle au sens des notions fiscales. L'AFC-GE ne pouvait dès lors exiger de lui la tenue d'une comptabilité. La perte en capital avait été détaillée dans le document intitulé « Détermination des pertes en capital sur les portefeuilles en 2007 », lequel avait été joint à la déclaration fiscale 2007 et au courrier du 17 janvier 2011.
- 15) Le 21 juin 2011, l'AFC-GE a informé les contribuables de ce qu'elle entendait rectifier la taxation pour l'année 2007 en leur défaveur, dès lors qu'ils n'avaient pas déclaré les 100 actions de Y_____ dont ils étaient titulaires.
- 16) Les époux X_____, par courrier de leur mandataire du 23 juin 2011, ont admis leur omission concernant les 100 actions qu'ils détenaient et demandé à ce que la situation soit rectifiée en ce sens pour les années fiscales 2007 à 2009.
- 17) Par deux nouvelles décisions du 22 juillet 2011, concernant respectivement l'ICC et l'IFD 2007, l'AFC-GE a refusé la déduction de la perte en capital et ajouté la valeur des 100 actions non déclarées au montant de la fortune imposable des contribuables.

Les transactions financières effectuées au cours de la période fiscale 2007 n'étaient pas constitutives d'une activité lucrative indépendante, mais d'une gestion dynamique de la fortune privée, ce pour plusieurs raisons.

M. X_____ n'avait pas été en mesure de produire un état des actifs et des passifs, ni un relevé des recettes, des dépenses et des prélèvements en apports privés qui soit probant conformément aux exigences légales en la matière. Les documents fournis ne garantissaient pas une saisie complète et rigoureuse du revenu et de la fortune supposés commerciaux, ce qui ne permettait pas à l'AFC-GE de procéder à un contrôle aisé. Le contribuable n'avait pas non plus démontré que les transactions effectuées n'étaient pas accessibles à tous les investisseurs, au sens de la circulaire. Le commerce de devises s'était démocratisé grâce à la polyvalence des techniques modernes de communication et des logiciels spécialisés. Il n'avait pas été démontré de manière irréfutable que les transactions incriminées présentaient un rapport étroit avec l'activité professionnelle du contribuable, cas échéant étaient attribuables à des connaissances spéciales, acquises dans le cadre d'une profession particulière. Enfin, il n'avait pas été établi que le volume total des transactions avait représenté plus du quintuple du montant des titres et des avoirs au début de la période fiscale.

Conformément à son courrier du 21 juin 2011 relatif à l'omission de déclarer les 100 actions de Y_____, l'AFC-GE a ajouté à la fortune des contribuables un montant de CHF 853'100.- correspondant à l'estimation de la société.

- 18) Par bordereau rectificatif daté également du 22 juillet 2011, le montant de l'ICC 2007 a été porté à CHF 154'616,40, calculé sur la base d'un revenu imposable constant de CHF 500'424.- et d'une fortune imposable de CHF 1'707'021.-. Le bordereau IFD 2007 est resté inchangé.
- 19) Le 22 août 2011, sous la plume de leur avocat, les époux X_____ ont interjeté recours auprès du TAPI contre les deux décisions du 22 juillet 2011, concluant à leur annulation, ainsi qu'à celle des bordereaux de taxation IFD 2007 du 11 juin 2009 et ICC 2007 du 22 juillet 2011.

Le contribuable ne remplissait pas les six critères cumulatifs de la circulaire permettant d'exclure une activité professionnelle indépendante. En particulier, les positions sur devises tournaient quotidiennement, le volume annuel des transactions effectuées était supérieur au quintuple des sommes investies et les transactions sur devises faisaient partie du domaine d'activité professionnelle de M. X_____.

Il était nécessaire, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, de se fonder sur l'ensemble des circonstances dont ressortaient plusieurs indices. Concernant la durée de la possession, les positions prises sur l'achat et la vente de devises étaient généralement closes au cours de la même journée. L'objectif n'était

pas de les conserver à long terme, mais de réaliser rapidement un gain. Par ailleurs, les relevés de comptes produits démontraient une fréquence quotidienne, régulière et élevée des transactions, dépassant la simple administration de la gestion d'un patrimoine privé. Enfin, le portefeuille titres du contribuable servait de couverture pour les transactions sur devises et lui offrait un effet de levier. Il ne recourait pas à l'emprunt, mais était régulièrement à découvert entre les phases d'achat et de vente des devises. Dans la mesure où celles-ci se concluaient dans la même journée et se compensaient, le compte n'était généralement pas débiteur en fin de journée.

La façon dont M. X_____ avait conduit ses transactions et géré sa fortune sortait du cadre de la simple gestion dynamique de son patrimoine. Il n'avait pas fourni le décompte exact, mais estimait en moyenne avoir effectué cinq ou six transactions par jour, à raison de CHF 500'000.-, CHF 1'000'000.-, voire CHF 2'000'000.- par opération, soit près de mille opérations sur devises durant l'année 2007. Il avait ainsi agi sur le marché en tant qu'entrepreneur utilisant son expérience et ses compétences professionnelles dans le but de réaliser un bénéfice.

D'autre part, les contribuables ont contesté la valeur des 100 actions de Y_____ estimée par l'AFC-GE à CHF 853'100.- (CHF 8'531.- x 100 actions).

- 20) L'AFC-GE a répondu le 27 février 2012, acceptant de ramener la valeur des 100 actions de Y_____ à CHF 630.- par action et concluant pour le surplus au rejet du recours, reprenant l'argumentation de ses décisions du 22 juillet 2011.

Au surplus, il appartenait au contribuable d'apporter la preuve de la perte de CHF 650'917.- dont il demandait la déductibilité, dans la mesure où la tenue d'une comptabilité et l'exercice d'une activité commerciale étaient des conditions nécessaires à la déductibilité des pertes revendiquées. A défaut d'une comptabilité régulière, il n'était pas possible d'admettre la déduction de la perte invoquée, raison pour laquelle le recours devait déjà être rejeté sur ce point.

L'analyse du dossier des époux X_____, à la lumière des critères de la circulaire et des indices découlant de la jurisprudence du Tribunal fédéral, démontrait que les transactions financières effectuées durant la période fiscale 2007 n'étaient pas constitutives d'une activité lucrative indépendante.

Le caractère systématique ou planifié de l'activité ne constituait plus un critère pertinent, en raison notamment de l'évolution de la société, dès lors qu'il était considéré comme réalisé par chaque contribuable s'occupant de transactions boursières.

Le critère de l'importance du volume des transactions était devenu plus important que celui de leur fréquence et de la brièveté de la possession des positions, qui devait représenter plus du quintuple du montant des titres et avoirs

au début de la période fiscale. Or, il ne ressortait pas des écritures des contribuables quel avait été précisément le volume des transactions au regard de la fortune totale. Par ailleurs, la fréquence des opérations en matière de transactions sur devises était généralement plus importante compte tenu de la mobilité des objets négociés, des possibilités de financement et des perspectives diverses de gains et de pertes qu'ils impliquaient, y compris pour les particuliers.

Le Tribunal fédéral avait fortement relativisé le critère du recours à des connaissances techniques spéciales. M. X_____ avait réalisé en 2007 des opérations sur devises n'apparaissant pas comme particulièrement compliquées, au moyen d'une plateforme électronique performante mise à disposition par la A_____. Le commerce des devises s'était démocratisé, de sorte qu'il n'était pas possible d'admettre que ces opérations n'étaient pas accessibles à tous les investisseurs.

Le critère du rapport étroit avec l'activité professionnelle du contribuable ne suffisait pas à lui seul à qualifier les transactions litigieuses de commerciales. L'AFC-GE doutait en outre que l'activité professionnelle de M. X_____ au sein de Y_____ lui permettait et lui laissait le temps de déployer une activité lucrative indépendante.

Le critère du recours à des fonds étrangers importants pour financer les transactions avait en revanche pris de plus en plus d'importance dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, au point d'être qualifié de déterminant. Le contribuable avait financé ses opérations en nantissant les fonds détenus auprès de la A_____ pour obtenir une ligne de crédit. Toutefois, l'essentiel des fonds trouvaient leur origine dans sa fortune personnelle.

Le contribuable n'ayant pas démontré réaliser les deux critères déterminants au sens de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, les transactions litigieuses ne s'inscrivaient pas dans le cadre d'un commerce professionnel de titres, mais dans celui d'une gestion dynamique du patrimoine privé. De plus, M. X_____ ne s'était prévalu de sa qualité de professionnel du commerce de titres que l'année au cours de laquelle il avait subi une perte importante, alors qu'il était peu probable qu'il n'ait commencé cette activité qu'en 2007. Dans ce cas, les gains réalisés les années précédentes allaient devoir être requalifiés.

- 21) Le 3 avril 2012, les époux X_____ ont répliqué par écriture de leur conseil, indiquant qu'ils avaient obtenu satisfaction concernant la valeur des 100 actions de Y_____, mais persistant dans leurs conclusions quant à la déductibilité de la perte en capital.

Ils avaient apporté à l'AFC-GE les preuves requises en fournissant les relevés fiscaux de début et fin de période, un tableau intitulé « détermination des

pertes en capital sur les portefeuilles en 2007 », ainsi que les relevés des opérations effectuées en 2007 auprès de la Z_____ et de la A_____.

Le calcul précis du volume des opérations effectuées en 2007 n'avait pas été mentionné dans les écritures des contribuables. Selon leur estimation fondée sur les relevés de comptes joints au recours, près de mille opérations sur devises avaient été conclues au cours de l'année 2007 et celles-ci portaient généralement sur la somme d'un million, parfois deux millions, pour un volume total d'un « bon milliard » en fin d'année, soit plus de mille fois les actifs engagés.

Vu l'important nombre de transactions, les contribuables avaient considéré qu'une estimation globale serait suffisante pour l'AFC-GE. Néanmoins, il ressortait clairement de l'examen des pièces jointes au recours que les mouvements de fonds à la Z_____ pour le premier trimestre 2007 représentaient EUR 25'000'000.-, USD 125'804'648.- et CHF 113'573'736.- d'achats de devises et EUR 25'000'000.-, USD 124'786'138.- et CHF 114'683'316.- de ventes de devises. Pour le deuxième trimestre 2007, les achats de devises s'élevaient à EUR 54'000'000.-, USD 164'912'936.- et CHF 113'569'505.- et les ventes à EUR 54'000'000.-, USD 165'870'173.- et CHF 112'349'645.-.

Pour les troisième et quatrième trimestres 2007, les relevés de la A_____ ne totalisaient pas les opérations en fin de mois, raison pour laquelle il n'était pas possible d'avoir une vue d'ensemble sur le volume total des transactions traitées. Il avait été renoncé à procéder au fastidieux calcul des montants du deuxième semestre, étant précisé que le volume était plus important que celui du premier semestre. La couverture restreinte admise par les banques et les leviers offerts par celles-ci afin de procéder à des opérations relevaient en outre d'un recours à des fonds étrangers.

Ainsi, les deux critères du volume des transactions et du recours à des fonds étrangers, déterminants pour admettre l'existence d'une activité professionnelle, étaient réalisés.

Concernant les critères du recours à des connaissances techniques spéciales et du rapport étroit avec l'activité professionnelle, la complexité des opérations n'était pas une caractéristique du professionnalisme. Toutefois, les opérations sur devises n'étaient pas si simples et requéraient l'analyse des marchés, ainsi que des connaissances particulières. Le fait que les opérations sur devises aient un lien avec l'activité professionnelle de M. X_____ ne l'empêchait pas d'être actif dans sa sphère privée, de manière à remplir les conditions d'une activité lucrative indépendante dans le domaine du commerce professionnel de titres ou de devises. Avant l'année fiscale 2007, il gérait ses biens de manière plutôt passive, et ce n'était qu'à partir de cette période qu'il avait investi une partie de ses actifs dans des opérations sur devises.

- 22) Le 2 mai 2012, l'AFC-GE a dupliqué, persistant dans les termes et conclusions de son écriture du 27 février 2012.

Les documents produits par les contribuables ne permettaient pas de déterminer le solde des transactions au 31 décembre 2007. Il n'était pas possible de voir, pour chacune des opérations, quand celle-ci commençait et se terminait, ou si elle commençait avec du *forward* (promesse de vente à un certain cours) et se terminait avec du *spot* (échange au comptant). Le simple calcul de la différence entre l'état au 1^{er} janvier et celui au 31 décembre 2007 n'était pas suffisant pour que le contribuable puisse prouver la perte en capital alléguée de CHF 650'917.-.

Les chiffres avancés par le contribuable quant au volume de ses transactions devaient être relativisés, dans la mesure où l'une des caractéristiques essentielles du marché des changes Forex (*Foreign Exchange*) était l'important effet de levier proposé par les courtiers, lequel permettait de mettre sur le marché une somme mille fois supérieure à celle que le client possédait, tout en conservant une marge suffisante pour pouvoir couvrir d'éventuelles pertes. Il n'apparaissait pas en l'espèce que M. X_____ avait entièrement joué sa marge. De plus, en matière de transactions sur devises, la fréquence des opérations était généralement plus importante en raison de la mobilité des objets négociés, des possibilités de financement, ainsi que des perspectives diverses de gains et pertes qu'ils impliquaient.

Depuis les années 2000 et la mise en application de la directive concernant les marchés d'instruments financiers de la Commission européenne (ci-après : MiFID) en 2007, tous les investisseurs, particuliers comme professionnels, pouvaient négocier sur le marché des changes. Le marché des devises requérait moins de connaissances que pour les transactions liées à des obligations, actions, options et autres produits dérivés. Les particuliers avaient accès aux plateformes de *trading* et les banques n'exigeaient pas forcément le dépôt de montants importants. L'AFC-GE a produit divers articles et documents illustrant le développement du marché des changes de devises au cours des dernières années.

- 23) Le 16 mai 2012, les contribuables ont relevé, par courrier de leur conseil, que l'AFC-GE avait fondé sa duplique sur des documents datant de 2010 pour examiner la situation prévalant en 2007, alors même qu'en cinq ans l'accès, notamment par internet, aux marchés financiers s'était considérablement développé. Par ailleurs, la directive MiFID n'était applicable que depuis le 1^{er} novembre 2007. Il convenait dès lors de remettre l'analyse dans son contexte. Etaient jointes à ce courrier copies des contrats conclus respectivement le 10 novembre 2003 avec la Z_____ (« Opérations sur dérivés et à terme ») et le 5 juillet 2007 avec la A_____.
- 24) Le 4 juin 2012, l'AFC-GE a persisté dans les termes et conclusions de ses écritures des 27 février et 2 mai 2012, souhaitant apporter encore certaines

précisions. Les pièces produites par les contribuables étaient des contrats-type ne démontrant pas le caractère commercial des transactions effectuées sur le marché des devises. La directive MiFID faisait suite à de précédentes directives européennes qui avaient déjà, avant 2007, pour but d'établir un cadre réglementaire complet régissant l'exécution organisée des transactions des investisseurs par les bourses, les autres systèmes de négociation et les entreprises d'investissement. Le marché Forex avait précisément été ouvert aux particuliers dès 2007. Les documents joints à sa duplique visaient à démontrer la facilité d'accès aux transactions sur le marché des changes depuis 2007, bien que d'autres plateformes fonctionnaient déjà auparavant.

- 25) Par jugement du 31 octobre 2012, le TAPI a partiellement admis le recours des époux X_____ concernant l'ICC 2007, donnant acte à l'AFC-GE de ce que la valeur individuelle des actions de Y_____ s'élevait à CHF 630.-, et l'a rejeté pour le surplus.

La question de savoir si la perte en capital de CHF 650'917.- découlait d'une activité lucrative indépendante du contribuable ou d'une gestion active de sa fortune privée pouvait rester indécise, dès lors que, même si un commerce professionnel de titres était admis, les contribuables n'avaient pas démontré l'existence même de la perte alléguée.

Il incombait au contribuable de produire un état des actifs et des passifs, un relevé des recettes et des dépenses, ainsi que des prélèvements et apports privés, ce même dans le cas où il serait dispensé de tenir une comptabilité commerciale. Le document produit à l'appui de la déclaration fiscale 2007, intitulé « Détermination des pertes en capital sur les portefeuilles en 2007 » ne suffisait pas à prouver une perte en capital de CHF 650'917.-. Les montants mentionnés sur ce document ne ressortaient pas des justificatifs bancaires versés au dossier. Il était, par conséquent, impossible de vérifier l'état de la fortune au début et à la fin de l'année. Lesdits relevés bancaires ne permettaient en outre pas de comprendre quand, ni comment, les pertes ou gains résultant des opérations de négoce de devises étaient déterminés. L'AFC-GE avait ainsi refusé à juste titre la déduction de la perte, tant en matière d'IFD que d'ICC pour l'année fiscale 2007.

- 26) Par acte déposé au greffe le 21 décembre 2012, Mme et M. X_____ ont interjeté recours par-devant la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), concluant sous suite de frais et dépens à l'annulation du jugement du TAPI du 31 octobre 2012, à l'annulation des bordereaux de taxation IFD 2007 du 11 juin 2009 et ICC 2007 du 22 juillet 2011, à la constatation qu'une perte de CHF 559'496.- devait être admise en déduction des revenus imposables pour l'année fiscale 2007, ainsi qu'au retour du dossier à l'AFC-GE pour rectification des bordereaux litigieux.

Le recourant persistait dans sa précédente argumentation. Il ne remplissait pas les conditions cumulatives permettant, à teneur de la circulaire, d'exclure l'exercice d'une activité lucrative indépendante. Par ailleurs, à la lumière des indices développés par la jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière, notamment le caractère systématique ou planifié, ainsi que la fréquence des transactions, la courte durée de possession, la relation étroite entre les opérations sur devises et la profession et la formation, ainsi que l'utilisation de connaissances spécialisées, l'engagement de fonds étrangers pour financer les opérations et le réinvestissement du bénéfice réalisé, il apparaissait que les opérations sur devises effectuées par M. X_____ l'avaient été dans le cadre d'une activité professionnelle indépendante, dépassant la simple administration de son patrimoine privé.

M. X_____ avait par ailleurs subi une perte résultant d'opérations sur devises effectuées dans le cadre de son activité professionnelle indépendante, perte qui devait être déduite de ses autres revenus imposables pour l'année fiscale 2007. Le recourant n'était pas astreint à la tenue d'une comptabilité et cela n'avait pas d'incidence sur le fait que les pertes découlant du commerce de titres étaient déductibles. Selon la jurisprudence, un simple relevé de recettes et de dépenses suffisait à déterminer un bénéfice imposable, et un raisonnement différent ne pouvait être tenu en cas de perte. Seuls les documents manifestement incomplets ou établis *a posteriori*, à l'occasion de la requalification par l'autorité, devaient être écartés. Les pertes résultant d'une activité lucrative indépendante étaient fiscalement déductibles, pour autant qu'elles ressortent d'une comptabilité personnelle garantissant un enregistrement complet et fiable des revenus et de la fortune commerciale sur la base duquel l'autorité fiscale devait pouvoir procéder à un examen convenable.

En l'occurrence, M. X_____ avait joint à sa déclaration fiscale 2007 un document intitulé « Détermination des pertes en capital sur les portefeuilles en 2007 » reflétant l'état de sa fortune commerciale en début et fin de période. Il avait également joint à sa déclaration fiscale 2006 une estimation fiscale de la Z_____ au 31 décembre 2006 attestant de l'état de sa fortune au début de la période. Les montants reportés dans ces documents se retrouvaient ainsi précisément sur les justificatifs fournis à l'AFC-GE. Le recourant avait en outre fourni tous les relevés de comptes Z_____ et A_____ de l'année 2007, lesquels reportaient l'ensemble des transactions, environ un millier, effectuées sur devises auprès de ces établissements bancaires. Ces relevés permettaient également de vérifier le transfert intervenu en cours d'année de la Z_____ à la A_____. Certaines transactions s'étaient soldées par un bénéfice, d'autres par une perte et, dans la mesure où les opérations se soldaient en général dans la même journée, la variation quotidienne des comptes permettait de comprendre quand et comment les pertes et gains sur opérations de change avaient été réalisés. Si M. X_____

avait été soumis à l'obligation de tenir une comptabilité stricte, il se serait borné à reprendre une à une les opérations reportées sur les relevés de comptes.

Le recourant avait indiqué à l'AFC-GE qu'aucun apport ou prélèvement privé n'était intervenu, ce qui pouvait se vérifier à l'examen des relevés de comptes remis. Or, M. X_____, ayant procédé à cette vérification, a constaté qu'un prélèvement net de CHF 91'420,25 était intervenu. Ce montant devait par conséquent être déduit du montant de la perte alléguée, porté ainsi à CHF 559'496,75 au lieu de CHF 650'917.-.

Tous les documents utiles avaient été transmis à l'AFC-GE, et aucun n'avait été établi postérieurement. Le TAPI avait ainsi erré en considérant que les documents et informations fournis ne permettaient ni de prouver la perte en capital, ni de vérifier l'état de la fortune du contribuable au début et à la fin de la période.

- 27) Le 8 janvier 2013, le TAPI a transmis son dossier, sans formuler d'observations.
- 28) Par mémoire du 6 février 2013, l'AFC-GE a conclu au rejet du recours.

L'AFC-GE a également repris son argumentation précédente. La circulaire intitulée « Commerce professionnel de titres » de l'AFC-CH fixait certains critères dont la réalisation cumulative permettait d'exclure une telle activité. Cependant, si le commerce de titres ne pouvait être exclu, il n'était pas non plus possible d'affirmer de manière péremptoire que le commerce de titres pouvait être retenu. Cette circulaire avait donc pour objectif d'exclure l'existence d'un commerce professionnel de titres, non le contraire, et sa portée avait d'ailleurs été relativisée par la jurisprudence du Tribunal fédéral compte tenu de l'évolution de la société, à la lumière de laquelle il convenait d'examiner la situation du recourant. En l'occurrence, les transactions financières effectuées au cours de l'année fiscale 2007 n'étaient pas constitutives d'une activité lucrative indépendante de M. X_____.

Le critère du volume des transactions primait celui de la fréquence des transactions et de la brièveté de possession. Cependant, les chiffres avancés par le recourant quant au volume de ses transactions devaient être relativisés, dès lors qu'il n'avait pas investi de montants disproportionnés, ni entièrement joué sa marge. En effet, sur le marché Forex, les transactions étaient basées sur le principe du négoce sur marge, permettant aux clients de prendre des expositions plus élevées que leur dépôt initial. Cela signifiait que les clients pouvaient utiliser un important effet de levier sur leur marge, leur donnant accès à une plus grande liquidité et leur permettant d'augmenter l'impact des mouvements du marché par rapport à leur marge initiale. D'autre part, les opérations effectuées au comptant (*spot*) étaient les plus simples et les plus utilisées. Plus une opération était décalée

dans le temps (*forward*, options, change à terme) et plus l'indice qu'il s'agissait d'une opération professionnelle était important. Or, M. X_____ avait lui-même indiqué que ses opérations d'achats sur devises étaient toujours suivies de leur vente rapide et étaient généralement closes dans la même journée.

Le critère du recours à des connaissances techniques spéciales avait été fortement relativisé avec le temps. Le recourant n'avait pas démontré, au sens de la circulaire, que les transactions financières qu'il avait effectuées n'étaient pas accessibles à tous les investisseurs. Le commerce de devises s'était démocratisé et avait fortement augmenté, en particulier dès 2007, grâce à l'évolution des techniques de communication et des logiciels utilisés. Les négociations sur le Forex ne s'effectuaient pas sur un marché organisé mais sur un marché interbancaire. Le seul moyen pour les particuliers, avant les années 2000, d'investir sur les taux de change était de passer par une institution bancaire, mais peu d'investisseurs avaient accès à ce marché dès lors que les montants minimums des transactions avoisinaient EUR 1'000'000.-. Depuis les années 2000 et la mise en application de la directive MiFID en 2007, tous les investisseurs, particuliers et professionnels, avaient la possibilité de négocier sur le marché des changes pour des montants plus faibles, par l'intermédiaire de courtiers. Cette directive visait à faciliter la compétition dans le domaine des services d'investissements devenus ainsi moins coûteux et plus performants. De plus, la directive MiFID avait instauré une obligation de classification et d'information des clients pour les prestataires de services d'investissements. Moins les clients étaient expérimentés, plus ils devaient être protégés. Les clients étaient répartis en trois classes, soit les contreparties éligibles (banques et établissements financiers), les professionnels (entreprises) et les non-professionnels (particuliers). Chaque nouveau client devait être classé dans l'une de ces catégories. M. X_____ n'avait fourni aucune information sur sa marge de manœuvre, ni sur l'importance des leviers qu'il pouvait faire valoir.

Quant à la perte alléguée par le recourant, il appartenait à ce dernier de l'établir conformément aux règles générales relatives au fardeau de la preuve en matière fiscale. Or, malgré de réitérées demandes de l'AFC-GE, M. X_____ n'avait pas été en mesure de produire un état des actifs et des passifs, un relevé des recettes et des dépenses, ainsi que des prélèvements et apports privés probants au sens des dispositions légales applicables. Les documents produits ne garantissaient pas une saisie complète et rigoureuse du revenu et de la fortune supposés de nature commerciale et ne permettaient pas à l'AFC-GE de procéder à un contrôle aisé. Ce d'autant que la tenue d'une comptabilité et l'exercice d'une activité commerciale par le recourant étaient des conditions nécessaires à la déductibilité des pertes revendiquées. A défaut de comptabilité régulière, il était en outre impossible de déterminer, sur la base des documents produits, quand chacune des opérations commençait et se terminait et le simple calcul de la

différence entre l'état au 1^{er} janvier et celui au 31 décembre n'était pas suffisant pour étayer la perte.

- 29) Le 26 février 2013, le juge délégué a fixé aux parties un délai au 5 avril 2013 pour formuler toutes requêtes ou observations complémentaires, après quoi la cause serait gardée à juger.
- 30) Par écriture du 2 avril 2013, les époux X_____ ont persisté dans leurs conclusions.

Bien que la portée de la circulaire ait été relativisée par le Tribunal fédéral, l'approche générale selon laquelle la situation en matière de commerce professionnel devait s'apprécier au vu de l'ensemble des circonstances de chaque cas en fonction de divers indices restait la même.

L'AFC-GE étayait certains de ses arguments en se référant à l'encyclopédie en ligne Wikipédia, qui ne pouvait être considéré comme une référence en matière financière. Il était notamment erroné et preuve de méconnaissance du système financier de mentionner des marges de 1000 pour 1 qui ne correspondaient pas à la réalité du marché Forex et conduiraient immanquablement au désastre.

Contrairement à ce que prétendait l'AFC-GE, le volume des transactions réalisées par le recourant au regard de sa fortune totale ressortait de ses écritures. Il avait effectué chaque jour cinq à six opérations, soit plus de mille transactions représentant au total pour l'année 2007 un volume d'environ un milliard, environ mille fois la fortune initiale investie dans les opérations Forex. L'AFC-GE ne pouvait par ailleurs pas reprocher à M. X_____ de ne pas avoir entièrement « joué » sa marge, ce terme étant au demeurant inapproprié. Il était en effet totalement démesuré d'évoluer sur le marché Forex avec des marges de 1000/1 et même de 100/1.

La classification des investisseurs en plusieurs catégories, telle qu'évoquée par l'AFC-GE pour mettre en cause le caractère professionnel des activités du recourant, revenait à distinguer les « simples » des « intellos » et dénotait une fois encore une méconnaissance des métiers de la finance, sachant que les premiers représentaient en réalité des millions de *traders* à travers le monde répartis dans des milliers de salles de marché. Il n'était pas plus complexe d'acheter « *spot* » des actions ou des obligations que des devises et les transactions à terme n'étaient, en pratique, ni plus risquées ni plus compliquées.

L'AFC-GE faisait abstraction des conditions prévalant sur le marché en 2007, année sur laquelle portait le litige, et fondait son argumentation sur des critères et développements postérieurs. Ce n'était qu'à partir des années 2004-2005 que les banques avaient commencé à installer des plateformes électroniques auprès des tiers gérants et des sociétés financières. Les fonds étrangers étaient

représentés par des lignes de crédit (effet de levier) qui dépassaient rarement 5/1. Peu d'investisseurs avaient alors accès au marché qui ne s'était pas encore démocratisé au sens où l'entendait l'AFC-GE. La directive MiFID datait de la fin de l'année 2007 et ses effets n'avaient pas été immédiats. Il était par ailleurs erroné de prétendre que l'évolution des plateformes électroniques permettait de ne plus recourir à des connaissances techniques particulières pour opérer sur le marché. Le recourant ayant investi une somme de l'ordre de CHF 1'000'000.- dans ses transactions en 2007 telles qu'elles ressortaient des extraits de comptes, le levier utilisé avait été de l'ordre de 3/1 à 5/1.

M. X_____ était un financier expérimenté, dirigeant depuis plusieurs années une société spécialisée dans l'*engineering* financier. Le fait de conduire des activités financières dans le cadre d'une société n'excluait pas de pouvoir conduire à titre personnel des activités réalisant les conditions fiscales du professionnalisme.

L'AFC-GE omettait deux éléments fondamentaux en indiquant que le recourant s'était contenté de nantir un portefeuille-titre pour obtenir une ligne de crédit. D'une part, l'utilisation de lignes de crédit engendrait des dettes devant être remboursées en cas de pertes. Il s'agissait dès lors bien de recours à des fonds étrangers. D'autre part, l'effet de levier multipliait les fonds à disposition pour réaliser des transactions et ne limitait pas ceux-ci au seul montant initial mis en garantie. En recourant à un effet de levier de l'ordre de 3/1 à 5/1, M. X_____ s'était exposé à devoir rembourser, selon les variations du marché, des montants jusqu'à cinq fois supérieurs à celui qui était nanti au départ. Son portefeuille auprès de la Z_____ avait également été nanti dès lors qu'il s'agissait d'une obligation pour traiter des opérations de marge.

Le recourant avait géré ses actifs de manière passive jusqu'à la fin de l'année 2006, ainsi que cela ressortait des relevés fiscaux antérieurs remis à l'AFC-GE. Il avait en 2007 décidé d'investir à titre personnel dans des opérations Forex afin de tester les algorithmes de gestion systématique et automatique des décisions. Son objectif était de générer des profits de manière professionnelle et d'établir un « *Track Record* » de ce nouveau produit pour pouvoir ensuite le proposer à des clients potentiels, étant précisé que sa société n'était alors pas en mesure de procéder elle-même à ces tests. L'algorithme s'était cependant révélé « poreux » et des « bugs » fréquents et incompréhensibles avaient généré des pertes.

Enfin, M. X_____ avait fourni à l'AFC-GE tous les documents permettant d'établir la perte qu'il avait subie. Les relevés de comptes bancaires produits garantissaient la pleine et rigoureuse saisie de toutes les transactions effectuées. Les informations détaillées sollicitées par l'AFC-GE ne seraient pas davantage ressorties d'une comptabilité formelle. Les règles comptables en vigueur n'exigeaient pas la comptabilisation distincte de chaque opération et une comptabilité régulière aurait pu tout aussi bien procéder aux enregistrements

comptables par différence sur la base des relevés bancaires. Par conséquent, sans tenir une comptabilité formelle à laquelle il n'était pas astreint, le recourant n'avait pas procédé différemment.

- 31) L'AFC-GE n'a quant à elle pas déposé d'observations.

EN DROIT

- 1) Le recours a été interjeté devant la juridiction compétente (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05).
- 2) Il convient néanmoins de déterminer si le recours a été interjeté en temps utile au regard de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) ainsi que du droit fédéral.

a. La loi genevoise de procédure fiscale est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002 et s'applique depuis lors aux divers impôts cantonaux (art. 1 de la loi de procédure fiscale du 4 octobre 2001 - LPFisc - D 3 17), y compris aux causes encore pendantes (art. 86 LPFisc). Elle prévoit que la LPA est applicable, pour autant que la LPFisc n'y déroge pas (art. 2 al. 2 LPFisc).

La LPFisc ne prévoyant pas, mais n'excluant pas, la suspension des délais de recours, les suspensions prévues par la LPA s'appliquent (ATA/726/2013 du 29 octobre 2013 ; ATA/571/2013 du 28 août 2013).

L'art. 17A LPA a été abrogé le 16 novembre 2013, date à laquelle est entré en vigueur le nouvel art. 63 LPA réglementant la suspension des délais en matière administrative et prévoyant que les délais ne sont pas suspendus dans les procédures soumises aux règles de la LPFisc (art. 63 al. 2 let. e LPA). La présente procédure étant déjà pendante avant cette modification législative, l'ancienne disposition reste néanmoins applicable à la présente cause (art. 92 al. 1 LPA).

Ainsi, en matière d'ICC, les délais de recours ne courent pas du 18 décembre au 2 janvier inclusivement (art. 17A al. 1 LPA en vigueur du 27 septembre 2011 au 15 novembre 2013).

Aucune disposition ne prévoit en revanche que l'ancien art. 17A LPA s'applique aussi en matière d'IFD.

b. La procédure en matière de réclamation prévue par la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 (LIFD - RS 642.11) s'applique à la procédure de recours (art. 145 LIFD). Le délai de recours est de trente jours (art. 140 al. 1 LIFD). Passé ce délai, un recours n'est recevable que si le contribuable établit que par suite de service militaire, de service civil, de maladie, d'absence du pays ou pour d'autres motifs sérieux, il a été empêché de présenter

son recours en temps utile et qu'il l'a déposé dans les trente jours après la fin de l'empêchement (art. 133 al. 3 LIFD).

Les délais prévus par la LIFD ne peuvent être prolongés (art. 119 al. 1 LIFD) et aucune suspension des délais pendant les fêtes n'est prévue (Arrêts du Tribunal fédéral 2C_948/2013 du 25 octobre 2013 consid. 2 et 4 ; 2C_407/2012 du 23 novembre 2012 consid. 2.4 ; 2C_628/2010 du 28 juin 2011 consid. 3.1 et les références citées).

En conséquence, cette jurisprudence implique que les fêtes prévues par le droit cantonal genevois ne trouvent pas application dans la procédure de réclamation ou de recours concernant l'IFD (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_948/2013 précité, consid. 4 ; ATA/726/2013 précité ; ATA/571/2013 précité ; ATA/399/2013 du 25 juin 2013).

c. L'erreur concernant le calcul du délai est une erreur de droit qui ne constitue en principe pas un cas d'empêchement au sens de l'art. 133 al. 3 LIFD (Arrêt du Tribunal fédéral 2A.70/2006 du 15 février 2006 consid. 4).

En l'espèce, le jugement du TAPI du 31 octobre 2012 a été communiqué le 16 novembre 2012 et reçu par le recourant le 19 novembre 2012. Le délai de recours de trente jours a commencé à courir le 20 novembre 2012 pour se terminer le mercredi 19 décembre 2012. Déposé le 21 décembre 2012, le recours en tant qu'il porte sur l'IFD 2007 est tardif et, partant, irrecevable. En revanche, il a été interjeté en temps utile en ce qu'il concerne l'ICC 2007 compte tenu de la suspension des délais entre le 18 décembre 2012 et le 2 janvier 2013 (art. 132 LOJ ; art. 2 al. 2 LPFisc ; art. 17A al. 1 et 62 al. 1 let. a LPA dans leur teneur avant le 16 novembre 2013).

- 3) Par conséquent, l'examen du recours par la chambre de céans portera uniquement sur la taxation ICC 2007 des contribuables.
- 4) Il convient au préalable de déterminer le droit applicable, dès lors qu'est entrée en vigueur le 1er janvier 2010 la loi sur l'imposition des personnes physiques du 27 septembre 2009 (LIPP - D 3 08), dont l'art. 69 abroge les cinq anciennes lois sur l'imposition des personnes physiques (aLIPP I à V), en particulier la loi sur l'imposition des personnes physiques - Impôt sur le revenu (revenu imposable) du 22 septembre 2000 (aLIPP-IV) et la loi sur l'imposition des personnes physiques - Détermination du revenu net - Calcul de l'impôt et rabais d'impôt - Compensation des effets de la progression à froid, du 22 septembre 2000 (aLIPP-V).

En l'espèce, le recours concerne la période fiscale 2007. Il s'ensuit que la présente cause est régie par les dispositions de l'ancien droit, dans leur teneur en vigueur en 2007, année de la taxation litigieuse. En effet, l'art. 72 al. 1 LIPP

prévoit que cette loi s'applique pour la première fois pour les impôts de la période fiscale 2010 et que les impôts relatifs aux périodes fiscales antérieures demeurent régis par les dispositions de l'ancien droit, même après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

- 5) a. A teneur de l'art. 3 al. 1 aLIPP-IV, sont imposables tous les revenus provenant de l'exploitation d'une entreprise commerciale, industrielle, artisanale, agricole ou sylvicole, et de l'exercice d'une profession libérale ou de toute autre activité lucrative indépendante. Sont également considérées comme une activité lucrative indépendante, les opérations portant sur des éléments de la fortune, notamment sur des titres et des immeubles, dans la mesure où elles dépassent la simple administration de la fortune.
- b. Selon l'art. 3 al. 3 let. f aLIPP-V, les frais justifiés par l'usage commercial ou professionnel sont déduits du revenu de l'activité lucrative indépendante, notamment les pertes de 7 exercices au plus précédant la période fiscale, pour la part qui n'a pas pu être déduite dans la taxation de l'impôt d'années antérieures.
- c. En l'espèce, la question se pose de savoir dans quelle mesure l'activité du recourant ayant effectué des opérations financières sur devises peut être qualifiée d'activité lucrative indépendante.
- 6) a. L'AFC-CH a édicté la circulaire relative au commerce professionnel de titres, applicable pour la taxation 2007, dont l'objectif visait à distinguer, au vu de plusieurs critères cumulatifs, les notions d'activité lucrative indépendante et de gestion dynamique de la fortune privée.
- b. Par ailleurs, la délimitation entre gestion de la fortune privée et transaction professionnelle a fait l'objet d'une abondante jurisprudence tant du Tribunal fédéral (Arrêts du Tribunal fédéral 2C_1255/2012 du 26 juin 2013 consid. 7 ; 2C_511/2012 du 15 janvier 2013 consid. 9.2 ; 2C_819/2011 du 20 avril 2012 consid. 3.2 ; 2C_455/2011 du 5 avril 2012 consid. 5.1 et les nombreux arrêts cités) que de la chambre de céans ATA/671/2013 du 8 octobre 2013 ; ATA/466/2013 du 30 juillet 2013 ; ATA/331/2013 du 28 mai 2013 ; ATA/93/2013 du 19 février 2013 ; ATA/543/2012 du 21 août 2012 consid. 4 et les arrêts cités).
- c. Selon cette jurisprudence, la distinction entre un gain privé en capital (non imposable sur le revenu) ou un bénéfice commercial en capital provenant de l'exercice d'une activité lucrative indépendante (imposable sur le revenu), dépend des circonstances concrètes du cas (Arrêts du Tribunal fédéral 2C_349/2009 du 16 novembre 2009 consid. 4.1.2 ; 2C_893/2008 du 10 août 2009 consid. 2.2). La notion d'activité lucrative indépendante s'interprète toutefois largement, de telle sorte que sont seuls considérés comme des gains privés en capital exonérés d'impôt ceux qui sont obtenus par un particulier de manière fortuite ou dans le cadre de la simple administration de sa fortune privée. En revanche, si l'activité du

contribuable excède ce cadre relativement étroit et est orientée dans son ensemble vers l'obtention d'un revenu, l'intéressé est réputé exercer une activité lucrative indépendante dont les bénéfices en capital sont imposables. Une telle qualification peut se justifier, selon les cas, même en l'absence d'une activité reconnaissable pour les tiers et/ou organisée sur le modèle d'une entreprise commerciale, et même si l'activité n'est exercée que de manière accessoire ou temporaire, voire même ponctuelle (Arrêts du Tribunal fédéral 2C_455/2011 précité et 2C_456/2011 du 5 avril 2012 consid. 5.1 et les références citées). Les éléments patrimoniaux utilisés pour l'accomplissement d'une activité lucrative indépendante sont pour leur part considérés comme des actifs commerciaux (ATF 125 II 113 consid. 6c/bb p. 126 s.).

d. C'est avant tout en lien avec les transactions effectuées par les particuliers sur des immeubles ou sur des titres que la jurisprudence a été amenée à dégager des critères permettant de tracer la limite entre les gains (privés) en capital et les bénéfices (commerciaux) en capital. Elle a notamment considéré que valent comme indices d'une activité lucrative indépendante dépassant la simple administration de la fortune privée les éléments suivants : le caractère systématique et/ou planifié des opérations, la fréquence élevée des transactions, la courte durée de possession des biens avant leur (re) vente, la relation étroite entre l'activité indépendante (accessoire) supposée et la formation et/ou la profession (principale) du contribuable, l'utilisation de connaissances spécialisées, l'engagement de fonds étrangers d'une certaine importance pour financer les opérations, le réinvestissement du bénéfice réalisé ou encore la constitution d'une société de personnes. Dans un arrêt du 23 octobre 2009, le Tribunal fédéral a précisé sa jurisprudence en matière de commerce de titres en indiquant que la manière de procéder systématique et planifiée ainsi que l'utilisation de connaissances techniques spéciales ont une importance moindre ; en revanche, il faut donner plus de poids aux critères du volume des transactions et de l'engagement de fonds étrangers importants (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_868/2008 du 23 octobre 2009 consid. 2.7). Cette jurisprudence a été confirmée depuis à plusieurs reprises (Arrêts du Tribunal fédéral 2C_115/2012 du 25 septembre 2012 consid. 2.1.2 ; 2C_385/2011 du 12 septembre 2011 consid. 2.1 ; 2C_766/2010 du 29 juillet 2011 consid. 2.3 ; 2C_403/2009 et 2C_404/2009 du 1^{er} mars 2010 consid. 2.4).

e. En l'espèce, la question de savoir si les transactions financières opérées par le recourant durant l'année 2007 relèvent d'une activité lucrative indépendante ou d'une gestion dynamique de sa fortune privée peut souffrir de rester ouverte, au vu de ce qui suit.

- 7) L'existence même de la perte de CHF 559'496.- alléguée par les recourants qui souhaitent la porter en déduction de leur revenu déclaré en 2007 est contestée par l'AFC-GE ; le TAPI a considéré que cette perte n'avait pas été établie.

- 8) a. A teneur de l'art. 27 al. 1 LIFD, les contribuables exerçant une activité lucrative indépendante peuvent déduire les frais qui sont justifiés par l'usage commercial ou professionnel. Dès lors qu'il s'agit d'une déduction visant à réduire l'obligation fiscale des contribuables, le fardeau de la preuve leur incombe (X. OBERSON, Droit fiscal suisse, 2007, p. 142, n. 228). Selon l'art. 27 al. 2 let. b LIFD, les pertes effectives sur des éléments de la fortune commerciale font notamment partie de ces frais, à condition qu'elles aient été comptabilisées.
- b. Selon l'art. 29 LPFisc, les personnes physiques doivent joindre à leur déclaration, notamment les certificats de salaire concernant tous les revenus provenant d'une activité lucrative dépendante, de même que les attestations concernant les prestations que le contribuable a obtenues en sa qualité de membre du conseil d'administration ou d'un autre organe d'une personne morale ainsi que l'état complet des titres et des créances ainsi que celui des dettes (al. 1). Par ailleurs, les personnes physiques dont le revenu provient d'une activité lucrative indépendante et les personnes morales doivent joindre à leur déclaration, à chaque période fiscale, les extraits de comptes signés (bilan, compte de résultats et, le cas échéant, annexe) de la période concernée ou, à défaut d'une comptabilité tenue conformément à l'usage commercial, un état des actifs et des passifs, un relevé des recettes et des dépenses ainsi que des prélèvements et apports privés (al. 2). Le contenu de cette disposition est analogue à celui de l'art. 125 LIFD. De même, la teneur de l'art. 3 al. 3 let. f aLIPP-V est similaire à celle de l'art. 27 al. 1 LIFD. Par souci d'harmonisation verticale, il y a donc lieu d'interpréter les dispositions cantonales de la même manière que les dispositions fédérale correspondantes (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_549/2012 du 16 mai 2013 consid. 5.2).
- c. D'après une jurisprudence bien établie en matière fiscale, tandis qu'il appartient à l'autorité fiscale de démontrer l'existence d'éléments créant ou augmentant la charge fiscale, le contribuable supporte le fardeau de la preuve des éléments qui réduisent ou éteignent son obligation fiscale. S'agissant de ces derniers, il appartient au contribuable non seulement de les alléguer, mais encore d'en apporter la preuve et de supporter les conséquences de l'échec de cette preuve (ATF 133 II 153 consid. 4.3 ; 121 II 257 consid. 4c/aa ; ATA/7/2014 du 7 janvier 2014 consid. 10 ; ATA/687/2013 précité consid. 7i).
- d. L'art. 125 al. 2 LIFD ne précise pas ce qu'il faut entendre par « état des actifs et des passifs, relevé des recettes et des dépenses ainsi que des prélèvement et apports privés ». Selon la jurisprudence, les exigences auxquelles doivent répondre ces états dépendent des circonstances du cas d'espèce, en particulier du type d'activité et de l'ampleur de cette dernière. Dans tous les cas, ils doivent être propres à garantir une saisie complète et fiable du revenu et de la fortune liés à l'activité lucrative indépendante et pouvoir être contrôlés dans des conditions raisonnables par les autorités fiscales (Arrêts du Tribunal fédéral 2C_549/2012 précité consid. 3.1 ; 2C_669/2008 du 8 décembre 2008 consid. 7.1 ; 2A_300/2006

du 27 février 2007 consid. 3.4 ; 2P.185/2006 du 27 novembre 2006 consid. 10.1 ; ATA/469/2012 du 31 juillet 2012 consid. 7 ; ATA/367/2010 du 1^{er} juin 2010 consid. 4).

Que le contribuable soit ou non astreint à tenir des livres au sens du droit commercial, soit des art. 957 ss de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations - CO - RS 220), est sans pertinence pour résoudre la question de savoir si des pertes commerciales, dont la déduction est demandée, ont été comptabilisées conformément aux exigences requises par les art. 27 al. 2 let. b et 125 al. 2 LIFD (Arrêt du Tribunal fédéral 2A.202/2003 du 13 décembre 2003 consid. 4). Selon la jurisprudence, à teneur de ces dispositions, seules pertinentes du point de vue fiscal, un professionnel de l'immobilier doit en effet tenir une comptabilité, ou à tout le moins l'état de ses actifs et passifs, les relevés de ses recettes et dépenses ainsi que de ses prélèvements et apports privés (Arrêt du Tribunal fédéral 2A_300/2006 précité consid. 3.5 ; ATA/469/2012 précité consid. 7). Il n'en va pas différemment dans le cadre du commerce de titres.

Ces états d'actifs et passifs doivent non seulement être signés et datés par le contribuable, mais également être établis chronologiquement aux dates successives de bouclage des exercices commerciaux déterminants pour les périodes fiscales en cause (Arrêt du Tribunal fédéral 2A_300/2006 précité consid. 10.2 ; 2P.185/2006 précité consid. 3.5). Il n'appartient en effet pas aux autorités fiscales de rétablir la comptabilité défaillante d'un contribuable (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_669/2008 précité consid. 7 ; 2P.185/2006 précité consid. 10), ni de déterminer le montant des pertes que celui-ci n'a pas annoncées en se fondant sur les autres données apparaissant dans la déclaration remise ou dans ses nombreuses annexes (ATA/469/2012 précité consid. 7 ; ATA/756/2002 du 3 décembre 2002 consid. 4b).

Outre l'exercice d'une activité commerciale par le contribuable, la comptabilisation des pertes constitue donc une condition nécessaire à leur déductibilité (Arrêt du Tribunal fédéral 2A_300/2006 précité consid. 10.2 ; 2P.185/2006 précité, consid. 3.5).

e. Selon la doctrine, l'exigence de comptabilisation pose problème lorsque l'autorité fiscale requalifie d'activité indépendante les transactions présentées par le contribuable comme relevant de la gestion ordinaire de la fortune privée. Le contribuable n'a pas tenu, dans la plupart de ces cas, de comptabilité. On lui impute ses gains comme produit de l'activité indépendante mais il ne pourrait symétriquement faire valoir ses pertes, puisque non comptabilisées. La jurisprudence admet dans ce cas qu'un simple relevé de recettes et de dépenses, au sens de l'art. 125 al. 2 LIFD, suffit si le contribuable n'est pas astreint à tenir des livres. Cette solution découle logiquement de la notion étendue par la LIFD d'activité lucrative indépendante : la tenue des livres n'en est plus une condition.

On ne saurait raisonner différemment en cas de pertes (Y. NOËL, Commentaire romand, Impôt fédéral direct, 2008, n. 35 *ad* art. 27, p. 463, et les références citées).

Ce même auteur cite un arrêt du Tribunal fédéral (2A.272/2003 du 13 décembre 2003 publié *in* RDAF 2004 II p. 30) dans lequel ce dernier n'a pas retenu comme probants les relevés établis par un sous-directeur de banque pour ses propres opérations d'investissement sur papiers-valeurs considérées comme faisant partie d'un commerce professionnel de titres. Le document présenté n'offrait pas de garantie d'exactitude. En principe, les pertes sur titres résultant d'une activité lucrative indépendante sont prises en considération indépendamment du devoir de tenir une comptabilité. Le contribuable a dans ce cas l'obligation de produire les annexes prévues par la loi, en particulier un état des actifs et des passifs. Or, dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a considéré que le document intitulé « Aperçu des gains et pertes réalisés au cours de l'année 2000 » comprenant les pièces justificatives des achats et ventes y relatifs, établi et remis ultérieurement par le recourant aux autorités fiscales, ne satisfaisait pas à ces exigences. Il n'offrait pas de garantie en ce qui concernait la saisie complète des opérations commerciales et ne donnait pas davantage de renseignements sur l'état de la fortune commerciale au début et à la fin de l'année, ce qui seul aurait permis l'appréciation de la modification de fortune alléguée par le recourant.

Il convient par ailleurs de relever que l'ouverture manifestée par le Tribunal fédéral en matière de documentation comptable s'adresse en premier lieu aux personnes qui pensaient agir sur leur fortune privée. Pour ce qui concerne les contribuables qui considèrent eux-mêmes avoir agi en tant qu'indépendants, l'exigence d'une comptabilité en bonne et due forme, selon l'art. 27. al. 2 let. b LIFD, ne saurait être purement et simplement abandonnée, du moins tant que cette disposition légale demeure en vigueur.

f. En l'espèce, il appartenait aux recourants de se conformer à la requête de l'AFC-GE et de produire à tout le moins un état des actifs et des passifs, un relevé des recettes et des dépenses, ainsi que des prélèvements et apports privés, conformément aux exigences légales. Or, une valeur probante ne peut pas être accordée au document joint à la déclaration fiscale 2007 intitulé « Détermination des pertes en capital sur les portefeuilles en 2007 » dès lors que les montants indiqués ne ressortent pas des relevés de comptes Z_____ et A_____ produits, ni d'aucun autre justificatif bancaire. Le seul calcul de la différence entre le solde au début et à la fin de la période ne suffit pas à démontrer une perte, ce d'autant que le recourant lui-même n'a pas été en mesure d'indiquer, au moment du dépôt de sa déclaration fiscale, qu'un prélèvement privé de CHF 91'420,25 était intervenu. Ce n'est que lors de son recours par-devant la chambre de céans qu'il a modifié ses conclusions quant au montant de la perte à déduire, compte tenu de ce prélèvement. Il est par ailleurs impossible de déterminer de façon aisée et avec

certitude, à la seule lecture desdits relevés de comptes, de quelle manière sont intervenus les pertes et gains résultant des opérations financières effectuées par le recourant.

- 9) Par conséquent, force est de constater que les recourants n'ont pas démontré à satisfaction de droit l'existence d'une perte de CHF 559'496.- et qu'aucune déduction ne peut de ce fait être accordée.
- 10) Au vu de ce qui précède, le recours sera déclaré irrecevable concernant l'IFD 2007 et rejeté pour le surplus. Un émoulement de CHF 1'500.- sera mis à la charge des époux X_____, pris conjointement et solidairement (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne leur sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare irrecevable le recours interjeté le 21 décembre 2012 par Madame et Monsieur X_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 31 octobre 2012 en tant qu'il porte sur l'IFD 2007 ;

le déclare recevable en tant qu'il concerne l'ICC 2007 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de Madame et Monsieur X_____, pris conjointement et solidairement, un émoulement de CHF 1'500.- ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Joëlle Zumoffen Fruttero, avocate des recourants, à l'administration fiscale cantonale, à l'administration fédérale des contributions ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance .

Siégeants : M. Thélin, président, MM. Verniory et Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :