
L'INTERNAL REVENUE SERVICE, NOUVELLE VICTIME DE LA PYRAMIDE DE PONZI !

SÉBASTIEN VANNEROT

Vice-Président du Cercle Alexis de Tocqueville

Submergé par les demandes de remboursement d'impôt sur le revenu payé au titre de « revenus fictifs » par les contribuables américains victimes d'escroqueries basées sur la chaîne de Ponzi, le fisc américain – le célèbre Internal Revenue Service (IRS) – a donc publié le 17 mars 2009 deux instructions relatives au traitement fiscal – au niveau fédéral – des pertes subies par ces mêmes contribuables. Malheureusement pour l'IRS, les escroqueries du type chaîne de Ponzi sont – de l'autre côté de l'Atlantique – extrêmement répandues¹ et le montant des remboursements attendus flirte avec les 17 milliards de dollars...

L'histoire commence avec les révélations de Bernard Madoff et son acceptation de plaider coupable face à onze (11) chefs d'accusation. Face à l'émoi provoqué dans le pays par cette escroquerie « inédite » dans son ampleur, le Congrès s'est ému de la situation des victimes et a donc demandé à l'IRS de réfléchir à un moyen de rééquilibrer la situation en faveur des contribuables qui ont payé l'impôt sur un revenu fictif. Avant même que l'IRS ne publie ces deux instructions, elle fut submergée de demandes de remboursement émanant de tout le pays.

Le 17 mars 2009, l'IRS a donc publié deux importantes instructions relatives au traitement fiscal des pertes subies par les victimes de Bernard Madoff et autres montages du même type faisant notamment appel à la chaîne de Ponzi : l'instruction *Revenue Ruling 2009-09*² concernant le traitement fiscal de ces pertes et l'instruction *Revenue Procedure 2009-20*³ offrant une alternative du type « *safe harbour* »⁴ aux contribuables de bonne foi qui ont subi des pertes dans des schémas d'investissement frauduleux.

Entre autres choses, l'instruction fiscale 2009-09 établit que les pertes d'un contribuable résultant d'un investissement dans une chaîne de Ponzi peuvent être assimilées à une perte pour vol (« *theft loss* ») plutôt qu'à une moins-value mobilière et qu'en conséquence ces pertes (i) peuvent venir compenser des plus-values mais également des revenus relevant d'une autre catégorie

fiscale; (ii) ne sont pas soumises aux limitations habituelles (déduction limitée à 10% du revenu dans la limite de 3.000 US\$) applicables aux moins-values mobilières.

* * *

Il faut savoir⁵ que la *Section 165(a)* de l'Internal Revenue Code⁶ (Code des Impôts) autorise le principe de la déductibilité de toute perte financière subie au cours de l'année fiscale de référence et non compensée par une assurance ou autrement. La *Section 165 (c)* de même Code établit la liste des pertes financières déductibles autorisées lorsque la perte financière est imputable à un vol (« theft »).

La *Section 1.165-8(d)* de la réglementation du Trésor Américain⁷ fournit quant à elle une définition du « vol », lequel est réputé inclure, mais pas forcément limité à, tout larcin, détournement et vol qualifié. L'instruction fiscale *Revenue Ruling 72-112* déduit du sens général donné à cette définition que le Congrès a utilisé le terme « vol » pour couvrir tout vol ou appropriation frauduleuse d'argent ou de biens au terme duquel le contribuable subit une perte, pour autant que ce vol ou appropriation frauduleuse soit défini ou punissable au terme des codes pénaux des États en tant que larcin, vol qualifié, cambriolage, détournement, extorsion, kidnapping, menace ou chantage. La preuve de l'intention criminelle de l'auteur de l'infraction est l'élément prépondérant.

A l'instar de la plupart des déductions fiscales, la charge de la preuve repose sur le contribuable qui doit ramener la preuve des trois éléments suivants : que la perte soit imputable à un vol, le montant de la perte financière subie et l'année au titre de laquelle la perte financière a été découverte. La *Section 1.165-1(d)(2)*⁸ de cette réglementation du Trésor Américain interdit la déductibilité des pertes financières pour la partie de ces dernières pour laquelle il existe une « perspective raisonnable de recouvrement » jusqu'à ce qu'il puisse être établi avec une certitude raisonnable si oui ou non un remboursement sera perçu. »

La perte financière imputable à un vol qualifié doit être déclarée l'année de la découverte de la perte (sous réserve d'absence de perspective raisonnable de recouvrement) quelle que soit l'année au cours de laquelle celle-ci a été supportée. L'année de la découverte est l'année « au cours de laquelle un homme raisonnable dans des circonstances similaires aurait réalisé qu'il avait subi une perte financière imputable à un vol ». La déclaration de la perte pour vol doit être retardée aussi longtemps qu'il existe une perspective raisonnable de recouvrement.

* * *

Les tribunaux ont, de manière constante, réfuté l'application des déductions de « perte pour vol » dans les affaires impliquant un repli de la valeur des actions achetées sur un marché réglementé attribuable à des comportements ou déclarations frauduleux relatifs à la situation financière de la

société et ce, même dans des cas où les dirigeants de ces sociétés étaient pénalement poursuivis pour ces mêmes faits. Dans l'affaire *Paine v. Commissioner*⁹, les contribuables furent déboutés parce qu'ils n'avaient pas acheté les actions auprès des dirigeants qui avaient commis ces faits répréhensibles mais en bourse. Dans l'affaire *MTS International Inc. v. Commissioner*¹⁰, un contribuable – personne physique – a vendu à perte des actions qu'il avait acquises en bourse et plaida que la baisse de la valeur de ses actions était due à la commission d'infractions par les dirigeants de la société. La cour du 6^{me} Circuit a conclu que cette moins-value ne pouvait être considérée comme un vol¹¹.

En conséquence et jusqu'à ce jour, l'IRS refusait donc d'accepter la déductibilité des pertes financières pour vol en cas de moins-value – même significative – d'un investissement réalisé dans un marché ouvert ou en bourse. Si la valeur des actions en portefeuilles entraînait une perte, la perte constatée devait être traitée comme une moins-value mobilière.

* * *

Par l'adoption de ces deux instructions, l'IRS a donc fondamentalement modifié sa position traditionnelle, rappelée dans son instruction du 24 mars 2004¹² au terme de laquelle elle répétait l'interdiction faite aux contribuables de recourir à la déductibilité des « pertes pour vol » en cas de moins-value et/ou de disparition du capital investi suite à la révélation de fraudes comptables et/ou la commission d'infractions par les dirigeants de ces mêmes sociétés dès lors que les actions étaient achetées sur un marché de type ouvert ou coté. Ces pertes devaient être traitées comme des « pertes mobilières » et déduites du revenu fiscal de référence dans la limite de 10% du revenu fiscal du foyer et de 3.000 \$ par an; le reliquat était reporté d'une année sur l'autre jusqu'à épuisement de celui-ci.

Désormais, les pertes nées de la découverte du caractère frauduleux de ces investissements seront considérées comme des pertes ordinaires et bénéficieront donc du régime de droit commun autorisant les contribuables à compenser celles-ci avec toute autre revenu catégoriel (salaires, intérêts, dividendes, plus-values, etc.).

* * *

Conformément aux dispositions en vigueur, les pertes pour vol sont déductibles l'année de leur découverte, sauf dans l'hypothèse où il existe une perspective raisonnable de recouvrement. Malheureusement, l'instruction fiscale 2009-09 ne fournit pas d'indications quant à la signification ou la portée de l'expression « *perspective raisonnable de recouvrement* »; celle-ci sera essentiellement déterminée au cas par cas. Cependant, compte tenu de la complexité de l'affaire Madoff par exemple, on peut néanmoins se questionner sur la durée « raisonnable » de la procédure de liquidation de ses actifs susceptible de désintéresser ses créanciers.

Un contribuable pourra donc compenser ses pertes sur ses revenus passés ou futurs. Pour beaucoup de contribuables, le choix devrait s'opérer en faveur de la réclamation d'un remboursement du trop perçu d'impôt grâce au report en arrière (dans la limite de cinq (5) ans au lieu de trois (3) normalement) de ces moins-values.

Le montant de la moins-value sera généralement égal au montant initial de l'investissement (i) augmenté des investissements ultérieurs ainsi que du montant des revenus fictifs et (ii) réduit du capital et/ou des revenus retirés, le cas échéant, et (iii) du remboursement effectué par toute assurance et/ou tout montant effectivement recouvré et/ou pour lesquels une perspective raisonnable de recouvrement existe. Les «revenus fictifs» sont les revenus que le gérant du schéma d'investissement frauduleux a crédité sur le compte du contribuable, que celui-ci a payé l'impôt sur le revenu correspondant mais dont il n'a jamais pris possession.

L'avantage de cette procédure, comparée au Safe Harbour proposé par l'instruction *Revenue Procedure 2009-20*, réside dans le fait de pouvoir déduire intégralement le montant de son préjudice (capital et intérêt compris), à la condition bien évidemment de réunir l'ensemble des preuves nécessaires susceptible de satisfaire à un contrôle poussé de l'IRS.

Bien évidemment et compte tenu des montants en jeu, l'IRS portera une attention toute particulière à ces demandes de remboursement, d'autant qu'un certain nombre de montages frauduleux découverts récemment comportaient également – outre une escroquerie directe des investisseurs – certains aspects de fraude visant à éluder l'imposition de certains investisseurs sur le territoire américain.

* * *

En sus de l'instruction 2009-09, l'IRS a publié l'instruction 2009-20 au terme de laquelle les contribuables victimes pourront choisir de bénéficier d'un «*Safe Harbour*» grâce auquel ils pourront déduire en tant que «pertes pour vol» les pertes en capital résultant de ces investissements frauduleux sans que l'IRS ne remette en cause leur déduction, sous réserve que certaines conditions soient remplies. Cette instruction fiscale autorise le contribuable à déduire 95% du montant de son investissement (sous réserve de certains ajustements) si ce dernier n'entame pas de poursuites judiciaires et 75% (sous réserve de certains ajustements) si celui-ci entame des poursuites judiciaires. Dans les deux cas, le montant déductible doit être réduit de tout montant éventuellement recouvré, toute indemnité d'assurance versée ou encore de tout montant versé par la Securities Investor Protection Corporation (SPIC)³, une sorte de compagnie d'assurances des investisseurs en bourse. Le reliquat (des pertes) doit être déclaré l'année où le montant final de l'opération est définitivement connu.

L'avantage du Safe Harbour proposé par l'instruction Revenue Procedure 2009-20 comparé à la Revenue Ruling 2009-09 réside bien évidemment son caractère forfaitaire, à savoir l'engagement de l'IRS de ne pas remettre en cause le traitement fiscal de cette moins-value, ni dans sa période, ni son montant, en contrepartie de quoi le contribuable renonce à réclamer le remboursement de l'impôt payé sur les revenus fictifs.

S'il utilise ce système, le contribuable ne pourra pas déposer de déclarations fiscales rectificatives pour tenter d'obtenir le remboursement d'impôts acquittés les années précédentes sur les revenus fictifs générés par ces investissements à caractère frauduleux. En revanche, le contribuable peut imputer ces pertes sur l'année de leur découverte ainsi que sur les revenus des années futures.

L'IRS apparaît avoir limité l'option du Safe Harbour aux contribuables qui ont directement investi dans le fonds objet de la manipulation; un contribuable qui aurait investi dans un fonds nourricier d'un fonds de type Ponzi apparaît être inéligible au *Safe Harbour*, sauf à ce que le fonds nourricier n'ait été directement investi dans un fonds de type Ponzi, sans autre intermédiaire.

* * *

Ces instructions fiscales constituent un début de réponse aux yeux des contribuables américains mais beaucoup de questions restent sans réponse. En tout état de cause, l'IRS - qui a estimé le montant potentiel des remboursements à 17 milliards de dollars - a indiqué qu'elle n'approuverait néanmoins pas ces demandes de remboursement sans un examen attentif des dossiers.

Certains États fédérés, comme l'État de New York¹⁴, ont également publié sur ce même sujet des circulaires ou instructions fiscales applicables à leur niveau.

* * *

Si l'on s'interroge sur la raison pour laquelle les États-Unis ont un corpus de règles et de jurisprudence - dont l'équivalence n'existe pas dans les différentes législations européennes - relatif au traitement fiscal des escroqueries à l'investissement, il faut savoir que le montant des fraudes à l'investissement aux États-Unis est évalué entre 10 et 40 milliards de dollars¹⁵ chaque année (dont entre 1 et 3 milliards sur des micro-capitalisations) selon les études de la Commission Fédérale du Commerce ou encore du Bureau Fédéral d'Investigation.

L'évaluation du montant de cette fraude date évidemment de l'ère avant Madoff & consorts...

* * *

Dans la mesure où Bernard Madoff a quasiment toujours soutenu – souvent contre ses pairs - le renforcement des règles prudentielles et règles de protection des investisseurs, on peut se questionner quant à savoir s'il avait ou non prévu que son ultime victime serait le célèbre *Internal Revenue Service*...

NOTES :

- ¹ Voir le site <http://madofffraud.boomja.com/> qui recense tous les cas de pyramides de Ponzi depuis début 2009

Quelques exemples tirés du site de la SEC :

- SEC v. Billion Coupons, Inc. (BCI) & Marvin R. Cooper, cf. :
<http://www.sec.gov/litigation/litreleases/2009/lr20906.htm>
 - SEC v. Anthony Vassallo and Kenneth Kenitzer
<http://www.sec.gov/news/press/2009/2009-55.htm>
 - SEC v. David j. Hernandez
<http://www.sec.gov/litigation/complaints/2009/comp21085.pdf>
- ² Instruction fiscale «Revenue Ruling 2009-09» disponible à l'adresse suivante:
<http://www.irs.gov/pub/irs-drop/r-09-09.pdf>
- ³ Instruction fiscale «Revenue Procedure 2009-20» disponible à l'adresse suivante:
<http://www.irs.gov/pub/irs-drop/rp-09-20.pdf>
- ⁴ La qualification de «*safe harbour*» désigne de manière générique toute disposition législative ou réglementaire limitant ou exonérant la responsabilité légale d'une personne à la condition que cette dernière ait agi de bonne foi.
- ⁵ Travaux de Charles E. Price & Len Weld sur «*What Qualifies as a Deductible Theft Loss?*» disponible à l'adresse suivante: http://papers.ssm.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=991519#
- ⁶ Texte original disponible sur: http://www.taxalmanac.org/index.php/Sec_165
- ⁷ Texte original disponible sur:
http://www.taxalmanac.org/index.php/Treasury_Regulations%2C_Subchapter_A%2C_Sec_1.165-8
- ⁸ Texte original disponible sur:
http://www.taxalmanac.org/index.php/Treasury_Regulations%2C_Subchapter_A%2C_Sec_1.165-1
-

-
-
- ⁹ Affaire *Paine v. Commissioner*, 63 T.C. 736, aff'd without published opinion, 523 F.2d 1053 (5th Cir. 1975)
- ¹⁰ Affaire *MTS International Inc. v. Commissioner*, 10, 169 F.3d 1018 (6th Cir. 1999), texte complet de la décision disponible sur Findlaw : <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=search&case=/data2/circs/6th/990083p.html>
- ¹¹ Voir aussi les affaires *Crowell v. Commissioner* (T.C. Memo. 1986-314), *DeFusco v. Commissioner* (T.C. Memo. 1979-230); *Barry v. Commissioner* (T.C. Memo. 1978-215) et l'instruction *Revenue Ruling 77-17*, 1977-1 CB. 44.
- ¹² Publication n° 547 de l'IRS, disponible à l'adresse suivante : <http://www.irs.gov/pub/irs-prior/p547-2004.pdf> ou Notice 2004-27 disponible à l'adresse suivante : http://www.irs.gov/irb/2004-16_IRB/ar09.html#d0e985
- ¹³ Site web officiel disponible à l'adresse suivante : <http://www.sipc.org/>.
A ne pas confondre avec la Federal Deposit Insurance Corporation (<http://www.fdic.gov/>)
- ¹⁴ http://www.tax.state.ny.us/pdf/memos/income/m09_7i.pdf
- ¹⁵ Estimations de la SPIC : <http://www.sipc.org/who/notfdic.cfm>
-