

Chaire de recherche en fiscalité et en finances publiques

**Des réponses efficaces
aux planifications fiscales agressives**

Leçons à retenir des autres juridictions

**Fascicule 6 : États-Unis - Projet de codification
de la doctrine de la réalité économique**

Photocopie, réimpression et rediffusion électronique interdites. L'autorisation du photocopier, de réimprimer ou de rediffuser électroniquement toute portion de cette publication à des fins de distribution devra être obtenue en adressant une demande écrite à Michael Gaughan, responsable des autorisations pour l'Association canadienne d'études fiscales, courriel : mgaughan@ctf.ca.

Gilles N. LARIN
Marie JACQUES
Robert DUONG

Ce fascicule est le sixième d'une série qui présente de façon détaillée notre étude sur les planifications fiscales audacieuses. Il sous-tend la parution du *Tax Paper* N° 112 publié en juillet 2009 par l'Association canadienne d'études fiscales (ACEF). Tel que mentionné dans la préface du livre, dans le but de maintenir des coûts de publication raisonnables et pour permettre d'éviter de retarder sa publication, l'ACEF nous a donné l'autorisation de publier ce document en français et en anglais sur notre site Internet.

Juillet 2009



Ce document est destiné uniquement à des fins académiques. En raison des normes imposées par l'administration fiscale américaine dans la Circulaire 230, le contenu de ce document ne peut être utilisé d'aucune façon pour éviter l'application de pénalités en vertu de la loi fiscale américaine. Ce document ne peut non plus être utilisé pour faire la promotion, la sollicitation ou la recommandation d'une planification ou de tout item contenu dans ce document.

La mission de la Chaire de recherche en fiscalité et en finances publiques

La **Chaire de recherche en fiscalité et en finances publiques** (CFFP) a été mise sur pied le 15 avril 2003 grâce à une subvention inconditionnelle du gouvernement du Québec que nous tenons à remercier pour sa générosité. En particulier, nous lui sommes reconnaissants de nous avoir exprimé une confiance complète et totale pour la liberté sans réserve dont il a fait preuve à notre égard dans le choix des projets et des conclusions auxquelles nos réflexions nous ont amenés. Au Québec, les lieux communs et officiels où praticiens, cadres de l'État et chercheurs peuvent échanger sur les nouveaux défis touchant la fiscalité et les finances publiques sont rares. De plus, la recherche dans ces domaines est généralement de nature unidisciplinaire et néglige parfois l'aspect multidisciplinaire des relations entre l'État et ses contribuables. La **Chaire de recherche en fiscalité et en finances publiques** tire sa raison d'être de ces deux réalités. La mission principale de la Chaire est de stimuler la recherche et la formation interdisciplinaires par le regroupement de professeurs et de chercheurs intéressés par la politique économique de la fiscalité. Pour plus de détails sur la **Chaire de recherche en fiscalité et en finances publiques**, vous pouvez consulter son site officiel à l'adresse suivante : <http://www.usherbrooke.ca/adm/recherche/chairefiscalite/>.

Gilles Larin est titulaire de la CFFP. Marie Jacques est professeure au département de fiscalité et sciences comptables de la Faculté d'administration de l'Université de Sherbrooke. Robert Duong¹ était professionnel de recherche à la CFFP lors de la réalisation de cette étude.

Nous voulons exprimer notre reconnaissance à M. Gaston Bédard, consultant, et à des lecteurs qui ont souhaité demeurer anonymes pour leurs observations et suggestions. Bien entendu, les opinions exprimées n'engagent que les auteurs, ces derniers assument l'entière responsabilité des commentaires et des interprétations figurant dans la présente étude.

Les droits d'auteurs appartiennent à la CFFP.

¹ Robert Duong, qui est avocat, a été professionnel de recherche à la Chaire de recherche en fiscalité et en finances publiques de l'Université de Sherbrooke lorsque cette étude a été réalisée. Il est maintenant agent de la politique de l'impôt en matière d'impôt sur le revenu au ministère des Finances du Canada. Les opinions exprimées dans cette publication sont celles des auteurs et ne représentent d'aucune façon la position du ministère des Finances du Canada. Le matériel contenu dans cette publication ne doit d'aucune façon être considéré comme étant un avis sur quelque sujet que ce soit. Les abonnés ou autres lecteurs ne doivent d'aucune façon agir sur la foi de quelque aspect du contenu de cette publication sans obtenir un avis professionnel approprié. La maison d'édition, de même que les auteurs et correcteurs, se dégagent expressément de toute responsabilité envers toute personne, qu'elle soit ou non un acheteur de cette publication, à l'égard de quoi que ce soit qui ait été fait ou omis d'être fait par toute personne sur la foi du contenu de cette publication, ou de toute conséquence découlant de quoi que ce soit qui ait été fait ou omis d'être fait par toute personne sur la foi du contenu de cette publication.

Précis

Fascicule 6 : États-Unis – Projet de codification de la doctrine de la réalité économique

La Chaire de recherche en fiscalité et en finances publiques a amorcé en 2005 un projet portant sur les planifications fiscales audacieuses à la lumière des préoccupations exprimées par les administrations fiscales, les tribunaux, les contribuables et les conseillers fiscaux (les « **intervenants** »). Ce projet analyse les outils mis au point par quelques-uns des principaux partenaires commerciaux du Canada en réponse aux planifications fiscales audacieuses mises en œuvre par des contribuables et des conseillers fiscaux.

Ce projet vise à susciter la réflexion des différents intervenants au Canada en adoptant une approche globale et pragmatique de différents enjeux inhérents aux planifications fiscales audacieuses. Notre étude doit alors être lue dans le contexte d'une réflexion sur ces planifications et non comme une analyse exhaustive de chacun des outils qui sont examinés et de tous les enjeux qui s'y rattachent, considérant l'étendue du sujet, sa complexité et les particularités du régime fiscal des pays étrangers. La rédaction de l'ensemble du projet a été réalisée sur une période d'un peu plus de deux ans. Comme l'accent a été mis sur le développement d'un cadre d'analyse logique, aucun des fascicules de l'étude ne représente nécessairement l'état du droit fiscal ou de la jurisprudence.

Dans le cadre de ce projet en 2006, la Chaire a tenu un symposium sur les risques inhérents aux planifications fiscales audacieuses pour l'ensemble des intervenants et a également publié un document de travail exposant les principaux enjeux de ces planifications.

Dans le présent projet de recherche, nous avons analysé des outils mis au point par l'Australie, les États-Unis, le Royaume-Uni et l'Union européenne. Nous cherchons à évaluer l'opportunité pour le Canada de mettre au point un ou plusieurs de ces outils afin de protéger l'intégrité du

régime fiscal. Nous menons cette évaluation en prenant en considération la perspective de chacun des intervenants, selon des principes d'administration fiscale généralement reconnus.

Cette étude comprend dix fascicules exposant respectivement le cadre de réflexion qui nous a guidés dans l'analyse des outils étrangers, notre réflexion sur chacun des outils sélectionnés, ainsi que nos conclusions relativement à l'ensemble de ces outils et les pistes de solution pour le Canada. Le dixième et dernier fascicule de l'étude n'est pas publié ici, car il a été remanié et augmenté pour devenir le *Tax Paper No. 112* de l'Association canadienne d'études fiscales, publié en juillet 2009 sous le titre *Des réponses efficaces aux planifications fiscales agressives – Leçons à retenir des autres juridictions*.

Afin de suivre notre réflexion à travers les fascicules, nous référons le lecteur au fascicule 1 intitulé « Cadre de réflexion ».

Le présent fascicule porte sur le projet de codification de la doctrine de la réalité économique aux États-Unis. Alors qu'au Canada, les tribunaux divergent d'opinion quant au rôle d'une telle doctrine aux fins de l'application de la règle générale antiévitement (RGAÉ), les tribunaux américains ont développé et appliqué cette doctrine afin d'annuler les avantages fiscaux découlant de planifications abusives. Cependant, des conflits persistent dans les décisions des tribunaux américains quant aux critères d'application de cette doctrine. C'est dans ce contexte que l'administration fiscale américaine a formulé plusieurs projets de codification de la doctrine.

Dans ce fascicule, nous décrivons d'abord le contexte général de la doctrine de la réalité économique aux États-Unis. Nous en identifions les principales modalités d'application ainsi que les enjeux inhérents à son application pour chacun des groupes d'intervenants. Ceci nous amène à étudier les solutions que tentent d'apporter les différents projets de codification. Nous formulons à l'intérieur de ce fascicule des conclusions sur l'application de cet outil.

À notre avis, les multiples tentatives de codifier la doctrine de la réalité économique illustrent l'utilité de cette doctrine dans l'établissement d'une démarcation entre les opérations commerciales courantes et les opérations abusives. Selon la Chaire, l'application de la doctrine de la réalité économique par de nombreux tribunaux américains a permis d'annuler des avantages fiscaux que la RGAÉ n'aurait pu annuler. Sous réserve de l'incertitude persistante

dans les critères d'application de la doctrine de la réalité économique aux États-Unis, nous croyons que l'introduction de ses grands principes aux fins de l'application de la RGAÉ permettrait d'établir une démarcation moins ambiguë entre les planifications abusives et les opérations légitimes.

À travers les multiples tentatives de codification, nous sommes à même de constater les difficultés inhérentes à formuler les critères d'application d'une telle doctrine. La principale difficulté consiste à définir de manière prévisible et souple, ce que devrait être le degré d'anticipation de profit d'un contribuable dans une opération ainsi que le degré de risque économique en deçà desquels on ne peut discerner d'objectif économique viable. Une évaluation objective et impartiale des objets poursuivis par le contribuable en fonction de normes commerciales généralement reconnues, et nuancée en fonction des faits et des circonstances, atténuerait de façon significative les risques que les groupes d'intervenants évaluent de façon arbitraire les objets poursuivis par un contribuable. Selon nous, une telle approche permet de concilier de façon pragmatique les principes de prévisibilité et de souplesse dans l'application de la loi fiscale au bénéfice de chaque groupe d'intervenants.

Enfin, la présence aux États-Unis d'une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer découlant d'une opération abusive accroît de façon significative les risques pour le contribuable audacieux. L'application d'une pénalité lorsque le contribuable ne peut raisonnablement croire selon la prépondérance des probabilités que l'obtention des avantages fiscaux est conforme à la doctrine de la réalité économique établit un équilibre entre le privilège du contribuable de minimiser son impôt à payer et l'intégrité du régime fiscal. Cependant, considérant les divergences d'opinions sur l'application de cette doctrine et en l'absence de paramètres précis et uniformes, les tribunaux pourraient être enclins à ne pas imposer la pénalité lorsqu'une planification s'avère, selon une interprétation littérale, conforme à la loi fiscale.

Dans plusieurs cas, l'administration fiscale américaine pourrait demander au contribuable de produire de nombreux documents justifiant la planification audacieuse réalisée. Étant donné que le contribuable pourrait devoir ainsi renoncer au privilège du secret professionnel pour se soustraire à cette pénalité, l'administration fiscale ne doit pas l'appliquer systématiquement ou de manière abusive dans le but de recueillir principalement des renseignements autrement protégés par les privilèges de confidentialité.

Table des matières

La mission de la Chaire de recherche en fiscalité et en finances publiques	i
Précis	ii
1 Contexte général	1
2 Contexte du projet de codification de la doctrine de la réalité économique : multiples formes de la doctrine dans la jurisprudence	3
2.1 Origine de la doctrine	9
2.2 Modalités d'application de la doctrine.....	17
2.2.1 Volet subjectif : poursuite d'un objectif non fiscal.....	17
2.2.2 Volet objectif : une planification doit exercer un impact sur la situation économique du contribuable	18
2.3 Divergences d'opinions entre les tribunaux dans l'application des deux volets	18
2.3.1 Approche conjonctive : le contribuable doit établir que la planification répond aux deux volets	19
2.3.2 Approche disjonctive : le contribuable doit établir que la planification répond à l'un ou l'autre des volets.....	20
2.3.3 Approche unitaire : le contribuable doit établir la réalité économique de sa planification par une preuve pertinente en prenant en considération ces deux volets dans leur ensemble.....	20
2.3.4 La Cour suprême des États-Unis n'a pas encore saisi l'occasion de résoudre ces diverses approches	21
2.4 Les tribunaux divergent d'opinion sur la façon de qualifier les objets du contribuable et sur le poids relatif de ses croyances subjectives aux fins de la doctrine.....	23
2.5 Manque d'uniformité dans l'application du volet objectif par les tribunaux.....	34
2.5.1 Les tribunaux divergent d'opinion sur le degré des impacts réels qu'une planification doit avoir sur les relations juridiques et économiques du contribuable	36
2.5.2 Les normes commerciales permettent d'évaluer l'anticipation de profit du contribuable de façon souple et raisonnable, sous réserve des divergences d'opinion sur le seuil minimal de profit	40
2.6 Poids prépondérant du volet objectif par rapport au volet subjectif.....	52

2.7	Les contribuables doivent établir que leurs opérations sont conformes à la doctrine de la réalité économique selon la prépondérance des probabilités.....	56
2.8	Les contribuables audacieux courent un risque de verser une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer	57
2.8.1	Motifs ayant incité l'administration fiscale à instaurer une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer.....	57
2.8.2	Modalités générales de la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer	59
2.8.3	Impact des incertitudes de la doctrine de la réalité économique sur l'application de la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer.....	66
3	Description du projet de codification	69
3.1	Le choix d'appliquer la doctrine est laissé aux tribunaux	69
3.2	Modalités d'application	70
3.2.1	Modification significative de la situation économique du contribuable	71
3.2.2	Poursuite d'un objet substantiel non fiscal	71
3.2.3	Lien raisonnable entre l'opération et la réalisation de l'objet non fiscal.....	71
3.3	Pénalité stricte pour sous-estimation de l'impôt à payer	72
4	Constats sur le projet de codification de la doctrine de la réalité économique	74
4.1	Les tribunaux jouent un rôle important afin d'assurer la réalisation des objets de la loi fiscale, mais à l'intérieur des limites du pouvoir judiciaire	75
4.2	Le projet de codification ne circonscrit pas les conditions en vertu desquelles les tribunaux peuvent choisir d'appliquer la doctrine de la réalité économique.....	77
4.2.1	Application de la doctrine en sus des règles fiscales applicables	77
4.2.2	Application lorsque les règles applicables y font référence.....	78
4.2.3	Selon l'administration fiscale, les contribuables peuvent réclamer des avantages fiscaux de planifications qui sont clairement conformes aux objets de la loi fiscale, même si elles sont dénuées de réalité économique.....	80
4.3	L'application de cette doctrine permet d'annuler les avantages fiscaux découlant de planifications malgré que des incertitudes subsistent sur les objets de la loi fiscale	81
4.4	Le projet de codification favorise l'uniformité en exigeant que la planification du contribuable satisfasse aux deux volets de la doctrine de la réalité économique.....	82
4.5	Les groupes d'intervenants divergent d'opinion sur la façon de concilier les principes d'uniformité et de souplesse dans l'application de la doctrine	82
4.6	La latitude dont dispose les tribunaux pour qualifier les objets du contribuable dans une planification crée le risque que ceux-ci la requalifient arbitrairement	85

4.7	Le projet résout l'incertitude sur le poids minimal de l'avantage fiscal déclenchant l'application de la doctrine à une planification, mais ne prescrit pas la façon de le mesurer	88
4.8	Incertitudes quant aux critères à appliquer pour mesurer les changements significatifs dans la situation économique d'un contribuable	89
4.9	Les contribuables doivent toujours établir que leurs opérations sont conformes à la doctrine de la réalité économique selon la prépondérance des probabilités	94
4.10	Préoccupations pour les contribuables à l'égard d'une pénalité stricte pour sous-estimation de l'impôt à payer	94
4.10.1	De l'avis de l'administration fiscale, une pénalité stricte s'avère nécessaire puisque les contribuables sont en mesure de se soustraire trop facilement à la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer	94
4.10.2	L'impossibilité pour un contribuable de se soustraire à une pénalité stricte apparaît inéquitable lorsqu'il ne possède pas d'expertise en matière fiscale	97
4.11	Les contribuables, leurs conseillers ainsi que l'administration fiscale doivent mesurer les probabilités que les tribunaux appliquent la doctrine et la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer	101
4.11.1	Les contribuables peuvent réduire ces risques en s'appuyant sur une opinion fiscale de leurs conseillers en autant qu'ils leur divulguent l'ensemble des faits de leur planification	101
4.11.2	Obtention d'une décision anticipée de l'administration fiscale	102
4.11.3	Souscription d'une police d'assurance par les contribuables	102
4.11.4	Souscription d'une police d'assurance par les conseillers	103
4.12	L'administration fiscale n'est en mesure d'appliquer la doctrine de la réalité économique et la pénalité que si les contribuables produisent les renseignements pertinents	103
5	Conclusion	105
	Bibliographie	113

Contexte général

Tel qu'exposé dans le fascicule 1, « Cadre de réflexion », de cette étude, l'administration fiscale pourrait adopter plusieurs outils afin de mieux circonscrire les opérations d'évitement fiscal ou d'accroître les risques pour les contribuables et les conseillers audacieux. Ces outils peuvent être regroupés sous l'une ou l'autre des sphères d'intervention suivantes de l'administration fiscale :

- Outils visant à définir les opérations d'évitement fiscal.
- Outils visant à accroître l'observation du régime fiscal.
- Outils axés sur le dépistage des planifications fiscales audacieuses et de leurs participants.
- Outils axés sur la résolution des différends.

Le graphique 1 à la page suivante illustre sommairement la relation entre ces sphères d'intervention dans la gestion des risques inhérents aux planifications audacieuses. Chaque sphère d'intervention est mise en évidence dans le graphique par une bordure élargie. Les outils étrangers sélectionnés aux fins de l'étude sont insérés sous l'une ou l'autre des sphères d'intervention. Les outils faisant l'objet du présent fascicule, soit la doctrine de la réalité économique et le projet de codification de celle-ci, de même que la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer, sont mis en évidence par une trame de fond grise afin de situer leur rôle dans la gestion par l'administration fiscale américaine des risques inhérents aux planifications audacieuses.

Nous référons le lecteur au fascicule 5, intitulé « États-Unis – Contexte général et introduction de l'approche américaine dans tous les azimuts », pour des explications plus détaillées sur le contexte américain.

GRAPHIQUE 1
SPHÈRES D'INTERVENTION DE L'ADMINISTRATION FISCALE EN MATIÈRE DE PLANIFICATIONS AUDACIEUSES : Outils sélectionnés chez certains partenaires commerciaux - Rôle de la doctrine de la réalité économique aux États-Unis et de la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer



Notre graphique.

2

Contexte du projet de codification de la doctrine de la réalité économique : multiples formes de la doctrine dans la jurisprudence

Dans leur régime d'autocotisation, les contribuables américains assument la responsabilité de déterminer correctement leur impôt à payer. Les contribuables et leurs conseillers pourraient être tentés d'organiser leurs affaires pour tirer avantage des disparités et incohérences dans la loi fiscale et dans la formulation de concepts généraux servant à déterminer leur impôt à payer. Si une zone grise apparaît dans l'interprétation de la loi, les contribuables et les conseillers fiscaux pourraient interpréter les règles fiscales de façon littérale afin de réclamer des avantages fiscaux.

L'administration fiscale américaine tente de protéger l'intégrité du régime fiscal en prescrivant des règles spécifiques antiévitement. Ces règles annulent les avantages fiscaux découlant d'opérations que l'administration fiscale a identifiées. Elle annulera également les avantages fiscaux réclamés par les contribuables au motif que leurs planifications portent atteinte aux objets poursuivis par les règles fiscales. Elle peut aussi imposer une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer dont le montant équivaut, sommairement, à 20 pour cent du montant d'impôt sous-estimé.

L'administration fiscale américaine n'a pas incorporé à sa législation une règle générale antiévitement comme celle du Canada ou celle de l'Australie. Cette possibilité a été envisagée à quelques reprises par les membres du Congrès américain, mais à ce jour ces projets ne se sont pas encore concrétisés.

En l'absence d'une telle règle et parce que la loi américaine comporte son lot de zones grises, les tribunaux américains se sont souvent rabattus sur des principes d'interprétation fondés notamment sur la réalité économique des opérations des contribuables. La prolifération des planifications audacieuses aux États-Unis, notamment au cours des vingt dernières années, a multiplié le recours à diverses doctrines par les tribunaux américains. Plusieurs d'entre elles

sont apparentées. Les tribunaux les utilisent souvent conjointement afin d'annuler les avantages fiscaux découlant d'opérations d'évitement jugées abusives.

Parmi ces doctrines d'interprétation figurent entre autres les doctrines de l'objet commercial (« *business purpose* »), du trompe-l'œil (« *sham transactions* »), de la « substance versus la forme » (« *substance over form* »), et des opérations en série (« *step transactions* »).

Les tribunaux appuient principalement leurs décisions sur la doctrine de la réalité économique (« *economic substance doctrine* »). Au fil des ans, les tribunaux ont développé cette doctrine et celle-ci joue un rôle très important dans l'offensive de l'administration fiscale américaine contre les planifications audacieuses.

Succinctement, la doctrine de la réalité économique peut être décrite comme une méthode d'interprétation législative en vertu de laquelle un contribuable peut se voir refuser les avantages fiscaux qu'il réclame si ceux-ci découlent d'une ou de plusieurs opérations qui n'ont pas pour effet de modifier substantiellement sa situation économique autrement que par une diminution de son fardeau fiscal. En vertu de cette doctrine, les tribunaux peuvent annuler les avantages fiscaux réclamés par les contribuables découlant d'opérations qui ne modifient pas véritablement leur situation économique². En pratique, elle reprend expressément ou implicitement des principes qui sous-tendent les autres doctrines mentionnées précédemment.

La doctrine de la réalité économique cherche à éviter toute interprétation littérale de la loi sans prendre en considération ses objets. La Cour d'appel du Circuit fédéral dans l'affaire *Coltec* a exposé la raison d'être et la portée d'application de cet outil :

Over the last seventy years, the economic substance doctrine has required disregarding, for tax purposes, transactions that comply with the literal terms of the tax code but lack economic reality. This principle has its roots in several Supreme Court cases. [...] The economic substance doctrine has also been repeatedly applied by our predecessor court. [...] The various tax treatises also recognize the doctrine's continued viability.

The economic substance doctrine represents a judicial effort to enforce the statutory purpose of the tax code. From its inception, the economic substance doctrine has been used to

² Voir les décisions des tribunaux rendues en faveur des contribuables répertoriées dans Yoram Keinan, « The Economic Substance Doctrine – Past, Present and Future » (26 juin 2005) Tax Management Memorandum 259 [Keinan, « Economic Substance »], aux pages 263-264.

prevent taxpayers from subverting the legislative purpose of the tax code by engaging in transactions that are fictitious or lack economic reality simply to reap a tax benefit. In this regard, the economic substance doctrine is not unlike other canons of construction that are employed in circumstances where the literal terms of a statute can undermine the ultimate purpose of the statute³.

[nos extraits]

Les tribunaux n'ont cependant pas appliqué uniformément la doctrine de la réalité économique. Ils ont reconnu les avantages fiscaux réclamés par des contribuables résultant d'une planification audacieuse lorsque :

- Le contribuable pouvait établir à la fois que sa situation économique a été modifiée à la suite de l'opération et qu'il cherchait à réaliser un objet légitime autre que fiscal.
- Le contribuable pouvait établir soit que sa situation économique a été modifiée à la suite de l'opération, soit qu'il cherchait à réaliser un objet légitime autre que fiscal.
- Le contribuable pouvait établir que pour divers facteurs, dont les deux composantes précédentes, une opération avait exercé un impact économique sur sa situation au-delà des avantages fiscaux.

De plus, les tribunaux n'ont pas appliqué de façon uniforme les multiples critères qu'ils ont développés pour évaluer la réalité économique d'une opération. Ils ont notamment appliqué la doctrine selon l'un ou l'autre des critères suivants :

- L'impossibilité pour le contribuable de réaliser des profits grâce à une opération.
- La valeur des profits potentiels dans une opération était négligeable par rapport à la valeur des avantages fiscaux en découlant, en prenant en considération les risques économiques pour le contribuable.
- L'impossibilité pour un contribuable de s'attendre de façon raisonnable et objective à réaliser un profit avant impôt dans une planification⁴.

³ *Coltec Indus., Inc. v. United States*, 454 F.3d 1340 (Fed. Cir. App. 2006), 2006 U.S. App. LEXIS 24771 (Fed. Cir. App. 2006), (12 juillet 2006) U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit, 05-5111 [*Coltec* (Fed. Cir. App.)] *certiorari* refusé par la Cour suprême des États-Unis : *Coltec Indus. v. United States*, 2007 U.S. LEXIS 2087 (U.S., 2007). Le fascicule 5 de cette étude résume cette affaire.

⁴ É.-U., Joint Committee on Taxation, *Description of the Chairman's Modification to the Provisions of s. 1321, the « Telephone Excise Tax Repeal Act of 2005 » and s. 832, the « Taxpayer Protection and Assistance Act of 2005 »* (JCX-28-06), 28 juin 2006 [JCT, *Taxpayer Protection Act 2006*], aux pages 131-132. Pour le projet de

En conséquence, un certain flou règne sur les principes d'interprétation que les tribunaux appliqueront à une opération⁵. Comme un tribunal l'a déjà souligné, les multiples formes de la doctrine de la réalité économique dans la jurisprudence créent davantage d'imprévisibilité dans l'application de la loi au lieu d'en accroître la cohérence et la prévisibilité :

The casebooks are glutted with [economic substance] tests. Many such tests proliferate because they give the comforting illusion of consistency and precision. They often obscure rather than clarify⁶.

[nos extraits]

En raison de l'importance de la doctrine de la réalité économique et des incohérences dans son application, l'administration fiscale a, à maintes reprises depuis 1999, formulé un projet de codification afin d'en assurer une application plus uniforme par l'ensemble des groupes d'intervenants. À cet effet, voir le tableau 1 à la page 74. Le Sénat américain propose d'établir dans la loi des critères économiques que les tribunaux devront appliquer s'ils jugent que la conformité d'une planification à la loi fiscale doit être évaluée selon cette doctrine⁷.

De l'avis du Sénat américain, un régime fiscal fondé strictement sur des règles adoptées de façon ponctuelle ne suffit pas pour cibler toutes les formes d'opérations abusives et ne peut dissuader des contribuables de les réaliser. Le Sénat propose de codifier la doctrine de la réalité économique afin que la loi fiscale soit appliquée selon ses objets d'une manière plus prévisible et uniforme. Le Sénat est également d'avis qu'un régime de pénalités pour sous-

codification de la doctrine faisant l'objet du document précité, voir É.-U., Bill S. 1321 (rs), *Telephone Excise Tax Repeal and Taxpayer Protection and Assistance Act of 2006*, 109^e Cong., 15 septembre 2006 [Senate Bill, *Taxpayer Protection Act 2006*], à l'article 801.

⁵ Voir l'affaire *Long Term Capital Holdings v. United States*, 330 F. Supp. 2d.122, 2004 U.S. Dist. LEXIS 17159 (D. Conn. 2004) [*Long Term Capital Holdings* (D. Conn.)], décision confirmée en appel par 150 Fed. Appx. 40, U.S. App. LEXIS 20988 (2^e Cir. 2005) [*Long Term Capital Holdings* (2^e Cir.)] en appel seulement sur la « doctrine des opérations en série » (*step transaction doctrine*). Cette affaire illustre la possibilité que les tribunaux appliquent plusieurs doctrines judiciaires simultanément. La Cour avait alors maintenu une cotisation émise par l'administration fiscale au motif que les planifications mises en œuvre par les contribuables cotisés étaient dénuées de réalité économique. La Cour avait également conclu de façon subsidiaire que les planifications devaient être requalifiées en vertu de la *step transaction doctrine* qui ne prend pas en considération les étapes mises en place uniquement à des fins fiscales.

⁶ *Collins v. Commissioner*, 857 F.2d 1383, 1386 (9^e Cir. 1988) [*Collins*].

⁷ Pour le plus récent projet de codification à la date de la publication de ce document, voir É.-U., Bill S. 2242, *Heartland, Habitat, Harvest, and Horticulture Act of 2007*, 110^e Cong., 25 octobre 2007 [Senate Bill, *Heartland Act 2007*], articles 511 à 513. Pour une proposition antérieure, voir JCT, *Taxpayer Protection Act*, *supra* note 4.

estimation de l'impôt à payer doit être adjoind à la doctrine afin de dissuader davantage les contribuables de réaliser des planifications abusives :

Recent tax avoidance transactions have relied upon the interaction of highly technical tax law provisions to produce tax consequences not contemplated by the Congress. When successful, taxpayers who engage in these transactions enlarge the tax gap by gaining unintended tax relief and by undermining overall respect for the tax system.

A strictly rule-based tax system cannot efficiently prescribe the appropriate outcome of every conceivable transaction that might be devised and is, as a result, incapable of preventing all unintended consequences. Thus, many courts have long recognized the need to supplement tax rules with anti-tax avoidance standards, such as the economic substance doctrine, in order to assure the Congressional purpose is achieved. The Committee recognizes that IRS has achieved a number of recent successes in litigation. The Committee believes it is still desirable to provide greater clarity and uniformity in the application of the economic substance doctrine in order to assure such continued application of the doctrine and to improve its effectiveness at deterring unintended consequences. The Committee believes that a stronger penalty imposed on understatements attributable to non-economic substance transactions is desirable in this connection, to deter taxpayers from entering such transactions and thus improve compliance⁸.

[nos extraits et italiques]

L'administration fiscale américaine prête une attention accrue aux projets de codification, car selon ses estimations, la codification de la réalité économique lui permettrait de recueillir des recettes supplémentaires⁹. Cependant, il s'avère pratiquement impossible pour l'administration fiscale d'évaluer avec certitude le montant de ces recettes. L'administration fiscale a publié des évaluations disparates à cet égard au cours des deux dernières années :

- En 2006, le *Joint Committee on Taxation* a estimé que la codification de la doctrine de la réalité économique et de mesures y relatives permettrait à l'administration fiscale de percevoir au total environ 18 milliards de dollars en impôt et pénalités pour la période s'échelonnant de 2007 à 2016¹⁰.

⁸ É.-U., Senate Finance Committee, *Heartland, Habitat, Harvest, and Horticulture Act of 2007* (Report No. 110-206), 26 octobre 2007 [Senate Finance Committee, *Heartland Act Report*], à la page 114.

⁹ Voir la rubrique « Economic Substance Codification Seen More Likely in Next Congress » dans (2007) 22:12 Tax Management Financial Planning 334 (rédacteur anonyme); Jeremiah Coder, Lee A. Sheppard, "Congress Will Pass Economic Substance Codification in 2008, Government Officials Predict" (2008) TNT 15-5 (23 janvier 2008).

¹⁰ É.-U., Joint Committee on Taxation, *Estimated Revenue Effects of the Chairman's Modification to the Provisions Contained in S. 1321, the "Telephone Excise Tax Repeal Act of 2005", and S. 832, the "Taxpayer Protection and Assistance Act of 2005"* (JCX-29-06), 28 juin 2006. On y lit notamment le passage suivant : « An overview of the current procedures used in the revenue estimating process is provided in Joint Committee on Taxation, Overview of Revenue Estimating Procedures and Methodologies Used by the Staff of the Joint Committee on Taxation (JCX-1-05), 2 février 2005. The report provides a summary of the revenue estimating responsibilities of the Joint Committee staff; discusses requirements, constraints, and conventions of the revenue estimating process; and presents the estimating procedures and models used by the Joint Committee staff in preparing revenue

- En 2007, le Sénat américain a estimé que la codification de la doctrine de la réalité économique et de mesures y relatives permettrait à l'administration fiscale de recueillir approximativement 10 milliards de dollars pour la période s'échelonnant de 2008 à 2017¹¹.
- Pour sa part, en 2007, la Chambre des représentants (*House of Representatives*) a estimé que la codification de la doctrine de la réalité économique et de mesures y relatives permettrait à l'administration fiscale de recueillir au total 3,59 milliards de dollars sur une période de dix ans¹².

Les divers projets de codification n'ont jamais été adoptés par l'administration fiscale en raison des divergences d'opinions exprimées par les groupes d'intervenants sur les modalités d'application proposées – certains membres de l'administration fiscale s'opposant même aux projets de codification. Sans codification, les trois principaux courants d'application de la doctrine de la réalité économique subsisteront jusqu'à ce que la Cour suprême des États-Unis saisisse l'opportunité de se prononcer sur la nature précise du ou des critères d'application de la doctrine de la réalité économique.

Comme l'a souligné un juge de la Cour américaine de l'impôt (*United States Tax Court*), les tribunaux doivent être en mesure d'appliquer la doctrine de la réalité économique autant aux plus simples qu'aux plus complexes des planifications audacieuses. Ils pourraient alors concilier de façon souple la protection de l'intégrité du régime fiscal et le privilège des contribuables de minimiser leur impôt à payer :

To put into proper perspective both the desire of the taxpayer to reduce his taxes or avoid them altogether, and the need in behalf of the government to require that the tax law be respected and that all taxpayers pay their rightful share, we need a standard of analysis. The standard must be flexible and sophisticated enough to be able to evaluate the global, intricate, and even exotic transactions as well as the simplest business dealings. Economic substance is such a standard. By using economic substance as our standard of analysis, we

estimates. The emphasis is solely on methodology and issues associated with the preparation of conventional revenue estimates of proposed changes to the Internal Revenue Code. »

¹¹ É.-U., Senate Finance Committee, *Estimated Budget Effects of the "Heartland, Habitat, Harvest and Horticulture Act of 2007"*, 26 octobre 2007.

¹² É.-U., House of Representatives (Committee on Ways and Means), *H.R. 3970 Tax Reduction and Reform Act of 2007, Summary of Legislation* (29 octobre 2007), en ligne : site *House of Representatives* <<http://waysandmeans.house.gov/media/pdf/110/Summary%20for%20Distribution.pdf>>. Le projet de loi a été déposé le 25 octobre 2007 et est disponible en ligne : <http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=110_cong_bills&docid=f:h3970ih.txt.pdf>.

can delve into the complexities of today's transactions, examining them from a similar perspective that Wall Street uses—economic analysis¹³.

[nos extraits]

Pour mieux situer le contexte dans lequel s'inscrit la doctrine de la réalité économique, les sous-sections suivantes traitent de l'origine de la doctrine et de ses principes d'application, ainsi que des modalités d'application de la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer.

2.1 Origine de la doctrine

Les principes qui sous-tendent plusieurs doctrines judiciaires de common law aux États-Unis ont été exposés par le juge Hand dans l'affaire *Gregory v. Helvering*¹⁴. Cet arrêt est souvent considéré comme l'un des jugements à l'origine de la doctrine de la « substance versus la forme », de la doctrine de l'objet commercial et, enfin, de la doctrine de la réalité économique.

Dans cette affaire, les tribunaux ont refusé de reconnaître une opération en vertu de laquelle un contribuable tentait d'éviter les conséquences fiscales désavantageuses qui auraient découlé du versement d'un dividende en sa faveur par une compagnie dont il était l'unique actionnaire. Cette compagnie pouvait réaliser un gain en capital si elle disposait des actions qu'elle détenait dans une autre compagnie. Pour que le contribuable retire un bénéfice économique de cette transaction, la compagnie aurait dû lui verser un dividende.

Afin de distribuer le produit de la vente des actions détenues par la compagnie, le contribuable a plutôt choisi de transférer les actions détenues par celle-ci à une nouvelle compagnie formée exclusivement à cette fin. Cette nouvelle compagnie a ensuite été rapidement dissoute et le contribuable est devenu propriétaire des actions dans le cadre de la distribution des actifs. Il a par la suite vendu ces actions et déclaré un gain en capital.

¹³ Voir Honorable David Laro (United States Tax Court), « Economic substance: a view from the Tax Court » *The Tax Executive* (Janvier-Février 2000) 44 [Laro, « A view from the Tax Court »], à la page 46, en ligne : site Tax Executive Institute <<http://www.tei.org/dman/Document.phx/Public/TTE%20Archive/2000/JAN-FEB%202000/Economic%20Substance%3A%20A%20View%20from%20the%20Tax%20Court?folderId=%2FPublic%2FTTEArchive%2F2000%2FJAN-FEB%2000&cmd=download>>.

¹⁴ *Gregory v. Helvering*, 69 F.2d 809 (Cir. Ct. App., 1934) [*Gregory* (Cir. Ct. App.)], décision confirmée par la Cour suprême des États-Unis, 293 U.S. 465 (1935) [*Gregory* (Supreme Ct.)].

Le contribuable alléguait qu'il s'agissait d'une réorganisation selon une disposition de la loi fiscale américaine alors en vigueur¹⁵. En vertu de cette disposition, le transfert d'actions entre les sociétés n'occasionnait aucune incidence fiscale. L'administration fiscale était en désaccord avec cette interprétation et a annulé les avantages fiscaux réclamés par le contribuable.

Le juge Learned Hand de la Cour d'appel (*Circuit Court of Appeals*) a conclu qu'en apparence, l'opération respectait le libellé de la disposition législative, mais a refusé de l'appliquer puisque le concept de réorganisation aux fins de celle-ci impliquait la poursuite d'un objet relié aux affaires commerciales du contribuable et non la simple réduction de son fardeau fiscal. Dans son jugement, le juge a énoncé les bases du principe en vertu duquel les tribunaux peuvent refuser d'appliquer une disposition législative à une opération même si elle en respecte le libellé.

La Cour d'appel a décidé que le transfert des actions entre les sociétés ne constituait pas en soi, au sens de la règle applicable, une réorganisation de la structure commerciale du contribuable et qu'elle n'avait pas modifié sa situation autrement que par une réduction de son fardeau fiscal. Le contribuable n'a pu bénéficier des avantages fiscaux découlant d'une réorganisation corporative parce que le tribunal a considéré que la vraie nature de la planification du contribuable n'était pas visée par la règle. Le juge s'est exprimé en ces termes à ce sujet :

It does not follow that Congress meant to cover such a transaction. [...] The meaning of a sentence may be more than that of the separate words, as a melody is more than notes, and no degree of particularity can ever obviate recourse to the setting, in which all appear, and which all collectively create.

Therefore, if what was done here, was what was intended by § 112(1)(i)(B), it is of no consequence that it was all an elaborate scheme to get rid of income tax, as it certainly was [...] The purpose of the section is plain enough; men engaged in enterprises [...] might wish to consolidate, or divide, to add to, or to subtract from, their holdings. Such transactions were not considered as realising any profit, because the collective interest still remained in solution. But the underlying presupposition is plain that the readjustment shall be undertaken for reasons germane to the conduct of the venture in hand, not as an ephemeral incident, egregious to its prosecution [...] To dodge shareholder taxes is not one of the transactions contemplated as a corporate "reorganisation". [...]

We do not indeed agree fully with the way in which the Commissioner treated the transaction; we cannot treat as inoperative the transfer of the Monitor shares by the United

¹⁵ 26 USCA 2112(g).

Mortgage Corporation, the issue by the Averill Corporation of its own shares to the taxpayer, and her acquisition of the Monitor shares by winding up that company. The Averill Corporation had a juristic personality, whatever the purpose of its organization; the transfer passed title to the Monitor shares and the taxpayer became a shareholder in the transferee. *All these steps were real, and their only defect was that they were not what the statute means by a "reorganization", because the transactions were no part of the conduct of the business of either or both companies; so viewed they were a sham, though all the proceedings had their usual effect. [...]*¹⁶.

[nos extraits et italiques]

La Cour suprême des États-Unis a confirmé cette décision en ces termes :

It is earnestly contended on behalf of the taxpayer that since every element required by [the statute] is to be found in what was done, a statutory reorganization was effected; and that the motive of the taxpayer thereby to escape payment of a tax will not alter the result or make unlawful what the statute allows. It is quite true that if reorganization in reality was effected within the meaning of [the statute], the ulterior purpose mentioned will be disregarded. The legal right of a taxpayer to decrease the amount of what otherwise would be his [or her] taxes, or altogether avoid them, by means which the law permits, cannot be doubted. [...] But the question for determination is whether what was done, apart from the tax motive, was the thing which the statute intended. The reasoning of the court below [i.e., the reasoning of the Court of Appeals] in justification of a negative answer leaves little to be said.

When [the statute] speaks of a transfer of assets by one corporation to another, it means a transfer made 'in pursuance of a plan of reorganization' [...] of corporate business; and not a transfer of assets by one corporation to another in pursuance of a plan having no relation to the business of either, as plainly is the case here. Putting aside, then, the question of motive in respect of taxation altogether, and fixing the character of the proceeding by what actually occurred, what do we find? Simply an operation having no business or corporate purpose - a mere device which put on the form of a corporate reorganization as a disguise for concealing its real character, and the sole object and accomplishment of which was the consummation of a preconceived plan, not to reorganize a business or any part of a business, but to transfer a parcel of corporate shares to the petitioner. No doubt, a new and valid corporation was created. But that corporation was nothing more than a contrivance to the end last described. It was brought into existence for no other purpose; it performed, as it was intended from the beginning it should perform, no other function. When that limited function had been exercised, it immediately was put to death.

*In these circumstances, the facts speak for themselves and are susceptible of but one interpretation. The whole undertaking, though conducted according to the terms of [the statute], was in fact an elaborate and devious form of conveyance masquerading as a corporate reorganization, and nothing else. [...] The transaction upon its face lies outside the plain intent of the statute. To hold otherwise would be to exalt artifice above reality and to deprive the statutory provision in question of all serious purpose*¹⁷.

[nos extraits et italiques]

¹⁶ Gregory (Cir. Ct. App.), *supra* note 14 aux pages 810-811.

¹⁷ Gregory (Supreme Ct.), *supra* note 14 aux pages 468-470.

L'application de cette doctrine est davantage compatible avec une approche d'interprétation téléologique des textes législatifs qui se concentre sur les objectifs du texte, par opposition à une méthode d'interprétation littérale. Dans l'affaire *Gregory*, la Cour suprême des États-Unis reconnaît le droit irréfutable d'un contribuable de minimiser son fardeau fiscal, mais précise que les règles fiscales applicables ne lui permettent pas de profiter des avantages fiscaux découlant d'opérations dénuées de motivation commerciale ou corporative. En des circonstances similaires à celles présentes dans l'affaire *Gregory*, les tribunaux pourraient alors conclure que les contribuables ne peuvent réclamer les avantages fiscaux découlant de transferts d'actifs n'ayant pas d'objet commercial et n'ayant aucun impact autre qu'une réduction des impôts sur les flux monétaires du contribuable¹⁸.

La Cour suprême des États-Unis a de nouveau reconnu les principes sous-jacents à la doctrine de la réalité économique dans l'affaire *Knetsch*¹⁹. Dans cette affaire, les juges majoritaires de la Cour ont ignoré les avantages fiscaux réclamés par le contribuable en vertu d'une planification dans laquelle il avait déduit des intérêts qu'il alléguait avoir versés pour rembourser un emprunt contracté à des fins d'investissement²⁰.

Les instances inférieures de même que la Cour suprême ont conclu que le but poursuivi par le contribuable était de réduire ses impôts. Nonobstant cette conclusion, la Cour suprême devait déterminer si le contribuable avait le droit de déduire les montants d'intérêts versés dans le calcul de son revenu en vertu des règles applicables. À la majorité, la Cour suprême a conclu selon la preuve que le contribuable n'avait rien accompli de substantiel selon les exigences des règles applicables et que l'essence véritable de l'opération était uniquement d'obtenir une déduction fiscale. Le passage suivant de la décision résume bien l'analyse de la Cour conduisant à cette conclusion :

We first examine the transaction between Knetsch and the insurance company to determine whether it created an "indebtedness" within the meaning of 23 (b) of the 1939 Code and 163 (a) of the 1954 Code, or whether, as the trial court found, it was a sham. We put aside a

¹⁸ *Higgins v. Smith*, 308 U.S. 473 (1940) [*Higgins*], à la page 476, décision de la Cour suprême des États-Unis.

¹⁹ *Knetsch v. United States*, 364 U.S. 361 (1960) [*Knetsch*], décision de la Cour suprême des États-Unis.

²⁰ Succinctement, les juges dissidents avaient accordé aux contribuables le bénéfice des avantages fiscaux malgré que la planification soit dénuée de réalité économique, car les parties l'avaient véritablement réalisée selon des pratiques commerciales du secteur de l'assurance réglementé par les lois des États américains. Leur opinion est intégrée à la sous-section 4.1.

finding by the District Court that Knetsch's "only motive in purchasing these 10 bonds was to attempt to secure an interest deduction." As was said in *Gregory v. Helvering*, 293 U.S. 465, 469: "The legal right of a taxpayer to decrease the amount of what otherwise would be his taxes, or altogether avoid them, by means which the law permits, cannot be doubted ...but the question for determination is whether what was done, apart from the tax motive, was the thing which the statute intended."

When we examine "what was done" here, we see that Knetsch paid the insurance company \$294,570 during the two taxable years involved and received \$203,000 back in the form of "loans." What did Knetsch get for the out-of-pocket difference of \$91,570? In form he had an annuity contract with a so-called guaranteed cash value at maturity of \$8,388,000, which would produce monthly annuity payments of \$90,171, or substantial life insurance proceeds in the event of his death before maturity. This, as we have seen, was a fiction, because each year Knetsch's annual borrowings kept the net cash value, on which any annuity or insurance payments would depend, at the relative pittance of \$1,000. Plainly, therefore, Knetsch's transaction with the insurance company did "not appreciably affect his beneficial interest except to reduce his tax ..." [...] For it is patent that there was nothing of substance to be realized by Knetsch from this transaction beyond a tax deduction. What he was ostensibly "lent" back was in reality only the rebate of a substantial part of the so-called "interest" payments. The \$91,570 difference retained by the company was its fee for providing the facade of "loans" whereby the petitioners sought to reduce their 1953 and 1954 taxes in the total sum of \$233,297.68. There may well be single-premium annuity arrangements with nontax substance which create an "indebtedness" for the purposes of 23 (b) of the 1939 Code and 163 (a) of the 1954 Code. But this one is a sham²¹.

[nos extraits]

Par la suite, les autorités fiscales américaines ont continué d'attaquer les opérations jugées abusives en invoquant systématiquement l'absence de substance économique. En 1978, le juge Blackmun de la Cour suprême des États-Unis a réitéré l'importance de la réalité économique d'une opération dans l'affaire *Frank Lyon*²².

Succinctement, la Cour suprême devait déterminer si le contribuable pouvait se prévaloir d'une déduction pour amortissement à l'égard d'un immeuble acquis d'une banque dans le cadre d'une planification de cession-bail. La banque souhaitait exercer ses activités bancaires dans cette bâtisse, mais diverses contraintes réglementaires l'empêchaient de souscrire un emprunt à cette fin. Elle a proposé aux autorités réglementaires l'idée d'une cession-bail (*sale-leaseback*) et ces dernières l'ont approuvée pourvu qu'une tierce partie soit propriétaire de

²¹ *Knetsch*, *supra* note 19 aux pages 365-367.

²² *Frank Lyon v. United States*, 435 U.S. 561 (1978) [*Frank Lyon*], décision de la Cour suprême des États-Unis. Sur un banc de neuf juges, deux juges ont formulé des opinions dissidentes : ils auraient annulé la déduction pour amortissement réclamée par le contribuable à l'égard d'un immeuble dont il était propriétaire au motif que celui-ci ne possédait pratiquement pas les attributs économiques inhérents à la propriété de l'immeuble. Nous traiterons de cette opinion dissidente dans la sous-section 2.5.1.

l'immeuble. Au terme de négociations complexes menées avec plusieurs parties, la banque a retenu la proposition du contribuable.

La banque a contracté auprès d'une institution financière un emprunt hypothécaire garanti par l'immeuble et le terrain sous-jacent. La banque a amorcé la construction de l'immeuble et a cédé au contribuable chaque parcelle de l'immeuble au fur et à mesure de la construction. Après avoir acquis l'ensemble de l'immeuble, le contribuable avait octroyé un bail à la banque. Du même coup, le contribuable se substituait à la banque envers le prêteur aux termes du prêt hypothécaire et lui cédait ses droits en vertu des baux (clause de transport des loyers) :

Worthen initially hoped to finance, to build, and to own the proposed facility at a total cost of \$9 million for the site, building, and adjoining parking deck. This was to be accomplished by selling \$4 million in debentures and using the proceeds in the acquisition of the capital stock of a wholly owned real estate subsidiary. This subsidiary would have formal title and would raise the remaining \$5 million by a conventional mortgage loan on the new premises. Worthen's plan, however, had to be abandoned for two significant reasons:

1. As a bank chartered under Arkansas law, Worthen legally could not pay more interest on any debentures it might issue than that then specified by Arkansas law. But the proposed obligations would not be marketable at that rate.

2. Applicable statutes or regulations of the Arkansas State Bank Department and the Federal Reserve System required Worthen, as a state bank subject to their supervision, to obtain prior permission for the investment in banking premises of any amount (including that placed in a real estate subsidiary) in excess of the bank's capital stock or of 40% of its capital stock and surplus. See Ark. Stat. Ann. 67-547.1 (Supp. 1977); 12 U.S.C. 371d (1976 ed.); 12 CFR 265.2 (f) (7) (1977). Worthen, accordingly, was advised by staff employees of the Federal Reserve System that they would not recommend approval of the plan by the System's Board of Governors.

Worthen therefore was forced to seek an alternative solution that would provide it with the use of the building, satisfy the state and federal regulators, and attract the necessary capital. In September 1967 it proposed a sale-and-leaseback arrangement. The State Bank Department and the Federal Reserve System approved this approach, but the Department required that Worthen possess an option to purchase the leased property at the end of the 15th year of the lease at a set price, and the federal regulator required that the building be owned by an independent third party.

[...]

Worthen then obtained a commitment from New York Life Insurance Company to provide \$7,140,000 in permanent mortgage financing on the building, conditioned upon its approval of the titleholder. At this point Lyon entered the negotiations and it, too, made a proposal. [...] Lyon in November 1967 was approved as an acceptable borrower by First National City Bank for the construction financing, and by New York Life, as the permanent lender. In April 1968 the approvals of the state and federal regulators were received.

In May 1968 Worthen, Lyon, City Bank, and New York Life executed complementary and interlocking agreements under which the building was sold by Worthen to Lyon as it was constructed, and Worthen leased the completed building back from Lyon²³.

[nos extraits]

Sommairement, les modalités financières de la cession-bail étaient les suivantes :

- Au cours des 25 premières années, la banque possédait les attributs et les charges inhérentes à la propriété d'un immeuble, sans en être juridiquement propriétaire.
- Au cours des 25 premières années du bail, la planification n'avait aucun impact sur la situation financière nette du contribuable. Le montant des loyers versés par la banque était égal aux versements hypothécaires que le contribuable devait payer en lieu et place de celle-ci auprès de l'institution financière.
- La banque pouvait acquérir l'immeuble après onze ans en assumant la portion de la dette courue, de même qu'un montant de 500 000 dollars versé par le contribuable pour la construction de l'immeuble, à un taux d'intérêt de 6 pour cent. Il était alors possible pour la banque de réaliser un gain économique provenant de l'accroissement potentiel de la valeur de l'immeuble.
- Dans l'éventualité d'une dévaluation quasi totale de l'immeuble, le contribuable courait le risque de perdre le capital investi initialement si la banque n'exerçait pas son option d'acquérir l'immeuble pour un montant égal à ce capital, ou si elle ne renouvelait pas le bail au terme d'une période de 25 années²⁴.

À la majorité, la Cour avait conclu que le contribuable était le propriétaire de l'immeuble et pouvait se prévaloir d'une déduction pour amortissement. À la lumière d'une panoplie de faits et de circonstances, la Cour a conclu que le contribuable possédait réellement et à un degré suffisant les attributs d'un propriétaire d'immeuble. Le juge Blackmun affirmait, au nom de la majorité, que les opérations du contribuable devaient avoir une substance économique distincte du bénéfice engendré par les économies d'impôt qu'elles permettaient de réaliser. La majorité

²³ *Ibid.* aux pages 563-565.

²⁴ Ce résumé reprend essentiellement celui de Bernard Wolfman, « Supreme Court in the Lyon's Den: A Failure of Judicial Process » (1980-81) 66 Cornell L. Rev. 1075 à la page 1080. Adaptation par les auteurs.

avait conclu que les planifications avaient une substance économique distincte des avantages fiscaux. Le juge Blackmun a ainsi exprimé ce principe :

Where [...] there is a genuine multiple-party transaction with economic substance which is compelled or encouraged by business or regulatory realities, is imbued with tax-independent considerations, and is not shaped solely by tax-avoidance features that have meaningless labels attached, the Government should honor the allocation of rights and duties effectuated by the parties. Expressed another way, so long as the lessor retains significant and genuine attributes of the traditional lessor status, the form of the transaction adopted by the parties governs for tax purposes. What those attributes are in any particular case will necessarily depend upon its facts. It suffices to say that, as here, a sale-and-leaseback, in and of itself, does not necessarily operate to deny a taxpayer's claim for deductions²⁵.

[nos extraits]

En somme, la Cour suprême a énoncé les principes suivants en vertu desquels les avantages fiscaux réclamés par des contribuables peuvent être annulés s'ils s'appuient sur une interprétation littérale de certaines règles fiscales :

- Dans l'affaire *Gregory*, elle a conclu que les règles fiscales applicables ne permettaient pas au contribuable de profiter des avantages fiscaux découlant d'opérations dénuées de motivation commerciale ou corporative.
- Dans l'affaire *Knetsch*, elle a conclu selon la preuve que le contribuable n'avait rien accompli de substantiel selon les exigences des règles applicables et que l'essence véritable de l'opération était uniquement d'obtenir une déduction fiscale.
- Dans l'affaire *Frank Lyon*, les opérations du contribuable devaient avoir une substance économique distincte du bénéfice engendré par les économies d'impôt qu'elles permettent de réaliser.

Les tribunaux de première instance et les Cours d'appel ont appliqué les principes des décisions de la Cour suprême des États-Unis en de multiples occasions à diverses planifications et règles fiscales. Ils ne les ont cependant pas appliqués d'une manière cohérente. Les tribunaux ont appliqué la doctrine de la réalité économique en utilisant trois approches distinctes.

²⁵ *Ibid.* aux pages 583-584.

2.2 Modalités d'application de la doctrine

En vertu de la doctrine de la réalité économique, les tribunaux examinent les buts poursuivis par le contribuable dans une planification et la réalité économique objective de celle-ci. Cette approche fait essentiellement référence à deux doctrines judiciaires distinctes, soit celle de l'objet commercial et celle de la « substance versus la forme » (*substance over form*)²⁶. Plusieurs tribunaux américains réfèrent à l'approche formulée dans l'affaire *Rice's Toyota*²⁷. De façon sommaire, cette doctrine présente deux volets pour représenter cette dualité de considérations. Voici l'énoncé de cette doctrine :

To treat a transaction as a sham, the court must find [(1)] that the taxpayer was motivated by no business purposes other than obtaining tax benefits in entering the transaction, and [(2)] that the transaction has no economic substance because no reasonable possibility of a profit exists. Whether under this test a particular transaction is a sham is an issue of fact²⁸.

[nos extraits]

Pour décrire ces deux éléments de la doctrine de la réalité économique, nous utiliserons ci-après les expressions « volet subjectif » et « volet objectif ».

2.2.1 Volet subjectif : poursuite d'un objectif non fiscal

Sous ce volet, les tribunaux évaluent si les opérations réalisées par le contribuable ont un lien rationnel avec un objet légitime autre que fiscal, à la lumière de son comportement et de sa situation économique. Les tribunaux s'attardent aux intentions du contribuable au moment où il a décidé de réaliser une planification. Pour l'essentiel, les tribunaux tenteront d'identifier la présence d'un objet commercial. Ils détermineront la réalité économique d'une opération du point de vue du contribuable, selon une analyse de nature subjective. En faisant référence à l'affaire *Rice's Toyota*, un tribunal décrivait généralement le volet subjectif du test comme suit :

²⁶ Voir Donald L. Korb (Chief Counsel for the Internal Revenue Service), allocution, *The Economic Substance Doctrine In The Current Tax Shelter Environment*, 2005 University of Southern California Tax Institute, 25 janvier 2005 [Korb, *Economic Substance Doctrine*], à la page 6. Transcription disponible en ligne : site IRS <http://www.irs.gov/pub/irs-utl/economic_substance_11_25_05.pdf>.

²⁷ *Rice's Toyota World v. Commissioner*, 752 F. 2d. 89 (4^e Cir. 1985) [*Rice's Toyota* (4^e Cir.)].

²⁸ *Ibid.* note 27 aux pages 91-92 où on réfère notamment à un passage de la décision rendue en première instance, dans *Rice's Toyota World v. Commissioner*, 81 T.C. 184 (1983) [*Rice's Toyota* (Tax Ct.)], à la page 209.

The business purpose inquiry examines whether the taxpayer was induced to commit capital for reasons only relating to tax considerations or whether a non-tax motive, or legitimate profit motive, was involved. [...] The determination of whether the taxpayer had a legitimate business purpose in entering into the transaction involves a subjective analysis of the taxpayer's intent. *Kirchman v. Commissioner*, 862 F.2d 1486, 1492 (11th Cir. 1989)²⁹.

[nos extraits]

2.2.2 Volet objectif : une planification doit exercer un impact sur la situation économique du contribuable

Sous ce volet, les tribunaux détermineront à partir d'indicateurs objectifs si la situation économique des contribuables a été ou est susceptible de s'améliorer à la suite de l'opération. Les tribunaux évaluent alors la réalité économique d'une opération sans égard aux motivations fiscales des contribuables.

2.3 Divergences d'opinions entre les tribunaux dans l'application des deux volets

Les tribunaux américains continuent d'exprimer à ce jour des divergences d'opinions sur l'application de la doctrine de la réalité économique. Des cours d'appel ont notamment infirmé des décisions rendues en faveur des contribuables par les tribunaux de première instance au motif que ces derniers ont erré dans l'application de cette doctrine.

Les tribunaux n'ont pas appliqué les deux volets de cette doctrine de façon uniforme au fil des ans³⁰. Il est possible d'identifier trois courants jurisprudentiels distincts : l'approche conjonctive, l'approche disjonctive et l'approche unitaire.

Aux fins de ce fascicule, nous prôtons une approche du point de vue du contribuable puisque celui-ci assume le fardeau de la preuve devant les tribunaux : des approches conjonctives, disjonctives ou unitaires réfèrent alors aux éléments de preuve que le contribuable doit établir afin de satisfaire à la doctrine de la réalité économique. Soulignons néanmoins que ces approches sont parfois décrites dans la littérature fiscale du point de vue des tribunaux. De ce point de vue, les tribunaux adoptent une approche conjonctive s'ils annulent les avantages

²⁹ *Shriver v. Commissioner*, 899 F.2d 724 (8^e Cir. 1990) [*Shriver*] à la page 726.

³⁰ Voir *Collins*, *supra* note 6.

fiscaux réclamés par un contribuable lorsqu'une planification ne répond pas aux deux volets de la doctrine. Toujours sous cet angle, les tribunaux adoptent une approche disjonctive s'ils annulent les avantages fiscaux réclamés par un contribuable résultant d'une planification lorsque celle-ci ne répond pas à l'un ou l'autre des deux volets. Enfin, dans le cas de l'approche unitaire, les tribunaux détermineront si le contribuable établit une preuve pertinente à l'aide entre autres des deux volets de la doctrine.

2.3.1 Approche conjonctive : le contribuable doit établir que la planification répond aux deux volets

Les tribunaux qui appliquent la doctrine selon une approche conjonctive exigent que l'opération du contribuable respecte simultanément les deux volets de la doctrine³¹. Il est donc nécessaire que le contribuable démontre simultanément la poursuite d'un objet commercial non fiscal et la présence de substance économique.

³¹ Les tribunaux ont privilégié cette approche dans les affaires *Illes v. Commissioner*, 982 F.2d 163, 165 (6^e Cir. 1992), *certiorari* refusé par la Cour suprême des États-Unis, 507 U.S. 984 (1993); *Pasternak v. Commissioner*, 990 F.2d 893 (6^e Cir. 1993) [*Pasternak*], à la page 898; *United Parcel Service of America Inc. v. Commissioner*, 254 F.3d 1014 (11^e Cir. 2001) [*UPS of America*], à la page 1018.

2.3.2 Approche disjonctive : le contribuable doit établir que la planification répond à l'un ou l'autre des volets

Lorsque que les tribunaux utilisent une approche disjonctive, il suffit que le contribuable démontre soit la poursuite d'un objet commercial, soit que la présence adéquate de substance économique dans la planification afin de justifier l'obtention d'avantages fiscaux en découlant³².

2.3.3 Approche unitaire : le contribuable doit établir la réalité économique de sa planification par une preuve pertinente en prenant en considération ces deux volets dans leur ensemble

Certains tribunaux considèrent que la substance d'une opération ne doit pas être déterminée par une analyse compartimentée de l'un ou l'autre des deux volets. Ils sont plutôt d'avis que la réalité économique objective d'une opération et les motivations commerciales du contribuable sont deux éléments liés qui doivent être considérés afin de déterminer la substance d'une planification³³. Il s'agit de l'approche unitaire. Cette approche permet une application plus souple des critères de l'objet commercial et de la réalité économique. Ce passage du jugement dans l'affaire *ACM Partnership*³⁴ résume bien cette dernière approche :

The inquiry into whether the taxpayer's transactions had sufficient economic substance to be respected for tax purposes turns on both the "objective economic substance of the transactions" and the "subjective business motivation" behind them. *Casebeer v. Commissioner*, 909 F.2d 1360, 1363 (9th Cir. 1990); accord *Lerman*, 939 F.2d at 53-54 (noting that sham transaction has been defined as a transaction that "has no business purpose or economic effect other than the creation of tax deductions" and holding that taxpayer was not entitled "to claim 'losses' when none in fact were sustained"). However, these distinct aspects of the economic sham inquiry do not constitute discrete prongs of a "rigid two-step analysis," but rather represent related factors both of which inform the analysis of whether the transaction had sufficient substance, apart from its tax consequences, to be respected for tax purposes. *Casebeer*, 909 F.2d at 1363; accord

³² *Rice's Toyota* (4^e Cir.), *supra* note 27 à la page 91; *Black & Decker Corp. v. Commissioner*, 436 F.3d 431, 441 (4^e Cir. 2006) [*Black & Decker* (4^e Cir.)].

³³ *Sochin v. Commissioner*, 843 F.2d 351, 354 (9^e Cir. 1988), *certiorari* refusé par la Cour suprême des États-Unis, 488 U.S. 824 (1988); *Rose v. Commissioner*, 88 T.C. 386, 410-411 (1987) [*Rose* (T.C.)] confirmé par 868 F.2d 851, 854 (6^e Cir. 1989) [*Rose* (6^e Cir.)]; *James v. Commissioner*, 899 F.2d 905 (10^e Cir. 1990) [*James*], aux pages 908-909; *Sacks v. Commissioner*, 69 F.3d 982 (9^e Cir. 1995) [*Sacks*], à la page 988; *ACM Partnership v. Commissioner*, (1997) T.C. Memo 1997-115 [*ACM Partnership* (T.C.)], décision confirmée en appel par 157 F.3d 231, 247 (3^e Cir. 1998) [*ACM Partnership* (3^e Cir.)], *certiorari* refusé par la Cour suprême des États-Unis, 526 U.S. 1017 (1999).

³⁴ *ACM Partnership* (3^e Cir.), *ibid.*

James v. Commissioner, 899 F.2d 905, 908-09 (10th Cir. 1990); Rose v. Commissioner, 868 F.2d 851, 854 (6th Cir. 1989)³⁵.

[nos extraits]

Cette approche présente l'avantage de prendre en considération tous les éléments des planifications de façon souple et équitable. Cette souplesse permet aux tribunaux d'appliquer la doctrine à des planifications de plus en plus complexes où les contribuables doivent conjuguer simultanément un grand nombre de facteurs et paramètres. L'extrait suivant d'une allocution prononcée par le juge de première instance dans l'affaire *ACM Partnership* illustre cette approche :

Should economic substance be solely objective or should it be objective with some subjective aspects as well? The Fourth and Third Circuits, together with the Tax Court in ACM, say that it is permissible, even necessary, to examine the subjective as well as the objective aspects of a deal. This seems only fair. The test should not be rigid but elastic enough to allow for all of the proper evidence to be examined. After all, modern deals are very sophisticated and complex. We need to look at them from all angles. For instance, in ACM, the court was required to understand a myriad of sophisticated transactions, both inside and outside the partnership, and to evaluate the credibility of the claims made by the parties about the projected profitability of such complex transactions. By using the doctrine of economic substance, we have the means by which we can review, examine, and opine on whether the transactions have crossed the line from intelligent tax planning into the realm of improper tax avoidance³⁶.

[nos extraits]

2.3.4 La Cour suprême des États-Unis n'a pas encore saisi l'occasion de résoudre ces diverses approches

Les décisions des tribunaux au cours des dernières années ne font qu'accroître l'imprévisibilité de la doctrine de la réalité économique pour l'ensemble des intervenants³⁷. En l'absence d'une codification de cet outil dans la loi fiscale, la Cour suprême des États-Unis pourrait jouer un rôle prépondérant pour trancher les conflits dans l'application de cette doctrine et en assurer une application plus uniforme par l'ensemble des intervenants.

³⁵ *Ibid.* à la page 247.

³⁶ Laro, « A view from the Tax Court », *supra* note 13 à la page 46.

³⁷ Voir Richard M. Lipton, « What Will Be the Impact of the Government's Economic Substance Victory in Coltec? » (2006) 105:3 *Journal of Taxation* 136 [Lipton, « Coltec »], à la page 140.

Les jugements des tribunaux dans les affaires *Coltec* et *Black & Decker* illustrent les divergences des tribunaux dans l'application de la doctrine de la réalité économique. Ces affaires portaient sur une planification similaire, mais les tribunaux ont adopté une approche qui semblait divergente. Dans l'affaire *Coltec*, le contribuable alléguait que la Cour d'appel aurait dû appliquer la doctrine de la réalité économique selon une approche disjonctive, à l'instar de l'approche préconisée par la Cour d'appel du 4^e circuit dans l'affaire *Black & Decker*. La Cour suprême des États-Unis a cependant refusé d'entendre l'affaire *Coltec*³⁸.

Dans l'affaire *Coltec*³⁹, la Cour d'appel du circuit fédéral (United States Court of Appeals for the *Federal Circuit*) a conclu que les opérations en litige respectaient les termes des règles spécifiques du code fiscal, mais étaient dénuées de réalité économique. En conséquence, la Cour d'appel a annulé en grande partie les avantages fiscaux réclamés par le contribuable. La Cour favorisait une application de la doctrine de la réalité économique selon une approche conjonctive. Ainsi, un contribuable ne peut réclamer les avantages fiscaux résultant d'une planification que s'il est en mesure d'établir à la fois l'existence d'un objet autre que fiscal ainsi qu'une modification de sa situation économique – sans égard à l'intention subjective du contribuable de minimiser son impôt à payer.

De l'avis de la Cour d'appel dans *Coltec*, les grands principes de la doctrine de la réalité économique qui se dégagent de la jurisprudence américaine sont les suivants :

- Un contribuable a le privilège de minimiser son impôt à payer en réalisant une planification, mais celle-ci doit être conforme à la doctrine de la réalité économique.
- Le contribuable qui réclame les avantages fiscaux assume le fardeau de prouver que les opérations visaient la réalisation d'un objet économique⁴⁰.
- La doctrine de la réalité économique peut s'appliquer si :
 - l'opération ne modifie pas la situation économique du contribuable; ou
 - le contribuable cherche uniquement à tirer un avantage fiscal d'une opération.
- La réalité économique d'une opération doit être déterminée de façon objective plutôt que subjective.

³⁸ Voir Sean Pheils et Patrick Gay, « Supreme Court Denies Review of *Coltec*, *Dow*, Six Tax-Related Cases » 2007 TNT 35-1 (21 février 2007).

³⁹ *Supra* note 3.

⁴⁰ La sous-section 2.7 traite du fardeau de preuve du contribuable en matière de planifications audacieuses.

- L'analyse doit porter sur l'opération qui donne lieu à l'avantage fiscal. Cette opération doit être isolée des autres étapes de la planification, afin d'éviter qu'un examen élargi des faits fasse en sorte qu'un objet commercial plus général puisse être invoqué pour justifier une opération d'évitement.

Par contre, la Cour d'appel saisie de l'affaire *Black & Decker* favorisait une application de la doctrine de la réalité économique selon une approche disjonctive. Selon celle-ci, un contribuable peut réclamer un avantage fiscal du moment qu'il établit de manière objective qu'une opération a modifié sa situation économique ou encore qu'il cherchait à réaliser un objet légitime autre que fiscal⁴¹.

2.4 Les tribunaux divergent d'opinion sur la façon de qualifier les objets du contribuable et sur le poids relatif de ses croyances subjectives aux fins de la doctrine

L'importance du volet subjectif a été bien circonscrite par le jugement rendu par la Cour d'appel dans l'affaire *ASA Investering Partnership*. De l'avis de la Cour d'appel, ce volet permet d'établir une démarcation entre les opérations légitimes et celles d'évitement. Bien que cette démarcation soit floue, elle s'avère nécessaire afin de protéger l'intégrité du régime fiscal tout en étant équitable envers l'ensemble des contribuables, particulièrement envers des contribuables qui ne s'engagent pas dans des planifications abusives contrairement à d'autres, placés dans les mêmes circonstances :

We note that the “business purpose doctrine” is hazardous. It is uniformly recognized that taxpayers are entitled to structure their transactions in such a way as to minimize tax. When the business purpose doctrine is violated, such structuring is deemed to have gotten out of hand, to have been carried to such extreme lengths that the business purpose is no more than a facade. But there is no clean line between the two. Yet the doctrine seems essential. A tax system of rather higher rates gives a multitude of clever individuals in the private sector powerful incentive to game the system. Even the smartest drafters of legislation and regulation cannot be expected to anticipate every device. The business purpose doctrine reduces the incentive to engage in such essentially wasteful activity, and in addition helps achieve reasonable equity among taxpayers who are similarly situated—in every respect except for differing investments in tax avoidance⁴².

[nos extraits et italiques]

⁴¹ Voir *Black & Decker* (4^e Cir.), *supra* note 32 aux pages 15-18.

⁴² *ASA Investering Partnership, et al. v. Commissioner*, 201 F.3d 505, 513 (D.C. Cir. 2000) [*ASA Partnership*], à la page 513.

La position des tribunaux américains n'est pas uniforme sur les critères à utiliser pour jauger la substance économique des opérations. Cela génère de l'imprévisibilité sur la reconnaissance éventuelle par les tribunaux américains de la validité d'une planification audacieuse. Cela peut également créer des iniquités entre les contribuables lorsque certains tribunaux sont plus exigeants que d'autres.

La jurisprudence américaine reconnaît le privilège des contribuables de structurer leurs opérations afin de minimiser leur fardeau fiscal, mais refuse de reconnaître les conséquences fiscales des opérations dont le seul but relève de l'évitement. Ce passage de la décision *Boca Investering Partnership* illustre ce principe :

The business purpose doctrine applied in *ASA Investering* establishes that while taxpayers are allowed to structure their business purpose in such a way as to minimize their tax, these transactions must have a legitimate non-tax avoidance business purpose to be recognised as legitimate for tax purposes⁴³.

[nos extraits]

Par le passé, les tribunaux ont pris en considération une multitude de facteurs afin de trouver des indications selon lesquelles que le contribuable a planifié ses affaires pour des motifs exclusivement fiscaux. Les tribunaux américains ont notamment considéré les éléments de preuve suivants pour déterminer ces intentions⁴⁴ :

- La possibilité pour le contribuable de générer un profit de la planification.
- Les motivations commerciales et non fiscales du contribuable.
- L'évaluation préalable par le contribuable et ses conseillers de la planification, de ses caractéristiques et de ses risques économiques.
- L'investissement véritable de capital par le contribuable.
- Les liens entre les parties impliquées dans l'opération, particulièrement si elles ont des liens de dépendance.
- La nature des activités des parties impliquées tant avant qu'après la planification.
- Le contexte de la planification, dont le degré de concordance entre la planification initialement envisagée et celle réalisée.

⁴³ *Boca Investering Partnership v. United States of America*, 314 F.3d 625, 631 (D.C. Cir. 2003) [Boca Investering] qui réfère à *ASA Partnership*, *supra*.

⁴⁴ Voir Korb, *Economic Substance Doctrine*, *supra* note 26.

- Les arguments utilisés par les conseillers ou promoteurs dans la commercialisation de l'abri fiscal acheté par les contribuables⁴⁵.

Les tribunaux américains ont décidé que les opérations du contribuable n'avaient pas d'objet commercial dans les litiges où la seule motivation du contribuable était clairement l'évitement fiscal. Le cas échéant, la preuve permettait aux tribunaux de conclure que ces opérations n'auraient jamais eu lieu en l'absence des avantages fiscaux anticipés.

À titre d'illustration, les tribunaux ont refusé de considérer les opérations complexes dont le seul but était de générer des pertes en capital applicables à l'encontre de gains en capital réalisés antérieurement⁴⁶, de même que les opérations complexes qui visaient uniquement à créer des déductions fiscales substantielles⁴⁷.

Un tribunal pourrait aussi conclure que le contribuable a investi dans un abri fiscal uniquement dans le but d'obtenir des avantages fiscaux préarrangés si la preuve démontre que le contribuable a acheté l'abri fiscal en se fiant sur le matériel promotionnel reposant exclusivement sur l'obtention d'avantages fiscaux anticipés, sans aucune mention du potentiel de profit non fiscal⁴⁸. De même, un tribunal pourrait conclure que le contribuable poursuit un objet purement fiscal si ce dernier a investi dans un abri fiscal, garantissant aux participants un gain économique résultant d'économies d'impôt, peu importe le succès commercial de l'abri

⁴⁵ *Goldstein v. Commissioner*, 364 F.2d 734 (2^e Cir. 1966) [*Goldstein*]; *Sacks*, *supra* note 33; *Winn-Dixie Inc. v. Commissioner*, 113 T.C. 254 (1999) [*Winn-Dixie* (Tax Ct.)], décision confirmée en appel par *Winn-Dixie Stores, Inc. v. Commissioner*, 254 F.3d 1313 (11^e Cir. 2001) [*Winn-Dixie* (11^e Cir.)], *certiorari* refusé par la Cour suprême des États-Unis dans 535 U.S. 986 (2002); *Rose*, *supra* note 33; *Casebeer v. Commissioner*, 909 F.2d 1360 (9^e Cir. 1990); *Newman v. Commissioner*, 894 F.2d 560 (2^e Cir. 1990), à la page 563; *Salina P'ship v. Commissioner*, T.C. Memo 2000-352 (2000); *Kirchman v. Commissioner*, 862 F.2d 1486 (11^e Cir. 1989) [*Kirchman*]; *Nicole Rose Corp. v. Commissioner*, 117 T.C. 328 (2001) [*Nicole Rose Corp.* (Tax Ct.)] confirmé en appel par 320 F.3d 282 (2^e Cir. 2002) [*Nicole Rose Corp.* (2^e Cir.)]; *IES Industries, Inc. v. United States*, 253 F.3d 350 (8^e Cir. 2001) [*IES Industries*], aux pages 355-356; *James*, *supra* note 33; *Pasternak*, *supra* note 31.

⁴⁶ *ACM Partnership* (3^e Cir.), *supra* note 33.

⁴⁷ *Sheldon v. Commissioner* 94 T.C. 738 [*Sheldon*], aux pages 766-767; *Rice's Toyota* (4^e Cir.), *supra* note 27 à la page 92; *Hines v. Commissioner*, 912 F.2d 736 (4^e Cir. 1990) [*Hines*], à la page 741; *Nicole Rose Corp.* (2^e Cir.), *supra* note 45 à la page 284; *Winn-Dixie* (Tax Ct.), *supra* note 45, aux pages 287-288.

⁴⁸ Voir *Kirchman*, *supra* note 45 aux pages 1489 et 1493; *In re CM Holdings, Inc.*, 301 F.3d 96 (3^e Cir. 2002) [*In re CM Holdings*], aux pages 102-103.

fiscal⁴⁹. L'inobservation par les parties des ententes négociées au départ, notamment lorsque toutes les étapes d'une planification n'ont pas été réalisées comme convenu initialement, permet également de douter des intentions commerciales du contribuable et de la substance de l'opération⁵⁰.

Dans l'application du volet subjectif, l'une des difficultés pour les tribunaux est de jauger le poids relatif d'un objet fiscal par rapport à celui des autres objets poursuivis par le contribuable dans une planification. Les tribunaux ne s'entendent pas sur le seuil au-delà duquel le poids relatif d'un objet fiscal déclenche l'application de la doctrine de la réalité économique. Comme l'a souligné le juge de première instance dans l'affaire *ACM Partnership* en commentant sa décision, la *Tax Court* n'a jamais exigé que l'objet fiscal soit l'objet principal ou fondamental d'une planification pour refuser d'en reconnaître les conséquences fiscales⁵¹. La position de la Cour dans cette affaire peut s'expliquer par le fait que les tribunaux appliquent la doctrine de la réalité économique selon les circonstances propres à chaque litige.

L'imprévisibilité des décisions rendues par les tribunaux crée de l'incertitude chez les contribuables, particulièrement lorsqu'ils poursuivent de multiples objets à travers une série d'opérations. Après avoir identifié les différentes opérations, certains tribunaux analyseront chacune d'elles séparément alors que d'autres les analyseront comme si elles formaient un tout.

En toute logique, le regroupement de plusieurs opérations augmente la probabilité qu'une planification résiste à la doctrine de la réalité économique parce que certaines de ces opérations apparaîtront comme étant motivées par des objectifs commerciaux ou comme ayant pour effet de modifier la situation économique du contribuable. Les contribuables audacieux pourraient prendre le risque de planifier minutieusement l'ensemble des opérations qui permettent d'obtenir des avantages fiscaux de manière à satisfaire le volet subjectif de la

⁴⁹ *Pasternak*, *supra* note 31 à la page 901 : « Finally there is evidence that the 1981 transactions were marketed as tax shelters whose promised tax savings guaranteed economic gain to the participants, even if the co-tenancies failed to sell a single reproduction of their recordings. »

⁵⁰ Voir *Rose* (T.C.), *supra* note 33; voir également *Merryman v. Commissioner*, 873 F.2d 879, 883 (5^e Cir. 1989) [*Merryman*].

⁵¹ Laro, « A view from the Tax Court », *supra* note 13.

doctrine. Les tribunaux ne précisent pas combien de transactions reliées doivent être regroupées afin de mesurer la substance d'une opération. Les opérations n'ayant pas d'autre justification que l'obtention d'avantages fiscaux peuvent cependant amener les tribunaux à appliquer la doctrine de la réalité économique. Le commentaire du professeur Joseph Bankman illustre cette idée :

The economic substance doctrine requires that the events giving rise to a tax position must have objective economic substance, but does not tell us which of many interrelated events ought to be lumped together and measured for economic substance. In general, the greater the number of events lumped together, the greater the likelihood that a tax position will reflect changes in nontax attributes. In theory, by expanding or contracting the number of related events, a decisionmaker could reach virtually any result it wanted under the doctrine. In practice, some tax position will seem to correspond naturally with a discrete number of events or transactions. Moreover, courts have already put some flesh on this part of the doctrine by showing a willingness to lump together transactions connected to a taxpayer's ordinary business operations, but treat as discrete each element in tax shelters⁵².

La Cour d'appel du Circuit fédéral dans l'affaire *Coltec* était également d'avis que la doctrine devait être appliquée en isolant les opérations fiscales des autres opérations d'une planification afin d'éviter que l'objet des opérations fiscales ne soit masqué par la présence des objets attribuables aux autres opérations :

[...] the transaction to be analyzed is the one that gave rise to the alleged tax benefit. For example, in *Basic Inc.*, [...] The court explained that if the business purpose of the ultimate sale could be used to justify the unnecessary inter-company transfer, then “all manner of intermediate transfers could lay claim to ‘business purpose’ simply by showing some factual connection, no matter how remote, to an otherwise legitimate transaction existing at the end of the line.” *Id.* at 745. Similarly, in *Ballagh* [...] the Court of Claims focused on the purpose for the loan from the annuity company—not the purpose of the initial annuity contract, when evaluating the economic substance of the transaction. 331 F.2d at 878. So also the Fourth Circuit has stated that in economic substance cases, the focus is on “the specific transaction whose tax consequences are in dispute,” *Black & Decker*, 436 F.3d at 441, and the Second Circuit has stated that “[t]he relevant inquiry is whether the transaction that generated the claimed deductions [...] had economic substance,” *Nicole Rose Corp. v. Comm’r of Internal Revenue*, 320 F.3d 282, 284 (2d Cir. 2002). See also *ACM P’ship v. Comm’r of Internal Revenue*, 157 F.3d 231, 260 & n.57 (3d Cir. 1998). These cases recognize that there is a material difference between structuring a real transaction in a particular way to provide a tax benefit (which is legitimate), and creating a transaction, without a business purpose, in order to create a tax benefit (which is illegitimate)⁵³.

[nos extraits]

⁵² Joseph Bankman, « The Economic Substance Doctrine » (2000) 74 S. Cal. L. Rev. 5 [Bankman, « Economic Substance », à la page 15. L'auteur a émis cette opinion sur la base des affaires *Cottage Savings Ass'n v. Commissioner*, 499 U.S. 554 (1991), décision de la Cour suprême des États-Unis [*Cottage Savings*] et *ACM Partnership* (3^e Cir.), *supra* note 33.

⁵³ *Coltec* (Fed. Cir. App.), *supra* note 3.

Néanmoins, lorsque les opérations d'un contribuable sont reliées à l'exploitation régulière d'une entreprise, certaines décisions des tribunaux nous portent à croire que ces derniers peuvent être disposés à prendre en considération la planification dans son ensemble. Les tribunaux américains ont accepté plus facilement de regrouper des transactions qui ont été conclues dans le cadre des opérations commerciales habituelles du contribuable. Lorsqu'une planification est reliée aux activités commerciales du contribuable, les tribunaux sont davantage susceptibles de conclure que le contribuable poursuit un objet commercial et que la planification a eu un impact sur sa situation économique.

L'affaire *Cottage Savings*⁵⁴ illustre cette possibilité. Dans cette affaire, le contribuable détenait un portefeuille de créances hypothécaires dont la valeur avait diminué en raison de l'augmentation des taux d'intérêt. Celui-ci ne voulait pas en disposer, car cela aurait entraîné une perte comptable et aurait mis en danger sa capacité d'opérer en vertu de certains règlements bancaires alors en vigueur. Il a donc choisi de procéder à des échanges de créances hypothécaires lui permettant de réclamer une perte fiscale sans avoir à déclarer une perte comptable en vertu des règlements bancaires.

Les caractéristiques des créances hypothécaires obtenues lors de l'échange étaient juridiquement différentes de celles détenues initialement, car elles avaient été consenties par des débiteurs différents sur des propriétés différentes. Néanmoins, les hypothèques reçues par le contribuable lors de l'échange étaient économiquement identiques aux hypothèques échangées par ce dernier. L'administration fiscale a annulé la déduction de la perte fiscale réclamée par le contribuable en affirmant qu'il s'agissait d'une perte fictive puisque les opérations d'échange étaient dénuées de réalité économique. Le tribunal a pour sa part reconnu la perte fiscale. À son avis, les hypothèques nouvellement acquises par le contribuable étaient matériellement différentes puisqu'elles conféraient des droits distincts au contribuable. Lorsque le tribunal a mesuré les conséquences économiques de ces échanges, il a notamment considéré le fait qu'elles étaient liées aux opérations commerciales habituelles du contribuable.

⁵⁴ *Cottage Savings*, *supra* note 52.

Les tribunaux ont été par ailleurs plus enclins à analyser séparément les opérations reliées à un investissement du contribuable dans un abri fiscal. Dans *ACM Partnership*⁵⁵, le contribuable a procédé à la création d'une société de personnes qui a conclu une série d'opérations financières dont l'objectif ultime était de générer des pertes fiscales pour annuler un gain en capital réalisé antérieurement. L'une de ces opérations impliquait l'acquisition et la disposition d'obligations d'une société (*Citicorp*) afin de simuler une vente conditionnelle à paiement échelonné (*contingent installment sale*) sujette à la règle américaine de recouvrement sur une base progressive du coût d'un bien pour le contribuable (*ratable basis recovery rule*).

Le contribuable a invoqué l'affaire *Cottage Savings* pour convaincre le tribunal de reconnaître les conséquences fiscales de la perte en capital reliée à la vente des obligations de *Citicorp* en alléguant que le placement lui conférait des droits différents de ceux obtenus lors de l'échange de ces obligations pour de l'argent et des billets LIBOR (*London Interbank Offering Rate*).

La Cour d'appel du 6^e Circuit a refusé de reconnaître les avantages fiscaux de cette opération. À son avis, l'opération n'avait aucun lien avec les activités commerciales poursuivies par le contribuable et l'unique objectif était de créer une perte artificielle par une utilisation inappropriée de dispositions de la loi fiscale. La Cour d'appel a jugé que cette opération n'a pas modifié la situation économique du contribuable ou ses intérêts économiques autres que fiscaux :

Just as the taxpayer in *Gregory* engaged in offsetting transactions by creating a new corporation, transferring the stock to the corporation, transferring the stock back out of the corporation liquidating the corporation just as the taxpayers in *Knetsch and Weller* engaged in offsetting transactions by acquiring annuity policies and borrowing back virtually their entire value, and just as the taxpayers in *Lerman* and other property disposition cases engaged in inconsequential transactions by disposing of property while retaining the opportunity to acquire the same or virtually identical property at the same price, so *ACM* engaged in mutually offsetting transactions by acquiring *Citicorp* notes only to relinquish them a short time later under circumstances which assured that their principal value would remain unchanged and their interest yield would be virtually identical to the interest yield on the cash deposit which *ACM* used to acquire the *Citicorp* note.

Gregory requires us to determine the tax consequences of a series of transactions based on what "actually occurred." 293 U.S. at 469, 55 S. Ct. at 267. Just as the *Gregory* Court found that the intervening creation and dissolution of a corporation and transfer of stock thereto and therefrom was a "mere device which put on the form of a corporate reorganization as a disguise for concealing its real character" which amounts to a mere "transfer ... of corporate

⁵⁵ *ACM Partnership* (3e Cir.), *supra* note 33.

shares to the [taxpayer]," so we find that ACM's intervening acquisition and disposition of the Citicorp notes was a mere device to create the appearance of a contingent installment sale despite the transaction's actual character as an investment of \$ 35 million in cash into a roughly equivalent amount of LIBOR notes. Thus, the acquisition and disposition of the qualifying private placement Citicorp notes, based upon which ACM characterized its transactions as a contingent installment sale subject to the ratable basis recovery rule, had no effect on ACM's net economic position or non-tax business interests and thus, as the Tax Court properly found, did not constitute an economically substantive transaction that may be respected for tax purposes. See Gregory, 293 U.S. at 469-70, 55 S. Ct. at 267-68; Knetsch, 364 U.S. at 366; Lerman, 939 F. 2d 44; Weller, 270 F.2d at 297.

[...]

The distinctions between the exchange at issue in this case and the exchange before the Court in Cottage Savings predominate over any superficial similarities between the two transactions. The taxpayer in Cottage Savings had an economically substantive investment in assets which it had acquired a number of year earlier in the course of its ordinary business operations and which had declined in actual economic value by over \$ 2 million from approximately \$ 6.9 million to approximately \$ 2.5 million from the time of acquisition to the time of disposition. See *Cottage Sav.*, 499 U.S. at 557-58, 111 S. Ct. at 1506. The taxpayer's relinquishment of assets so altered in actual economic value over the course of a long-term investment stands in stark contrast to ACM's relinquishment of assets that it had acquired 24 days earlier under circumstances which assured that their principal value would remain constant and that their interest payments would not vary materially from those generated by ACM's cash deposits.

While the disposition in Cottage Savings and in this case appear similar in that the taxpayer exchanged the assets for other assets with the same net present value, beneath these similarity lies the more fundamental distinction of the disposition in Cottage Savings precipitated the realization of actual economic losses arising from a long-term economically significant investment, while the disposition in this case was without economic effect as it merely terminated a fleeting and economically inconsequential investment effectively returning ACM to the same economic position it had occupied before the note's acquisition 24 days earlier⁵⁶.

[nos extraits et italiques]

Au-delà des intentions exprimées par le contribuable, la qualification des objets poursuivis par celui-ci repose essentiellement sur une preuve objective permettant aux tribunaux de juger du caractère raisonnable des projections financières du contribuable. Dans les affaires *Coltec*⁵⁷ et

⁵⁶ *ACM Partnership* (3^e Cir.), *supra* note 33 aux pages 250-252. Le professeur Josph Bankman tire cette conclusion à partir des jugements dans les affaires *Cottage Savings* et *ACM Partnership* : « Thus, the swap in *Cottage Savings*, while economically insignificant in itself, was tied to ordinary business operations, and what was measured for substantial economic effect was not just the swap, but the business operation to which it was tied. The sale of Citicorp debt was not tied to business operations, and so it was considered in isolation for the purpose of economic effect. » Voir Bankman, « Economic Substance », *supra* note 52 à la page 17.

⁵⁷ *Supra* note 3.

*Dow Chemical*⁵⁸, les contribuables alléguaient la poursuite d'objets commerciaux pour convaincre les tribunaux que leurs opérations étaient conformes à la doctrine de la réalité économique. Les tribunaux ont cependant accordé un poids prépondérant au volet objectif de la doctrine de la réalité économique. Sous cet angle, la seule affirmation par le contribuable de son intention de réaliser un objet commercial ne suffirait pas à justifier les avantages fiscaux découlant d'une planification audacieuse.

L'affaire *Jade Trading*⁵⁹ illustre l'importance que les tribunaux accordent à l'analyse objective des objets poursuivis par les contribuables dans une planification aux fins de l'application de la doctrine de la réalité économique. Dans cette affaire, les contribuables avaient réclamé une importante perte en capital découlant de la disposition de leurs parts dans une société de personnes grâce à une planification audacieuse. Cette planification s'était déroulée en une série d'étapes.

Tout d'abord, chaque contribuable, par l'entremise d'une société de personnes, a acquis une option d'achat d'euros d'une institution financière (« option d'achat d'euros ».) De façon concomitante, ils ont consenti une option de vente d'euros à cette institution financière. Si celle-ci levait l'option, chaque contribuable devait lui vendre un nombre d'euros prédéterminés (« option de vente d'euros ».)

Globalement, le capital des options d'achat d'euros et de vente d'euros était identique, soit approximativement 290 millions d'euros. Le prix de la levée de l'option d'achat d'euros avait été fixé à un taux de change de 1.084 euro pour un dollar américain. Ce prix n'était inférieur que d'un millième de point au taux de change de 1.085 établi pour la levée de l'option de vente d'euros.

La prime d'acquisition de l'option d'achat d'euros avait été fixée à 15 millions de dollars américains. Cette prime n'était que marginalement supérieure à la prime de l'option de vente

⁵⁸ *Dow Chemical Company v. United States of America*, 250 F. Supp. 2d 748 (E.D. Mich 2003), décision infirmée par 435 F.3d 594 (6^e Cir. 2006) [*Dow Chemical* (6^e Cir. 2006)] à la page 601, *certiorari* refusé, 2007 U.S. Lexis 2074 (Supreme Court of the United States, 2007).

⁵⁹ *Jade Trading, LLC v. United States* (21 décembre 2007), No. 03-2164T (U.S. Ct. Fed. Clms) [*Jade Trading*].

d'euros. Chaque contribuable a donc versé à l'institution financière une somme correspondant à la différence entre le coût de l'option d'achat d'euros et celui de l'option de vente, soit 150 000 dollars américains, plus des frais de transaction d'environ 75 000 dollars américains.

Par la suite, les contribuables ont cédé les options d'achat et de vente à une société de personnes nouvellement constituée en contrepartie de parts dans celle-ci. Environ 60 jours plus tard, chaque contribuable s'était retiré de la société de personnes. Le coût de leur part dans la société de personnes avait été établi à environ 126 000 dollars américains. Chacun a reçu de celle-ci des euros ainsi que des actions qu'elle détenait dans une autre société d'une valeur égale au coût de leur part dans la société de personne.

Du point de vue des contribuables, le coût fiscal de leurs parts dans la société de personne était égal au coût fiscal de l'option d'achat d'euros transféré à celle-ci. Selon une interprétation technique des règles fiscales, la prise en charge par la société de personnes de l'obligation à laquelle étaient tenus les contribuables envers l'institution financière en vertu de l'option de vente d'euros ne s'assimilait pas à la prise en charge d'une dette. En conséquence, la valeur de cette obligation ne réduisait aucunement le coût fiscal de leur part dans la société de personnes.

Lors de la disposition des actions obtenues par leur retrait de la société de personnes, chaque contribuable a réclamé une perte en capital de 15 millions de dollars américains. En raison de la planification, le coût fiscal de ces actions était élevé puisqu'il correspondait au coût de la part de chaque contribuable dans la société de personnes. La juste valeur marchande de ces actions était cependant minime. La perte en capital réalisée diminuait d'autant un gain en capital de 40 millions de dollars réalisé auparavant par chaque contribuable.

Les contribuables avaient réalisé la planification en s'appuyant sur l'opinion de leurs conseillers. Ces derniers étaient d'avis que la planification était conforme à la loi fiscale selon la prépondérance des probabilités en se basant sur une interprétation mécanique des règles relatives aux sociétés de personnes et sur la jurisprudence pertinente concernant l'interprétation

de ces règles, la doctrine des opérations en série, la doctrine de la « substance versus la forme » et la doctrine de la réalité économique⁶⁰.

La Cour fédérale des réclamations (*United States Court of Federal Claims*) a maintenu l'avis de cotisation de l'administration fiscale en appliquant la doctrine de la réalité économique conformément aux principes énoncés dans l'affaire *Coltec*. Selon la Cour, les contribuables ne pouvaient de manière raisonnable et objective anticiper un profit avant impôt de la planification.

À la lumière des preuves des économistes experts, chaque contribuable ne pouvait anticiper tirer un profit net avant impôt en prenant en considération les frais de gestion et les honoraires versés à leurs conseillers financiers et juridiques dont la valeur totale s'élevait à plus d'un million de dollars. Pour obtenir un rendement au moins égal à l'ensemble des dépenses engagées aux fins de la planification, chaque contribuable devait anticiper un rendement au moins 420 fois plus élevé que la valeur totale des frais encourus. Tout compte fait, les contribuables avaient investi approximativement un million de dollars pour espérer bénéficier d'un profit avant impôt de 140 000 dollars.

Suivant les principes appliqués dans l'affaire *Coltec*, la Cour fédérale des réclamations a notamment conclu que l'anticipation de profit des contribuables dans la planification et l'impact de celle-ci sur leur situation financière devaient être évalués de manière objective, peu importe les opinions subjectives des contribuables à ces égards :

Thus, a determination of the objective reality of contributing the spread transaction to Jade requires assessing the transaction itself – its reasonable possibility of profit and its effect on the Ervins' financial positions. The inquiry is not whether the Ervins believed the Jade transaction was a real investment capable of making a profit, but whether the Jade transaction in fact objectively was a real investment capable of making a profit and altering their financial positions⁶¹.

[nos extraits]

⁶⁰ De plus, les conseillers étaient d'avis que les contribuables n'étaient passibles d'aucune pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer.

⁶¹ *Supra* note 59, à la page 58 du jugement de la Cour.

De façon plus particulière, cette Cour avait émis l'opinion que la décision de la Cour d'appel du Circuit fédéral dans l'affaire *Coltec* avait relégué l'analyse subjective des objets du contribuable à l'arrière-plan d'une analyse objective de ceux-ci :

The trial in this case was conducted before the Federal Circuit's opinion in *Coltec* was issued, and the record includes much evidence on the beliefs of the Ervin brothers that their activities in *Jade* could be profitable based upon Bergmann's sales pitch. In the context of assessing objective economic substance, *Coltec* has relegated this type of evidence to a back seat recognizing the taxpayer's "subjective motivation may be pertinent to the existence of a tax avoidance purpose." 454 F.3d at 1356. Rather, the lack of economic reality of the transaction itself is the primary consideration as this is sufficient to disregard the transaction⁶².

[nos extraits]

2.5 Manque d'uniformité dans l'application du volet objectif par les tribunaux

La partie objective de la doctrine requiert que l'opération conclue par le contribuable ait une substance économique distincte de ses conséquences fiscales.

Les tribunaux américains ont utilisé plusieurs critères pour mesurer de manière objective la substance économique d'une opération. À l'aide de ces critères, les tribunaux évaluent généralement la substance économique des opérations en considérant les changements intervenus dans la situation économique des contribuables qui ne sont pas attribuables à des économies d'impôt. Les différentes formulations de cette approche ont été résumées de la façon suivante dans l'affaire *In re CM Holdings*⁶³ :

There are several different formulations of the objective portion of the economic substance inquiry. *Knetsch* voided a transaction because it "did not appreciably affect [the taxpayer's] beneficial interest except to reduce his tax." 364 U.S. at 366. (internal citations omitted). In *United States v. Wexler* we held that where a transaction has no substance other than to create deductions, the transaction is disregarded for tax purposes." 31 F. 3d 117, 122 (3d Cir. 1994). In *ACM Partnership* we required a "net economic effect on the taxpayer's economic position." 157 F. 3d at 249. The main question these different formulations address is a simple one: absent the tax benefits, whether the transaction affected the taxpayer's financial position in any way⁶⁴.

[nos extraits et italiques]

⁶² *Ibid*, à la note infrapaginale 69 de la décision.

⁶³ *In re CM Holdings*, *supra* note 48.

⁶⁴ *Ibid*. à la page 103.

En vertu de cette approche, les tribunaux mesurent donc les impacts d'une opération sur la situation financière du contribuable. Ainsi, les tribunaux américains ont souvent refusé de reconnaître les conséquences fiscales de dispositions de biens n'ayant eu aucun impact sur la situation financière nette du contribuable soit parce que ce dernier a conclu des opérations circulaires ou des opérations n'impliquant aucun risque pour lui, soit parce que les objectifs de ces opérations étaient purement de nature fiscale.

Dans certains cas, les tribunaux ont refusé de reconnaître une opération aux fins fiscales parce que celle-ci n'avait pas entraîné de changement substantiel dans la situation économique nette du contribuable. À titre d'illustration, les tribunaux ont refusé de reconnaître les pertes relatives à des dispositions de biens qui n'ont pas eu de conséquences économiques sur la situation du contribuable soit parce que celui-ci avait la possibilité de les réacquérir au même prix ou encore parce qu'il avait annulé les risques économiques découlant de ces dispositions par l'acquisition de biens identiques⁶⁵.

Cependant, dans l'affaire *ACM Partnership*⁶⁶, la Cour d'appel précise que les tribunaux n'annuleront pas les avantages fiscaux découlant d'une opération qui modifie objectivement la situation économique nette du contribuable, ses relations juridiques ou ses intérêts commerciaux non fiscaux simplement parce qu'elle a été conclue pour des considérations fiscales⁶⁷. En suivant un raisonnement similaire, certains tribunaux américains ont appliqué le volet objectif de la doctrine de la réalité économique de façon plus large et ont décidé que certains changements dans les obligations juridiques ou commerciales du contribuable étaient suffisants pour satisfaire ce volet. La création d'obligations véritables exécutoires entre des parties non liées a notamment été considérée comme un effet économique suffisant dans l'affaire *UPS of America*⁶⁸ :

⁶⁵ *ACM Partnership* (3^e Cir.), *supra* note 33 à la page 249, qui réfère aux jugements suivants : *Lerman v. Commissioner*, 939 F.2d 44, 48 (3^e Cir. 1991); *Merryman*, *supra* note 50; *Kirchman*, *supra* note 45 aux pages 1488, 1492-93; *Yosha v. Commissioner*, 861 F.2d 494, 501 (7^e Cir. 1989).

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.* à la page 248 : « Where a transaction objectively affects the taxpayer's net economic position, legal relations, or non-tax business interests, it will not be disregarded merely because it was motivated by tax considerations. »

⁶⁸ *UPS of America*, *supra* note 31.

The kind of "economic effects" required to entitle a transaction to respect in taxation include (sic) the creation of genuine obligations enforceable by an unrelated party. See *Frank Lyon Co.* 435 U.S. at 582-83, 98 S. Ct. at 1303 (refusing to deem a sale-leaseback a sham in part because the lessor had accepted a real, enforceable debt to an unrelated bank as part of the deal). The restructuring of UPS's excess-value business generated just such obligations⁶⁹.

[nos extraits et italiques]

Une incertitude persiste cependant :

- quant à la nature de la modification des relations juridiques ou de la situation économique du contribuable qui permettra de satisfaire au volet objectif de la doctrine de la réalité économique; et
- quant à la façon de mesurer le degré de cette modification.

2.5.1 Les tribunaux divergent d'opinion sur le degré des impacts réels qu'une planification doit avoir sur les relations juridiques et économiques du contribuable

À la lumière du jugement de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Frank Lyon*, les tribunaux pourraient accorder aux contribuables le bénéfice d'avantages fiscaux attribuables à des planifications exerçant un impact sur leur situation économique⁷⁰. Comme l'illustre cette décision, les juges saisis d'une même affaire peuvent cependant diverger d'opinion sur l'application de la doctrine de la réalité économique selon qu'ils jugent qu'une planification entraîne des effets importants ou négligeables sur la situation financière du contribuable – même les juges de la Cour suprême des États-Unis ont divergé d'opinion entre eux.

Dans l'affaire *Frank Lyon*, sept des neuf juges de la Cour suprême ont conclu que les impacts d'une planification de cession-bail sur le contribuable étaient suffisamment importants pour que celui-ci obtienne une déduction pour amortissement à titre de propriétaire d'un immeuble :

This Court, almost 50 years ago, observed that "taxation is not so much concerned with the refinements of title as it is with actual command over the property taxed - the actual benefit for which the tax is paid." [...]. In a number of cases, the Court has refused to permit the transfer of formal legal title to shift the incidence of taxation attributable to ownership of property where the transferor continues to retain significant control over the property transferred. [...]. In applying this doctrine of substance over form, the Court has looked to the

⁶⁹ *Ibid.* à la page 1018.

⁷⁰ Nous référons le lecteur à la sous-section 2.1 qui présente succinctement les faits de cette affaire ainsi que la décision des juges majoritaires.

objective economic realities of a transaction rather than to the particular form the parties employed. The Court has never regarded "the simple expedient of drawing up papers," [...], as controlling for tax purposes when the objective economic realities are to the contrary. "In the field of taxation, administrators of the laws, and the courts, are concerned with substance and realities, and formal written documents are not rigidly binding." [...]. Nor is the parties' desire to achieve a particular tax result necessarily relevant. [...].

[...]

No matter how the transaction could have been devised otherwise, it remains a fact that as the agreements were placed in final form, the obligation on the notes fell squarely on Lyon. Lyon, an ongoing enterprise, exposed its very business well-being to this real and substantial risk.

The effect of this liability on Lyon is not just the abstract possibility that something will go wrong and that Worthen will not be able to make its payments. Lyon has disclosed this liability on its balance sheet for all the world to see. Its financial position was affected substantially by the presence of this long-term debt, despite the offsetting presence of the building as an asset. To the extent that Lyon has used its capital in this transaction, it is less able to obtain financing for other business needs.

[...]

As is clear from the facts, none of the parties to this sale-and-leaseback was the owner of the building in any simple sense. But it is equally clear that the facts focus upon Lyon as the one whose capital was committed to the building and as the party, therefore, that was entitled to claim depreciation for the consumption of that capital. The Government has based its contention that Worthen should be treated as the owner on the assumption that throughout the term of the lease Worthen was acquiring an equity in the property. In order to establish the presence of that growing equity, however, the Government is forced to speculate that one of the options will be exercised and that, if it is not, this is only because the rentals for the extended term are a bargain. We cannot indulge in such speculation in view of the District Court's clear finding to the contrary. We therefore conclude that it is Lyon's capital that is invested in the building according to the agreement of the parties, and it is Lyon that is entitled to depreciation deductions, under 167 of the 1954 Code, 26 U.S.C. 167. Cf. *United States v. Chicago B. & Q. R. Co.*, 412 U.S. 401 (1973)⁷¹.

[nos extraits et italiques]

À l'opposé, les deux juges minoritaires de la Cour suprême étaient d'avis contraire à l'instar de la Cour d'appel du 8^e Circuit américain saisie de cette même affaire. De l'avis de ces derniers, le contribuable n'assumait pas à un degré suffisant les attributs économiques inhérents à la propriété d'un immeuble afin d'obtenir une déduction pour amortissement. Succinctement, ils étaient d'avis que le locataire de l'immeuble en fût le véritable propriétaire, car il pouvait décider de céder ou de louer l'immeuble à sa discrétion, en assumait la gestion et, surtout, assumait financièrement les risques de perte liés à une dévaluation de l'immeuble et les possibilités de profit liées à l'accroissement de sa valeur en raison des modalités financières de la planification.

⁷¹ *Frank Lyon, supra note 22 aux pages 572-573, 576-577, 581.*

Nous reprenons ici un passage de la décision de la Cour suprême résumant la décision de la Cour d'appel et à laquelle l'un des juges minoritaires a souscrit :

The United States Court of Appeals for the Eighth Circuit [...] held that the Commissioner correctly determined that Lyon was not the true owner of the building and therefore was not entitled to the claimed deductions. It likened ownership for tax purposes to a "bundle of sticks" and undertook its own evaluation of the facts. It concluded, in agreement with the Government's contention, that Lyon "totes an empty bundle" of ownership sticks. *Id.*, at 751. It stressed the following [...] (e) Worthen retained control over the ultimate disposition of the building through its various options to repurchase and to renew the lease plus its ownership of the site. (f) Worthen enjoyed all benefits and bore all burdens incident to the operation and ownership of the building so that, in the Court of Appeals' view, the only economic advantages accruing to Lyon, in the event it were considered to be the true owner of the property, were income tax savings of approximately \$1.5 million during the first 11 years of the arrangement. *Id.*, at 752-753. The court concluded, *id.*, at 753, that the transaction was "closely akin" to that in *Helvering v. Lazarus & Co.*, 308 U.S. 252 (1939). "In sum, the benefits, risks, and burdens which [Lyon] has incurred with respect to the Worthen building are simply too insubstantial to establish a claim to the status of owner for tax purposes. [...] The vice of the present lease is that all of [its] features have been employed in the same transaction with the cumulative effect of depriving [Lyon] of any significant ownership interest." 536 F.2d, at 754⁷².

[nos extraits et italiques]

Les tribunaux ont également eu à décider dans d'autres affaires si le contribuable pouvait réclamer des avantages fiscaux résultant d'une planification qui ne faisait simplement que modifier la situation juridique entre les parties sans avoir aucun impact sur leur situation économique respective. Par exemple, dans l'affaire *Long Term Capital Holdings*⁷³, le procureur du contribuable alléguait qu'il est possible de conclure objectivement qu'une opération a une substance économique dès qu'elle a pour effet de changer la situation économique et les droits respectifs des parties impliquées - quel que soit le degré de ce changement. Le procureur donnait à titre d'illustration l'échange d'argent ou d'une autre contrepartie pour l'acquisition d'une participation dans une société de personnes (voire l'acquisition par un des associés de la participation d'un autre associé)⁷⁴. Le tribunal de première instance a refusé cette approche en précisant qu'elle avait été rejetée dans l'affaire *Gilman*⁷⁵ :

In *Gilman*, the Second Circuit affirmed the Tax Court's economic substance analysis, which was approached from "the standpoint of a prudent investor," *Gilman*, 933 F.3d at 147, an

⁷² *Ibid.* à la page 572.

⁷³ Voir *Long Term Capital Holdings* (D. Conn.), *supra* note 5, décision confirmée en appel par *Long Term Capital Holdings* (2^e Cir.), *supra* note 5.

⁷⁴ *Long Term Capital Holdings* (D. Conn.), *ibid.* aux pages 185-186.

⁷⁵ *Gilman v. Commissioner*, 933 F.2d 143 (2^e Cir. 1991) [*Gilman*], aux pages 147-148.

approach that finds "a transaction has economic substance and will be recognized for tax purposes if the transaction offers a reasonable opportunity for economic profit, that is, profit exclusive of tax benefits." *Id.* (quotations omitted). The Tax Court concluded that the sale/leaseback transaction under review lacked economic substance because, at the time the transaction was entered into, a prudent investor would have concluded that there was no chance to earn a non-tax based profit return in excess of the costs of the transaction. See *id.* The Second Circuit affirmed the approach, noting that "the most important element for economic substance" in the sale/leaseback transaction was the critical objective measurement demonstrating the taxpayer could not reasonably have expected to recoup his investment. *Id.* at 149. Importantly, the Second Circuit rejected the taxpayer's contentions that (1) the relevant standard for determining economic substance is whether the transaction may cause any change in the economic positions of the parties (other than tax savings) and (2) that where a transaction changes the beneficial and economic rights of the parties it cannot be a sham. See *id.* at 147-48. Rather, the Second Circuit held that the Commissioner could properly focus on objective economic factors and "concern that [the taxpayer's] entry into the transaction was motivated by tax consequences and not by business or economic concerns," *id.* at 148, without having to prove or contend that the taxpayer did not become the owner of the computer equipment he purchased and subsequently leased⁷⁶.

[nos extraits et italiques]

Ainsi, un contribuable ne pourrait prétendre qu'une opération a une substance économique parce qu'elle a eu uniquement pour effet de modifier ses droits. L'approche privilégiée dans l'affaire *Long Term Capital Holdings* consiste à évaluer la substance économique d'une opération en se basant sur son potentiel légitime de profit. En s'appuyant sur la décision dans l'affaire *Gilman*, la Cour de district du Connecticut a donc décidé que l'acquisition d'une participation dans une société de personnes ne protégeait pas les opérations complexes de cession-bail et de « dépouillement de bail » (*lease-stripping*) d'une analyse fondée sur la substance économique⁷⁷. Il a plutôt évalué la substance économique de ces opérations en adoptant le point de vue d'un investisseur prudent. Suite à une analyse des coûts et du rendement potentiel des opérations, il a conclu que le contribuable n'avait pas de perspective raisonnable de réaliser un profit non fiscal de ces opérations. Par conséquent, le tribunal a décidé que celles-ci n'avaient pas de substance économique distincte des avantages fiscaux réclamés par le contribuable⁷⁸.

La possibilité que chaque palier de tribunaux diverge d'opinion sur l'application de la doctrine de la réalité économique a pour effet de multiplier les risques pour les contribuables et pour

⁷⁶ *Long Term Capital Holdings* (D. Conn.), *supra* note 5, aux pages 172-173, 185-186.

⁷⁷ *Ibid.* aux pages 185-186.

⁷⁸ *Ibid.* à la page 172.

l'administration fiscale d'être l'objet d'une décision qui leur est défavorable sur plusieurs années. La possibilité que les juges substituent leur jugement à celui de leurs collègues des paliers inférieurs dans une affaire accroît sans cesse les risques d'une évaluation arbitraire de la réalité économique d'une planification. À travers l'ensemble des tribunaux, la Cour de première instance saisie d'une affaire devrait normalement être en meilleure position que la Cour d'appel ou la Cour suprême des États-Unis pour analyser les faits et les circonstances d'une planification afin de déterminer si la doctrine de la réalité économique s'y applique.

2.5.2 Les normes commerciales permettent d'évaluer l'anticipation de profit du contribuable de façon souple et raisonnable, sous réserve des divergences d'opinion sur le seuil minimal de profit

Les tribunaux appliquent fréquemment le volet objectif de la doctrine de la réalité économique en analysant la rationalité des prévisions de profit du contribuable dans une planification. Les tribunaux peuvent conclure qu'une planification est dénuée de réalité économique si la preuve démontre objectivement que le contribuable ne pouvait raisonnablement espérer tirer un profit à l'exception des avantages fiscaux en découlant.

Les tribunaux ont notamment préconisé cette approche dans l'affaire *Rice's Toyota* et dans plusieurs affaires subséquentes⁷⁹.

Dans *Rice's Toyota*, la Cour d'appel a évalué la substance économique d'une planification impliquant l'achat d'un ordinateur usagé par le contribuable financé en partie par un billet garanti et en partie par un billet non garanti, ainsi que la cession-bail subséquente de cet actif en faveur du vendeur. Compte tenu des coûts de l'opération, le tribunal a considéré que les revenus que cette planification pouvait générer et la valeur résiduelle insuffisante de l'ordinateur usagé lui permettaient de conclure que le contribuable ne pouvait raisonnablement espérer générer un profit de cette opération.

⁷⁹ *Friedman v. Commissioner*, 869 F.2d 785 (4^e Cir.1989) [*Friedman*], à la page 793; *Shriver*, *supra* note 29 aux pages 725-726; *Hines*, *supra* note 47 aux pages 739-740; *Hunt v. Commissioner*, 938 F.2d 466 (4^e Cir. 1991) [*Hunt*], à la page 472.

Ce passage du jugement a proposé une formulation du volet objectif de la doctrine de la réalité économique qui repose exclusivement sur le potentiel de profit de l'opération litigieuse :

The second prong of the sham inquiry, the economic substance inquiry, requires an objective determination of whether a reasonable possibility of profit from the transaction existed apart from tax benefits. *Rice's Toyota*, 81 T.C. at 203; see also *Bridges v. Commissioner*, 325 F. 2d 180, 184 (4th Cir. 1963)⁸⁰.

[nos extraits]

Dans l'affaire *Black & Decker*⁸¹, la Cour d'appel du 4^e Circuit a de nouveau affirmé que la norme applicable en vertu du volet objectif de la doctrine - du moins au sein de ce circuit - était l'évaluation du caractère raisonnable des prévisions de profit du contribuable telle que proposée dans *Rice's Toyota*. La Cour a en effet refusé d'abandonner cette norme⁸² malgré l'argument du contribuable selon lequel les tribunaux devaient plutôt disséquer l'opération pour établir les véritables conséquences économiques tel que suggéré par le jugement rendu par un tribunal d'un autre circuit dans l'affaire *United Parcel Serv. of America*⁸³.

S'ils appliquent cette approche, les tribunaux analysent dans un premier temps la conception et le déroulement de l'opération litigieuse afin d'évaluer la décision du contribuable de conclure cette opération, en utilisant les normes généralement applicables au type d'opération conclue par le contribuable. Le tribunal reconnaîtra que l'opération a un potentiel réaliste de profit s'il conclut qu'une personne avisée aurait considéré qu'il était raisonnable de procéder à cet investissement. Cette approche permet de reconnaître qu'une opération risquée peut être conclue de bonne foi dans l'anticipation d'un profit sans qu'il se matérialise. Les fondements de cette position peuvent à notre avis être expliqués par cet extrait du jugement rendu dans l'affaire *Cherin*⁸⁴ :

A business transaction by its very nature must have economic substance, that is, a realistic potential for profit (*James v. Commissioner*, 87 T.C. at 924). The phrase "realistic potential for profit" does not mean that the transaction must make a profit or even that similar transactions generally are profitable. As we found in *Abramson v. Commissioner*, 86 T.C. 360 (1986), only an average of 1 film in 10 is successful; in wildcat oil drilling, the success

⁸⁰ Voir *Rice's Toyota*, *supra* note 27 à la page 94.

⁸¹ *Black & Decker* (4^e Cir.), *supra* note 32.

⁸² *Ibid.* à la page 442.

⁸³ *UPS of America*, *supra* note 31 à la page 1019.

⁸⁴ *Cherin v. Commissioner*, 89 T.C. 986 (1987) [*Cherin*].

rate based upon the number of wells drilled may be low. Realistic potential for profit is found, however, when the transaction is carefully conceived and planned in accordance with standards applicable to the particular industry, so that judged by those standards the hypothetical reasonable businessman would make the investment⁸⁵.

[nos extraits et italiques]

De façon sommaire, les tribunaux américains déterminent si le contribuable a agi comme un investisseur prudent et diligent dans les circonstances, en fonction des normes commerciales applicables. Les possibilités de profit d'un contribuable sont mesurées en fonction des circonstances pertinentes. Les tribunaux évaluent si l'opération du contribuable permet rationnellement à ce dernier de réaliser un objet commercial. À cette fin, les prévisions de profit du contribuable doivent, d'une part, être fixées de manière raisonnable en excluant les avantages fiscaux et, d'autre part, être proportionnelles aux frais encourus pour réaliser la planification. Ce passage de la décision *ACM Partnership* illustre ces principes :

Whether a transaction has economic substance is a factual determination. *United States v. Cumberland Pub. Serv. Co.*, 338 U.S. 451, 456 (1950). Key to this determination is that *the transaction must be rationally related to a useful nontax purpose that is plausible in light of the taxpayer's conduct and useful in light of the taxpayer's economic situation and intentions. Both the utility of the stated purpose and the rationality of the means chosen to effectuate it must be evaluated in accordance with commercial practices in the relevant industry.* *Cherin v. Commissioner*, 89 T.C. 986, 993-994 (1987). *A rational relationship between purpose and means ordinarily will not be found unless there was a reasonable expectation that the nontax benefits would be at least commensurate with the transaction costs.* See *Yosha v. Commissioner*, 861 F.2d 494, 498 (7th Cir. 1988), affg. *Glass v. Commissioner*, 87 T.C. 1087 (1986)(explaining the teaching of *Goldstein*); cf. *Seykota v. Commissioner*, T.C. Memo. 1991-234, amended T.C. Memo. 1991-541. "[D]eliberately to incur an expense greater than the expected gain--to pay 4 percent for the chance to make 2 percent--is the antithesis of profit-motivated behavior; such a transaction lacks economic substance." *Yosha v. Commissioner*, supra at 498⁸⁶.

[nos extraits et italiques]

Les tribunaux ont également adopté cette approche dans l'affaire *Long Term Capital Holdings* :

As analysed above, the evidence of claimed reasonableness of the purported primary motivation, fees, is unpersuasive—a prudent investor would not have made the deal.

[...]

Moreover, the construction of an elaborate, time consuming, inefficient and expensive transaction with OTC for the purported purpose of generating fees itself points to Long

⁸⁵ *Ibid.* note 84 aux pages 993-994. Le jugement de première instance dans l'affaire *James v. Commissioner*, 87 T.C. 905, auquel réfère le passage cité dans l'extrait, a été confirmé en appel : 899 F.2d 905 (10^e Cir. 1990).

⁸⁶ *ACM Partnership* (T.C.), supra note 33 à la page 96 du jugement de la Cour.

Term's true motivation, tax avoidance. Taking fee-generating investment was LongTerm's core business and was regularly executed without either complex machinations related to OTC's or the attendant millions in transaction cost⁸⁷.

[nos extraits]

Dans un même ordre d'idées, la Cour fédérale des réclamations dans l'affaire *Jade Trading* avait conclu que l'anticipation de profit des contribuables ayant réalisé une planification audacieuse dans cette affaire était déraisonnable considérant le montant élevé des frais qu'ils avaient engagés comparativement aux bénéfices économiques avant impôt qu'ils pouvaient espérer obtenir. À leur avis, un investisseur prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances n'aurait jamais réalisé la planification :

The objective economic substance test requires that a taxpayer prove that a transaction had a "realistic financial benefit" beyond tax avoidance...

[...]

Several courts have analyzed economic substance objectively by viewing an investment transaction through the eyes of a "prudent investor" at the time of the transaction -- asking whether a prudent investor would engage in the transaction with a belief that profits could be earned...

[...]

The fact that the Ervins had to spend over \$934,000 to obtain an investment return of \$140,000, establishes that no reasonable investor would engage in such a transaction to earn a profit. As Dr. Kolbe testified, the Ervins' investment "was not even equivalent to buying a lottery ticket or placing a wager in a casino. Absent the tax motivation, there was no economically rational reason to undertake these transactions, and no economically rational investor would have done so." DX 505 at 20. To quote the Court in Long Term Capital Holdings, 330 F. Supp. 2d at 172, "at the time the transaction was entered into, a prudent investor would have concluded that there was no chance to earn a non-tax based profit return in excess of the costs of the transaction⁸⁸."

[nos extraits]

Dans le jugement rendu en février 2006 dans l'affaire *Black & Decker*⁸⁹, la Cour d'appel du 4^e Circuit a fait une mise en garde importante en précisant qu'en vertu du volet objectif de la doctrine de la réalité économique, les juges doivent analyser l'opération dont les conséquences fiscales font l'objet du litige en vertu des principes établis dans *Rice's Toyota*⁹⁰ plutôt que de

⁸⁷ *Long Term Capital Holdings* (D. Conn.), *supra* note 73.

⁸⁸ Voir *Jade Trading*, *supra* note 59 aux pages 59 à 61 du jugement publié par la Cour. Les faits de cette planification sont présentés de façon succincte dans la sous-section 2.4.

⁸⁹ *Black & Decker* (4^e Cir.), *supra* note 32.

⁹⁰ Voir *Rice's Toyota* (4^e Cir.), *supra* note 27.

centrer cette analyse sur les activités commerciales générales de la compagnie. Il ne s'agit donc pas de procéder à une analyse des activités commerciales habituelles du contribuable, mais plutôt d'analyser l'opération litigieuse afin d'en établir le potentiel de profit. Voici le passage pertinent du jugement dans l'affaire *Black & Decker* qui explique cette position jurisprudentielle :

The district court's approach to the objective prong strayed from our precedents. Although the district court quoted the pertinent language from *Rice's Toyota*, see 340 F. Supp. 2d at 623, it went on to assert: "A corporation and its transactions are objectively reasonable, despite any tax-avoidance motive, so long as the corporation engages in bona fide economically-based business transactions." *Id.* at 623-24. In so reasoning, the district court mischaracterized the *Rice's Toyota* test, which focuses not on the general business activities of a corporation, but on the specific transaction whose tax consequences are in dispute. "The second prong of the sham inquiry, the economic substance inquiry, requires an objective determination of whether a reasonable possibility of profit from *the transaction* existed apart from tax benefits." *Rice's Toyota*, 752 F.2d at 94 (emphasis added). Thus, many of the undisputed facts upon which the district court relied in concluding that Taxpayer was entitled to summary judgment - including the facts that BDHMI "maintained salaried employees" and paid health claims as they came due with BDHMI assets, 340 F. Supp. 2d at 624 - were simply not germane to the proper inquiry under the second prong of our circuit's sham transaction test⁹¹.

[nos extraits]

En appliquant les normes commerciales, les tribunaux doivent ultimement décider si les prévisions de profit du contribuable sont suffisamment raisonnables pour lui accorder les avantages fiscaux d'une planification en vertu du volet objectif de la doctrine de la réalité économique. La jurisprudence américaine n'est cependant pas uniforme quant au seuil de profit potentiel exigé pour satisfaire au volet objectif de la doctrine.

D'un côté, les tribunaux ont conclu à plusieurs reprises qu'il était suffisant pour le contribuable de démontrer un potentiel de profit avant impôt afin de satisfaire le volet objectif du test, sans qu'il ait à démontrer que ce seuil de profit potentiel prédéterminé a été franchi⁹². Les fondements de cette position peuvent à notre avis être expliqués par l'extrait du jugement rendu dans l'affaire *Cherin*⁹³ cité précédemment dans cette sous-section.

⁹¹ *Black & Decker* (4^e Cir.), *supra* note 32 à la page 441.

⁹² JCT, *Taxpayer Protection Act*, *supra* note 4 aux pages 131-132, qui cite *Rice's Toyota* (4^e Cir.), *supra* note 27; *Compaq Computer Corporation v. Commissioner*, 277 F.3d 778 (5^e Cir. 2001), à la page 781; *IES Industries*, *supra* note 45 à la page 354.

⁹³ *Cherin*, *supra* note 84.

D'un autre côté, certains contribuables n'ont pu bénéficier des avantages fiscaux résultant d'opérations risquées comportant un potentiel de profit parce que le tribunal a conclu que les risques économiques et le profit anticipé de ces opérations étaient insuffisants insuffisant par rapport aux avantages fiscaux recherchés. Dans ces cas, le tribunal a plutôt exigé que le profit anticipé du contribuable soit substantiel⁹⁴. À titre d'illustration, dans l'affaire *ACM Partnership*, la Cour d'appel a affirmé qu'une planification est dénuée de substance économique à moins qu'elle n'exerce un impact perceptible et mesurable sur la situation économique du contribuable :

In assessing the economic substance of a taxpayer's transactions, the courts have examined "whether the transaction has any practical economic effects other than the creation of income tax losses," *Jacobson v. Commissioner*, 915 F.2d 832, 837 (2d Cir. 1990) (citations and internal quotations omitted), and have refused to recognize the tax consequences of transactions that were devoid of "nontax substance" because they "did not appreciably affect [the taxpayer's] beneficial interest except to reduce his tax." *Knetsch v. United States*, 364 U.S. 361, 366, 81 S.Ct. 130, 135 (1960)⁹⁵.

Le principal défi pour les tribunaux consiste à fixer le degré minimal de risque qu'un contribuable doit assumer afin de pouvoir bénéficier des avantages fiscaux résultant d'une planification audacieuse.

L'affaire *IES Industries*⁹⁶ illustre les divergences d'opinions entre les contribuables et l'administration fiscale sur cette question. Dans cette affaire, le contribuable a allégué qu'il pouvait légitimement espérer tirer un profit provenant des dividendes bruts versés sur les titres détenus. Par conséquent, ses investissements n'étaient pas motivés exclusivement par des considérations fiscales et il avait agi avec prudence en minimisant les risques liés à ses investissements. De plus, les parties impliquées dans les opérations boursières étaient des entités distinctes du contribuable et exploitaient des entreprises légitimes tant avant qu'après la conclusion de ces opérations⁹⁷.

⁹⁴ JCT, *Description of Codification 2005*, *supra* note 92 qui cite notamment *Sheldon*, *supra* note 47 à la page 768.

⁹⁵ *ACM Partnership*, *supra* note 33.

⁹⁶ *IES Industries*, *supra* note 45.

⁹⁷ *Ibid.* à la page 355, qui réfère notamment à un passage d'une décision de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *United States v. Consumer Life Ins. Co.*, 430 U.S. 725 (1977), à la page 737. Le fait de contracter avec des tiers est l'un des facteurs qui peuvent inciter les juges à conclure que le contribuable s'est engagé dans des opérations commerciales *bona fide* en vertu d'obligations véritables entre les parties impliquées.

L'administration fiscale a pour sa part allégué que les transactions boursières effectuées par la compagnie étaient des opérations « trompe-l'œil » parce qu'elles ne comportaient aucun risque de perte. Elle entretenait un doute sur les véritables intentions du contribuable, car celui-ci a cherché à réduire les risques liés à l'opération. Le tribunal a rejeté cet argument, puisqu'un contribuable est en droit de minimiser les risques commerciaux auxquels il s'expose :

The risk may have been minimal, but that was in part because IES did its homework before engaging in the transactions.

[...]

We are not prepared to say that a transaction should be tagged as a sham for tax purposes merely because it does not involve excessive risk. IES's disinclination to accept more risk than necessary in these circumstances strikes us as an exercise of good business judgment consistent with a subjective intent to treat the ADR trades as money-making transactions⁹⁸.

[nos extraits]

L'affaire *Hines*⁹⁹ illustre l'analyse que font des tribunaux lorsqu'ils doivent évaluer les possibilités pour un contribuable de tirer un profit d'une planification audacieuse. Le tribunal a analysé l'anticipation raisonnable de profit du contribuable dans une opération où ce dernier avait emprunté une somme d'argent afin d'acheter un ordinateur dans le but de le louer. Le tribunal a analysé l'opération en appliquant les deux volets de la doctrine édictée dans l'affaire *Rice's Toyota*¹⁰⁰.

Le tribunal a refusé de considérer les opinions subjectives du contribuable en raison d'une preuve objective à l'effet contraire : il a appliqué la doctrine de la réalité économique en se penchant d'abord sur le volet objectif de cette dernière¹⁰¹. Le tribunal a conclu que le contribuable n'avait aucune prévisibilité raisonnable de profit à l'exclusion des avantages fiscaux. La preuve a en effet démontré que le contribuable et ses conseillers avaient structuré l'opération de façon à générer des déductions fiscales plus importantes que l'investissement initial et qu'ils n'avaient manifesté aucun intérêt pour les deux seules sources de revenu

⁹⁸ *Ibid.* à la page 355. De façon succincte, les *American Depository Receipts* sont des titres négociés publiquement en dollars américains, qui représentent des actions de compagnies étrangères détenus en fiducie par une banque américaine : voir la page 351 de la décision précitée.

⁹⁹ *Supra* note 47.

¹⁰⁰ *Rice's Toyota* (4^e Cir.), *supra* note 27.

¹⁰¹ *Hines*, *supra* note 47 à la page 739.

potentiel, soit la valeur résiduelle de l'ordinateur et la possibilité de louer celui-ci à l'expiration du bail. Ce passage du jugement dans *Hines*¹⁰² explique l'importance accordée par des tribunaux aux preuves objectives dans l'application du volet subjectif de la doctrine :

Under the test in Rice's Toyota, however, a transaction with an expected loss may not be a sham if the taxpayer was motivated by some legitimate business reason other than to obtain tax benefits. In this case, Hines claims that he subjectively believed, even if he was objectively wrong, that the investment would yield a profit aside from the tax benefits. The mere assertion of such a belief, particularly in the face of strong objective evidence that the taxpayer would incur a loss, cannot by itself establish that the transaction was not a sham. As we have noted, "the ultimate determination of whether an activity is engaged in for profit is to be made ... by reference to objective standards, taking into account all of the facts and circumstances of each case. A taxpayer's mere statement of intent is given less weight than objective facts." Faulconer v. Commissioner, 748 F. 2d 890, 894 (4th Cir. 1984). We have examined the record for some evidence that Hines in fact believed the investment would yield a profit, but we find nothing to support such an assertion.

As in Rice's Toyota, Hines could have realized a profit on the investment only if he "could release the computer ... or realize a substantial amount by its sale ... Residual value of the computer (either in selling or releasing) should therefore have been the crucial point of inquiry for a person with a business purpose of making a profit on this transaction." Rice's Toyota, 752 F. 2d. at 92. Neither Hines nor his advisors Morris and Sullivan claimed to have any expertise in the field of computer equipment leasing, nor did they make any independent inquiry into the market for used computer equipment. They made no effort to obtain an appraisal or even to consult an expert. Sullivan, an accountant, admitted that he did not investigate the value of the computer equipment and that his role was mainly to run the numbers through Hines' tax returns. While Sullivan recommended the investment as profitable, "the record does not reveal that the accountant's opinion reflects anything more than the fact that the transaction, if successful, would generate large tax deductions". Id¹⁰³.

[nos extraits et italiques]

L'investissement réel de capital par le contribuable dans une opération est l'un des éléments que les tribunaux ont considérés pour évaluer les intentions du contribuable. Si l'opération est structurée pour permettre à un contribuable d'obtenir des avantages fiscaux générés par un investissement qui n'existe que sur papier et pour lequel il n'assume aucun risque économique réel, il lui sera presque impossible de démontrer qu'il n'était pas motivé exclusivement par des considérations fiscales. Ce passage de l'affaire *Sacks*¹⁰⁴ explique bien la pertinence de ce facteur :

In the ideal tax shelter from a taxpayer's point of view, but not the government's, the taxpayer shows a deductible expense on paper, without actually suffering any of the ordinary

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Ibid.* à la page 740. Voir également *Black & Decker* (4^e Cir.), *supra* note 32 à la page 443.

¹⁰⁴ *Sacks*, *supra* note 33.

economic consequences of paying the money. The simplest device for creating spurious loss of this kind is to borrow a large amount of money, buy something which immediately generates large paper losses, and avoid paying back the loan. That can be accomplished by inflated price and nonrecourse financing. Nonrecourse financing is a common indicator of a sham transaction. [...] Loans which do not really have to be paid by the taxpayer enable him to pretend to pay an artificially high price and generate a correspondingly high tax credit and depreciation deduction, without the risk of really having to pay for what he has purportedly bought¹⁰⁵.

[nos extraits et italiques]

Toujours dans un même ordre d'idées, les tribunaux évalueront le degré de risque économique encouru par un contribuable dans une planification à partir de l'opération litigieuse, tout en prenant en considération les opérations qui y sont liées.

Dans l'affaire *Coltec*¹⁰⁶, la Cour d'appel du Circuit fédéral devait déterminer si la doctrine de la réalité économique s'appliquait à une planification où les contribuables avaient réalisé une série d'opérations afin de déduire une perte en capital dans le calcul de leur revenu. Pour l'essentiel, la création de cette perte en capital était d'abord attribuable à une opération où le contribuable avait transféré des biens à une société en contrepartie d'actions émises par celle-ci. Cette dernière prenait en charge pour le contribuable une obligation de ce dernier qui était subordonnée à un événement futur. Le soi-disant objectif du contribuable était de minimiser les risques d'être l'objet de poursuites en responsabilité en lien avec l'utilisation de l'amiante dans le cours de ses activités commerciales.

Par la suite, le contribuable a cédé à deux banques les actions reçues lors du transfert pour un produit de disposition largement inférieur à leur coût fiscal. Pour les acheteurs, la juste valeur marchande des actions de la société devait être ramenée à la valeur actualisée de l'obligation subordonnée prise en charge par cette dernière.

La Cour d'appel du Circuit fédéral a appliqué la doctrine de la réalité économique à la planification. À son avis, l'échange de biens entre le contribuable et la société était indissociable de la vente subséquente par le contribuable des actions qu'il détenait dans celle-ci. L'objet commercial allégué du contribuable n'avait pas été prouvé par celui-ci de manière objective. De

¹⁰⁵ *Ibid.* aux pages 988-989.

¹⁰⁶ *Coltec* (Fed. Cir. App.), *supra* note 3.

plus, la Cour avait également pris en considération le fait que les banques avaient dévalué la valeur des actions de la société en raison de l'éventualité que celle-ci soit poursuivie par de tierces parties en lien avec l'obligation subordonnée prise en charge :

The government does not dispute that the transfer of management activities may have had economic substance. Government's Br. at 42. The transfer of management activities, however, is not the transaction at issue. Here, just as in *Basic Inc.*, we must focus on the transaction that gave the taxpayer a high basis in the stock and thus gave rise to the alleged benefit upon sale. That transaction is Garrison's assumption of Garlock's asbestos liabilities in exchange for the \$375 million note. Coltec admits that "Garrison received the Stemco note in exchange for assuming Garlock's asbestos liabilities." [...] It is this exchange that provided Garlock with the high basis in the Garrison stock, this exchange whose tax consequence is in dispute, and therefore it is this exchange on which we must focus.

[...]

The transfer of the liabilities for the note could only strengthen Coltec's defense against veil-piercing if third parties would be obligated to pursue Garrison instead of Garlock. It is perfectly clear that the transaction had no such result. We are not aware of, nor has Coltec brought to our attention, any authority suggesting otherwise. [...]

[...]

Far from making Garrison more attractive to third party acquirers such as the banks here, the assumption of the asbestos liabilities made the Garrison stock less attractive. The banks were willing to acquire Garrison stock from Garlock only by establishing "separate subsidiaries to insulate their banking business from any potential veil-piercing claims" and they insisted on being indemnified by Coltec against veil-piercing claims. [...] The banks also insisted on keeping the entire transaction confidential¹⁰⁷.

[nos extraits]

De la même façon, la Cour fédérale des réclamations dans l'affaire *Jade Trading* s'était attardée à l'opération de laquelle découlait l'avantage fiscal réclamé par les contribuables, en prenant en considération une autre opération qui y était rattachée. Les contribuables avaient réalisé une planification impliquant des options d'achat et de vente d'euros dont les modalités ainsi que la séquence d'acquisition et de disposition étaient liées. Les contribuables alléguaient qu'ils étaient en droit de minimiser leurs risques financiers en étant impliqués autant dans les options d'achat que de vente d'euros. Bien que les contribuables puissent minimiser leurs risques financiers par le biais de planifications audacieuses, la Cour fédérale des réclamations a conclu dans ce cas-ci que ces deux types d'options étaient indissociables et devaient en conséquence être évalués ensemble aux fins de l'application de la doctrine de la réalité économique :

¹⁰⁷ *Ibid*, aux pages 29 à 33.

Plaintiffs further argue that the spread transaction had economic substance because the euro option purchased from AIG and the euro option sold to AIG represented two distinct legal entitlements which should not be recast as one. Pls.' Post-Trial Br. at 2, 6, 41. In Plaintiffs' view, the sold euro option should be deemed a contingent obligation, not a liability, which would not affect partnership basis and permit the basis in the purchased call option to be inflated, yielding a large tax loss. Pls.' Post-Trial Br. at 50-51. However, the economic realities of the spread transaction contributed to Jade made it impossible to delink the options.

[...]

Plaintiffs contend that longstanding precedent has rejected creative attempts by the IRS to collapse "roughly counterbalancing positions" such as vertical spread options, silver straddles, soybean straddles, mortgage swaps, sale/leasebacks, and other offsetting transactions. In so arguing Plaintiffs rely on six decisions in which courts refused to collapse such dual transactions, *Cottage Savings Association v. Commissioner*, 499 U.S. 554 (1991), *Frank Lyon Co. v. United States*, 435 U.S. 561 (1978), *Valley Waste Mills v. Page*, 115 F.2d 466 (5th Cir. 1940), *Laureys v. Commissioner*, 92 T.C. 101 (1989), *Smith v. Commissioner*, 78 T.C. 350 (1982), *Maloney v. Commissioner*, 25 T.C. 1219 (1956). However, these decisions are distinguishable from the instant case because the so-called counterbalancing positions were legally distinct and clearly not inextricably linked as are the options comprising the spread transaction here. In contrast to the transactions in the *Cottage Savings* line of cases where transactions could not be collapsed because they were independent, the transactions here cannot be separated because they were totally dependent on one another from an economic and pragmatic standpoint¹⁰⁸.

[nos extraits]

En sus de l'investissement initial du contribuable dans une planification et des risques inhérents à celle-ci, les tribunaux doivent mesurer la période durant laquelle le contribuable peut raisonnablement anticiper un profit économique dans une planification de même que les probabilités que le contribuable réalisera les opérations requises pour l'obtenir. Dans les affaires *Dow Chemical*¹⁰⁹ et *ACM Partnership*¹¹⁰, les tribunaux ont évalué le profit qu'un contribuable pouvait anticiper en prenant en considération la valeur actualisée nette des flux monétaires résultant de la planification puisque le profit ne devait se matérialiser que plusieurs années après le jour où la planification a été mise en œuvre.

Pour établir cette valeur, les groupes d'intervenants doivent déterminer le taux d'escompte applicable selon les circonstances d'une planification. Comme l'illustre l'affaire *Dow Chemical*,

¹⁰⁸ *Jade Trading*, *supra* note 59 aux pages 61 à 63 de la décision publiée par la Cour.

¹⁰⁹ *Dow Chemical*, *supra* note 58.

¹¹⁰ *ACM Partnership* (3^e Cir.), *supra* note 33 à la page 259.

les groupes d'intervenants pourront cependant diverger d'opinion quant au taux d'escompte applicable selon les faits et les circonstances de la planification.

Sommairement, dans cette affaire, une société avait souscrit une police d'assurance-vie auprès d'un assureur à l'égard de ses employés. La société était la bénéficiaire de cette police. En parallèle, la société avait contracté un emprunt auprès de cet assureur d'un montant correspondant à la valeur actualisée de la police d'assurance. L'emprunt portait intérêt. La valeur de rachat de la police d'assurance était offerte en garantie à l'assureur. La société versait les primes d'assurance à même cet emprunt, sauf pour certaines années où pour ce faire, le contribuable tirait une avance sur la valeur accumulée de la police d'assurance (*accumulated cash value*) grâce au rendement obtenu par l'assureur sur le placement des primes excédentaires.

Selon les modalités des opérations, la société encourait un flux de trésorerie négatif au cours des 17 ou 18 premières années suivant la réalisation des opérations initiales. Par après, si la société injectait des fonds supplémentaires sur une période de 10 à 12 ans, elle pouvait bénéficier d'un flux de trésorerie excédentaire, mais uniquement au terme d'une période de 40 années suivant la mise en œuvre de la planification. La société n'avait souscrit aucune obligation contractuelle la contraignant à injecter ces fonds supplémentaires.

En vertu des règles fiscales applicables dans ce litige, les prestations de décès versées en vertu d'une police d'assurance-vie sont non imposables dans les mains du bénéficiaire (incluant la partie des prestations provenant du rendement généré pendant la durée de la police sur les primes d'assurances excédentaires). La société n'avait pas à inclure le montant emprunté dans le calcul de son revenu. La société n'avait pas non plus à inclure dans le calcul de son revenu, le montant des avances tirées jusqu'à concurrence du prix de base rajusté de la police d'assurance. La société pouvait par ailleurs déduire dans le calcul de son revenu, des montants versés au titre d'intérêt sur l'emprunt souscrit auprès de l'assureur¹¹¹.

¹¹¹ Pour un résumé des règles applicable dans cette affaire, incluant les modifications apportées aux règles fiscales ayant mené éventuellement à l'impossibilité de réclamer une déduction pour des intérêts versés dans un tel contexte, voir *Dow Chemical Company v. United States*, 250 F. Supp. 2d 748 (E.D. Mich 2003) [*Dow Chemical* (E.D. Mich.)].

L'administration fiscale a appliqué la doctrine de la réalité économique afin d'annuler une déduction réclamée par le contribuable dans le calcul de son revenu à l'égard des montants versés par ce dernier aux termes de l'emprunt.

La Cour de première instance avait donné substantiellement raison au contribuable et lui avait permis de déduire une grande partie des intérêts sur l'emprunt. Elle avait entre autres conclu que le contribuable entretenait une anticipation raisonnable de profit sur une longue période selon un taux d'escompte après impôt établi d'une manière conforme aux normes commerciales applicables, en prenant en considération le bénéfice des avantages fiscaux consentis par la loi. Pour sa part, l'administration fiscale alléguait que ce taux d'escompte devait être appliqué avant impôt.

La Cour d'appel du 6^e Circuit a cependant infirmé la décision de première instance, car les juges majoritaires ont conclu qu'il apparaissait hautement improbable que le contribuable effectue l'investissement supplémentaire nécessaire pour générer un profit économique à long terme. Dans sa dissidence, le juge minoritaire a confirmé la décision de première instance et était par ailleurs d'avis que le taux d'escompte appliqué par le contribuable était raisonnable selon les normes commerciales dans les circonstances.

2.6 Poids prépondérant du volet objectif par rapport au volet subjectif

Le poids accordé au volet subjectif du test varie grandement dans la jurisprudence. Au-delà des opinions et perceptions d'un contribuable, les tribunaux examineront si ce dernier pouvait entretenir une anticipation raisonnable de profit dans le cadre d'une planification, surtout lorsque ses projections financières apparaissent déraisonnables à la lumière d'une preuve objective¹¹². Lorsque les tribunaux retiennent le même facteur dans l'application des volets subjectif et objectif du test, ils ont tendance à accorder une plus grande importance aux preuves

¹¹² À notre avis, l'affaire *Jade Trading*, *supra* note 59, illustre bien cette idée. Dans cette affaire, la Cour fédérale des réclamations était d'avis qu'aux fins de l'application de la doctrine, l'opinion subjective du contribuable sur les profits pouvant découler d'une planification était reléguée à l'arrière-plan d'une preuve objective sur le degré d'anticipation de profit qu'il pouvait véritablement prévoir. Nous référons le lecteur aux passages de cette décision insérés dans la sous-section 2.4.

objectives des intentions du contribuable¹¹³. Dans ce contexte, certains juges ont refusé de considérer les opinions subjectives du contribuable lorsque la preuve objective ne les corroborait pas.

Dans cette optique, si le contribuable démontre que les opérations ont été conclues de bonne foi pour des motifs non fiscaux tels que le respect d'un règlement ou d'une loi (par exemple la réglementation du secteur bancaire¹¹⁴), ou la restructuration d'une partie des activités commerciales d'une société¹¹⁵, les tribunaux accorderont aux contribuables le droit de réclamer des avantages fiscaux en vertu du volet subjectif de la doctrine.

Comme nous l'avons souligné à la sous-section 2.5.2, les tribunaux examineront particulièrement si le contribuable pouvait entretenir une anticipation raisonnable de profit, surtout lorsque ces prévisions apparaissent déraisonnables à la lumière d'une preuve objective et malgré les opinions subjectives du contribuable. Le contribuable a alors avantage à prouver que selon les projections financières d'une planification, il pouvait raisonnablement générer un profit économique conformément aux normes commerciales applicables dans les circonstances et nonobstant les avantages fiscaux.

Lorsque les tribunaux appliquent le critère de l'anticipation raisonnable de profit, le contribuable doit absolument prouver que son objectif n'était pas uniquement la diminution de son fardeau fiscal. Il doit démontrer qu'il était motivé par l'opportunité de tirer un profit de la planification ou qu'il avait des motifs commerciaux valides de la conclure à l'exclusion des économies d'impôt.

Si le contribuable n'a manifesté aucun intérêt pour les sources potentielles de revenu autres que fiscales provenant de son investissement, les tribunaux pourraient conclure qu'il n'était pas motivé par un objectif commercial non fiscal. Il est raisonnable de penser qu'un contribuable qui poursuit réellement un objectif commercial a analysé le rendement potentiel de son investissement avant de conclure l'opération. Il doit donc être en mesure de prouver qu'il a

¹¹³ *Hunt, supra* note 79 à la page 472: « It is proper to draw from objective facts inferences regarding a subjective intent to profit. » Voir également *Friedman, supra* note 79 à la page 792; *Faulconer v. Commissioner*, 748 F.2d 890, 894 (4^e Cir. 1984) [*Faulconer*].

¹¹⁴ *Frank Lyon, supra* note 22 aux pages 582-584.

¹¹⁵ *UPS of America, supra* note 31 aux pages 1019-1020.

évalué les coûts et les risques inhérents aux opérations projetées, comme l'aurait fait un investisseur prudent. Lorsque les tribunaux jugent qu'une opération doit être évaluée selon le volet subjectif de la doctrine, ils examineront si l'analyse préalable de l'investissement par le contribuable et ses conseillers a été faite en profondeur et avec rigueur¹¹⁶. Ce passage de la décision *IES Industries* illustre cette approche :

The Shriver Court considered the district court's "subjective analysis of the taxpayer's intent" and the court's review of such factors as the depth and accuracy of the taxpayer's investigation into the investment. *Id.* To the extent the taxpayer's subjective intent is material, we too will consider factors that are arguably relevant to the inquiry. We do so, however, mindful of the fact that the legal right of a taxpayer to decrease the amount of what otherwise would be his taxes, or altogether avoid them, by means which the law permits, cannot be doubted." *Gregory v. Helvering*, 293 U.S. 465, 469, 79 L. Ed. 596, 55 S. Ct. 266 (1935). A taxpayer's subjective intent to avoid taxes thus will not by itself determine whether there was a business purpose to a transaction¹¹⁷.

[nos extraits et italiques]

Les tribunaux se réservent également la possibilité d'évaluer la crédibilité des allégations du contribuable en ce qui concerne son anticipation de profit en s'appuyant sur sa conduite antérieure, surtout lorsque cette anticipation repose sur des actions éventuelles qui sont inhabituelles pour le contribuable. Dans les affaires *Knetsch*, *Frank Lyon* et *Dow Chemical*, les tribunaux devaient mesurer les probabilités que les contribuables réalisent certaines opérations ultérieurement à la mise en œuvre d'une planification. Ces opérations étaient nécessaires afin que les contribuables réalisent un profit économique autrement que par l'obtention des avantages fiscaux. Dans des décisions majoritaires, la Cour suprême des États-Unis dans les affaires *Knetsch* et *Frank Lyon* de même que la Cour d'appel du 6^e Circuit dans l'affaire *Dow Chemical* étaient d'avis que ces probabilités étaient objectivement faibles selon les faits et circonstances en preuve.

De façon plus particulière, la Cour de première instance dans l'affaire *Dow Chemical*¹¹⁸ a permis au contribuable de déduire dans le calcul de son revenu, des montants versés à titre d'intérêt dans le cadre d'une planification lui permettant de souscrire une police d'assurance-vie à l'égard de ses employés. Aux fins de l'application de la doctrine de la réalité économique, le

¹¹⁶ *Shriver*, *supra* note 29 à la page 726; voir également *IES Industries*, *supra* note 45 à la page 355.

¹¹⁷ *IES Industries*, *supra* note 45 à la page 355.

¹¹⁸ *Dow Chemical* (6^e Cir. 2006), *supra* note 58.

Le juge a conclu que l'anticipation de profit économique du contribuable était raisonnable puisqu'il pouvait générer un profit plusieurs années après la mise en œuvre de la planification en injectant subséquemment des fonds additionnels. Cette cour avait jugé crédibles les intentions manifestées par ce dernier de procéder à l'investissement supplémentaire au moment opportun afin de maintenir la viabilité à long terme du régime d'assurance-vie.

En appel, les juges majoritaires ont donné raison à l'administration fiscale. L'ensemble des juges de la Cour d'appel a précisé que les tribunaux peuvent mesurer les profits éventuels d'un contribuable en prenant en considération ses actions éventuelles afin d'évaluer la substance économique d'une opération. En s'appuyant sur la décision de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Knetsch*, les juges majoritaires se sont cependant montrés réfractaires aux intentions du contribuable de réaliser cet investissement supplémentaire, car cette éventualité leur apparaissait hautement improbable à la lumière d'une évaluation objective de la planification. La Cour a retenu d'une part que le contribuable n'était pas tenu contractuellement de procéder à l'investissement supplémentaire et que, d'autre part, cet investissement se situait à l'extérieur de son champ d'activités habituelles :

Courts may consider future profit contingent on some future taxpayer action, but only when that action is consistent with the taxpayer's actual past conduct. Courts should be skeptical, however, when the asserted future profits hinge on future taxpayer action that seriously departs from past conduct, especially where such departure involves the expenditure of large sums of money¹¹⁹.

[nos extraits]

Dans son bref de *certiorari* déposé auprès de la Cour suprême des États-Unis, le contribuable dans l'affaire *Dow Chemical* était d'avis que la Cour d'appel saisie de cette affaire avait commis une erreur en ne prenant pas adéquatement en considération les possibilités d'investissements éventuels du contribuable. De l'avis du contribuable, les tribunaux doivent prendre en considération ces possibilités qu'elles soient prévues expressément ou non dans les contrats conclus initialement, sans quoi les contribuables se verraient privés d'occasions de réaliser des planifications commerciales légitimes et des investissements à long terme :

At bottom the ruling below rests on an arbitrary irrebuttable presumption that taxpayers who enter into transactions requiring a substantial future investment can be counted on to

¹¹⁹ *Ibid.* à la page 601, commentant *Knetsch*, *supra* note 19 aux pages 364, 366.

actually make the investment only if they are contractually bound to do so. Nothing in the economic substance doctrine, let alone the Internal Revenue Code, supports a distinction between investments made at the beginning of the transaction and those made subsequently, or between those that are contractually stipulated and those that are planned in accordance with the taxpayer's business needs and financial incentives. The presumption embodied in the ruling below thus undermines principled application of the Internal Revenue Code. If permitted to stand, the presumption [...] will frustrate not only long-term financing transactions, but also many other legitimate business transactions that are not initially profitable but become so over time¹²⁰.

[nos extraits]

2.7 Les contribuables doivent établir que leurs opérations sont conformes à la doctrine de la réalité économique selon la prépondérance des probabilités

De manière générale, les contribuables supportent le fardeau de la preuve en matière fiscale. Ils doivent établir les faits pertinents pour prouver que leurs planifications étaient conformes aux règles fiscales et à la doctrine de la réalité économique. Le code fiscal impose au contribuable le fardeau d'établir une preuve crédible quant aux faits à l'appui des avantages fiscaux qu'il réclame¹²¹. En matière de planification audacieuse, un contribuable assume un fardeau de preuve plus lourd que celui qu'on attend habituellement de lui. Cet extrait de la décision de la Cour d'appel du Circuit fédéral dans l'affaire *Coltec* illustre bien cette idée :

In describing the history of the economic substance doctrine, our predecessor court in *Rothschild* stated, « *Gregory v. Helvering* requires that a taxpayer carry an unusually heavy burden when he attempts to demonstrate that Congress intended to give favorable tax treatment to a kind of transaction that would never occur absent the motive of tax avoidance.[...] Other circuits have similarly held that "[e]conomic substance is a prerequisite to the application of any Code provision allowing deductions [and therefore that] ... [t]he taxpayer has the burden of showing that the form of the transaction accurately reflects its substance, and the deductions are permissible."¹²²

[nos extraits]

Lorsque les contribuables sont en mesure d'établir une preuve crédible quant à l'interprétation de ces règles et de ces faits, l'administration fiscale doit à son tour justifier l'annulation des avantages fiscaux. Nonobstant le partage du fardeau de preuve, les tribunaux trancheront les

¹²⁰ Voir *Petition for a Writ of Certiorari, Dow Chemical Company v. United States* (No. 06-478), Cour suprême des États-Unis, déposé le 4 octobre 2006, à la page 29. La Cour suprême a refusé d'entendre l'appel du contribuable dans cette affaire : voir *supra*, note 38.

¹²¹ 26 U.S.C. § 7491.

¹²² *Coltec* (Fed. Cir. App.), *supra* note 3 à la page 25 de la décision publiée par la Cour.

litiges quant à l'application de la loi et de la doctrine de la réalité économique selon la prépondérance des probabilités¹²³.

2.8 Les contribuables audacieux courent un risque de verser une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer

2.8.1 Motifs ayant incité l'administration fiscale à instaurer une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer

Dans le cadre d'un régime d'autocotisation, les contribuables américains assument la responsabilité d'estimer leur impôt à payer en vertu des règles fiscales ainsi qu'en vertu de la doctrine de la réalité économique. Pour assurer l'intégrité du régime fiscal, l'administration fiscale peut vérifier des déclarations de revenus produites par les contribuables afin de s'assurer de l'exactitude des montants d'impôt estimés. Celle-ci pourrait opiner que certains d'entre eux ont sous-estimé leur impôt à payer et leur émettre un nouvel avis de cotisation.

L'administration fiscale n'est cependant pas en mesure de vérifier l'exactitude de toutes les déclarations de revenus produites par l'ensemble des contribuables. De plus, elle pourrait ne pas être en mesure d'identifier dans la déclaration de revenus les indicateurs révélant la présence d'une opération d'évitement si le contribuable ne fournit pas de manière adéquate tous les renseignements nécessaires qui permettraient de déterminer si une opération est conforme à la doctrine de la réalité économique.

En conséquence, des contribuables audacieux pourraient tirer avantage de manière abusive des règles fiscales pour minimiser leur impôt à payer s'ils considèrent minimes tant les probabilités de faire l'objet d'une vérification de l'administration fiscale que les conséquences financières qui découleraient d'un nouvel avis de cotisation. Ces conséquences financières dépendent essentiellement des intérêts qu'ils doivent verser sur le montant d'impôt à payer ainsi que des pénalités pour sous-estimation de l'impôt à payer.

¹²³ À titre d'illustration, voir *Santa Monica Pictures, LLC v. Commissioner of Internal Revenue*, T.C. Memo 2005-104 (11 mai 2005) [*Santa Monica Pictures*], aux pages 113-115.

Pour mieux protéger l'intégrité du régime fiscal, l'administration fiscale américaine a prescrit diverses pénalités auxquelles les contribuables peuvent être assujettis s'ils font entre autres défaut de produire une déclaration de renseignements ou encore de verser le montant d'impôt qu'ils devraient payer. L'administration fiscale a prescrit ces pénalités afin, d'une part, d'accroître l'observation du régime fiscal par l'ensemble des contribuables et d'autre part, d'accroître les risques financiers pour ceux qui désirent mettre en œuvre des planifications audacieuses.

De manière générale, l'administration fiscale américaine tente de concilier les principes suivants dans l'application des pénalités en matière fiscale :

- Équité – une pénalité devrait être proportionnelle à la sévérité de la conduite des contribuables et être appliquée de manière cohérente et impartiale par l'administration fiscale, à la lumière des circonstances entourant la conduite fautive.
- Prévisibilité – les contribuables devraient être en mesure de connaître la nature des planifications visées par une pénalité et des sanctions s'y rattachant.
- Efficacité – la sanction devrait être suffisamment importante afin d'accroître de façon plus que minimale l'observation du régime fiscal par les contribuables. Par exemple, moins les contribuables courent le risque d'être l'objet d'une vérification, plus le taux d'une pénalité pourrait être élevé.
- Simplicité – les procédures d'application du régime devraient être simples et flexibles afin d'assurer le respect des principes susmentionnés¹²⁴.

Parmi ces pénalités figure la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer par le contribuable. L'administration fiscale peut imposer cette pénalité à un contribuable notamment lorsque le montant d'impôt sous-estimé excède des seuils prédéterminés. Cette pénalité correspond à 20 pour cent du montant d'impôt sous-estimé, tel que déterminé par l'administration fiscale selon son interprétation des faits, de la loi fiscale et de la jurisprudence.

¹²⁴ É.-U., Department of Treasury (Office of Tax Policy), *Report to Congress on Penalty and Interest Provisions of the Internal Revenue Code* (octobre 1999) [Treasury, Report on Penalty and Interest Provisions], aux pages 35-40.

2.8.2 Modalités générales de la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer

En vertu du code fiscal américain, les contribuables doivent verser en sus du montant de l'avantage fiscal annulé et des intérêts, une pénalité équivalant à 20 pour cent du montant d'impôt sous-estimé lorsque cette sous-estimation découle d'une négligence de leur part (« pénalité pour négligence »), telle que déterminée par l'administration fiscale selon son interprétation des faits, de la loi fiscale et de la jurisprudence. Une négligence est définie comme étant le défaut par un contribuable de prendre les moyens raisonnables afin d'observer les règles fiscales¹²⁵. L'administration fiscale assume le fardeau d'établir des éléments de preuve pour appuyer de manière *prima facie* la pénalité imposée au contribuable (« burden of production »)¹²⁶.

Les contribuables peuvent se soustraire à la pénalité pour négligence s'ils établissent qu'ils sont de bonne foi et ont fait preuve de diligence raisonnable pour s'assurer de réclamer des avantages fiscaux conformément à la loi fiscale¹²⁷. Le contribuable doit établir les faits pertinents lui permettant de se soustraire à la pénalité appliquée par l'administration fiscale¹²⁸.

Le degré de diligence exigé des contribuables varie selon la complexité de la planification audacieuse, la valeur des avantages fiscaux en jeu et leur expertise en matière fiscale. Les contribuables assument généralement la responsabilité de compléter l'examen des faits pertinents à une planification à caractère d'évitement, selon leur degré d'expertise en la

¹²⁵ Voir 26 U.S.C. § 6662 pour la pénalité pour négligence. Dans l'affaire *Long Term Capital Holdings*, *supra* note 5, une Cour de district du Connecticut (2^e Circuit) a fourni les explications suivantes quant au concept de négligence : « For purposes of this section, the term "negligence" includes any failure to make a reasonable attempt to comply with the provisions of this title, and the term "disregard" includes any careless, reckless, or intentional disregard. »

¹²⁶ 26 U.S.C. § 7491(c). Prise littéralement, cette règle ne s'applique que lorsque la pénalité est imposée à un particulier. Cependant, à toutes fins utiles, l'administration fiscale doit s'attendre à démontrer aux tribunaux qu'une pénalité est applicable à tout contribuable dans une situation donnée. Nous référons le lecteur à l'affaire *Long Term Capital Holdings* (D. Conn.), *supra* note 5, pour une analyse de l'article précité et du fardeau de preuve concernant l'application d'une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer.

¹²⁷ 26 U.S.C. § 6664.

¹²⁸ Voir *Gleason v. Commissioner of Internal Revenue*, T.C. Memo 2006-191: « The Commissioner satisfies this burden of production by "[coming] forward with sufficient evidence indicating that it is appropriate to impose the relevant penalty" but "need not introduce evidence regarding reasonable cause, substantial authority, or similar provisions." *Higbee v. Commissioner*, 116 T.C. 438, 446 (2001). Rather, "it is the taxpayer's responsibility to raise those issues." *Id.* »

matière. En conséquence, plus les planifications audacieuses sont complexes et les avantages fiscaux importants, plus les contribuables doivent prendre les moyens nécessaires pour s'assurer que le traitement fiscal réclamé est conforme à la loi fiscale et à la jurisprudence.

Les tribunaux évalueront de manière objective le degré de diligence démontré par le contribuable pour assurer l'observation des règles fiscales. De façon sommaire, les tribunaux prendront en considération :

- La nature de la planification.
- La complexité des questions fiscales en litige.
- L'expertise des contribuables en matière fiscale.
- Les démarches entreprises par les contribuables pour s'assurer du respect des règles fiscales.
- La divulgation par le contribuable de sa participation à une opération prescrite par l'administration fiscale en vertu des règles de divulgation¹²⁹.

Les contribuables pourraient se soustraire à la pénalité pour négligence si le poids des sources juridiques et administratives reconnues à l'appui des avantages fiscaux qu'ils réclament est substantiel comparativement à celles qui appuieraient la position de l'administration fiscale. Les règles relatives aux pénalités ne fournissent pas de paramètres précis afin de déterminer jusqu'à quel point le poids des sources juridiques et administratives reconnues en faveur du contribuable s'avère substantiel. Ce poids sera généralement considéré substantiel si les probabilités que les tribunaux y souscrivent se situent approximativement à 40 pour cent. Si les contribuables ont divulgué adéquatement dans leurs déclarations de revenus ou dans le formulaire prescrit les faits supportant le traitement fiscal réclamé, ils pourront alors se soustraire à la pénalité pour négligence si le poids des sources juridiques et administratives reconnues en leur faveur est moins que substantiel. Dans ce dernier cas, les tribunaux devraient être en mesure d'adhérer à la position du contribuable si les probabilités que les sources juridiques appuient celle-ci s'établissent à au moins 20 pour cent¹³⁰.

¹²⁹ Voir *Long-Term Capital Holdings* (D. Conn.), *supra* note 5. Voir aussi Internal Revenue Service, Audit Technique Guide, « Accuracy-Related Penalties For Taxpayers Involved In Tax Shelter Transactions » (mai 2004) [IRS, « Guide on Audit, Penalties and Tax Shelters »]. Pour une illustration de l'application de ces critères par l'administration fiscale, voir Internal Revenue Service, Coordinated Issue Paper « Notice 2002-65 Tax Shelter », UIL 9300.22-00 (9 mai 2005).

¹³⁰ À cet égard, les contribuables devraient généralement produire une déclaration de renseignements prescrite afin de fournir les renseignements pertinents qui, autrement, ne sont pas adéquatement divulgués dans leur déclaration de revenus. De manière ponctuelle, l'administration fiscale pourrait prescrire une méthode de divulgation particulière. Voir 26 C.F.R. § 1.6662-3(c); É.-U., Department of Treasury (Internal Revenue Service), *Disclosure Statement, Form 8275* (Rev. 5-2001) et *Instructions for Form 8275* (Rev. February 2006, Use with the May 2001 revision of Form 8275).

Selon l'administration fiscale, les modalités d'application de la pénalité pour négligence ne protégeaient pas adéquatement l'intégrité du régime fiscal face à des planifications audacieuses mises en œuvre par des contribuables¹³¹. Notamment, le critère de position raisonnable s'articule autour de l'idée que les contribuables et l'administration sont des adversaires et, en conséquence, permet aux contribuables d'adopter une position audacieuse visant davantage à établir une base de négociation (*litigating position*) qu'à démontrer sa conformité à la loi. L'administration fiscale soutient que les contribuables audacieux doivent être assujettis à un degré de diligence accru puisqu'elle se trouve dans l'impossibilité de vérifier toutes les déclarations de revenus¹³².

En conséquence, l'administration fiscale a adopté une pénalité pour sous-estimation considérable de l'impôt à payer. La pénalité pour sous-estimation considérable de l'impôt à payer prescrit des normes de diligence plus rigoureuses que la pénalité pour négligence. Les contribuables sont assujettis à cette pénalité si la différence entre le montant d'impôt qu'ils devraient payer et le montant d'impôt qu'ils ont déterminé excède un seuil déterminé, généralement un pourcentage du montant d'impôt sous-estimé¹³³. Le montant d'impôt sous-estimé doit cependant excéder le seuil minimal prescrit. Ce seuil minimal varie selon que le contribuable est un particulier ou une société. Cette pénalité vise à accroître les risques financiers pour les contribuables audacieux¹³⁴.

¹³¹ Treasury, *Report on Penalty and Interest Provisions*, *supra* note 124 aux pages 97-111.

¹³² *Ibid.*

¹³³ Les contribuables doivent verser cette pénalité en sus des intérêts qu'ils devaient verser sur le montant d'impôt sous-estimé.

¹³⁴ É.-U., Department of Treasury, *The Problem of Corporate Tax Shelters, Discussion, Analysis and Legislative Proposals* (juillet 1999) [Treasury, *Corporate Tax Shelters*], aux pages 64-66.

De façon plus particulière, le code fiscal américain assujettit les contribuables à une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer équivalant à 20 pour cent de la totalité du montant d'impôt sous-estimé du contribuable tel que déterminé par l'administration fiscale, lorsque le montant d'impôt sous-estimé excède les seuils suivants :

- De manière générale, le montant de sous-estimation du contribuable sera considérable si le montant d'impôt à payer déterminé par l'administration fiscale excède celui estimé par le contribuable d'un montant correspondant au plus élevé de 10 pour cent de l'impôt déterminé par l'administration fiscale ou de 5 000 dollars.
- Dans le cas d'une société, un montant d'impôt sous-estimé sera considérable si le montant d'impôt déterminé par l'administration fiscale excède celui estimé par la société d'un montant correspondant au moins élevé de 10 pour cent du montant d'impôt déterminé par l'administration fiscale (ou 10 000 dollars, si ce montant est plus élevé) ou 10 000 000 de dollars¹³⁵.

Si la sous-estimation de l'impôt à payer par un contribuable découle d'une opération dont un des objets significatifs¹³⁶ est l'obtention d'un avantage fiscal, celui-ci pourrait se soustraire à une partie ou à la totalité de la pénalité s'il démontre sa bonne foi et s'il établit, selon la prépondérance des probabilités, qu'il avait des motifs raisonnables de croire que le traitement fiscal réclamé pour cette opération était conforme à la loi fiscale ainsi qu'à la jurisprudence. À l'instar de la pénalité pour négligence, les tribunaux prendront en considération l'ensemble des faits sous-jacents à la mise en œuvre d'une planification et évalueront le degré de diligence démontré par le contribuable dans les circonstances¹³⁷.

¹³⁵ 26 U.S.C. § 6662.

¹³⁶ Jusqu'à la modification apportée en 1997, la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer s'appliquait à l'égard d'une opération dont l'objet principal relève de l'évitement fiscal. Aux fins de la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer, l'administration fiscale a adopté le critère « un des objets significatifs » en 1997 puisque le critère de l'objet principal dans une opération était plus difficile à établir - un objet significatif connoterait un poids moins important que celui attribuable à l'objet principal d'une opération. Les règlements d'application de la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer n'ont pas été modifiés suite au remplacement du critère d'« objet principal » par le critère « un des objets significatifs », de sorte que ces règlements ne définissent pas le sens de ce dernier critère. Néanmoins, les règlements d'application à l'égard des règles de divulgation fournissent des indicateurs généraux afin de déterminer si un des objets significatifs dans une opération s'assimile à de l'évitement fiscal – en vertu de 31 C.F.R. § 301.6111-2(b)(3), une opération n'aura pas d'objets significatifs de nature fiscale si elle est menée conformément aux pratiques commerciales courantes et que l'obtention des avantages fiscaux peut être considérée conforme à la loi fiscale. Voir John C. Gardener et al., « Amendments to Circular 230 (Part I) », (2006) 37:1 *The Tax Adviser* 24, 27-31.

¹³⁷ Pour les particuliers, voir 26 U.S.C. § 6662(d)(2)(C) et 26 C.F.R. § 1.6662-4(g). Pour les sociétés, voir 26 U.S.C. § 6664(c) et 26 C.F.R. § 1-6662-4(g)(1)(iv) et § 1-6664(f). De façon sommaire, les contribuables pourraient se soustraire à une pénalité pour sous-estimation considérable de l'impôt à payer à l'égard d'une opération dont un

Pour minimiser les risques d'être assujettis à une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer, les contribuables peuvent exercer un degré de diligence raisonnable en sollicitant l'opinion de conseillers fiscaux. En présence d'une zone grise dans l'application de la loi fiscale et de la jurisprudence, les contribuables pourraient se soustraire à une pénalité en s'appuyant sur l'opinion d'un conseiller fiscal qui conclut selon la prépondérance des probabilités que l'obtention d'avantages fiscaux était conforme à la loi fiscale en vigueur au moment où ils ont été réclamés, en prenant en considération le poids de chacune des sources reconnues d'interprétation juridiques ou administratives¹³⁸.

Les conseillers doivent cependant détenir l'expertise requise pour émettre une opinion fiscale. Les conseillers doivent formuler une conclusion d'une manière non équivoque dans leur opinion sur la position prise par le contribuable, doivent prendre en considération l'ensemble des faits pertinents et ne devraient pas s'appuyer sur des hypothèses non vérifiées qui apparaissent déraisonnables¹³⁹.

Les contribuables n'ont généralement pas le devoir de mener une contre-expertise de l'opinion de leurs conseillers, à moins qu'ils ne possèdent l'expertise fiscale requise¹⁴⁰. En principe, les

des objets significatifs relève de l'évitement fiscal sans égard au fait qu'ils n'aient pas adéquatement divulgué leur position fiscale dans leur déclaration de revenus. Selon les circonstances, le défaut de divulguer adéquatement leur position fiscale pourrait néanmoins être considéré comme un manque de bonne foi de la part des contribuables et entraîner l'application de la pénalité. Par ailleurs, si les contribuables ne produisent pas une déclaration de renseignements à l'égard d'opérations présentant des risques d'évitement qui sont prescrites par l'administration fiscale, et que cette dernière détermine qu'ils ont un montant d'impôt sous-estimé découlant de telles opérations, l'administration fiscale pourrait appliquer une pénalité de 30 pour cent du montant d'impôt sous-estimé plutôt que la pénalité de 20 pour cent généralement applicable. La relation entre les pénalités pour sous-estimation de l'impôt à payer et la transparence dans les déclarations de renseignements des contribuables en matière de planifications fiscales audacieuses sera exposée dans le fascicule 8 portant sur les règles de divulgation.

¹³⁸ 26 U.S.C. § 6662 et 26 C.F.R. § 1.6662; 26 U.S.C. § 6664 et 26 C.F.R. § 1.6664. Lorsque les planifications fiscales audacieuses s'assimilent à certaines opérations prescrites aux fins des règles de divulgation (soit une opération prescrite en vertu des règles de divulgation dont l'objet significatif relève de l'évitement ou sur une opération déclarée audacieuse en vertu de ces mêmes règles), les contribuables peuvent soulever une défense de diligence raisonnable si, notamment, ils ont divulgué adéquatement les faits pertinents relatifs à l'opération; ils se sont appuyés sur des sources d'interprétation et d'application reconnues de la loi (*substantial authority*) pour justifier le traitement fiscal de l'opération; ils ont cru de façon raisonnable qu'ils pouvaient réclamer des avantages fiscaux conformément à la loi fiscale, selon la prépondérance des probabilités. Voir 26 U.S.C. § 6664(d).

¹³⁹ Voir *Long-Term Capital Holdings* (D. Conn.), *supra* note 5.

¹⁴⁰ *Ibid.*

contribuables ne devraient cependant pas se fonder sur l'opinion fiscale du promoteur d'une planification audacieuse ou sur un conseiller se trouvant en conflit d'intérêts¹⁴¹. Les contribuables pourraient se trouver dans l'impossibilité d'établir leur bonne foi s'ils s'appuient sur une opinion fiscale émise par des conseillers qui tirent des honoraires déterminés selon la valeur des avantages fiscaux réclamés et qu'en plus, ils les partagent avec les vérificateurs ou de tierces parties ayant un intérêt pécuniaire dans la planification. De tels modes de rémunération pourraient porter atteinte à l'indépendance des conseillers fiscaux qui devaient opiner sur la conformité de la planification à la loi¹⁴². La présence de clauses de confidentialité quant aux caractéristiques d'une opération élaborée par les conseillers qui ont émis l'opinion en faveur du contribuable pourrait également porter atteinte à leur impartialité¹⁴³.

¹⁴¹ É.-U., National Taxpayer Advocate, *2005 Annual Report to Congress* (31 décembre 2005) [NTA, *2005 Report to Congress*], Volume 1, aux pages 514-518. Voir cependant l'affaire *Klamath Strategic Investment Fund, LLC v. United States*, 472 F. Supp.2d 885 (E.D. Tex. 2007); (31 janvier 2007), United States District Court, Eastern District of Texas (Texarkana Division), Civil Action No. 5:04-CV-278 [*Klamath*]. Dans cette affaire, une Cour de district du Texas a conclu que les contribuables pouvaient se fier à l'opinion de leurs conseillers fiscaux nonobstant la présence de facteurs démontrant la relation que ces conseillers ont pu entretenir avec les promoteurs de la planification mise en œuvre par le contribuable, considérant entre autres que l'opinion était conforme aux normes déontologiques en matière fiscale. Dans cette affaire, les contribuables n'ont pu réclamer les avantages fiscaux au motif que l'opération était dénuée de réalité économique, sans toutefois être assujettie à une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer. Nous référons le lecteur au fascicule 7 portant sur les normes déontologiques où l'affaire *Klamath* est également analysée.

¹⁴² Pour une illustration des problèmes liés à l'indépendance des conseillers fiscaux, voir le rapport produit par É.-U., *Permanent Subcommittee on Investigations of the Committee on Homeland Security and Governmental Affairs* du Sénat américain, intitulé *The Role Of Professional Firms In The U.S. Tax Shelter Industry* (S. REPT. 109-54) Washington, D.C., U.S. Government Printing Office, 13 avril 2005, aux pages 68-71, 98-99. Dans un cas des plus audacieux mentionné dans le rapport, certains conseillers fiscaux cherchaient à éviter d'être assujettis aux normes déontologiques d'ordres professionnels régionaux ou fédéraux interdisant le recours à des honoraires conditionnels ou le partage de ces honoraires avec des conseillers exerçant une autre profession que la leur.

¹⁴³ Pour un survol des facteurs pris en considération par l'administration fiscale afin de déterminer si un contribuable a fait preuve de bonne foi et de diligence raisonnable aux fins de la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer, voir le guide technique publié par le *Internal Revenue Service* à l'intention de ses vérificateurs [IRS, «Guide on Audit, Penalties and Tax Shelters »], *supra* note 129 dans *Exhibit 7*.

2.8.3 Impact des incertitudes de la doctrine de la réalité économique sur l'application de la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer

Les groupes d'intervenants divergeront d'opinion sur l'exactitude du montant d'impôt estimé par le contribuable et, par le fait même, de l'application d'une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer et du montant de cette pénalité en raison des incertitudes actuelles de la doctrine de la réalité économique. Notamment, le montant d'une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer peut faire l'objet de divergences d'opinions chez les contribuables, l'administration fiscale et les tribunaux si les critères d'application de la doctrine de la réalité économique ne sont pas clairement définis dans la loi fiscale. Ainsi, l'administration fiscale pourrait émettre un nouvel avis de cotisation au motif que le contribuable a sous-estimé son impôt à payer en raison d'une planification dénuée de réalité économique. Les tribunaux pourraient pour leur part conclure selon les circonstances que les contribuables ont obtenu des avantages fiscaux d'une manière conforme à cette doctrine.

Ultimement, le caractère équitable d'une pénalité est fonction de la possibilité pour les contribuables de s'y soustraire en raison des incertitudes inhérentes aux règles fiscales et à la doctrine de la réalité économique. Les tribunaux peuvent conclure unanimement en vertu de la doctrine de la réalité économique qu'un contribuable a sous-estimé son impôt à payer, mais peuvent diverger d'opinion quant à l'application d'une pénalité à ce dernier. Les tribunaux pourraient diverger d'opinion quant à l'application de la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer selon le degré de diligence exercée par le contribuable et par ses conseillers tant à l'égard des faits sous-jacents à une planification audacieuse qu'à l'égard des critères d'application de la loi fiscale et de la doctrine de la réalité économique¹⁴⁴.

Les tribunaux peuvent maintenir l'imposition par l'administration fiscale d'une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer à des contribuables ayant réalisé une planification dénuée de réalité économique déjà déclarée abusive par d'autres tribunaux¹⁴⁵. Cependant, chaque intervenant peut à l'égard de chaque décision pouvant possiblement s'appliquer à une opération

¹⁴⁴ Sheldon I. Banott, Richard M. Lipton, « Debt vs. Equity: Courts Disagree on Understatement Penalty » (2006) 104:6 *Journal of Taxation* 378.

¹⁴⁵ *Kooyers v. Commissioner of Internal Revenue*, T.C. Memo 2004-281.

donnée, exprimer des interprétations considérées raisonnables des faits alors en question¹⁴⁶. La possibilité qu'un contribuable soit assujéti à une pénalité en raison d'une opération ayant généralement fait l'objet de décisions défavorables dépend du degré de diligence qu'il a démontrée pour établir une distinction entre les circonstances de sa planification et les faits sous-jacents à ces décisions défavorables¹⁴⁷.

Les tribunaux doivent par ailleurs décider d'annuler ou de maintenir une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer imposée par l'administration fiscale à des contribuables ayant réalisé une planification conforme aux règles fiscales selon une interprétation littérale de ces règles, mais dénuée de réalité économique et n'ayant pas fait l'objet d'une décision défavorable lorsque la planification avait été réalisée. Dans une telle situation, les tribunaux doivent alors analyser les sources législatives, judiciaires et administratives reconnues par le code fiscal ainsi que l'ensemble des faits d'une opération pour déterminer si les contribuables pouvaient raisonnablement croire selon la prépondérance des probabilités que l'opération était conforme à la loi fiscale.

De façon plus particulière, les tribunaux doivent comparer le poids d'une interprétation technique des règles fiscales penchant en faveur de l'obtention d'avantages fiscaux par les contribuables et le poids de la doctrine de la réalité économique en vertu de laquelle l'administration fiscale les a annulés.

Aux fins de la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer, les tribunaux pourraient accorder un poids prépondérant à une interprétation littérale des règles fiscales sur laquelle le

¹⁴⁶ Voir *Melnik v. Commissioner of Internal Revenue*, T.C. Memo 2006-25 (15 février 2006): « We have previously held that a taxpayer's adoption of a "flagrant tax avoidance scheme" repeatedly rejected by the courts is patently negligent. [...] However, as petitioners point out, the implementation of a private annuity transaction using foreign entities has not been consistently rejected by the courts. Although this Court has subjected such transactions to strict scrutiny and has upheld only a few, the Court of Appeals for the Ninth Circuit has reversed this Court in several cases involving private annuity transactions, holding that, on the facts of those cases, the transactions had sufficient economic substance to be respected for Federal income tax purposes. [...] With this background in mind, we are unable to conclude that a private annuity transaction using foreign entities is a flagrant tax avoidance scheme that is per se negligent. Instead, we look to the evidence introduced by the parties to determine whether petitioners are liable for the section 6662 penalty ».

¹⁴⁷ *Long-Term Capital Holdings* (D. Conn.), *supra* note 5. À notre avis, cette distinction pourrait n'être établie dans certains cas que suite à une analyse complète de l'ensemble des documents déposés en preuve par les parties ainsi que, le cas échéant, des témoignages à l'appui d'une décision pour bien en saisir la portée.

contribuable s'est appuyé pour réclamer des avantages fiscaux. Dans un contexte de planifications audacieuses, les tribunaux doivent déterminer si l'interprétation technique des règles fiscales faite par les contribuables peut être considérée plausible¹⁴⁸, malgré que cette interprétation entre en conflit avec les objets de la loi. Les tribunaux pourraient accorder un poids prépondérant à une interprétation plausible des règles fiscales en faveur des contribuables lorsque les objets de la loi fiscale allégués par l'administration fiscale ne ressortent pas clairement du texte de loi. Une interprétation pourrait être considérée plausible si celle-ci s'appuie sur les termes des règles fiscales de manière raisonnable bien qu'elle puisse être subséquentement considérée incorrecte par les tribunaux.

¹⁴⁸ Voir 26 C.F.R. §1.6664-4(f)(2)(i)(A) et §1.6662-4(d)(3)(i) (“There may be more than one substantial authority for more than one position with respect to the same item”) et (ii) (“There may be substantial authority for the tax treatment of an item despite the absence of certain types of authority. Thus, a taxpayer may have substantial authority for a position that is supported only by a well-reasoned construction of the applicable statutory provision”.)

3

Description du projet de codification

L'administration fiscale a proposé à maintes reprises de codifier la doctrine de la réalité économique afin que les tribunaux l'appliquent de façon uniforme. De manière générale, ces projets sont articulés selon les mêmes modalités d'application. Ainsi, selon ces projets, les tribunaux doivent déterminer si le contribuable a réalisé une planification d'une manière qui satisfasse aux deux volets de la doctrine de la réalité économique. Le cas échéant, les tribunaux concluront que le contribuable pouvait légitimement réclamer les avantages fiscaux découlant d'une planification audacieuse.

Deux versions du projet de codification déposées en 2007 se démarquent des versions précédentes puisque leurs modalités d'application confèrent davantage de souplesse aux tribunaux. Il serait possible d'expliquer ces modifications par les nombreux commentaires et suggestions de contribuables, de conseillers et de membres de l'administration fiscale, pour éviter que la codification de la doctrine enlève la souplesse dont jouissent les tribunaux dans son application.

Les sous-sections suivantes présentent succinctement les grandes lignes des deux dernières versions du projet de codification de la doctrine de la réalité économique, en soulignant des caractéristiques de versions antérieures¹⁴⁹.

3.1 Le choix d'appliquer la doctrine est laissé aux tribunaux

Lorsque les tribunaux jugent que la conformité d'une planification à la loi fiscale doit être évaluée selon la doctrine de la réalité économique, ils doivent déterminer si le contribuable

¹⁴⁹ Cette section est articulée principalement selon le plus récent projet de codification du Sénat américain dans Senate Bill, *Heartland Act 2007*, *supra* note 7, en prenant en considération certains éléments d'un projet de codification du Sénat américain en 2006 dans Senate Bill, *Taxpayer Protection Act 2006*, *supra* note 4.

poursuivait un objet légitime autre que fiscal et si la planification a produit des changements à la situation économique de ce dernier.

Par ailleurs, la codification de cet outil n'empêche pas les tribunaux d'appliquer d'autres doctrines judiciaires et n'établit pas d'ordre prioritaire entre celles-ci.

3.2 Modalités d'application

Les tribunaux doivent appliquer jusqu'à trois facteurs simultanément¹⁵⁰. Dans les deux plus récentes versions du projet déposées en 2007, l'administration fiscale exigerait des tribunaux qu'ils déterminent si une planification entraîne des modifications significatives dans la situation économique du contribuable et si l'objet essentiel poursuivi par le contribuable dans une planification est de nature autre que fiscale.

Dans des projets antérieurs, l'administration fiscale exigeait expressément que les tribunaux déterminent si la planification a un lien raisonnable avec la réalisation par le contribuable de son objet non fiscal. Elle n'a pas repris expressément ce critère d'application dans les deux plus récents projets de codification. Néanmoins, l'administration fiscale reconnaît que les tribunaux ne devraient pas appliquer la doctrine de la réalité économique à une planification simplement parce que le contribuable a choisi cette dernière essentiellement pour des motifs fiscaux. Dans les notes explicatives à ces récentes versions, l'administration fiscale exprime l'avis que la doctrine de la réalité ne devrait pas s'appliquer aux opérations commerciales courantes et reconnues par la jurisprudence ou par une pratique administrative.

Nous reprenons ici chacun de ces critères.

¹⁵⁰ *Tax Relief Act of 2005*, S. 2020 (109th Congress, 1st session), article 511. Voir É.-U., Joint Committee on Taxation, *Description of The Chairman's Mark of The "Tax Relief Act of 2005"* (JCX 71-05), 8 novembre 2005, aux pages 92-98.

3.2.1 *Modification significative de la situation économique du contribuable*

Les tribunaux doivent déterminer si la situation économique des contribuables a été modifiée de manière significative en raison de l'opération. La proposition ne prescrit pas la méthode qu'un contribuable doit appliquer afin d'établir que sa situation économique a été ainsi modifiée. Cependant, il pourrait recourir à une évaluation de l'opération au moment de sa mise en œuvre permettant de démontrer de manière raisonnable que la valeur des avantages économiques avant impôt découlant de l'opération est à la fois :

- substantielle comparativement aux avantages fiscaux; et
- supérieure au rendement provenant d'un investissement ne présentant aucun risque financier¹⁵¹.

3.2.2 *Poursuite d'un objet substantiel non fiscal*

Les tribunaux doivent déterminer si les contribuables ont réalisé la planification afin de réaliser un objet substantiel autre que fiscal.

3.2.3 *Lien raisonnable entre l'opération et la réalisation de l'objet non fiscal*

Selon des versions antérieures aux deux versions du projet de codification déposées en 2007, les tribunaux devaient également déterminer si l'opération représentait pour le contribuable une façon raisonnable de réaliser un objet substantiel autre que fiscal. L'administration fiscale n'a cependant pas retenu ce critère dans les deux versions déposées en 2007¹⁵².

¹⁵¹ Les deux projets de codification déposés à l'automne 2007 par la Chambre des représentants et par le Sénat n'exigent pas que le contribuable obtienne un rendement supérieur à celui d'un investissement ne présentant aucun risque financier. Divers intervenants étaient d'avis que ce critère n'était pas assez souple pour que les tribunaux appliquent la doctrine de façon équitable selon les circonstances. La sous-section 4.8 présente les enjeux et discussions relatifs à ce critère.

¹⁵² Les contribuables et les conseillers fiscaux avaient exprimé des préoccupations à l'égard de la possibilité que les tribunaux et l'administration fiscale requalifient de façon arbitraire les opérations des contribuables au simple motif qu'ils les jugent déraisonnables : voir la sous-section 4.6.

3.3 Pénalité stricte pour sous-estimation de l'impôt à payer

Les contribuables ayant sous-estimé leur impôt à payer en raison de la mise en œuvre d'une opération dénuée de réalité économique seraient passibles d'une pénalité stricte. Le taux de pénalité proposé est de 20 pour cent du montant d'impôt sous-estimé si le contribuable s'est conformé, le cas échéant, aux règles de divulgation; autrement, le taux de pénalité s'élève à 30 pour cent¹⁵³.

De façon sommaire, le montant auquel s'applique la pénalité correspond au produit du montant de l'impôt sous-estimé attribuable à l'opération, multiplié par le taux d'imposition sur le revenu le plus élevé selon la table d'imposition applicable au contribuable.

Contrairement à la pénalité générale pour sous-estimation de l'impôt à payer et à celle portant sur les opérations prescrites en vertu des règles de divulgation, le contribuable ne pourrait se soustraire à cette pénalité. Il aurait néanmoins l'opportunité de soumettre ses arguments à l'administration fiscale avant que celle-ci n'impose la pénalité¹⁵⁴.

¹⁵³ Dans des projets antérieurs, ce taux atteignait 40 pour cent. L'application de la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer en fonction du degré d'observation des règles de divulgation par les contribuables sera discutée dans le fascicule 8 portant sur ces dernières règles.

¹⁵⁴ Senate Bill, *Heartland Act 2007*, *supra* note 7.

TABLEAU 1
PROJET DE CODIFICATION DE LA DOCTRINE DE LA RÉALITÉ ÉCONOMIQUE
EXTRAITS D'UNE VERSION DÉPOSÉE À L'AUTOMNE 2007

CLARIFICATION OF ECONOMIC SUBSTANCE DOCTRINE

(A) IN GENERAL.—In any case in which a court determines that the economic substance doctrine is relevant for purposes of this title to a transaction (or series of transactions), such transaction (or series of transactions) shall have economic substance only if the requirements of this paragraph are met.

(B) DEFINITION OF ECONOMIC SUBSTANCE. (i) IN GENERAL - A transaction has economic substance only if (I) the transaction changes in a meaningful way (apart from Federal tax effects) the taxpayer's economic position, and (II) [...] the taxpayer has a substantial purpose (other than a Federal tax purpose) for entering into such transaction *and the transaction is a reasonable means of accomplishing such purpose*.

(ii) SPECIAL RULE WHERE TAXPAYER RELIES ON PROFIT POTENTIAL.—A transaction shall not be treated as having economic substance solely by reason of having a potential for profit unless the present value of the reasonably expected pre-Federal tax profit from the transaction is substantial in relation to the present value of the expected net Federal tax benefits that would be allowed if the transaction were respected, *and the reasonably expected pretax profit from the transaction exceeds a risk-free rate of return*.

(iii) SPECIAL RULES FOR DETERMINING WHETHER NON-FEDERAL TAX PURPOSE – For purposes of clause (i)(II) – (I) a purpose of achieving a financial accounting benefit shall not be taken into account in determining whether a transaction has a substantial purpose (other than a Federal tax purpose) if the origin of such financial accounting benefit is a reduction of Federal tax [...]

(2) DEFINITIONS AND SPECIAL RULES:

(A) ECONOMIC SUBSTANCE DOCTRINE.—The term 'economic substance doctrine' means the common law doctrine under which tax benefits under subtitle A with respect to a transaction are not allowable if the transaction does not have economic substance or lacks a business purpose.

(B) EXCEPTION FOR PERSONAL TRANSACTIONS OF INDIVIDUALS.—In the case of an individual, this subsection shall apply only to transactions entered into in connection with a trade or business or an activity engaged in for the production of income.

(C) OTHER PROVISIONS NOT AFFECTED.—Except as specifically provided in this subsection, the provisions of this subsection shall not be construed as altering or supplanting any other rule of law, and the requirements of this subsection shall be construed as being in addition to any such other rule of law or provisions of this title.

(4) REGULATIONS.—The Secretary shall prescribe such regulations as may be necessary or appropriate to carry out the purposes of this subsection. Such regulations may include exemptions from the application of this subsection.”.

Source : Extraits choisis par les auteurs et provenant principalement de la version du Sénat américain dans Senate Bill, *Heartland Act 2007*, *supra* note 7. Les extraits délimités par des astérisques sont tirés d'une version antérieure du Sénat dans Senate Bill, *Taxpayer Protection Act 2006*, *supra* note 4.

4

Constats sur le projet de codification de la doctrine de la réalité économique

Au cours des dernières années, les tribunaux ont appliqué la doctrine de la réalité économique à des opérations dont les modalités respectaient de manière littérale diverses règles fiscales. Cependant, les Cours de première instance et les Cours d'appel ont exprimé à maintes occasions des opinions divergentes quant à l'application de cette doctrine aux opérations en litige. Dans des décisions rendues dernièrement, les Cours d'appel ont infirmé les décisions des Cours de première instance et ont appliqué la doctrine de la réalité économique afin de refuser les avantages fiscaux réclamés par des contribuables.

Afin de refuser les avantages fiscaux découlant d'une planification, les tribunaux continuent d'exprimer des opinions divergentes sur la nécessité pour les contribuables d'établir à la fois qu'ils poursuivaient un objet véritable autre que fiscal et que la planification a produit un changement substantiel dans leur situation économique. En plus des divergences d'opinions sur les modalités d'application de la doctrine de la réalité économique, les tribunaux peuvent exprimer des opinions divergentes sur l'application d'une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer. De façon plus particulière, ils peuvent annuler en vertu de la doctrine de la réalité économique les avantages fiscaux réclamés par des contribuables sans pour autant imposer une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer, dans la mesure où l'opération pourrait être considérée conforme à la loi fiscale lue de manière littérale.

L'adoption du projet de codification de la doctrine de la réalité économique contribuerait à accroître la prévisibilité et l'uniformité de son application par l'ensemble des groupes d'intervenants. Cependant, les modalités d'application de cet outil doivent protéger l'intégrité du régime fiscal tout en cherchant à atteindre un équilibre approprié entre les principes de prévisibilité, de souplesse et d'équité dans l'application de la loi fiscale. Toutefois, le projet de codification soulève plusieurs préoccupations à l'égard de ces principes tant de la part des contribuables et des conseillers que de certains membres de l'administration fiscale.

4.1 Les tribunaux jouent un rôle important afin d'assurer la réalisation des objets de la loi fiscale, mais à l'intérieur des limites du pouvoir judiciaire

Dans l'affaire *Coltec*¹⁵⁵, la Cour d'appel du Circuit fédéral (*Federal Court of Appeal*) a exprimé l'opinion que les tribunaux exercent leur pouvoir judiciaire à l'intérieur de leur compétence lorsqu'ils ont recours à la doctrine de la réalité économique aux fins de l'application de la loi fiscale. Dans l'exercice de ce pouvoir, les tribunaux peuvent appliquer les règles fiscales en fonction des objets de la loi, et non uniquement de manière littérale. Dans de telles circonstances, les tribunaux agissent à l'intérieur de leur champ de compétence sans empiéter sur le pouvoir législatif :

Over the last seventy years, the economic substance doctrine has required disregarding, for tax purposes, transactions that comply with the literal terms of the tax code but lack economic reality. This principle has its roots in several Supreme Court cases. [...]

The Supreme Court has explicitly held that when the judiciary goes beyond the literal language of a statute in order to give effect to its purpose, the separation of powers is not violated.¹⁵⁶

[nos extraits]

Comme le juge de première instance dans l'affaire *ACM Partnership* l'a souligné à juste titre, le rôle des tribunaux se limite à interpréter la loi fiscale et à l'appliquer à la planification en litige en ayant recours aux doctrines d'interprétation. L'élaboration d'une règle antiévitement comme le projet de codification de la doctrine de la réalité économique relève de l'administration fiscale. Concernant un projet de codification antérieur, le juge a néanmoins exprimé l'avis que les critères d'un tel projet ne peuvent être clarifiés qu'au prix de nombreux litiges complexes et sur une longue période :

The Treasury Proposal would regard a tax avoidance transaction as any transaction in which the reasonably expected pre-tax profits (determined on a present value basis and after taking into account foreign taxes and transaction costs) of the transaction is insignificant relative to the reasonably expected net tax benefits of such transaction.

Inasmuch as the economic substance test already is an established judicial doctrine, a question can be raised whether it is really necessary to have a new statutory economic substance test or whether the existing judicial doctrine as discussed in ACM is adequate to

¹⁵⁵ *Coltec* (Fed. Cir. App.), *supra* note 3.

¹⁵⁶ *Ibid.*

resolve controversies. Other questions, such as how one defines “insignificant” or how one measures such term, remain open issues. [...]

I take no position on these issues. *It is not the prerogative of the judiciary to propose new legislation or to discourage its enactment. The judiciary’s responsibility is only to interpret the law.* But I do think that it is proper to examine existing law, including judicial doctrine when trying to decide if new law is required.

My concern is that new statutory language will produce new and often considerable litigation to clarify the law. This could take many years, if not decades. We use significant judicial resources when trying to interpret new laws. Using *established* law in the context of today’s complex deals, both the Tax Court and the Third Circuit were able to unravel the facts and circumstances of extremely sophisticated transactions to conclude that the transactions had no economic substance. Indeed, *there is no question that the judiciary has the ability to resolve tax controversies in complex litigation but one can question if prolonged trials with voluminous evidentiary records are an economical use of the court’s time*¹⁵⁷.

[nos extraits et italiques]

Soulignons que les juges dissidents de la Cour suprême des États-Unis dans l’affaire *Knetsch* étaient d’avis que l’annulation par l’administration fiscale d’une déduction d’intérêts découlant de toute planification dénuée de réalité économique établirait une démarcation floue entre des planifications légitimes et d’autres abusives réalisées dans des situations différentes de celles faisant l’objet d’un litige. De l’avis de ces juges, il revient à l’administration fiscale d’établir une telle démarcation dans la loi :

Tax avoidance is a dominating motive behind scores of transactions. It is plainly present here. Will the Service that calls this transaction a “sham” today not press for collection of taxes arising out of the surrender of the annuity contract? I think it should, for I do not believe any part of the transaction was a “sham.” *To disallow the “interest” deduction because the annuity device was devoid of commercial substance is to draw a line which will affect a host of situations not now before us and which, with all deference, I do not think we can maintain when other cases reach here. The remedy is legislative. Evils or abuses can be particularized by Congress. We deal only with “interest” as commonly understood and as used across the board in myriad transactions. Since these transactions were real and*

¹⁵⁷ Laro, « A view from the Tax Court », *supra* note 13.

legitimate in the insurance world and were consummated within the limits allowed by insurance policies, I would recognize them tax-wise¹⁵⁸.

[nos extraits et italiques]

4.2 Le projet de codification ne circonscrit pas les conditions en vertu desquelles les tribunaux peuvent choisir d'appliquer la doctrine de la réalité économique

Des divergences d'opinions persistent entre les groupes d'intervenants sur les conditions préalables à l'application de cette doctrine par les tribunaux.

4.2.1 Application de la doctrine en sus des règles fiscales applicables

Certains tribunaux sont d'avis que la doctrine de la réalité économique sous-tend chaque règle de la loi fiscale. En conséquence, un contribuable ne peut réclamer des avantages fiscaux découlant d'une planification que si elle est conforme à cette doctrine :

We can forgo examining the intersection of these statutory details, for pursuant to *Gregory v. Helvering*, 293 U.S. 465 (1935), and *Knetsch v. United States*, 364 U.S. 361 (1960), courts have looked beyond taxpayers' formal compliance with the Code and analyzed the fundamental substance of transactions. *Economic substance is a prerequisite to the application of any Code provision allowing deductions.* *Lerman v. Commissioner*, 939 F.2d 44, 52 (3d Cir. 1991). It is the Government's trump card; even if a transaction complies precisely with all requirements for obtaining a deduction, if it lacks economic substance it "simply is not recognized for federal taxation purposes, for better or for worse." *ACM Partnership v. Commissioner*, 157 F.3d 231, 261 (3d Cir 1998) (*Lerman* 939 F.2d at 45). The rationale behind the *Gregory* and *Knetsch* line of cases is that courts should not elevate form over substance by rewarding taxpayers who have engaged in transactions that lack any purpose save that of tax savings. The taxpayer has the burden of showing that the form of the transaction accurately reflects its substance, and the deductions are permissible. *National Starch and Chemical Corp. v. Commissioner*, 918 F.2d 426, 429 (3d Cir. 1990)¹⁵⁹.

[nos extraits]

¹⁵⁸ *Knetsch*, *supra* note 19.

¹⁵⁹ *In re CM Holdings*, *supra* note 48, cité dans *Coltec* (Fed. Cir. App.), *supra* note 3.

Dans un même ordre d'idée, la Cour d'appel du Circuit fédéral (*Federal Circuit*) dans l'affaire *Coltec* a émis l'opinion suivante :

Here, the economic substance doctrine is merely a judicial tool for effectuating the underlying Congressional purpose that, despite literal compliance with the statute, tax benefits not be afforded based on transactions lacking in economic substance¹⁶⁰.

[nos extraits]

Dans un jugement rendu subséquemment dans l'affaire *Jade Trading*, la Cour fédérale des réclamations a conclu en s'appuyant sur la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Coltec* qu'une planification devait satisfaire à la fois aux modalités techniques des règles fiscales et aux modalités de la doctrine de la doctrine de la réalité économique afin qu'un contribuable puisse réclamer les avantages fiscaux découlant d'une planification :

Nonetheless, under *Coltec*, such compliance with the Code is insufficient in and of itself for *Jade* to reap the tax benefits claimed here. *Coltec*, 454 F.3d at 1355. Rather, the transaction must also meet the objective economic substance test¹⁶¹.

[nos extraits]

4.2.2 Application lorsque les règles applicables y font référence

Des intervenants sont d'avis qu'en vertu de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis, les tribunaux ne doivent appliquer la doctrine de la réalité économique que si les règles fiscales y font référence expressément ou implicitement. Autrement, les tribunaux ne devraient pas l'appliquer pour annuler les avantages fiscaux réclamés par les contribuables¹⁶².

Si cette dernière approche était privilégiée, l'administration fiscale et les tribunaux ne pourraient appliquer la doctrine de la réalité économique afin de priver un contribuable des avantages fiscaux obtenus en vertu de mesures incitatives intégrées dans la loi fiscale pour certains types d'investissement dans un secteur économique ciblé. En effet, l'opération conclue par le contribuable serait conforme aux objets de ces mesures. Un contribuable pourrait ainsi réclamer

¹⁶⁰ *Coltec* (Fed. Cir. App.), *supra* note 3.

¹⁶¹ *Jade Trading*, *supra* note 59 à la page 54 du jugement. Les modalités de cette affaire sont présentées succinctement dans la sous-section 2.4.

¹⁶² Amandeep S. Grewal, « Economic Substance and the Supreme Court » (10 septembre 2007) 116 *Tax Notes* 969 [Grewal, « Supreme Court »]. Cette position rappelle celle adoptée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601.

des avantages fiscaux si des incitatifs dans la loi visent à encourager certains types d'investissement malgré l'absence de profit avant impôt. Les tribunaux donneront gain de cause aux contribuables si ces derniers ont réclamé des avantages fiscaux découlant d'une planification qui est conforme aux objets d'une règle fiscale, malgré qu'elle soit dénuée de réalité économique.

L'affaire *Sacks*¹⁶³ illustre ce dernier principe. Dans cette affaire, les contribuables avaient acheté des unités de chauffage solaire dans le but de les louer à des propriétaires de maison. Il est clair que la rentabilité de l'investissement des contribuables était basée sur des projections de profit après impôt. L'administration fiscale a annulé la déduction des dépenses d'amortissement et les crédits d'impôt réclamés par les contribuables sur les équipements achetés notamment au motif que les opérations d'achat-location ne généreraient pas de profit avant impôt. Le tribunal a rejeté l'argument de l'administration fiscale pour les raisons suivantes :

If the government treats tax-advantaged transactions as shams unless they make economic sense on a pre-tax basis, then it takes away with the executive hand what it gives with the legislative. A tax advantage such as Congress awarded for alternative energy investments is intended to induce investments which otherwise would not have been made. Congress sought, in the 1977 energy package, of which the solar tax credits were a part, to increase the use of solar energy in U.S. homes and businesses. H.R. Rep. No. 95-543, 95th Cong. 1st Sess., 1978 U.S.C.C.A.N. 7673, 7678 (stating that among the goals of the National Energy Act is that there be solar energy in more than 2 1/2 million homes by 1985).

If the Commissioner were permitted to deny tax benefits when the investments would not have been made but for the tax advantages, then only those investments would be made which would have been made without the Congressional decision to favor them. The tax credits were intended to generate investments in alternative energy technologies that would not otherwise be made because of their low profitability. See H.R. Rep. No. 496 at 8304. Yet the Commissioner in this case at bar proposes to use the reason Congress created the tax benefits as a ground for denying them. That violates the principle that statutes ought to be construed in light of their purpose. *Cabell v. Markham*, 148 F.2d 737 (2d Cir. 1945)(L. Hand, J.)¹⁶⁴.

[nos extraits et italiques]

¹⁶³ *Sacks*, *supra* note 33.

¹⁶⁴ *Ibid.* à la page 992.

4.2.3 Selon l'administration fiscale, les contribuables peuvent réclamer des avantages fiscaux de planifications qui sont clairement conformes aux objets de la loi fiscale, même si elles sont dénuées de réalité économique

Selon l'administration fiscale (*Joint Committee on Taxation*), le projet de codification ne modifie en rien les conditions en vertu desquelles les tribunaux ont jusqu'à présent décidé d'appliquer la doctrine de la réalité économique. L'administration fiscale mentionne dans les notes explicatives accompagnant l'une des versions de codification déposées en 2007 que les tribunaux n'ont pas à appliquer cette doctrine lorsqu'un contribuable réclame des avantages fiscaux découlant de planifications réalisées d'une manière clairement en accord avec les objets des règles applicables :

If the tax benefits are clearly consistent with all applicable provisions of the Code and the purposes of such provisions, it is not intended that such tax benefits be disallowed if the only reason for such disallowance is that the transaction fails the economic substance doctrine as defined in this provision. Thus, the provision does not change current law standards used by courts in determining *when* to utilize an economic substance analysis¹⁶⁵.

[nos extraits]

Cette explication rappelle une proposition formulée par le *Joint Committee of Taxation* en 2005. Selon cette proposition, un contribuable à qui l'administration fiscale refuserait *a priori* les avantages fiscaux en raison de l'application de la doctrine de la réalité économique pourrait néanmoins les réclamer s'il peut établir que les opérations sont clairement conformes aux objets poursuivis par l'ensemble des règles fiscales applicables¹⁶⁶. Cette proposition fait appel à la notion d'abus des objets de la loi fiscale qui sous-tend la règle générale antiévitement de la *Loi de l'impôt sur le revenu* au Canada. L'administration fiscale américaine songe donc à l'utilisation du critère du respect des objets de la loi fiscale lue dans son ensemble aux fins de l'application de la doctrine de la réalité économique. Ce critère ne fait cependant pas partie de ceux contenus dans les versions du projet de codification déposées en 2007.

¹⁶⁵ Senate Finance Committee, *Heartland Act Report*, *supra* note 8 à la page 115.

¹⁶⁶ É.-U., Joint Committee on Taxation, *Option to Improve Tax Compliance and Reform Tax Expenditures*, (JCS-02-05), 27 janvier 2005, aux pages 29-30.

4.3 L'application de cette doctrine permet d'annuler les avantages fiscaux découlant de planifications malgré que des incertitudes subsistent sur les objets de la loi fiscale

Des membres de l'administration fiscale ont déjà exprimé l'avis que l'application des règles spécifiques lui permet d'annuler les avantages fiscaux pouvant être réclamés par les contribuables audacieux¹⁶⁷. Cependant, ces règles sont détaillées, complexes et parfois incohérentes. En s'appuyant sur une interprétation mécanique et littérale de ces règles, des contribuables pourraient réclamer des avantages fiscaux d'une manière allant à l'encontre des objets de la loi fiscale. Abstraction faite des divergences d'opinions sur les conditions d'ouverture de la doctrine exprimées dans la sous-section 4.2, l'application de cette doctrine par les tribunaux permet d'annuler des avantages fiscaux malgré que des incertitudes subsistent sur les objets poursuivis par une règle spécifique ou par la loi lue dans son ensemble.

Les affaires *Black & Decker*¹⁶⁸ et *Coltec*¹⁶⁹ illustrent les enjeux relatifs à l'application de cet outil. Dans ces affaires, l'administration fiscale alléguait que les objets de la loi ne permettaient pas aux contribuables de se prévaloir des avantages fiscaux en vertu d'une application technique de diverses règles. L'administration fiscale alléguait que selon les notes explicatives, l'une des règles ne visait qu'une situation particulière qui n'était pas celle du contribuable. De plus, elle soutenait que le contribuable ne pouvait obtenir deux déductions pour un même montant ou ne pouvait devancer le moment où il pouvait déduire ce montant sans que cela soit considéré abusif.

Les Cours d'appel saisies de chacune de ces deux affaires ont conclu que les objets de la loi tels qu'allégués par l'administration fiscale ne ressortent aucunement du texte de loi. Néanmoins, dans *Coltec*, la Cour d'appel du Circuit fédéral a annulé la quasi-totalité des avantages fiscaux réclamés par les contribuables en appliquant la doctrine de la réalité économique. Dans *Black & Decker*, la Cour d'appel du 4^e Circuit a renvoyé le dossier à la Cour

¹⁶⁷ Korb, *Economic Substance Doctrine*, *supra* note 26.

¹⁶⁸ Voir *Black & Decker* (4^e Cir.), *supra* note 32 aux pages 10 à 14.

¹⁶⁹ *Ibid.* aux pages 7-10. Voir aussi *Coltec* (Fed. Cir. App.), *supra* note 3. Le fascicule 1 de la présente étude résume cette dernière affaire.

de première instance afin que celle-ci décide si la doctrine de la réalité économique devait s'appliquer à la planification en litige. Dans l'intervalle, la Cour d'appel du Circuit fédéral avait rendu son jugement dans l'affaire *Coltec* en faveur de l'administration fiscale. Le contribuable dans *Black & Decker* a finalement demandé au tribunal de première instance d'ajourner l'audition de cette affaire pour conclure une entente à l'amiable avec l'administration fiscale¹⁷⁰.

4.4 Le projet de codification favorise l'uniformité en exigeant que la planification du contribuable satisfasse aux deux volets de la doctrine de la réalité économique

Le projet de codification exige que les tribunaux appliquent la doctrine de la réalité économique à la fois selon les volets subjectif et objectif. Cette formulation correspond à l'approche conjonctive qui a notamment été préconisée par la Cour d'appel du Circuit fédéral dans l'affaire *Coltec*. Sous cet angle, le projet de codification souscrit au principe d'uniformité dans l'application de la doctrine de la substance économique par les tribunaux, puisqu'elle écarte alors les approches unitaires et disjonctives appliquées présentement par certains tribunaux. Une approche conjonctive accroît aussi l'intégrité du régime fiscal, puisqu'un contribuable ne peut réclamer des avantages fiscaux du simple fait qu'il poursuit également des objets commerciaux dans une planification audacieuse si son anticipation de profit apparaît déraisonnable à la lumière des normes commerciales applicables dans les circonstances.

4.5 Les groupes d'intervenants divergent d'opinion sur la façon de concilier les principes d'uniformité et de souplesse dans l'application de la doctrine

Certaines organisations professionnelles ont exprimé l'avis qu'une clarification des concepts appliqués par les tribunaux s'avérerait souhaitable, notamment quant aux facteurs visant à définir l'anticipation de profit¹⁷¹. Elles craignent particulièrement que selon la proposition

¹⁷⁰ Voir Sheryl Stratton, « *Black & Decker to Settle; Bigger Contingent Liability Case on Horizon* » (5 mars 2007), 2007 TNT 43-1, ainsi que la requête conjointe formulée en ce sens par les parties, telle que publiée dans 2007 TNT 43-16.

¹⁷¹ Voir le point de vue exprimé par le *American Bar Association, Section of Taxation* dans une lettre adressée au *Senate Committee on Finance* et au *House Ways and Means Committee* le 4 janvier 2006 intitulée « *Comments Regarding S. 2020: Tax Relief Act of 2005* » [ABA, « *Comments on S. 2020 (2005)*], portant notamment sur la codification de la doctrine de la réalité économique.

formulée, des opérations commerciales courantes et légitimes soient qualifiées d'évitement¹⁷². Ces organisations ont exprimé leur désaccord avec le projet de codification puisque ce dernier ne s'avère pas suffisamment souple par rapport aux normes commerciales et ne prend pas adéquatement en considération l'évolution de l'économie¹⁷³.

De façon plus particulière, ces opposants croient que l'application de la doctrine de la réalité économique par les tribunaux au cas par cas permet une plus grande souplesse dans l'application des règles fiscales. De l'avis des contribuables et des conseillers, une telle souplesse permet au régime fiscal de s'adapter à l'évolution de l'environnement économique¹⁷⁴. Selon eux, l'administration fiscale propose dans ses diverses versions de codification des critères moins souples que ceux formulés jusqu'à ce jour par les tribunaux. À leur avis, ces critères pourraient empêcher les contribuables de recourir à diverses options commerciales pour réaliser des objets légitimes.

Certains membres de l'administration fiscale sont par ailleurs d'avis que l'ajout d'un palier additionnel de règles strictes et complexes pourrait l'empêcher d'administrer le régime fiscal de façon souple et efficace. À leur avis, la codification de cette doctrine selon les versions proposées ne pourra établir une démarcation équitable entre les opérations légitimes et celles d'évitement. De plus, les critères proposés ralentiraient les activités de vérification de l'administration fiscale puisque pour appliquer la doctrine, cette dernière devrait analyser une série de critères stricts et restrictifs plutôt que d'appliquer ceux qu'elle juge appropriés à la lumière de la jurisprudence et selon les circonstances¹⁷⁵.

¹⁷² Voir Keinam, « Economic Substance », *supra* note 2.

¹⁷³ Pour un exposé et une critique du point de vue des opposants à la codification de la doctrine de la réalité économique, voir Samuel Thomson Jr., directeur du *Law Center, University of California*, témoignage déposé devant le *Subcommittee on Select Revenue Measures of the House Committee on Ways and Means*, 9 mai 2006 [Thomson, Committee on Ways and Means].

¹⁷⁴ Voir Keinam, « Economic Substance », *supra* note 2.

¹⁷⁵ Thomson, *Committee on Ways and Means*, *supra* note 173.

L'administration fiscale devrait respecter le principe de prévisibilité dans l'application des règles fiscales tout en conservant une certaine souplesse afin de pouvoir les appliquer dans plusieurs circonstances. L'administration fiscale devrait alors définir des paramètres à la fois précis et souple dans la loi. Parmi ces paramètres se trouvent :

- La période de temps à l'intérieur de laquelle un contribuable peut maintenir une anticipation raisonnable de profit aux fins fiscales.
- La mesure de la valeur actualisée des différents avantages d'une opération.
- La détermination du poids relatif des avantages économiques et fiscaux découlant d'une opération, sur une base actuarielle.
- La détermination du degré de risque économique qu'un contribuable doit assumer dans une planification afin de réclamer les avantages fiscaux en découlant.

Soulignons que l'administration fiscale (*Department of Treasury*) peut prescrire des règlements pour requalifier une opération d'évitement impliquant plusieurs parties¹⁷⁶. En vertu de ce pouvoir, elle pourrait déterminer les attributs fiscaux des parties à une planification comme si cette dernière ne s'était déroulée qu'entre deux parties ou entre le nombre de parties qu'elle juge approprié. L'administration fiscale n'a toutefois exercé ce pouvoir qu'en de rares occasions. Dans ces cas-là, l'administration fiscale a requalifié des planifications selon la doctrine de la réalité économique¹⁷⁷. Elle a par ailleurs retiré un projet de règlement à la lumière des décisions des tribunaux en faveur de l'administration fiscale portant sur la planification en faisant l'objet¹⁷⁸.

¹⁷⁶ 26 U.S.C. § 7701(l).

¹⁷⁷ Voir Treasury, *Corporate Tax Shelters*, *supra* note 134 aux pages 44-45 et *Appendix A*.

¹⁷⁸ Voir Internal Revenue Service, « Withdrawal of Notice of Proposed Rulemaking » RIN 1545-AU 19 (10 novembre 2003).

4.6 La latitude dont dispose les tribunaux pour qualifier les objets du contribuable dans une planification crée le risque que ceux-ci la requalifient arbitrairement

Le volet subjectif du projet de codification exige que l'objet non fiscal de l'opération soit substantiel. Un tribunal pourrait refuser au contribuable le bénéfice des avantages fiscaux réclamés lorsque, au lieu de la planification audacieuse qu'il a réalisée, il aurait pu conclure une opération d'une manière plus simple et qui serait plus compatible avec ses activités commerciales habituelles.

Les groupes d'intervenants peuvent diverger d'opinion sur la manière d'évaluer l'objet essentiel du contribuable dans une opération. Aux fins de la doctrine de la réalité économique, les tribunaux ont évalué les objets poursuivis par le contribuable de manière subjective ou de manière objective. Le poids accordé au volet subjectif de la doctrine varie grandement dans la jurisprudence. Lorsque les tribunaux retiennent le même facteur dans l'application des volets subjectif et objectif du test, ils ont tendance à accorder une plus grande importance aux preuves objectives des intentions du contribuable¹⁷⁹. Dans ce contexte, certains juges ont refusé de considérer les opinions subjectives du contribuable lorsque la preuve objective ne corroborait pas celles-ci. Des tribunaux ont également exprimé l'opinion que la doctrine de la réalité économique doit être appliquée de manière objective selon les impacts de l'opération sur la situation économique du contribuable et nonobstant l'intention subjective de ce dernier¹⁸⁰.

Pour déterminer si un contribuable poursuit un objet essentiel autre que fiscal, les tribunaux auront le loisir d'appliquer l'un ou l'autre des critères qu'ils ont utilisés dans le passé pour appliquer la doctrine de la réalité économique. Les tribunaux ont notamment pris en considération les facteurs suivants pour qualifier de manière objective la nature des objets poursuivis par un contribuable dans une planification :

- La possibilité pour le contribuable de tirer un profit d'une opération.
- L'existence d'un objet véritable autre que fiscal justifiant la mise en œuvre de l'opération.

¹⁷⁹ Voir *Hunt*, *supra* note 79 à la page 472 : « It is proper to draw from objective facts inferences regarding a subjective intent to profit. » Voir également *Friedman*, *supra* note 79; *Faulconer*, *supra* note 113.

¹⁸⁰ Voir *Coltec* (Fed. Circ. App.), *supra* note 3 aux pages 25-26 du jugement publié par la Cour d'appel; *Black & Decker* (4^e Cir.), *supra* note 32 aux pages 15-18 de la décision publiée par la Cour d'appel.

- L'investissement réel de fonds dans l'opération par le contribuable¹⁸¹.

La comparaison de l'opération conclue par le contribuable à des opérations alternatives peut amener les tribunaux à identifier les objets poursuivis par le contribuable dans une opération de manière objective. Le projet de codification ne définit pas les caractéristiques des opérations que les contribuables auraient pu envisager pour réaliser l'objet non fiscal dans l'opération mise en œuvre sans obtenir les avantages fiscaux qu'ils ont réclamés. En l'absence de paramètres précis, les tribunaux et l'administration évalueront le caractère raisonnable de l'opération conclue par le contribuable. Cela ouvre la porte à une comparaison de nature arbitraire de cette opération à des opérations alternatives par l'administration fiscale et les tribunaux¹⁸². Malgré l'absence dans le plus récent projet de codification du volet exigeant une évaluation du caractère raisonnable de l'opération du contribuable¹⁸³, nous sommes d'avis que le critère de l'objet substantiel implique que les tribunaux et l'administration fiscale mèneront une telle évaluation.

Dans la perspective des contribuables et des conseillers, l'évaluation par les tribunaux et l'administration fiscale du caractère raisonnable d'une opération porte atteinte au privilège des contribuables d'organiser leurs affaires afin de réaliser les objets qu'ils poursuivent¹⁸⁴. Cet extrait du bref de *certiorari* déposé par le contribuable dans l'affaire *Coltec* auprès de la Cour suprême des États-Unis, où elle demandait à cette dernière de renverser une décision défavorable de la Cour d'appel du Circuit fédéral, présente succinctement les préoccupations des contribuables à cet égard :

The economic-substance doctrine is not a source of common-law power for a court to substitute its judicial sense of the economic benefits of corporate transactions for the goodfaith business judgment of experienced corporate officers and lawyers deeply conversant with asbestos liability, thereby depriving a taxpayer of benefits to which it is entitled by the plain terms of the Internal Revenue Code. Sham transactions generally involve transitory arrangements with no connection to the taxpayer's historic business and artificial losses with no economic corollary, *UPS*, 254 F.3d. at 1019-20; the economic-

¹⁸¹ Voir Korb, *Economic Substance Doctrine*, *supra* note 26. Un survol de facteurs retenus par les tribunaux pour identifier la présence d'un objet de nature fiscale se trouve dans la sous-section 3.3.1.

¹⁸² Voir les préoccupations exprimées à cet égard par la division fiscale du *New York State Bar Association* dans une lettre formulée au comité des Finances du Sénat américain datée du 12 avril 2007.

¹⁸³ Voir sous-section 3.2.3.

¹⁸⁴ Voir Keinam, « Economic Substance », *supra* note 2 aux pages 270-271.

substance doctrine cannot be used against a taxpayer where (as here) the transaction “precipitated the realization of actual economic losses arising from a longterm, economically significant investment.” *ACM*, 157 F.3d at 251 (citing *Cottage Sav. Ass’n v. Commissioner*, 499 U.S. 554 (1991)); Joseph Bankman, *The Economic Substance Doctrine*, 74 S. Cal. L. Rev. 5, 17-18 (2000) (defending *Cottage Savings* exception to economic-substance doctrine for transactions “tied to ordinary business operations”)¹⁸⁵.

[nos extraits]

Dans les notes explicatives accompagnant le plus récent projet de codification déposé par le Sénat américain, l’administration fiscale (*Joint Committee on Taxation*) tente d’apaiser les inquiétudes des contribuables et des conseillers. Ainsi, la doctrine de la réalité économique proposée ne s’appliquerait pas aux opérations courantes reconnues par la jurisprudence ou par une pratique administrative, bien que les contribuables aient choisi une forme d’opération fiscalement avantageuse :

The provision is not intended to alter the tax treatment of certain basic business transactions that, under longstanding judicial and administrative practice are respected, merely because the choice between meaningful economic alternatives is largely or entirely based on comparative tax advantages. Among these basic transactions are (1) the choice between capitalizing a business enterprise with debt or equity; (2) a U.S. person’s choice between utilizing a foreign corporation or a domestic corporation to make a foreign investment; (3) the choice to enter a transaction or series of transactions that constitute a corporate organization or reorganization under subchapter C; and (4) the choice to utilize a related-party entity in a transaction, provided that the arm's length standard of section 482 and other applicable concepts are satisfied. Leasing transactions, like all other types of transactions, will continue to be analyzed in light of all the facts and circumstances. As under present law, whether a particular transaction meets the requirements for specific treatment under any of these provisions can be a question of facts and circumstances. Also, the fact that a transaction does meet the requirements for specific treatment under any provision of the Code is not determinative of whether a transaction or series of transactions of which it is a part has economic substance¹⁸⁶.

De l’avis de l’administration fiscale, un contribuable qui mène une opération s’inscrivant de manière raisonnable dans le cours normal de ses activités poursuit en principe un objet substantiel autre que fiscal¹⁸⁷. Tel que l’illustrent les affaires *Black & Decker* et *Coltec*, l’analyse doit avant tout être centrée sur l’opération qui donne lieu à l’avantage fiscal et, au besoin, situer cette opération dans l’ensemble des activités courantes réalisées par l’entreprise.

¹⁸⁵ Voir *Petition for a Writ of Certiorari, Coltec Industries Inc. v. United States* (No. 06-659) déposé par le contribuable auprès de la Cour suprême des États-Unis le 8 novembre 2006, à la page 28.

¹⁸⁶ Senate Finance Committee, *Heartland Act Report*, *supra* note 8, aux pages 115 et 116.

¹⁸⁷ JCT, *Taxpayer Protection Act*, *supra* note 4 à la page 133.

En raison de la nature subjective d'une évaluation des intentions du contribuable, l'administration fiscale continuera à prêter une attention particulière aux communications entre les contribuables et leurs conseillers pouvant révéler la prédominance d'un objet de nature fiscale¹⁸⁸. Les tribunaux doivent alors composer avec l'application des privilèges de confidentialité des contribuables lorsque ces derniers communiquent avec leurs conseillers dans l'application du volet subjectif de la doctrine¹⁸⁹.

4.7 Le projet résout l'incertitude sur le poids minimal de l'avantage fiscal déclenchant l'application de la doctrine à une planification, mais ne prescrit pas la façon de le mesurer

Une incertitude subsiste dans la jurisprudence quant au poids relatif d'un objet fiscal dans une planification qui déclenche l'application de la doctrine de la réalité économique et entraîne l'annulation des avantages fiscaux du contribuable. L'administration fiscale pallie cette incertitude en exigeant dans les projets de codification que la doctrine de la réalité économique s'applique lorsque le poids relatif d'un objet fiscal est substantiel comparativement à tout autre objet poursuivi par le contribuable dans le cadre de la planification.

Cependant, la proposition ne fournit pas de paramètres en vertu desquels les tribunaux pourraient conclure que l'objet substantiel du contribuable dans une planification audacieuse est de nature autre que fiscale. Les intervenants allégueront selon leurs intérêts respectifs qu'un objet substantiel s'assimile au principal objet dans l'opération, à l'un de ses objets significatifs ou encore à son objet dominant¹⁹⁰. En l'absence de paramètres supplémentaires, les tribunaux pourraient exprimer des opinions divergentes sur la nature de l'objet essentiel du contribuable dans une planification, selon leur interprétation des faits et des circonstances.

¹⁸⁸ Korb, *Economic Substance Doctrine*, *supra* note 26 à la page 14.

¹⁸⁹ L'application des privilèges de confidentialité en matière de planifications audacieuses fait l'objet d'une analyse dans le fascicule 8 portant sur les règles de divulgation aux États-Unis (à venir).

¹⁹⁰ Voir Lee A. Sheppard, « News Analysis: Drafting Economic Substance, Part 3 », (28 février 2005) 106 Tax Notes 1020, 2005 TNT 39-6 [Sheppard, *Drafting Economic Substance*].

De façon plus particulière, la proposition ne précise pas si l'objet essentiel poursuivi par le contribuable doit être identifié en prenant en considération l'ensemble d'une planification ou uniquement l'opération qui donne lieu à l'avantage fiscal réclamé par le contribuable. L'absence de paramètres précis reflète le souci de l'administration fiscale de préserver la souplesse laissée aux tribunaux de manière à distinguer une opération commerciale véritable d'une opération ayant uniquement pour but la réalisation d'avantages fiscaux¹⁹¹. La décision rendue par la Cour d'appel du Circuit fédéral dans l'affaire *Coltec* s'inscrit dans cette idée : de l'avis de cette cour, l'opération qui donne lieu à l'avantage fiscal doit être isolée des autres étapes de la planification afin d'éviter qu'un objet commercial général puisse justifier une transaction d'évitement fiscal.

À notre avis, les groupes d'intervenants devraient mesurer le poids d'un objet fiscal du contribuable dans une planification en appliquant les critères objectifs utilisés par les tribunaux pour mesurer les impacts que cette planification a exercés sur la situation économique de celui-ci.

4.8 Incertitudes quant aux critères à appliquer pour mesurer les changements significatifs dans la situation économique d'un contribuable

De façon sommaire, les différentes versions du projet de codification reprennent une exigence formulée par divers tribunaux voulant que la position économique du contribuable doive être modifiée de façon significative afin qu'il puisse réclamer les avantages fiscaux d'une planification. Le volet objectif du projet de codification permet l'utilisation d'une preuve basée sur l'anticipation raisonnable de profit du contribuable ou sur d'autres facteurs démontrant une modification substantielle de la situation économique du contribuable. Si celui-ci invoque un profit potentiel, le projet de codification exige qu'il puisse générer un seuil minimal de profit. La valeur actuelle du profit potentiel avant impôt doit être substantielle par rapport à la valeur

¹⁹¹ Le projet de codification précise que les avantages de nature comptable que les contribuables pourraient obtenir d'une opération ne sont pas des objets non fiscaux reconnus aux fins de la doctrine de la réalité économique.

actuelle des avantages fiscaux de l'opération. Par conséquent, il ne suffit pas de démontrer uniquement la possibilité de réaliser un profit minimal¹⁹².

En somme, une telle formulation cherche implicitement à assurer l'application de la doctrine de la réalité économique sur la base d'une mesure du profit anticipé par le contribuable dans une opération qui prend en considération le risque économique auquel il s'expose¹⁹³.

Pour l'administration fiscale, l'application de la doctrine de la réalité économique sur une telle base permet de réaliser deux objectifs.

Tout d'abord, une mesure de l'« anticipation raisonnable de profit avant impôt » du contribuable qui est fonction du rendement d'un investissement ne présentant aucun risque financier permet de mieux circonscrire les planifications d'évitement par opposition à la mesure d'une simple possibilité de profit. Pour satisfaire cette dernière condition, un contribuable n'aurait qu'à établir de façon objective l'existence de la simple possibilité de tirer un profit minimal – bien que cette anticipation apparaisse déraisonnable. L'utilisation du critère d'anticipation raisonnable d'un profit au-delà du rendement d'un investissement sans risque financier accroît donc les risques pour les contribuables qui désirent réaliser une planification uniquement pour réclamer des avantages fiscaux¹⁹⁴.

Ensuite, lorsque des sociétés sont impliquées dans une planification, une comparaison des avantages économiques et des avantages fiscaux découlant d'une planification permet d'identifier de façon plus adéquate les planifications abusives, par opposition à la comparaison du montant investi dans un abri fiscal avec les avantages fiscaux en découlant. Cette dernière comparaison peut s'avérer appropriée à l'égard des particuliers qui doivent généralement contracter un emprunt afin d'investir dans un abri fiscal, puisque le ratio entre le montant investi et les avantages fiscaux s'avérerait généralement disproportionné. Cependant, les sociétés

¹⁹² Les commissions, les impôts étrangers exigibles ainsi que toutes les autres dépenses encourues dans le cadre de l'opération devront être déduits pour établir le profit potentiel du contribuable.

¹⁹³ Sheppard, *Drafting Economic Substance*, *supra* note 190.

¹⁹⁴ Voir Treasury, *Corporate Tax Shelters*, *supra* note 134 *Appendix C*. L'administration fiscale y avait exposé son raisonnement à l'égard de l'application d'un critère d'anticipation raisonnable de profit formulée dans une proposition précédente et présentant des similarités avec l'outil examiné dans cette sous-section.

pourraient investir leurs fonds de façon à diluer les avantages fiscaux d'une opération parmi d'autres avantages non fiscaux¹⁹⁵.

Les versions du projet de codification ne définissent aucun paramètre pour déterminer la mesure dans laquelle la situation économique d'un contribuable a été modifiée de manière significative par une opération donnée. Plus particulièrement, ils ne prescrivent pas de paramètres spécifiques pour déterminer le degré d'anticipation de profit qu'un contribuable doit entretenir afin de justifier les avantages fiscaux découlant d'une planification. À cet égard, les groupes d'intervenants divergent d'opinion sur ce degré minimal d'anticipation de profit ainsi que sur la façon de le mesurer¹⁹⁶.

L'absence de critères prédéterminés confère énormément de latitude aux tribunaux pour déterminer si une planification exerce un impact significatif sur la situation économique d'un contribuable. Une telle latitude leur permet de rendre des décisions équitables envers les contribuables selon les faits et circonstances de chaque planification. En contrepartie, ces derniers doivent composer avec l'imprévisibilité des conclusions des tribunaux sur la conformité de leur planification à la doctrine de la réalité économique.

L'administration fiscale doit tenter de concilier les principes d'intégrité, de prévisibilité et de souplesse dans l'application de la doctrine de la réalité économique. Elle fait face, entre autres, aux difficultés suivantes :

- La fixation d'un seuil minimal de rentabilité.
- La détermination d'une durée raisonnable à l'intérieur de laquelle le contribuable peut réaliser un profit économique.
- La mesure de la valeur actualisée des différents avantages d'une planification.
- La mesure du poids relatif des avantages économiques et fiscaux d'une planification, sur une base actuarielle.
- La mesure du degré de risque économique.

¹⁹⁵ *Ibid*, note 134.

¹⁹⁶ Voir Keenam, « Economic Substance », *supra* note 2.

Les groupes d'intervenants divergeront d'opinion sur le seuil minimal d'anticipation de rentabilité d'un contribuable. Il s'avère impossible de définir un seuil applicable à l'ensemble des contribuables et des planifications puisque celui-ci varie selon les faits et les circonstances de chaque contribuable, selon les objets qu'il poursuit et selon sa stratégie commerciale. Comme nous l'avons souligné auparavant, des versions du projet de codification antérieures à celles déposées durant l'automne 2007 exigeaient que le seuil de profit anticipé par un contribuable excède le rendement d'un investissement sans risque. Le retrait de ce dernier critère par l'administration fiscale illustre les difficultés de définir de façon suffisamment souple ce seuil minimal de rentabilité.

À notre avis, l'administration fiscale devrait privilégier une application souple de la doctrine de la réalité économique au lieu d'adopter des critères stricts et inflexibles qui évacuent de l'équation les normes commerciales et économiques applicables selon les circonstances. L'extrait suivant tiré d'une allocution prononcée par le juge de la Cour américaine de l'impôt dans l'affaire *ACM* illustre les difficultés à déterminer un seuil minimal d'anticipation de profit :

Inasmuch as the economic substance test already is an established judicial doctrine, a question can be raised whether it is really necessary to have a new statutory economic substance test or whether the existing judicial doctrine as discussed in *ACM* is adequate to resolve controversies. Other questions, such as how one defines "insignificant" or how one measures such term, remain open issues. For instance, does a certain percentage of pre-tax profits satisfy the test? Does that percentage apply to all industries and all taxpayers? Will the courts be placed in a position where they will have to determine what is an appropriate level of pre-tax profits industry by industry, and activity by activity? I do note that *ACM* did not require that the non-tax business purpose be the primary or principle [sic] purpose of the transaction. Moreover, the case did not conclude that pre-tax profits must exceed tax benefits in order to be sustained¹⁹⁷.

[nos extraits]

De façon plus particulière, il y a fort à parier que les groupes d'intervenants divergeront d'opinion sur la période maximale à l'intérieur de laquelle un contribuable peut maintenir une anticipation raisonnable de profit. L'affaire *Dow Chemical*¹⁹⁸ illustre bien les divergences d'opinions entre les groupes d'intervenants quant au caractère raisonnable du degré d'anticipation de profit d'un contribuable lorsque ce profit dépend d'opérations que le contribuable devra réaliser plusieurs années après la date de mise en œuvre d'une

¹⁹⁷ Voir Laro, « A view from the Tax Court », *supra* note 13 à la page 48.

¹⁹⁸ *Dow Chemical*, *supra* note 58.

planification, particulièrement si le contribuable ne s'est pas engagé à les réaliser selon les modalités contractuelles de la planification et que ces opérations lui sont inhabituelles.

Afin de déterminer la période maximale durant laquelle un contribuable peut raisonnablement anticiper un profit, les tribunaux peuvent adopter la perspective d'un investisseur raisonnable selon les normes commerciales généralement reconnues et applicables au secteur d'activité du contribuable¹⁹⁹. Comme nous l'avons souligné dans la sous-section 2.5.2, les tribunaux pourraient mesurer cette anticipation de profit en fonction de la valeur actualisée nette des profits économiques d'une planification. Cette valeur varierait selon le taux d'escompte appliqué par chaque évaluateur à la lumière des circonstances entourant une opération donnée. Les tribunaux pourraient avoir recours à un expert qualifié et impartial pour établir la valeur actualisée des divers avantages découlant d'une opération audacieuse²⁰⁰.

Des incertitudes subsistent également sur la valeur actualisée nette minimale des avantages autres que fiscaux qu'un contribuable doit espérer obtenir dans une planification afin de pouvoir réclamer les avantages fiscaux en découlant. En l'absence de paramètres précis dans la loi fiscale, les tribunaux doivent établir le plus équitablement possible le rendement minimal de référence afin de déterminer si un contribuable entretient une anticipation raisonnable de profit dans le cadre de la planification²⁰¹.

Enfin, bien que les versions du projet de codification reposent sur le degré de profit qu'un contribuable peut anticiper en fonction du risque économique qu'il assume, elles ne définissent pas la notion de risque économique. Or, les contribuables audacieux cherchent à bénéficier d'avantages fiscaux en réalisant des opérations où elles minimisent ou annulent les risques économiques qui en découleraient autrement²⁰². À notre avis, une clarification du degré de risque économique reconnu aux fins fiscales permettrait d'une part d'assurer une plus grande

¹⁹⁹ Voir Korb, *Economic Substance Doctrine*, *supra* note 26.

²⁰⁰ Voir Treasury, *Corporate Tax Shelters*, *supra* note 134 *Appendix C*. L'administration fiscale y avait exposé son raisonnement à l'égard de l'application d'un critère d'anticipation raisonnable de profit formulée dans une proposition précédente et présentant des similarités avec l'outil examiné dans cette sous-section. Nous référons le lecteur à la sous-section 2.5.2, pour de plus amples détails sur les enjeux relatifs à l'application de la doctrine de la réalité économique en fonction d'une valeur actualisée nette d'une planification.

²⁰¹ *Ibid.* aux pages 161-162.

²⁰² Voir Sheppard, « Drafting Economic Substance », *supra* note 190.

uniformité dans l'application de la doctrine de la réalité économique par les tribunaux et, d'autre part, de promouvoir la prévisibilité et la souplesse dans l'application des règles fiscales.

4.9 Les contribuables doivent toujours établir que leurs opérations sont conformes à la doctrine de la réalité économique selon la prépondérance des probabilités

Le projet de codification n'apporte aucun changement aux règles de preuve en matière fiscale. Comme nous l'avons souligné dans la sous-section 2.7, les contribuables doivent prouver que leur planification est conforme à la doctrine de la réalité économique²⁰³, et les tribunaux trancheront les litiges selon la prépondérance des probabilités.

4.10 Préoccupations pour les contribuables à l'égard d'une pénalité stricte pour sous-estimation de l'impôt à payer

4.10.1 De l'avis de l'administration fiscale, une pénalité stricte s'avère nécessaire puisque les contribuables sont en mesure de se soustraire trop facilement à la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer

Comme nous l'avons mentionné dans la sous-section 2.8, les contribuables sont actuellement assujettis à une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer correspondant à 20 pour cent du montant d'impôt sous-estimé. Ils peuvent s'y soustraire en prouvant qu'ils ont appliqué les règles fiscales de manière raisonnable, particulièrement s'ils ont divulgué adéquatement les renseignements pertinents dans leur déclaration de revenus. En matière de planifications audacieuses, les contribuables peuvent se soustraire à la totalité ou une partie de la pénalité uniquement s'ils établissent qu'ils sont de bonne foi et qu'ils ont fait preuve de diligence raisonnable pour réclamer des avantages fiscaux d'une manière conforme à la loi fiscale et à la doctrine de la réalité économique, selon la prépondérance des probabilités.

En vertu du projet de codification, les contribuables qui auraient sous-estimé leur impôt à payer en raison de l'application de la doctrine de la réalité économique seraient assujettis à une

²⁰³ La Cour d'appel du Circuit fédéral dans l'affaire *Coltec* avait réitéré ce principe : voir *Coltec* (Fed. Circ. App.), *supra* note 3.

pénalité stricte de 20 pour cent, voire de 30 ou même de 40 pour cent s'ils n'ont pas rempli leurs devoirs de divulgation à l'égard de certaines opérations prescrites par l'administration fiscale²⁰⁴. Selon la proposition, la pénalité s'appliquerait sur la totalité du montant d'impôt sous-estimé et les contribuables ne pourraient d'aucune façon s'y soustraire.

L'administration fiscale est arrivée à la conclusion que l'utilisation sans cesse croissante de planifications audacieuses par les entreprises pouvait découler de la possibilité de soulever une défense fondée sur une application raisonnable de la loi fiscale. De l'avis de certaines organisations professionnelles, les contribuables pourraient établir cette défense en se fondant sur des opinions fiscales dont le degré d'analyse n'était pas suffisamment approfondi²⁰⁵. L'administration fiscale a aussi constaté dans certains cas que les contribuables contestaient l'application des pénalités²⁰⁶. L'application d'une pénalité stricte accroîtrait de façon significative les risques financiers pour les contribuables qui mettent en œuvre une planification audacieuse²⁰⁷.

²⁰⁴ De façon sommaire, les contribuables doivent produire une déclaration de renseignements s'ils ont mis en œuvre une opération prescrite par l'administration fiscale. À son avis, les opérations prescrites présentent des risques d'évitement fiscal. Ces règles de divulgation font l'objet du fascicule 8 intitulé « Règles de divulgation » de cette étude.

²⁰⁵ Treasury, *Corporate Tax Shelters*, *supra* note 134 aux pages 85-93 : « It is telling that two of the major organizations that represent tax professionals – the ABA and the NYSBA – point to a perceived deterioration in tax opinion writing standards as a facilitating cause in the availability of the reasonable cause exception and in the rise of corporate tax shelters, and have suggested remedies (described below) that are intended to narrow or, in the case of the NYSBA, even eliminate this escape hatch. »

²⁰⁶ Michael Brostek (Director Tax Issues, Internal Revenue Service), témoignage déposé auprès du *Committee on Finance* (U.S. Senate), *Internal Revenue Service: Challenges Remain in Combatting Abusive Tax Shelters*, (GAO-04-104T), 21 octobre 2003, aux pages 24-25. « Also designed to deter abusive tax shelters, accuracy-related penalties aim at investors who use abusive shelters to substantially undervalue true tax liability. Other penalties are for promoters who market shelters that aid and abet the understatement of tax liability or who fail to register shelters. IRS's Examination Returns Control System showed IRS assessing 21 investor penalties totaling about \$73 million between July 1, 2002, and May 1, 2003, which taxpayers had not necessarily agreed to pay. During our review, Treasury included proposed legislation in the Administration's revenue proposals to strengthen the penalties that could be used in abusive shelter situations. »

²⁰⁷ De façon sommaire, les contribuables et les conseillers fiscaux doivent produire une déclaration de renseignements à l'égard des modalités des opérations prescrites par l'administration fiscale au motif que ces opérations présentent des risques d'évitement fiscal. Or, dans le cas de plusieurs de ces opérations, des incertitudes planent quant aux opérations qui doivent être divulguées, particulièrement lorsque l'administration fiscale s'appuie sur la doctrine de la réalité économique pour associer une opération prescrite à un risque d'évitement fiscal et vise aussi des opérations similaires à celles qu'elle a décrites. Dans un tel contexte, les contribuables courent un risque accru d'être assujetti à une pénalité de 40 pour cent. Le fascicule 8 discutera de l'impact de la doctrine de la réalité économique sur les devoirs de divulgation des contribuables et des conseillers fiscaux en matière de planifications fiscales audacieuses.

Des organisations professionnelles sont cependant d'avis que l'imposition d'une pénalité stricte découlant de l'application de la doctrine de la réalité économique s'avère inéquitable. Cette iniquité découle des incertitudes entourant l'application de cette doctrine. Divers intervenants crédibles pourraient exprimer des opinions divergentes et raisonnables sur son application à une planification donnée. De l'avis de ces organisations, les contribuables devraient pouvoir se soustraire à la pénalité s'ils ont fait preuve de diligence raisonnable pour s'assurer que leur planification est conforme à la loi fiscale et à la doctrine de la réalité économique, selon la prépondérance des probabilités²⁰⁸.

Des organisations professionnelles craignent que l'administration fiscale et les tribunaux n'imposent pas une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer de manière uniforme pour l'ensemble des contribuables si celle-ci s'établit à 40 pour cent. Des membres de l'administration fiscale craignent par ailleurs que les tribunaux hésitent à appliquer la doctrine de la réalité économique si cela entraîne une pénalité stricte aussi élevée²⁰⁹. À notre avis, un taux de pénalité de 20 pour cent auquel un contribuable peut se soustraire selon son degré de diligence exerce un impact suffisamment important sur sa décision de réaliser une planification audacieuse²¹⁰.

Parallèlement aux discussions sur la codification de la doctrine de la réalité économique et sur la pénalité stricte qui s'y rattache, l'administration fiscale cherche à assurer une application plus rigoureuse de la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer par ses vérificateurs.

²⁰⁸ De l'avis du *National Taxpayer Advocate*, le taux croissant de décisions rendues par les tribunaux en faveur de l'administration fiscale quant à l'application des pénalités pour sous-estimation de l'impôt à payer en général soulève des incertitudes quant à une application équitable et uniforme de ces pénalités. Dans 57 décisions rendues par les tribunaux sur l'application de la pénalité pour négligence des contribuables entre le 1^{er} juin 2004 et le 31 mai 2005, l'administration fiscale a eu gain de cause en 39 occasions, soit dans 68 pour cent des cas. Dans ces décisions, les contribuables ont soumis une preuve insuffisante pour convaincre les tribunaux d'annuler la pénalité appliquée. Dans les autres cas, les tribunaux ont annulé la pénalité lorsque les contribuables ont démontré qu'ils se sont appuyés de bonne foi et de façon raisonnable sur une opinion formulée par un conseiller fiscal possédant un degré d'expertise approprié, à la lumière de l'ensemble des faits pertinents que les contribuables lui ont transmis. Le *National Taxpayer Advocate* propose à l'administration fiscale d'analyser plus en détail l'application de cette pénalité afin de mesurer son impact sur l'observation volontaire du régime fiscal. Voir NTA, *2005 Report to Congress*, *supra* note 141, Volume 1 aux pages 514-518.

²⁰⁹ Voir Lawrence M. Hill, Alexandra Minkovich, « Tax Policy Gone Wild: Harsh Penalties As Revenue Raisers », 2007 TNT 64-44. Voir aussi le point de vue exprimé par la section fiscale de l'association du barreau américain dans ABA (Section of Taxation), « Comments on S. 2020 (2005) », *supra* note 171.

²¹⁰ Pour une discussion portant sur les modalités d'application de la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer, voir Treasury, *Corporate Tax Shelters*, *supra* note 134 aux pages 85-93.

L'administration fiscale est d'avis que la prolifération des planifications audacieuses chez les entreprises pouvait découler principalement de la perception que l'administration fiscale ne l'applique pas. À son avis, ses vérificateurs ont par le passé adopté une attitude relativement conciliante quant à son application à des entreprises. L'administration fiscale cherche à instaurer des procédures pour s'assurer que les vérificateurs appliquent la pénalité de manière uniforme et équitable si les circonstances la justifient²¹¹.

4.10.2 L'impossibilité pour un contribuable de se soustraire à une pénalité stricte apparaît inéquitable lorsqu'il ne possède pas d'expertise en matière fiscale

En vertu des règles actuelles, les tribunaux pourraient annuler les avantages fiscaux réclamés par les contribuables en vertu de la doctrine de la réalité économique, sans toutefois maintenir la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer si les contribuables ont réclamé ces avantages fiscaux en vertu d'une interprétation technique plausible des règles fiscales. Les tribunaux prendront en considération le degré d'expertise du contribuable en matière fiscale aux fins de l'application de la pénalité. Or, selon le projet de codification, le contribuable ne pourrait se soustraire à la pénalité lorsque l'administration fiscale décide de l'appliquer.

Une pénalité stricte apparaît inéquitable pour les contribuables qui ne possèdent pas d'expertise en matière fiscale. Un contribuable aurait à verser une pénalité bien qu'il ne possède pas le degré d'expertise nécessaire pour saisir les nuances et les subtilités d'une opinion fiscale formulée par ses conseillers sur une planification audacieuse, sans possibilité pour les tribunaux de prendre en considération son degré d'expertise.

²¹¹ É.-U., Treasury Inspector General for Tax Administration, *The Strategy to Reemphasize Penalties in Corporate Examinations Could Be Enhanced* (2005-30-123), août 2005. L'administration fiscale a constaté que les vérificateurs n'ont pas suivi les procédures relatives à l'application des pénalités dans 35 des 45 déclarations de revenus faisant partie de l'échantillon révisé. Ces déclarations présentaient des projets d'avis de cotisation d'une valeur de 10 000 \$ et plus. Des pénalités pour sous-estimation de l'impôt à payer auraient pu être imposées en 23 occasions à l'intérieur de cet échantillon. Des préoccupations similaires ont été exprimées en examinant l'application des pénalités pour sous-estimation de l'impôt à payer dans des cas impliquant l'utilisation potentiellement abusive de fiducies : Treasury Inspector General for Tax Administration, *Significant Efforts Have Been Made to Combat Abusive Trusts, but Additional Improvements Are Needed to Ensure Fairness and Compliance Objectives Are Achieved* (2002-30-050), février 2002.

Actuellement, la possibilité pour un contribuable de soustraire à une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer n'empêche aucunement les tribunaux de maintenir une pénalité imposée par l'administration fiscale aux contribuables possédant l'expertise fiscale pour bien saisir les risques inhérents à une planification audacieuse. Selon la jurisprudence, les contribuables possédant une expertise fiscale peuvent difficilement se soustraire à la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer simplement au motif qu'ils se sont appuyés sur les opinions de leurs conseillers. De tels contribuables doivent divulguer à leurs conseillers l'ensemble des faits afin que ces derniers vérifient de façon diligente et impartiale la conformité d'une opération non seulement aux règles fiscales prises littéralement, mais également à la doctrine de la réalité économique. Dans certains cas, les tribunaux ont maintenu l'application d'une pénalité aux contribuables s'étant appuyés sur une opinion où les conseillers ont conclu à la conformité d'une planification avec les règles fiscales prises littéralement, mais à partir d'hypothèses incomplètes soumises par le contribuable sur la réalité économique de celle-ci²¹².

Les tribunaux peuvent aussi maintenir une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer à un contribuable, malgré que celui-ci se soit appuyé sur l'opinion de ses conseillers et que ceux-ci ont pris en considération la jurisprudence pertinente aux fins de l'application des règles fiscales. La Cour d'appel dans l'affaire *Jade Trading* a maintenu la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer au motif que le poids relatif des sources d'interprétation reconnues à l'appui de la doctrine de la réalité économique dans cette affaire l'emportait sur celui des sources à l'appui de l'interprétation technique des règles fiscales faite par les contribuables :

The taxpayer bears the burden of proving substantial authority. *Norgaard v. Comm'r*, 939 F.2d 874, 877-78 (9th Cir. 1999). Substantial authority for tax treatment exists "only if the weight of the authorities supporting the treatment is substantial in relation to the weight of authorities supporting contrary treatment." Treas. Reg. § 1.6662-4(d)(3)(i). Substantial authority is an "objective standard involving an analysis of the law and application of the law to relevant facts." Treas. Reg. § 1.6662-4(d)(2). "[T]he taxpayer's belief that there is substantial authority for the tax treatment of an item is not relevant in determining whether there is substantial authority for that treatment." Treas. Reg. § 1.6662-4(d)(3)(i) (1998). Pertinent authorities for a substantial authority analysis include the Internal Revenue Code, other statutory provisions, regulations, revenue rulings, and court decisions, but not opinions rendered by tax professionals. Treas. Reg. § 1.6662-4(d)(3)(iii).

²¹² Voir *Santa Monica Pictures, LLC v. Commissioner of Internal Revenue* et *Corona Film Finance Fund, LLC v. Commissioner of Internal Revenue*, T.C. Memo 2005-104 (11 mai 2005). Voir également l'affaire *Long-Term Capital Holdings*, supra note 5.

Plaintiffs argue that substantial authority existed for the tax treatment of the spread transaction based on Helmer. Plaintiffs are correct that at the time the spread transaction was executed, Helmer supported the premise that a sold call option would not constitute a liability under section 752 for purposes of calculating a partner's basis in its partnership interest. Indeed, recently in CEMCO the District Court for the Northern District of Illinois recognized that Helmer was good law [...]

The question of whether there was “substantial authority” for the positions taken by Jade here requires an examination of several legal theories. There was clearly authority under Helmer and its progeny for the proposition that contingent obligations were not liabilities within the meaning of section 752 of the Code. There was also some authority that the two legs of the spread transaction could be viewed separately, but the weight of both factual and legal authorities demonstrate that the options here could not be separated. More importantly, there is an overarching legal doctrine -- the economic substance doctrine -- which must be considered in evaluating whether Helmer was substantial authority for Jade's position. As the Federal Circuit in Coltec recognized, “[o]ver the last seventy years, the economic substance doctrine has required disregarding for tax purposes, transactions that comply with the literal terms of the tax code, but lack economic reality.” 454 F.3d at 1352. The Federal Circuit traced the roots of this doctrine to Supreme Court cases and noted that the Federal Circuit's predecessor had repeatedly applied the doctrine over the years and that “various tax treatises also recognize the doctrine's continued viability.” *Id.* At bottom, the fictional nature of the transaction and its lack of economic reality outweigh Helmer in the substantial authority assessment.

Because this Court finds that, on balance, substantial authority did not exist for the tax treatment of the spread transaction in Jade, it is not necessary to analyze whether the taxpayers reasonably believed at the time the return was filed that the tax treatment of the spread transaction was “more likely than not the proper treatment.” See Treas. Reg. § 1.6662-4(g)(1)(i)(B). As such, the alternative 20-percent substantial understatement penalties of section 6662(b)(2) were properly imposed by the Commissioner²¹³.

[nos extraits]

À l'opposé, les tribunaux ont conclu que les contribuables ne possédant pas l'expertise fiscale requise pour comprendre la portée des règles fiscales et de la doctrine de la réalité économique pourraient se soustraire à une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer si l'opération réalisée était dénuée de réalité économique, mais conforme aux règles fiscales interprétées littéralement.

L'affaire *Klamath*²¹⁴ illustre l'importance que les tribunaux peuvent accorder au poids de la doctrine de la réalité économique afin d'annuler, d'une part, les avantages fiscaux réclamés par le contribuable dans une opération, et d'autre part, la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer.

²¹³ Voir *Jade Trading*, *supra* note 59 aux pages 71 à 73 de la décision publiée par la Cour.

²¹⁴ Voir *Klamath*, *supra* note 141.

Dans cette affaire, une Cour de district du Texas avait conclu que les contribuables pouvaient réclamer les avantages fiscaux découlant d'une opération qui s'avérait conforme aux règles fiscales. Elle les a cependant annulés en appliquant la doctrine de la réalité économique. À son avis, les contribuables ne pouvaient ni entretenir quelque anticipation raisonnable de profit que ce soit, ni poursuivre un objet commercial véritable.

Néanmoins, la Cour annulait la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer imposée par l'administration fiscale. À son avis, les contribuables pouvaient réclamer de bonne foi les avantages fiscaux en vertu des règles applicables et de la jurisprudence, selon la prépondérance des probabilités²¹⁵.

La Cour avait formulé cette conclusion à la lumière, entre autres, d'une interprétation technique des règles fiscales²¹⁶ et du rapport d'expertise produit par les contribuables sur le degré d'analyse de leurs conseillers fiscaux concernant l'application de la loi à la planification. À son avis, les contribuables pouvaient réclamer les avantages fiscaux en vertu d'une interprétation technique des règles fiscales en jeu. Selon le rapport d'expertise, les conseillers avaient émis une opinion en conformité avec les normes de diligence prévue par les normes déontologiques en matière fiscale²¹⁷. Les conseillers avaient conclu que les contribuables pouvaient réclamer les avantages fiscaux eu égard à la loi fiscale et à la jurisprudence applicables lors de l'émission de l'opinion, et ce, selon la prépondérance des probabilités.

Selon le rapport d'expertise, les conseillers fiscaux pouvaient raisonnablement s'appuyer sur les représentations faites par le contribuable ainsi que sur les documents que les conseillers financiers ont fournis aux contribuables quant aux modalités de la planification, sans avoir à mener une analyse indépendante pour déterminer l'exactitude de ces représentations. À la lumière de ces représentations et documents, les conseillers auraient émis l'hypothèse que les

²¹⁵ *Ibid.* aux pages 24-27.

²¹⁶ La Cour fournit dans son jugement une analyse technique détaillée de son interprétation des règles fiscales en litige dans cette affaire.

²¹⁷ Soit les normes déontologiques prescrites par l'administration fiscale communément connues sous l'appellation *Circular 230*, telles qu'en vigueur avant le 21 juin 2005. Ces normes font l'objet du fascicule 7 de cette étude sur les planifications audacieuses.

contribuables cherchaient à réaliser un objet véritable et que la planification était conforme à la doctrine de la réalité économique. La planification n'avait cependant pas été mise en œuvre conformément à ces documents puisque les conseillers financiers avaient convenu entre eux, à l'insu des contribuables, que l'opération devait être menée autrement afin que les avantages fiscaux se réalisent.

Selon la Cour, les contribuables pouvaient s'appuyer sur l'opinion des conseillers fiscaux considérant que ceux-ci avaient fait preuve de diligence d'une manière conforme aux normes déontologiques applicables et que les contribuables ne possédaient pas l'expertise fiscale requise leur permettant d'identifier les éléments pouvant miner la crédibilité des opinions de leurs conseillers fiscaux²¹⁸.

4.11 Les contribuables, leurs conseillers ainsi que l'administration fiscale doivent mesurer les probabilités que les tribunaux appliquent la doctrine et la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer

Les contribuables chercheront à minimiser les risques que l'administration fiscale et, le cas échéant, les tribunaux annulent les avantages fiscaux découlant d'une planification fiscale audacieuse qu'ils ont mises en œuvre au motif que celle-ci était dénuée de réalité économique.

4.11.1 Les contribuables peuvent réduire ces risques en s'appuyant sur une opinion fiscale de leurs conseillers en autant qu'ils leur divulguent l'ensemble des faits de leur planification

Les contribuables pourraient consulter leurs conseillers pour obtenir une opinion fiscale éclairée sur la probabilité que cette planification soit conforme avec la loi fiscale et avec la doctrine de la réalité économique. Les contribuables qui sollicitent les services de conseillers fiscaux doivent leur divulguer l'ensemble des faits pertinents à la planification audacieuse envisagée. Autrement, ils ne pourraient se soustraire à une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer si leurs conseillers n'avaient pas été en mesure de formuler une opinion sur l'ensemble

²¹⁸ Pour une critique de la décision rendue dans l'affaire *Klamath*, notamment sur l'annulation de la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer, voir Lee A. Sheppard, « What Does IRS BLIPS Victory Mean », 2007 TNT 30-5 (12 février 2007).

des faits pertinents pour déterminer si une planification est conforme avec la doctrine de la réalité économique²¹⁹.

4.11.2 Obtention d'une décision anticipée de l'administration fiscale

Pour minimiser leurs risques, les contribuables pourraient formuler une demande de décision anticipée auprès de l'administration fiscale américaine pour obtenir l'assurance que l'opération est conforme à la loi fiscale ainsi qu'à la jurisprudence. Cependant, l'administration fiscale pourrait ne pas être en mesure d'émettre une décision anticipée à l'égard d'une opération qui présente un risque d'évitement fiscal, particulièrement si elle entretient un doute sur les objets commerciaux poursuivis par le contribuable dans l'opération et sur la légitimité des opérations visant à minimiser les impôts à payer du contribuable²²⁰.

S'ils ne peuvent obtenir une décision anticipée, les contribuables devraient solliciter l'opinion de conseillers fiscaux pour mesurer les probabilités que l'opération envisagée est conforme à la loi fiscale et à la jurisprudence. Les contribuables pourraient décider de mettre en œuvre une planification fiscale audacieuse si, de l'avis de leurs conseillers fiscaux, cette planification est conforme avec la loi fiscale et avec la jurisprudence, selon la prépondérance des probabilités.

4.11.3 Souscription d'une police d'assurance par les contribuables

Face aux incertitudes entourant l'application de la loi fiscale et de la doctrine de la réalité économique, les contribuables pourraient souscrire une police d'assurance auprès de sociétés d'assurance pour couvrir la totalité ou une partie des montants d'impôt, d'intérêt et de pénalité que l'administration fiscale pourrait éventuellement leur imposer. Les sociétés d'assurance

²¹⁹ Voir *InterTAN, Inc. v. Commissioner of Internal Revenue*, T.C. Memo 2004-1 (5 janvier 2004), décision confirmée en appel dans *InterTan, Inc. v. Commissioner of Internal Revenue*, Decision No. 04-60225 (United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, 8 décembre 2004). Pour une analyse de cette décision, voir Burgess J.W. Raby et William L. Raby, « How Taxpayers Can Void Their Penalty Protection Insurance », 2004 TNT 14-7.

²²⁰ Voir É.-U., Department of Treasury (Internal Revenue Service), Rev. Proc. 2009-4, 2009-1 I.R.B. 118 (5 janvier 2009), ainsi que Rev. Proc. 2009-1, 2009 I.R.B. 1 (5 janvier 2009) et Rev. Proc. 2009-7, 2009-1 I.R.B. 226 (5 janvier 2009). De façon sommaire, les contribuables peuvent formuler à l'administration fiscale (*National Office Chief Counsel*) des demandes de décisions anticipées (*letter rulings*) à l'égard d'opérations qu'ils envisagent mettre en œuvre, décisions présentant des similarités aux demandes de décisions anticipées rendues par l'Agence du revenu du Canada.

pourraient cependant refuser d'émettre une police à un contribuable si l'opération présente des risques élevés d'évitement, notamment si elle est dénuée de réalité économique²²¹.

4.11.4 Souscription d'une police d'assurance par les conseillers

Les conseillers fiscaux souscriront également une police d'assurance pour se prémunir contre les poursuites en responsabilité professionnelle que peuvent intenter leurs clients dans la mesure où ces derniers ont réalisé une planification audacieuse en s'appuyant sur une opinion fiscale concluant que cette planification était conforme à la loi fiscale et à la jurisprudence selon la prépondérance des probabilités.

Tout comme pour les contribuables, les sociétés d'assurance pourraient cependant refuser d'émettre une police à des conseillers à l'égard d'opinions portant sur des planifications présentant des risques élevés d'évitement, comme une opération dénuée de réalité économique. En conséquence, des litiges pourraient survenir sur le caractère assurable des actes commis par les conseillers fiscaux dans un contexte de planifications audacieuses ainsi que sur le montant couvert par la police d'assurance qui, par ailleurs, pourrait s'avérer significativement inférieur aux dommages pécuniaires subis par leurs clients²²².

4.12 L'administration fiscale n'est en mesure d'appliquer la doctrine de la réalité économique et la pénalité que si les contribuables produisent les renseignements pertinents

Pour appliquer la doctrine de la réalité économique et la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer, l'administration fiscale doit identifier dans les déclarations de revenus des

²²¹ Voir Kyle D. Logue, « Tax Law Uncertainty And The Role Of Tax Insurance » (2005) 25 Va. Ta. Rev. 339. L'auteur fournit à la page 393 une illustration concrète de la gestion des risques par l'administration fiscale et par un contribuable relativement à la conformité à la loi fiscale et à la jurisprudence d'une réorganisation corporative mise en œuvre par le contribuable.

²²² Pour une observation à cet égard, voir Robert A. Rizzi, « Circular 230 and Current Opinion Practice: Two Years Later », (2007) 34 : 1 Corporate Taxation 3, à la page 4. À titre d'illustration quant aux litiges pouvant survenir eu égard aux modalités des polices d'assurance professionnelle en matière de planification fiscale audacieuse, voir le règlement intervenu entre des contribuables et des conseillers fiscaux entérinés par les tribunaux dans *Denney v. Jenkins & Gilchrist*, United States District Court (Southern District of New York), Opinion & Order 03 Civ. 5460 (SAS), 18 février 2005 ainsi que *Denney v. Jenkins & Gilchrist*, (S. D. N. Y.), No 03 Civ. 5460 (SAS), Joint Brief In Support of Motion for Preliminary Class Certification and Settlement Approval, 28 avril 2004.

contribuables des indicateurs pouvant révéler la possibilité que les contribuables ont réalisé une planification audacieuse dénuée de réalité économique.

As discussed in Part V.A. with respect to disclosure, in order to assess a penalty, the IRS must discover the questionable transaction. Thus, issues of disclosure and penalties are interrelated. In addition, even if the taxpayer believes the IRS were to discover a questionable transaction, the section 6662 penalty is an effective deterrent only if it can be applied to a substantial understatement. If there is a defect in the underlying substantive law such that the claimed tax benefits are not disallowed and concomitantly no understatement is created, the penalty alone will not be an effective deterrent²²³.

[nos extraits]

²²³ Treasury, *Corporate Tax Shelters*, *supra* note 134 à la page 86.

5

Conclusion

L'adoption ponctuelle de règles spécifiques antiévitement permet à l'administration fiscale américaine de contrer des planifications seulement après les avoir identifiées et uniquement sur une base prospective. L'application concomitante de principes généraux similaires à ceux de la doctrine de la réalité économique et de règles fiscales représente une approche pragmatique pour l'administration fiscale afin d'établir une meilleure démarcation entre les opérations légitimes et d'évitement de manière intemporelle²²⁴.

Bien que pour l'administration fiscale, la doctrine de la réalité économique s'avère en principe un outil de dernier recours applicable uniquement si les circonstances le justifient²²⁵, tant celle-ci que les tribunaux l'ont fréquemment appliquée afin d'annuler des avantages fiscaux d'opérations par ailleurs conformes aux modalités techniques de règles spécifiques. À toutes fins utiles, les contribuables et les conseillers fiscaux doivent considérer cette doctrine comme s'il s'agissait d'une règle générale antiévitement.

À l'instar de la règle générale antiévitement du Canada (RGAÉ), la doctrine de la réalité économique des États-Unis permet à l'administration fiscale et aux tribunaux d'annuler les avantages fiscaux découlant d'opérations visant la réalisation d'un objet de nature fiscale. La RGAÉ et la doctrine de la réalité économique permettent d'annuler les avantages fiscaux de planifications s'appuyant sur des règles fiscales interprétées littéralement, mais portant atteinte aux objets de la loi de manière abusive. Or, tant au Canada qu'aux États-Unis, les objets poursuivis par la loi fiscale ne ressortent pas toujours clairement ni des règles fiscales, ni des notes techniques et ni des autres sources gouvernementales d'interprétation des lois. Cependant, la doctrine de la réalité économique a permis à l'administration fiscale américaine

²²⁴ Treasury, *Coporate Tax Shelters*, *supra* note 134 aux pages 33-34.

²²⁵ Voir Korb, *Economic Substance Doctrine*, *supra* note 26.

ainsi qu'aux tribunaux d'annuler des avantages fiscaux que le contribuable aurait pu, à notre avis, obtenir au Canada nonobstant la présence de la RGAÉ.

À l'instar de la RGAÉ, l'application de la doctrine de la réalité économique aux États-Unis repose tout d'abord sur l'identification d'un objet de nature fiscale dans une planification :

- En vertu du projet de codification, un contribuable pourrait réclamer des avantages fiscaux découlant d'une planification audacieuse s'il parvient à établir que l'opération lui a permis de réaliser un objet substantiel et légitime de nature autre que fiscale et qu'elle a modifié sa situation économique de manière significative.
- En vertu de la RGAÉ, un contribuable qui réalise une planification principalement pour des objets autres que fiscaux peut réclamer les avantages fiscaux sans que les tribunaux n'aient à déterminer si l'opération porte atteinte de manière abusive aux objets de la loi fiscale lue dans son ensemble.

Tel qu'il ressort de la jurisprudence américaine, des divergences d'opinions subsistent sur la manière d'identifier la présence d'un objet légitime dans une opération et de mesurer le poids relatif des différents objets poursuivis par le contribuable. Les tribunaux ont élaboré de multiples critères afin d'identifier ces objets en l'absence de paramètres clairement établis dans la loi.

Les tribunaux ont généralement tenté d'identifier la présence d'un tel objet tant selon une analyse subjective des intentions du contribuable que selon une analyse objective des modalités des planifications. L'identification des objets poursuivis par un contribuable dans une opération repose sur une analyse factuelle qui peut s'avérer complexe et qui peut amener les tribunaux à rendre un jugement de nature arbitraire sur ceux-ci. Le volet subjectif de la doctrine de la réalité économique aboutit vers une analyse de documents pouvant être protégés par les privilèges de confidentialité des contribuables. Or, les litiges portant sur l'application des privilèges de confidentialité peuvent retarder de plusieurs années le jugement par le tribunal sur l'application de la doctrine de la réalité économique en elle-même.

Dans ce contexte, nous sommes d'avis que les tribunaux devraient appliquer la doctrine de la réalité économique de manière objective. Nous croyons que les objets poursuivis par le contribuable devraient être évalués de manière subjective seulement aux fins de la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer.

À l’instar de la Cour d’appel du Circuit fédéral dans l’affaire *Coltec*, nous souscrivons à l’approche objective que les tribunaux américains prônent afin d’identifier les objets poursuivis par un contribuable dans une planification audacieuse. Une analyse objective de l’objet poursuivi dans une planification atténue les difficultés inhérentes à juger les objets allégués par un contribuable. La position des tribunaux américains à cet égard nous apparaît moins équivoque que la position des tribunaux canadiens sur la manière d’identifier l’objet essentiel dans une opération. On reproche souvent à la doctrine de l’objet commercial de mettre indûment l’accent sur les objets poursuivis par le contribuable l’amenant à conclure une planification plutôt que sur les conséquences de celle-ci. La doctrine de la réalité économique répond à ces réticences puisqu’elle permet souvent d’établir des liens entre les objectifs du contribuable (volet subjectif du test) et les conséquences économiques d’une planification sur la situation de ce dernier (volet objectif du test)²²⁶.

L’identification des objets poursuivis par un contribuable dans une opération implique à toutes fins utiles une comparaison de celle-ci avec une opération alternative qui lui aurait permis de réaliser un objet légitime conformément à la loi fiscale. Nous croyons que l’identification de l’objet essentiel du contribuable dans une opération d’une manière objective et selon les normes commerciales généralement reconnues – en fonction notamment du profit économique et des risques encourus - contribue à établir une démarcation raisonnable entre les opérations menées pour un objet essentiel légitime et les opérations d’évitement. Une telle approche concilie les principes d’uniformité, de prévisibilité et de souplesse.

L’administration fiscale doit alors établir une mesure d’anticipation de profit qui soit à la fois suffisamment prévisible et souple aux fins de l’application de la doctrine de la réalité économique pour les groupes d’intervenants. La codification de la doctrine de la réalité économique nous apparaît être pertinente, puisque les groupes d’intervenants devraient alors l’appliquer de manière objective, en fonction des modifications apportées à la situation économique des contribuables. Pour ce faire, cette doctrine doit essentiellement être formulée selon des paramètres qui forment le plus petit commun dénominateur des opérations qui vont à l’encontre des objets de la loi fiscale.

²²⁶ Bankman, « Economic Substance », *supra* note 52 à la page 12.

Dans certaines versions antérieures du projet de codification, l'administration fiscale exigeait des tribunaux de déterminer si le profit anticipé par un contribuable apparaissait raisonnable en fonction de la valeur des avantages fiscaux et non fiscaux et d'un investissement ne présentant aucun risque financier. L'application de la doctrine de la réalité économique en fonction d'un investissement ne présentant aucun risque financier comporte à notre avis des risques que des opérations légitimes et conformes à loi soient qualifiées d'évitement abusif.

Nous croyons que les tribunaux doivent être en mesure d'appliquer la doctrine selon les circonstances de chaque contribuable en fonction d'un degré raisonnable de risque économique auquel le contribuable s'expose, à l'intérieur d'une période maximale durant laquelle ce dernier peut rationnellement anticiper un profit. L'administration fiscale devrait alors établir des paramètres généraux que les tribunaux pourront appliquer selon les circonstances pour juger du caractère raisonnable de l'anticipation de profit des contribuables, au lieu d'établir des critères stricts et précis qui ne reflètent pas la réalité de l'environnement économique et commercial de ces derniers. Les tribunaux pourraient juger que le recours à des analyses d'experts s'avère nécessaire pour identifier les modifications économiques de la situation d'un contribuable ou les normes commerciales applicables.

La présence d'une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer accroît de façon significative les risques financiers pour les contribuables audacieux et, indirectement, accroît le degré de responsabilité des conseillers fiscaux. Cependant, nous sommes d'avis que les contribuables devraient avoir la possibilité de se soustraire à une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer s'ils font preuve de diligence raisonnable dans l'application de la loi fiscale. En cas d'incertitude sur l'application de la doctrine de la réalité économique à une planification donnée, les tribunaux pourraient hésiter à l'appliquer si cela entraînait l'application automatique d'une pénalité qui s'avérerait inappropriée selon les circonstances. L'annulation des avantages fiscaux et l'application d'une pénalité visent deux objectifs différents : l'une vise à déterminer correctement le montant d'impôt à payer d'un contribuable dans une situation donnée; l'autre vise à accroître l'observation du contribuable concerné ainsi que par l'ensemble des contribuables.

Par souci d'équité, nous sommes d'avis qu'une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer devrait être imposée par l'administration fiscale à un contribuable dans la mesure où :

- La doctrine de la réalité économique concilie les principes d'uniformité et de prévisibilité dans son application.
- Les contribuables peuvent soumettre une défense de diligence raisonnable, notamment lorsqu'ils divulguent adéquatement les renseignements pertinents à l'administration fiscale de manière à lui permettre de déterminer leurs attributs fiscaux dans une planification audacieuse.
- Les contribuables peuvent interjeter appel auprès d'un tribunal de la décision de l'administration fiscale d'imposer la pénalité, afin de s'assurer que celle-ci l'applique de manière uniforme et non abusive.

Le taux de la pénalité devrait alors être établi en prenant en considération les principes d'équité, de prévisibilité, d'efficacité et de simplicité. Les contribuables pourraient être assujettis à un taux de pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer plus élevé s'ils ne divulguent pas adéquatement à l'administration fiscale les renseignements relatifs à leurs attributs fiscaux. En adoptant une telle stratégie, l'administration fiscale pourrait réaliser deux objectifs :

- Elle serait davantage en mesure d'identifier les opérations d'évitement mises en œuvre par un contribuable.
- Elle pourrait identifier plus rapidement et efficacement les opérations présentant un risque d'évitement. Le cas échéant, elle pourrait aussi adopter des règles spécifiques pour empêcher d'autres contribuables de mettre en œuvre ces opérations ou des opérations similaires.

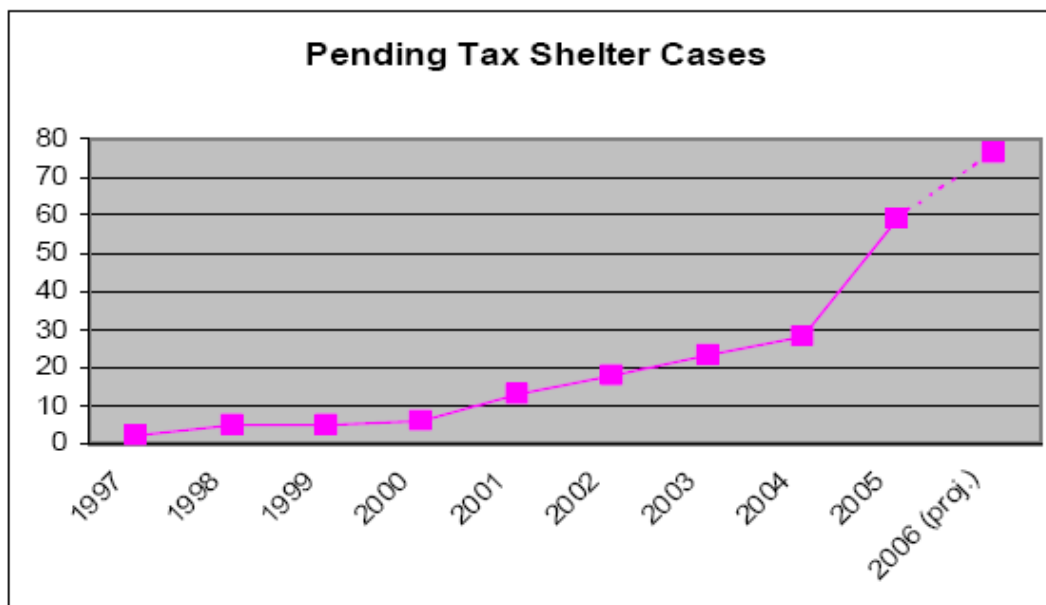
En raison des incertitudes inhérentes à la doctrine de la réalité économique, la fixation de seuils de sous-estimation de l'impôt à payer déclenchant l'application de la pénalité pourrait établir un équilibre raisonnable entre le principe d'équité dans l'application des règles fiscales et la protection de l'intégrité du régime fiscal. Le caractère équitable d'une pénalité est alors fonction de la valeur des seuils. Un seuil relatif établi selon un pourcentage du montant d'impôt sous-estimé par le contribuable assurerait une application équitable d'une pénalité. L'établissement de seuils fixes assurerait par ailleurs qu'une pénalité ne s'applique que si le montant d'impôt sous-estimé est suffisamment important.

Puisque la pénalité repose sur la présence d'un objet fiscal dans une planification, l'administration fiscale tentera de recueillir des renseignements sur les intentions subjectives du contribuable dans une planification notamment à partir des opinions exprimées ou autres communications entre le contribuable et ses conseillers. Pour s'y soustraire, le contribuable pourrait alors être contraint à renoncer à ses privilèges de confidentialité. Par souci d'équité, l'administration fiscale ne doit pas appliquer cette pénalité de façon systématique ou de manière abusive simplement pour recueillir des renseignements autrement protégés par les privilèges de confidentialité. Cette pénalité doit alors être appliquée selon les circonstances. À notre avis, l'application d'une pénalité à un contribuable qui ne cherche qu'à obtenir un avantage fiscal en spéculant sur l'application de la loi fiscale – incluant la doctrine de la réalité économique – pourrait s'avérer être une atteinte raisonnable aux privilèges de confidentialité des contribuables.

En toute vraisemblance, les tribunaux seront saisis d'un nombre croissant de litiges entre les contribuables et l'administration fiscale en matière de planifications audacieuses. Au cours des dernières années, l'administration fiscale a eu gain de cause dans plusieurs décisions, notamment par l'application de la doctrine de la réalité économique. Selon les données du *Department of Justice*, sa division fiscale aura été impliquée dans 68 catégories de litiges impliquant plus de 200 moyennes et grandes entreprises en 2006 – on estimait que le nombre de catégories de litige allait atteindre 76 à la fin de l'année 2006. Comme l'illustre le graphique 5.1, l'administration fiscale note que le nombre de dossiers portant sur des planifications audacieuses a augmenté au fil des ans malgré ses succès devant les tribunaux à l'égard de quelques-unes des planifications les plus audacieuses²²⁷.

²²⁷ Eileen J. O'Connor (Assistant Attorney General, Tax Division), témoignage déposé auprès du *Committee on Finance* (United States Senate) « Corporate and Partnership Enforcement Issues » (13 juin 2006). La valeur des planifications audacieuses en litige n'est pas fournie.

GRAPHIQUE 5.1
CATÉGORIES DE LITIGE ENTRE L'ADMINISTRATION FISCALE ET LES CONTRIBUABLES
EN MATIÈRE DE PLANIFICATIONS FISCALES AUDACIEUSES PAR ANNÉE FISCALE
1997 À 2006



Source: Tableau du document intitulé « Statement of Eileen J. O'Conor Assistant Attorney General Tax Division Before the Committee on Finance United States Senate Concerning « Corporate and Partnership Enforcement Issues » (13 juin 2006).

La portée d'application de la doctrine de la réalité économique et de la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer, et les enjeux y relatifs pour chaque groupe d'intervenants, entraînent des répercussions significatives sur l'utilisation par l'administration fiscale des autres outils se situant à l'intérieur de chacune de ses sphères d'intervention. Pour accroître l'observation du régime fiscal par les contribuables et les conseillers, elle a édicté des normes déontologiques que ces derniers doivent appliquer lorsqu'ils émettent une opinion fiscale à l'égard de planifications audacieuses. Elle a instauré des règles de divulgation pour accroître l'identification des planifications audacieuses réalisées par les contribuables et leurs conseillers. L'administration fiscale a aussi émis des offres de règlement aux contribuables ayant réalisé des planifications audacieuses face à la possibilité que les tribunaux tranchent en leur faveur²²⁸.

²²⁸ Richard M. Lipton, « Will *Black & Decker* Turn Out to Be a Pyrrhic Victory for the IRS? », (2006) 104:4 *Journal of Taxation* 200; Internal Revenue Service, « IRS Accepts Settlement Offer on Contingent Liability Tax Shelter », IR-2004-151 (16 décembre 2004).

Or, la doctrine de la réalité économique et la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer se situent au cœur de ces outils.

La branche législative de l'administration fiscale a le devoir de reformuler la loi pour incorporer ce principe au lieu de confier aux tribunaux le soin de pallier les incertitudes sur les fondations de la loi fiscale qui sont exprimées d'une façon inadéquate dans les multiples règles. Le rôle des tribunaux est extrêmement important dans l'interprétation et l'application de la loi fiscale. La portée de leurs décisions doit néanmoins être circonscrite par les faits et circonstances pertinents et par les motifs qui appuient directement leurs décisions. Selon nous, l'organe législatif a le rôle d'édicter une règle antiévitement d'application générale pour atténuer le plus d'incertitudes possible dans l'application de la loi fiscale pour l'ensemble des groupes d'intervenants. Bien que l'incertitude fasse partie inhérente du comportement humain en général y compris au niveau fiscal, il faut tenter d'établir d'une manière suffisamment prévisible une démarcation entre les opérations légitimes et celles qui pourraient être considérées abusives.

Les fascicules 7, 8 et 9 traiteront respectivement des enjeux relatifs à l'application des normes déontologiques en matière fiscale, des règles de divulgation et des offres de règlement.

Bibliographie

Législation et réglementation

Lois

Internal Revenue Code, 26 U.S.C.

Tax Relief Act of 2005, S. 2020 (109th Congress, 1st session).

Projets de lois

É.-U., Bill S. 2242, *Heartland, Habitat, Harvest, and Horticulture Act of 2007*, 110^e Cong., 25 octobre 2007.

É.-U., Bill S. 1321 (rs), *Telephone Excise Tax Repeal and Taxpayer Protection and Assistance Act of 2006*, 109^e Cong., 15 septembre 2006.

Règlements

Code of Federal Regulations, 26 et 31 C.F.R.

Autres annonces de nature réglementaire

Internal Revenue Service, « Withdrawal of Notice of Proposed Rulemaking » RIN 1545-AU 19 (10 novembre 2003).

Jurisprudence

Canada

Hypothèques Trustco Canada c. Canada, [2005] 2 R.C.S. 601.

États-Unis

ACM Partnership v. Commissioner, (1997) T.C. Memo 1997-115, décision confirmée en appel par 157 F.3d 231, 247 (3^e Cir. 1998), *certiorari* refusé par la Cour suprême des États-Unis, 526 U.S. 1017 (1999).

ASA Investering Partnership, et al. v. Commissioner, 201 F.3d 505, 513 (D.C. Cir. 2000).

Boca Investering Partnership v. United States of America, 314 F.3d 625, 631 (D.C. Cir. 2003).

Black & Decker Corp. v. Commissioner, 436 F.3d 431, 441 (4^e Cir. 2006).

Casebeer v. Commissioner, 909 F.2d 1360 (9^e Cir. 1990).

Newman v. Commissioner, 894 F.2d 560 (2^e Cir. 1990).

Cherin v. Commissioner, 89 T.C. 986 (1987).

Collins v. Commissioner, 857 F.2d 1383, 1386 (9^e Cir. 1988).

Coltec Indus., Inc. v. United States, 454 F.3d 1340 (Fed. Cir. App. 2006), 2006 U.S. App. LEXIS 24771 (Fed. Cir. App. 2006), (12 juillet 2006) U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit, 05-5111, *certiorari* refusé par la Cour suprême des États-Unis : *Coltec Indus. v. United States*, 2007 U.S. LEXIS 2087 (U.S., 2007).

Compaq Computer Corporation v. Commissioner, 277 F.3d 778 (5^e Cir. 2001).

Cottage Savings Ass'n v. Commissioner, 499 U.S. 554 (1991), décision de la Cour suprême des États-Unis.

Denney v. Jenkins & Gilchrist, (S. D. N.Y.), Opinion & Order 03 Civ. 5460 (SAS), 18 février 2005.

Denney v. Jenkins & Gilchrist, (S. D. N. Y.), No 03 Civ. 5460 (SAS), Joint Brief In Support of Motion for Preliminary Class Certification and Settlement Approval, 28 avril 2004.

Dow Chemical Company v. United States, 250 F. Supp. 2d 748 (E.D. Mich 2003), décision renversée par 435 F.3d 594 (6^e Cir. 2006), *certiorari* refusé, 2007 U.S. Lexis 2074 (Supreme Court of the United States, 2007).

Faulconer v. Commissioner, 748 F.2d 890, 894 (4^e Cir. 1984).

Frank Lyon v. United States, 435 U.S. 561 (1978).

Friedman v. Commissioner, 869 F.2d 785 (4^e Cir.1989).

Gregory v. Helvering, 69 F.2d 809 (Cir. Ct. App. 1934), décision confirmée par la Cour suprême des États-Unis, 293 U.S. 465 (1935).

Higgins v. Smith, 308 U.S. 473 (1940).

Illes v. Commissioner, 982 F.2d 163, 165 (6^e Cir. 1992), *certiorari* refusé par la Cour suprême des États-Unis, 507 U.S. 984 (1993).

Jade Trading, LLC v. United States (21 décembre 2007), No. 03-2164T (U.S. Ct. Fed. Clms).

James v. Commissioner, 87 T.C. 905, confirmé en appel : 899 F.2d 905 (10^e Cir. 1990).

Klamath Strategic Investment Fund, LLC v. United States, 472 F. Supp.2d 885 (E.D. Tex. 2007), United States District Court, Eastern District of Texas (Texarkana Division), Civil Action No. 5:04-CV-278.

Knetsch v. United States, 364 U.S. 361 (1960).

Long Term Capital Holdings v. United States, 330 F. Supp. 2d.122, 2004 U.S. Dist. LEXIS 17159 (D. Conn. 2004), décision confirmée en appel par 150 Fed. Appx. 40, U.S. App. LEXIS 20988 (2^e Cir. 2005).

Gilman v. Commissioner, 933 F.2d 143 (2^e Cir. 1991).

Gleason v. Commissioner of Internal Revenue, T.C. Memo 2006-191.

Goldstein v. Commissioner, 364 F.2d 734 (2^e Cir. 1966).

Higbee v. Commissioner, 116 T.C. 438, 446 (2001).

Hines v. Commissioner, 912 F.2d 736 (4^e Cir. 1990).

Hunt v. Commissioner, 938 F.2d 466 (4^e Cir. 1991).

IES Industries, Inc. v. United States, 253 F.3d 350 (8^e Cir. 2001).

In re CM Holdings, Inc., 301 F.3d 96 (3^e Cir. 2002).

InterTAN, Inc. v. Commissioner of Internal Revenue, T.C. Memo 2004-1 (5 janvier 2004), décision confirmée en appel dans *InterTan, Inc. v. Commissioner of Internal Revenue*, Decision No. 04-60225 (5^e Cir., 2004).

James v. Commissioner, 87 T.C. 905, confirmé en appel par 899 F.2d 905 (10^e Cir. 1990).

Kirchman v. Commissioner, 862 F.2d 1486 (11^e Cir. 1989).

Kooyers v. Commissioner of Internal Revenue, T.C. Memo 2004-281.

Lerman v. Commissioner, 939 F.2d 44, 48 (3^e Cir. 1991).

Melnik v. Commissioner of Internal Revenue, T.C. Memo 2006-25 (15 février 2006).

Merryman v. Commissioner, 873 F.2d 879 (5^e Cir. 1989).

Nicole Rose Corp. v. Commissioner, 117 T.C. 328 (2001), confirmé en appel par 320 F.3d 282 (2^e Cir. 2002).

Pasternak v. Commissioner, 990 F.2d 893 (6^e Cir. 1993).

Rice's Toyota World. v. Commissioner, 81 T.C. 184 (1983), confirmé et infirmé en partie en appel par 752 F. 2d. 89 (4^e Cir. 1985).

Rose v. Commissioner, 88 T.C. 386 (1987), confirmé par 868 F.2d 851 (6^e Cir. 1989).

Sacks v. Commissioner, 69 F.3d. 982 (9^e Cir. 1995).

Salina P'ship v. Commissioner, T.C. Memo 2000-352 (2000).

Santa Monica Pictures, LLC v. Commissioner of Internal Revenue, T.C. Memo 2005-104 (11 mai 2005).

Sheldon v. Commissioner, 94 T.C. 738

Shriver v. Commissioner, 899 F.2d 724 (8^e Cir. 1990).

Sochin v. Commissioner, 843 F.2d 351, 354 (9^e Cir. 1988), *certiorari* refusé par la Cour suprême des États-Unis, 488 U.S. 824 (1988).

United Parcel Service of America Inc. v. Commissioner, 254 F.3d 1014 (11^e Cir. 2001).

United States v. Consumer Life Ins. Co., 430 U.S. 725 (1977).

Winn-Dixie Inc. v. Commissioner, 113 T.C. 254 (1999), décision confirmée en appel par *Winn-Dixie Stores, Inc. v. Commissioner*, 254 F.3d 1313 (11^e Cir. 2001), *certiorari* refusé par la Cour suprême des États-Unis dans 535 U.S. 986 (2002).

Yosha v. Commissioner, 861 F.2d 494, 501(7^e Cir. 1989).

Documents gouvernementaux

Rapports gouvernementaux

É.-U., Joint Committee on Taxation. *Estimated Revenue Effects of the Chairman's Modification to the Provisions Contained in S. 1321, the "Telephone Excise Tax Repeal Act of 2005", and S. 832, the "Taxpayer Protection and Assistance Act of 2005"* (JCX-29-06), 28 juin 2006.

É.-U., Joint Committee on Taxation. *Option to Improve Tax Compliance and Reform Tax Expenditures*, (JCS-02-05), 27 janvier 2005.

É.-U., Senate Finance Committee. *Estimated Budget Effects of the "Heartland, Habitat, Harvest and Horticulture Act of 2007"*, 26 octobre 2007.

É.-U., National Taxpayer Advocate. *2005 Annual Report to Congress* (31 décembre 2005).

É.-U., Senate Permanent Subcommittee on Investigations of the Committee on Homeland Security and Governmental Affairs. *The Role Of Professional Firms In The U.S. Tax Shelter Industry* (S. REPT. 109-54) Washington, D.C., U.S. Government Printing Office, 13 avril 2005.

É.-U., Department of Treasury (Office of Tax Policy). *Report to Congress on Penalty and Interest Provisions of the Internal Revenue Code* (Octobre 1999).

É.-U., Department of Treasury. *The Problem of Corporate Tax Shelters, Discussion, Analysis and Legislative Proposals* (Juillet 1999).

É.-U., Treasury Inspector General for Tax Administration. *The Strategy to Reemphasize Penalties in Corporate Examinations Could Be Enhanced* (2005-30-123), août 2005.

É.-U., Treasury Inspector General for Tax Administration. *Significant Efforts Have Been Made to Combat Abusive Trusts, but Additional Improvements Are Needed to Ensure Fairness and Compliance Objectives Are Achieved* (2002-30-050), février 2002.

Guides

Internal Revenue Service. Audit Technique Guide « Accuracy-Related Penalties For Taxpayers Involved In Tax Shelter Transactions » (Mai 2004).

Internal Revenue Service. Coordinated Issue Paper « Notice 2002-65 Tax Shelter », UIL 9300.22-00 (9 mai 2005).

Directives

Department of Treasury (Internal Revenue Service). Rev. Proc. 2007-1, 2007-3 et 2004-4 publiés dans I.R.B. 2007-1 (2 janvier 2007)

Formulaires

Department of Treasury (Internal Revenue Service). *Disclosure Statement*, Form 8275 (Rev. 5-2001) et *Instructions for Form 8275* (Rev. February 2006, Use with the May 2001 revision of Form 8275).

Notes explicatives relatives à la législation actuelle ou proposée

É.-U., House of Representatives (Committee on Ways and Means). *H.R. 3970 Tax Reduction and Reform Act of 2007, Summary of Legislation* (29 octobre 2007).

É.-U., Joint Committee on Taxation. *Description of the Chairman's Modification to the Provisions of s. 1321, the « Telephone Excise Tax Repeal Act of 2005 » and s. 832, the « Taxpayer Protection and Assistance Act of 2005 »* (JCX-28-06), 28 juin 2006.

É.-U., Senate Finance Committee. *Heartland, Habitat, Harvest, and Horticulture Act of 2007* (Report No. 110-206), 26 octobre 2007.

É.-U., Joint Committee on Taxation. *Description of The Chairman's Mark of The "Tax Relief Act of 2005"* (JCX 71-05), 8 novembre 2005.

Autres

Internal Revenue Service. IR-2004-151 « IRS Accepts Settlement Offer on Contingent Liability Tax Shelter », (16 décembre 2004).

Doctrine

Périodiques, congrès, colloques et revues

Anonyme. « Economic Substance Codification Seen More Likely in Next Congress », (2007) 22:12 Tax Management Financial Planning 334.

Bankman, Joseph. « The Economic Substance Doctrine » (2000) 74 S. Cal. L. Rev. 5.

Banott, Sheldon I. et Lipton, Richard M. « Debt vs. Equity: Courts Disagree on Understatement Penalty » (2006) 104:6 Journal of Taxation 378.

Coder, Jeremiah et Sheppard, Lee A. “Congress Will Pass Economic Substance Codification in 2008, Government Officials Predict” (2008) TNT 15-5 (23 janvier 2008).

Keinan, Yoram. « The Economic Substance Doctrine – Past, Present and Future » (26 juin 2005) Tax Management Memorandum 259.

Gardener, John C. et al. « Amendments to Circular 230 (Part I) », (2006) 37:1 The Tax Adviser 24.

Grewal, Amandeep S. « Economic Substance and the Supreme Court » (10 septembre 2007) 116 Tax Notes 969.

Hill, Lawrence M. et Minkovich, Alexandra. « Tax Policy Gone Wild : Harsh Penalties As Revenue Raisers », 2007 TNT 64-44.

Laro, Honorable David (United States Tax Court). « Economic substance: a view from the Tax Court » (Janvier-Février 2000) The Tax Executive 44.

Lipton, Richard M. « Will *Black & Decker* Turn Out to Be a Pyrrhic Victory for the IRS? », (2006) 104:4 Journal of Taxation 200.

Lipton, Richard M. « What Will Be the Impact of the Government’s Economic Substance Victory in *Coltec*? » (2006) 105:3 Journal of Taxation 136.

Logue, Kyle D. « Tax Law Uncertainty And The Role Of Tax Insurance » (2005) 25 Va. Ta. Rev. 339.

Pheils, Sean et Gay, Patrick. « Supreme Court Denies Review of *Coltec*, *Dow*, Six Tax-Related Cases », 2007 TNT 35-1 (21 février 2007).

Raby, Burgess J.W et Raby, William L. « How Taxpayers Can Void Their Penalty Protection Insurance », 2004 TNT 14-7.

Rizzi, Robert A. « Circular 230 and Current Opinion Practice: Two Years Later », (2007) 34 : 1 Corporate Taxation 3.

Sheppard, Lee A. « What Does IRS BLIPS Victory Mean », 2007 TNT 30-5 (12 février 2007).

Sheppard, Lee A. « News Analysis: Drafting Economic Substance, Part 3 », (28 février 2005) 106 Tax Notes 1020.

Stratton, Sheryl. « *Black & Decker* to Settle; Bigger Contingent Liability Case on Horizon » (5 mars 2007), 2007 TNT 43-1.

Wolfman, Bernard. « Supreme Court in the Lyon’s Den: A Failure of Judicial Process » (1980-81) 66 Cornell L. Rev. 1075.

Autres

American Bar Association (Section of Taxation). Lettre adressée au *Senate Committee on Finance* et au *House Ways and Means Committee*, « Comments Regarding S. 2020: Tax Relief Act of 2005 » (4 janvier 2006).

Brostek, Michael, (Director Tax Issues, Internal Revenue Service). Témoignage déposé auprès du *Committee on Finance* (U.S. Senate), *Internal Revenue Service: Challenges Remain in Combatting Abusive Tax Shelters*, (GAO-04-104T), 21 octobre 2003.

Korb, Donald L. (Chief Counsel for the Internal Revenue Service). Allocution, *The Economic Substance Doctrine In The Current Tax Shelter Environment*, 2005 University of Southern California Tax Institute, 25 janvier 2005.

New York State Bar Association (Tax Division). Lettre formulée au *Senate Committee on Finance* (12 avril 2007).

O'Connor, Eileen J. (Assistant Attorney General, Tax Division). Témoignage déposé auprès du *Committee on Finance* (United States Senate) « Corporate and Partnership Enforcement Issues » (13 juin 2006).

Thomson, Samuel Jr. (Directeur du Law Center, University of California). Transcription du témoignage déposé devant le *Subcommittee on Select Revenue Measures of the House Committee on Ways and Means* (9 mai 2006).

Sites Internet

American Bar Association : site ABA <<http://www.abanet.org/>>.

U.S. Department of Treasury : <<http://www.treas.gov/>>.

U.S. General Accountability Office : site GAO <<http://www.gao.gov/>>.

U.S. General Publishing Office : site GPO <<http://www.gpoaccess.gov/>>.

United States House of Representatives : <<http://www.house.gov/>>.

Internal Revenue Service : site IRS <<http://www.irs.gov/>>.

Joint Committee on Taxation : <<http://www.ict.gov/>>.

New York State Bar Association (Tax Division) : site NYSBA <<http://www.nysba.org/>>.

United States Senate : <<http://www.senate.gov/>>.

Tax Executive Institute : site TEI <<http://www.tei.org/>>.

U.S. Treasury Inspector of General Tax Administration : site TIGTA <<http://www.ustreas.gov/tigta/>>.

United States Tax Court : <<http://www.ustaxcourt.gov/>>.