

Chaire de recherche en fiscalité et en finances publiques

**Des réponses efficaces
aux planifications fiscales agressives**

Leçons à retenir des autres juridictions

Fascicule 8 : États-Unis – Règles de divulgation

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
Robert DUONG
Marie JACQUES

Ce fascicule est le huitième 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



UNIVERSITÉ DE
SHERBROOKE

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. Robert Duong¹ était professionnel de recherche à la CFFP lors de la réalisation de cette étude.

Nous voulons exprimer notre reconnaissance à quatre lecteurs qui ont souhaité demeurer dans l'anonymat, 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 8 : États-Unis - Règles de divulgation

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 y 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 ».

Ce présent fascicule porte sur les règles de divulgation aux États-Unis. Cet outil présente des différences significatives par rapport aux règles de divulgation existantes au Canada. Cette section identifie les principales modalités d'application de cet outil ainsi que les enjeux inhérents à son application pour l'ensemble des intervenants aux États-Unis. À lumière de ces constats, la Chaire identifie des pistes de solution préliminaires pour le Canada.

À notre avis, l'administration fiscale est davantage en mesure de dépister les planifications audacieuses lorsque les contribuables produisent des renseignements sur les opérations présentant des modalités divergeant de celles habituellement présentes dans des opérations commerciales. Pour l'administration fiscale, une telle approche permet d'identifier de manière prévisible et souple celles qui comportent un risque d'évitement. Nous constatons que, de façon ponctuelle, l'administration fiscale américaine a déclaré que plus d'une trentaine d'opérations comportait un risque d'évitement abusif et que les contribuables et les conseillers y participant devaient produire des renseignements sur les modalités de leurs opérations. Cette façon de procéder implique que l'administration fiscale possède les outils nécessaires pour recueillir de diverses sources des renseignements détaillés sur ces opérations avant de procéder à une déclaration publique. L'efficacité des règles de divulgation pour l'administration fiscale repose alors sur l'utilisation de ses ressources afin de recueillir les renseignements nécessaires et d'en optimiser l'utilisation par ses vérificateurs.

Pour l'administration fiscale américaine, les opérations prescrites aux fins des règles de divulgation apparaissent abusives essentiellement en raison de l'absence apparente de réalité économique dans celles-ci. Dans le fascicule 6 de cette étude, nous avons constaté que les tribunaux divergent d'opinion sur les modalités d'application de la doctrine de la réalité économique. En raison des incertitudes découlant d'une doctrine judiciaire n'ayant pas été codifiée dans la loi fiscale, tous les groupes d'intervenants, y compris les tribunaux, pourraient diverger d'opinion sur l'application de cette doctrine aux faits et aux caractéristiques de ces opérations dans un cas donné. Les contribuables et les conseillers fiscaux font alors face à l'obligation de produire des déclarations de renseignements à l'égard d'opérations pouvant fort bien être conformes aux objets de la loi fiscale. La codification de la doctrine de la réalité économique ne dissiperait pas totalement l'incertitude sur l'application de cette doctrine à chaque situation, mais contribuerait à en accroître la prévisibilité pour l'ensemble des groupes d'intervenants. Indirectement, elle atténuerait en partie les incertitudes inhérentes à l'application des règles de divulgation.

Les modalités des pénalités applicables aux fins des règles de divulgation sont établies de manière à inciter les contribuables et leurs conseillers à produire des renseignements. Les seuils de pénalité sont élevés tant pour les contribuables que pour les conseillers. Pour les contribuables, cet incitatif prend entre autres la forme d'un taux de pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer plus élevé que le taux général et de l'impossibilité de s'y soustraire en cas d'inobservation des règles de divulgation. Pour l'administration fiscale, l'existence d'une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer visant les contribuables audacieux renforce les règles de divulgation.

L'efficacité des règles de divulgation dépend étroitement du poids des privilèges de confidentialité des contribuables en matière fiscale. Nous sommes d'avis que la portée générale des privilèges de confidentialité des contribuables en matière fiscale doit être nuancée dans le cadre d'un régime d'autocotisation. Dans un tel régime, les contribuables doivent produire des renseignements relativement aux faits et à la structure de l'opération qui sous-tend les avantages fiscaux qu'ils réclament. L'administration fiscale cible des opérations particulières à l'égard desquelles elle est d'avis que la doctrine de la réalité économique peut s'appliquer et où elle pourra vraisemblablement appliquer une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer.

Puisque cette doctrine et cette pénalité reposent en partie sur les objets poursuivis par les contribuables dans une planification, les tribunaux devront déterminer si les documents renfermant des renseignements relatifs à ces objets sont protégés par les privilèges de confidentialité des contribuables. Selon la jurisprudence, les tribunaux pourraient conclure que ces privilèges s'appliquent à l'égard de documents pouvant appuyer l'application de cette doctrine et de cette pénalité à une opération réalisée par un contribuable, lorsque l'administration fiscale déclare publiquement son intention d'annuler les avantages fiscaux en appliquant la doctrine et la pénalité à l'égard d'opérations identiques ou similaires à celle qui est à l'étude.

Par souci d'équité et de prévisibilité, l'administration fiscale doit minimiser le fardeau additionnel d'observation imposé par les règles de divulgation sur les contribuables et les conseillers de manière à les appliquer de façon cohérente en fonction des objets de la loi. Elle doit minimiser le fardeau d'observation pour les contribuables réalisant des opérations commerciales courantes. Pour minimiser les divergences d'opinions entre les contribuables et l'administration fiscale sur l'obligation de divulguer des renseignements en fonction de la doctrine de la réalité économique, les contribuables et leurs conseillers devraient produire des renseignements détaillés sur la séquence des opérations réalisées dans une planification à l'appui de leurs attributs fiscaux, comme le prix de base rajusté des actions ou la juste valeur marchande des biens transigés.

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 des règles de divulgation	2
3 Description	13
3.1. Opérations prescrites aux fins des règles de divulgation	13
3.1.1 Opérations déclarées audacieuses	13
3.1.2 Opération de nature confidentielle.....	15
3.1.3 Opération dotée de clauses d'indemnité en faveur du contribuable.....	15
3.1.4 Opération impliquant une déduction au titre de perte d'entreprise ou de perte en capital	16
3.1.5 Opération créant une disparité entre les revenus comptable et fiscal (retirée le 6 janvier 2006).....	16
3.1.6 Opération impliquant une détention d'actifs par un contribuable durant une courte période (retirée le 3 août 2007)	17
3.1.7 Opérations s'assimilant possiblement à de l'évitement (catégorie ajoutée le 2 novembre 2006).....	17
3.2 Devoirs des contribuables et pénalités.....	18
3.2.1 Contribuables assujettis	18
3.2.2 Déclaration de renseignements.....	18
3.2.3 Maintien d'un registre de documents afférents à l'opération	19
3.2.4 Pénalités pour défaut de produire la déclaration prescrite	20
3.2.5 Pénalité spécifique pour sous-estimation de l'impôt à payer.....	21
3.2.5.1 Taux de pénalité de 20 pour cent ou de 30 pour cent.....	21
3.2.5.2 Possibilité pour le contribuable de se soustraire à la pénalité spécifique s'il s'est conformé aux règles de divulgation	22
3.2.5.3 Opinion disqualifiée	23
3.2.6 Suspension des intérêts courus pour les particuliers	24
3.2.7 Prolongation de la période de nouvelle cotisation	24
3.3 Devoirs des conseillers fiscaux et pénalités	25
3.3.1 Conseillers assujettis.....	25
3.3.2 Déclaration de renseignements et pénalité pour défaut de production	25
3.3.4 Numéro d'enregistrement relatif à l'opération divulguée	27
3.3.5 Registre des participants à une opération divulguée et pénalité pour défaut de maintenir ce registre	27

4	Constats.....	30
4.1	Recherche d'un équilibre entre les devoirs d'observation des contribuables et des conseillers et la protection de l'intégrité du régime fiscal.....	32
4.2	L'administration fiscale cible des opérations d'évitement tant à partir de facteurs circonstanciels qu'à partir de caractéristiques propres aux opérations	37
4.2.1	Risque d'évitement en raison de facteurs circonstanciels entourant la relation d'affaires entre le contribuable et le conseiller.....	38
4.2.2	Risque d'évitement selon l'application des règles fiscales et de la doctrine de la réalité économique à un type de planification.....	40
4.3	Pour l'administration fiscale, les opérations déclarées audacieuses sont celles qui présentent les risques d'évitement les plus élevés.....	42
4.4	Les groupes d'intervenants peuvent diverger d'opinion sur la présence d'une opération prescrite dans une situation donnée, particulièrement dans le cas d'une opération déclarée audacieuse.....	42
4.5	L'administration fiscale doit être en mesure d'arrimer les renseignements fournis par les conseillers et les contribuables aux déclarations de revenus de ces derniers	45
4.6	Des conseillers non fiscaux peuvent être assujettis aux règles de divulgation	46
4.7	Des incertitudes subsistent sur la teneur des devoirs des sociétés de conseillers aux fins des règles de divulgation	47
4.8	L'administration fiscale peut identifier un plus grand nombre de contribuables ayant réalisé une opération prescrite grâce à une période prolongée de nouvelle cotisation	48
4.9	Préoccupations des contribuables et des conseillers à propos des pénalités applicables, notamment quant à celles concernant les opérations déclarées audacieuses	49
4.10	Les tribunaux doivent concilier les pouvoirs de vérification de l'administration fiscale et les privilèges de confidentialité des contribuables	53
4.10.1	Secret professionnel de l'avocat.....	57
4.10.1.1	Raison d'être du secret professionnel de l'avocat.....	57
4.10.1.2	Les règles de divulgation ont préséance sur ce privilège quant à la divulgation par les conseillers juridiques de l'identité de leurs clients, mais pas quant à la teneur des opinions fiscales.....	58
4.10.1.3	Le privilège ne s'applique pas si le client ou son conseiller juridique communique les renseignements à une tierce partie, incluant le vérificateur du client	61
4.10.1.4	Le privilège ne s'applique pas dans le cas d'activités de sollicitation	63
4.10.1.5	Le privilège ne s'applique pas en cas de fraude	64
4.10.2	Work Product Doctrine	68
4.10.2.1	Raison d'être de ce privilège	68
4.10.2.2	Anticipation subjective et objective d'un litige.....	70
4.10.2.3	Possibilités que les tribunaux maintiennent le privilège en présence de règles fiscales complexes et de montants d'impôt	

élevés, notamment dans le cas des opérations déclarées audacieuses aux fins des règles de divulgation	74
4.10.3 L'administration fiscale a comme politique de minimiser les demandes de production de documents comptables, sauf à l'égard des opérations déclarées audacieuses	78
4.10.4 L'application de la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer peut pousser les contribuables à renoncer à leurs privilèges de confidentialité.....	79
5 Conclusion	88
Bibliographie	96

Contexte général

Nous référons le lecteur au fascicule 5 intitulé « États-Unis – Contexte général et introduction de l'approche américaine dans tous les azimuts ».

Le fascicule 5 présente une vue d'ensemble des outils appliqués par l'administration fiscale des États-Unis, en utilisant notamment la jurisprudence pour illustrer l'application de ces outils.

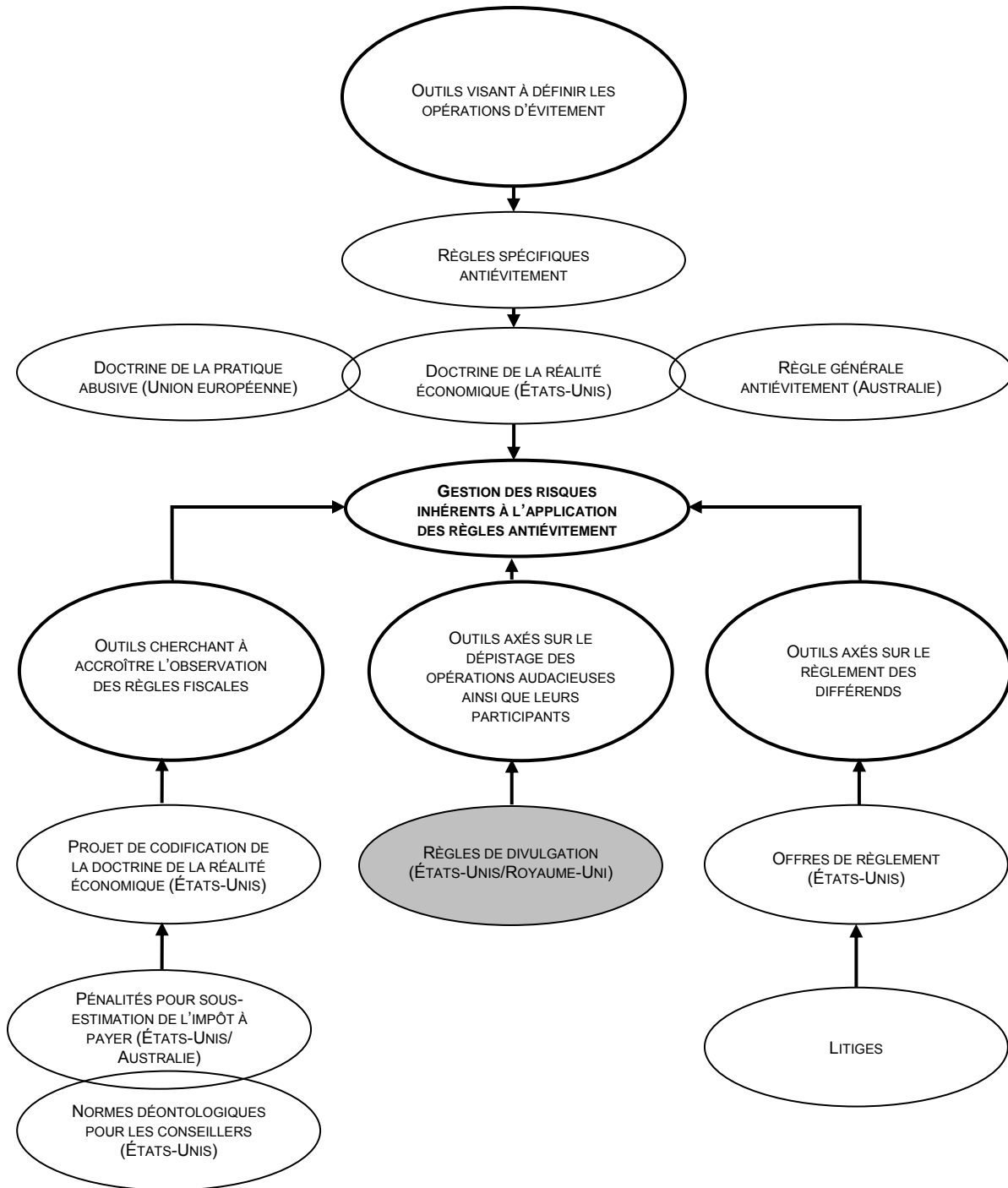
Contexte des règles de divulgation

Comme exposé dans le fascicule 1 de cette étude, « Cadre de réflexion », 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 ainsi que de leurs participants.
- Outils axés sur la résolution des différends.

Le graphique 1.1 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. L'outil faisant l'objet du présent fascicule, soit les règles de divulgation américaines, est mis en évidence par une trame de fond grise afin de situer son rôle dans la gestion par cette administration fiscale des risques inhérents aux planifications audacieuses.

GRAPHIQUE 1.1
SPHÈRES D'INTERVENTION DE L'ADMINISTRATION FISCALE EN MATIÈRE DE PLANIFICATIONS AUDACIEUSES :
OUTILS SÉLECTIONNÉS CHEZ CERTAINS PARTENAIRES COMMERCIAUX -
RÔLE DES RÈGLES DE DIVULGATION AMÉRICAINES



Notre graphique.

L'administration fiscale n'est pas en mesure, en pratique, de déceler en temps opportun toutes les planifications réalisées par les contribuables uniquement en vérifiant les déclarations de revenus. Certains contribuables peuvent saisir l'opportunité de mettre en œuvre une planification audacieuse et novatrice élaborée par leurs conseillers fiscaux du seul fait de sa complexité et des faibles risques de détection par l'administration fiscale². À cet égard, ils peuvent réclamer des avantages fiscaux dans leur déclaration de revenus en des termes qui occultent l'existence de planifications audacieuses³.

L'affaire *Long Term Capital Holdings*⁴ illustre bien les difficultés auxquelles l'administration fiscale est confrontée lorsqu'elle examine une déclaration de revenus reflétant des avantages fiscaux découlant de planifications complexes.

Dans cette affaire, le contribuable et diverses sociétés ont conclu une série d'opérations de location et de sous-location de biens pour générer une perte en capital de l'ordre de 106 millions de dollars américains. Dans cette série, deux sociétés ont acquis de trois entreprises des biens qu'elles utilisaient dans le cours de leurs opérations. Ces sociétés ont consenti à une société étrangère des baux portant sur ces biens. Simultanément, la société étrangère consentait aux trois entreprises précédentes des baux portant sur les biens que celles-ci avaient initialement cédés. Ces entreprises ont versé à la société étrangère une somme totale de 400 millions de dollars en paiements anticipés sur les baux. Cette somme correspondait à environ 93 pour cent de la valeur actualisée des baux. Cependant, cette somme n'était pas imposable à ce moment dans les mains de la société étrangère ni en vertu du code fiscal américain, ni en vertu de la loi fiscale nationale de celle-ci. La société étrangère déposait cette somme en garantie pour ses créanciers en vertu des baux principaux.

² É.-U., Department of the Treasury, *The Problem of Corporate Tax Shelters: Discussion, Analysis and Legislative Proposals*, Washington, D.C. (juillet 1999) [Treasury, *Corporate Tax Shelters (1999)*], aux pages 61-64, 79.

³ Pour une illustration de l'ambiguïté inhérente à certaines déclarations de revenus relativement à des items présentant des risques d'évitement fiscal, voir aussi les observations du *Permanent Subcommittee on Investigations of the Committee on Homeland Security and Governmental Affairs* du Sénat américain relativement à certaines planifications, dans son rapport intitulé *The Role Of Professional Firms In The U.S. Tax Shelter Industry* (S. Rep. N° 109-54) Washington, D.C., United States Government Printing Office, 13 avril 2005 [Committee on Homeland Security, *Role of Professional Firms*], aux pages 60-62.

⁴ *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. 2004)], décision confirmée en appel par 150 Fed. Appx. 40, U.S. App. LEXIS 20988 (2^e Cir. 2005).

Par la suite, en vertu de règles de roulement, la société étrangère a transféré à une société liée la somme reçue en guise de paiements anticipés sur les loyers à être versés en vertu des baux, ainsi que ses droits et obligations inhérents à ceux-ci, en contrepartie d'actions privilégiées émises par la société liée. Les actions privilégiées avaient une valeur de 4 millions de dollars. En vertu des règles de roulement, le prix de base rajusté des actions privilégiées pour la société étrangère était égal au prix de base rajusté de la somme qu'elle avait reçue en guise de paiements anticipés sur les loyers, soit 400 millions de dollars.

Subséquentement, la société étrangère a disposé des actions privilégiées en faveur d'une société de personnes dont le contribuable était membre en échange d'une participation dans celle-ci. La société étrangère a ensuite cédé sa part au contribuable. Finalement, la société de personnes a cédé une fraction des actions privilégiées en faveur d'une banque pour un produit de disposition de 1 million de dollars. Le contribuable a réclamé une perte en capital de 106 millions de dollars, puisque le prix de base rajusté de ces actions à ce moment était égal à 107 millions de dollars.

L'administration fiscale a annulé les avantages fiscaux en vertu de la doctrine dite du « step transactions » et a imposé une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer à la société de personnes. La Cour de district du Connecticut a maintenu l'avis de cotisation de l'administration fiscale ainsi que la pénalité imposée. La Cour a conclu que la société de personnes ne pouvait prétendre être de bonne foi et se soustraire à la pénalité, car elle avait produit sa déclaration de revenus de manière à ne pas éveiller de soupçon chez l'administration fiscale sur la nature de la planification :

Noe's explanation of Long Term's use of the term "Net Unrealized Gains" on line 6 is a transparent attempt to conceal Long Term's efforts to keep the huge tax losses claimed from raising a red audit flag. Long Term sold the Quest and Rorer stock and claimed losses from the sale so there was nothing "unrealized" about them. Furthermore, Long Term certainly did not pass the losses through to partners as "gain", rather it used them to reduce the partners' tax liability. The sale of the Rorer and Quest stock resulted in virtually no action on Long Term's books, and, the little activity there constituted a loss, not, as reported by Long Term, "book income not included [in taxable income]." If Noe and the collaborating consultants were properly concerned about accurately reporting the technical difference between a loss that offsets gain and thereby reduces taxes and a deduction that reduces taxes, Long Term should have put the amount in line 7 and labeled it to that effect, e.g., "tax losses offsetting gains." There is no justification for reporting approximately \$106,000,000 in tax losses under the misleading titles and labels used. Given that Long Term's characterization contravenes a central purpose for the M-1 195 schedule - - to notify the IRS of tax losses not charged to

book income, it is of little moment that its disingenuous choices were counseled or encouraged by consultants⁵.

[nos extraits]

Pour déceler promptement les planifications audacieuses, l'administration fiscale a adopté des règles de divulgation en 1984 afin de recueillir des renseignements sur ces planifications auprès des conseillers fiscaux⁶.

De façon sommaire, l'administration fiscale visait les abris fiscaux faisant l'objet d'activités de sollicitation de la part de conseillers. Un abri fiscal était défini selon le nombre d'investisseurs, la valeur du montant investi et la valeur des déductions et crédits d'impôt que les investisseurs réclamaient. Ainsi :

- Au moins cinq investisseurs devaient participer à l'abri fiscal.
- La valeur de l'investissement devait être supérieure à 250 000 dollars.
- La valeur combinée des déductions et des crédits d'impôt (multipliée par 350 dans ce dernier cas) pouvant être réclamés par un investisseur devait être supérieure au double du montant investi par ce dernier, cette valeur devant être déterminée à la fin de toute année d'imposition se terminant à l'intérieur des cinq années suivant le moment où l'abri fiscal était offert sur le marché⁷.

Les promoteurs devaient enregistrer l'abri fiscal auprès de l'administration fiscale au plus tard le jour où ils sollicitaient des clients pour la première fois. Ils devaient fournir une description de l'abri fiscal et des représentations faites aux investisseurs. L'administration fiscale émettait subséquemment aux promoteurs un numéro d'enregistrement que les investisseurs devaient inscrire sur leurs déclarations de revenus⁸.

Les promoteurs d'abris fiscaux qui ne les enregistraient pas pouvaient encourir une pénalité correspondant au plus élevé de 500 dollars ou d'un montant égal à un pour cent du montant investi par leurs clients. De plus, les promoteurs pouvaient encourir une pénalité de 250 dollars s'ils ne transmettaient pas aux investisseurs le numéro d'enregistrement de l'abri fiscal assigné

⁵ *Long Term Capital Holdings* (D. Conn. 2004), *ibid.* aux pages 194-195 de la décision publiée par la Cour.

⁶ Voir Treasury, *Corporate Tax Shelters* (1999), *supra* note 2 aux pages 60-64.

⁷ 26 U.S.C. § 6111, avant les modifications apportées par l'article 815 du *American Jobs Creation Act of 2004*, Pub. L. No. 108-357 (22 octobre 2004) [AJCA 2004].

⁸ *Ibid.*

par l'administration fiscale. Enfin, les promoteurs qui ne maintenaient pas une liste de leurs clients étaient passibles d'une pénalité de 50 dollars par client jusqu'à concurrence de 100 000 dollars par année civile⁹.

Pour leur part, les contribuables pouvaient encourir une pénalité de 250 dollars s'ils n'inscrivaient pas le numéro d'enregistrement de l'abri fiscal sur leurs déclarations de revenus¹⁰.

Malgré l'adoption des règles de divulgation, l'administration fiscale n'a pu recueillir le volume de renseignements qu'elle avait anticipé. Des conseillers de même que des sociétés de conseillers ne semblaient pas observer ces règles de façon uniforme et constante. Selon des observations recueillies par l'administration fiscale, certaines raisons pouvaient amener des conseillers fiscaux à ne pas enregistrer des opérations assimilables à des abris fiscaux :

- Le montant des pénalités pouvait être minime comparativement aux honoraires que les conseillers pouvaient tirer de la mise en œuvre d'abris fiscaux par leurs clients. Tant de l'avis de l'administration fiscale que de certains groupes de professionnels, ces pénalités n'ont pas incité les conseillers à remplir leurs devoirs en vertu des règles de divulgation¹¹.
- L'administration fiscale semblait elle-même être réticente à appliquer les règles d'abris fiscaux. De plus, elle ne possédait pas les ressources nécessaires pour le faire¹².

⁹ Voir supra note 6.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Voir le rapport transmis par le New York State Bar Association (Tax Section) au Department of Treasury, intitulé *Report on Disclosure by Material Advisors*, Report No. 1080 (23 février 2005) [NYSBA, Report on Disclosure (Material Advisors) (2005)], en ligne: site NYSBA <<http://www.nysba.org/Content/ContentFolders20/TaxLawSection/TaxReports/1080rpt.pdf>>.

¹² Le *Permanent Subcommittee on Investigations of the Committee on Homeland Security and Governmental Affairs* du Sénat américain a recueilli ces renseignements lors d'une enquête sur des conseillers impliqués dans des planifications des plus audacieuses : voir *Committee on Homeland Security, Role of Professional Firms*, supra note 3 aux pages 57-58, 89, 125. Soulignons cependant que l'administration fiscale a imposé en 2007 des pénalités pour un montant global de près de 116 millions de dollars à deux sociétés de conseillers fiscaux pour leurs activités de sollicitation de clients et pour avoir fait défaut de remplir leurs obligations en vertu des règles de divulgation : voir Internal Revenue Service, IR-2007-103, « Sidley & Austin LLP Pays IRS \$39.4 Million Penalty » (23 mai 2007) ; IR-2007-71, « Jenkins & Gilchrist Admits It Is Subject to \$76 million IRS Penalty » (29 mars 2007).

L'administration fiscale a étendu le champ d'application des règles de divulgation afin d'être en mesure de protéger l'intégrité du régime fiscal face à l'évolution et à la prolifération des planifications audacieuses mises en œuvre par les contribuables, dont les sociétés¹³.

L'administration fiscale a modifié les règles de divulgation au cours de l'année 2000 afin d'accroître le dépistage des opérations qui, à son avis, présentaient des risques d'évitement¹⁴. Ces règles imposaient des obligations tant aux conseillers qu'aux contribuables. L'administration fiscale cherchait néanmoins à éviter qu'ils aient à divulguer des opérations commerciales courantes¹⁵.

D'abord, les promoteurs devaient produire une déclaration de renseignements auprès de l'administration fiscale concernant toute opération offerte à des sociétés sous le sceau de la confidentialité et dont l'un des objets significatifs relevait de l'évitement, s'ils pouvaient percevoir des honoraires supérieurs à 100 000 dollars. Les promoteurs devaient produire la déclaration de renseignements au plus tard le jour où ils sollicitaient des clients pour la première fois¹⁶.

¹³ É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service), Temporary Regulations T.D. 8877, « Tax Shelter Disclosure Requirements », 2000-11 I.R.B. 747 (13 mars 2000), [Treasury, « Temporary Regulations on Tax Shelter Disclosure (mars 2000) »], en ligne : site IRS <<http://www.irs.gov/pub/irs-irbs/irb00-11.pdf>>.

¹⁴ En 1997, le Congrès américain a adopté l'article 6111(d) dans le code fiscal américain. Le Congrès américain délèguait ainsi à l'administration fiscale (*Department of Treasury*) le pouvoir de prescrire aux fins de divulgation des opérations dont l'un des objets significatifs relevait de l'évitement fiscal. Voir É.-U., H.R. Rep. N° 148, 105th Cong., 1st Sess. 469 (1997); S. Rep. N° 33, 105th Cong., 1st Sess. 148 (1997): « In enacting section 6111(d), Congress added confidential corporate tax shelters as a type of tax shelter that must be registered under section 6111. Congress intended the provision to improve tax compliance by giving the Treasury Department earlier notification of transactions that may not comport with Federal tax law and by discouraging taxpayers from entering into questionable transactions. »

¹⁵ É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service), Announcement 2000-12 « Disclosure Requirements for Corporate Tax Shelters », 2000-12 I.R.B. 835 (20 mars 2000), [Treasury, « Disclosure and Corporate Tax Shelters (20 mars 2000) »], à la page 836 : « The regulations are intended to require disclosure of transactions that should be subject to careful scrutiny by the Service. The regulations are designed not to require disclosure of customary business transactions or transactions with tax benefits that the Service has no reasonable basis to challenge ». Communiqué disponible en ligne : site IRS <<http://www.irs.gov/pub/irs-irbs/irb00-12.pdf>>.

¹⁶ Voir É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service), Temporary Regulations T.D. 8876, « Corporate Tax Shelter Registration », 2000-11 I.R.B. 753 (13 mars 2000), ainsi que Notice of Proposed Rulemaking and Notice of Public Hearing (REG-110311), « Corporate Tax Shelter Registration », 2000-11 I.R.B. 767 (13 mars 2000), en ligne : site IRS <<http://www.irs.gov/pub/irs-irbs/irb00-11.pdf>>. Voir aussi Treasury, « Disclosure and Corporate Tax Shelters (20 mars 2000) », *ibid.*

Ensuite, les promoteurs d'opérations où l'un des objets significatifs relevait de l'évitement et qui étaient offertes aux sociétés devaient tenir un registre renfermant la liste des investisseurs ainsi que tous les documents utilisés aux fins de sollicitation¹⁷.

Pour leur part, les sociétés devaient joindre à leurs déclarations de revenus, une déclaration de renseignements concernant une opération qu'elles avaient mise en œuvre et de laquelle découlaient les avantages fiscaux qu'elles avaient réclamés dans leurs déclarations de revenus, lorsque cette opération s'assimilait à l'une des opérations prescrites par l'administration fiscale¹⁸.

Initialement, les opérations prescrites par l'administration fiscale étaient regroupées en deux catégories.

La première catégorie visait les opérations d'évitement qui :

- permettaient de réduire l'impôt à payer d'une société par actions de plus de 5 millions de dollars pour une année d'imposition ou de plus de 10 millions de dollars pour plusieurs années d'imposition; et
- présentaient au moins deux des six caractéristiques suivantes définies aux fins des règles de divulgation :
 - La société met en œuvre une opération sous le sceau de la confidentialité.
 - L'opération est dotée d'une clause d'indemnité en faveur de la compagnie.
 - L'opération est l'objet d'activités de sollicitation de la part d'un conseiller qui pouvait tirer des honoraires d'un montant supérieur à 100 000 dollars à la condition que les avantages fiscaux se matérialisent.
 - Le traitement fiscal et comptable de l'opération présente une différence supérieure à 5 millions de dollars au cours d'une même année d'imposition.
 - La participation d'une tierce partie à une opération qui, en raison de son statut fiscal différent de celui de la société, permet à celle-ci de réclamer des avantages fiscaux découlant de l'opération.

¹⁷ Treasury, « Disclosure and Corporate Tax Shelters (20 mars 2000) », *supra* note 15.

¹⁸ Treasury, « Temporary Regulations on Tax Shelter Disclosure (mars 2000) », *supra* note 13.

- Le traitement fiscal américain d'une opération pour la société présente des disparités avec le traitement fiscal de l'opération pour une autre partie à l'opération en vertu d'une loi fiscale étrangère¹⁹.

La deuxième catégorie visait les opérations déclarées audacieuses par l'administration fiscale.

Une société devait produire une déclaration de renseignements lorsque :

- elle avait mis en œuvre une opération identique ou substantiellement similaire à l'une des opérations déclarées audacieuses²⁰; et
- l'opération lui avait permis de réduire son impôt à payer de plus de 1 million de dollars pour une année d'imposition ou de plus de 2 millions de dollars pour plusieurs années d'imposition²¹.

Cependant, les sociétés n'avaient pas à produire une déclaration de renseignements à l'égard d'opérations faisant partie de la première catégorie lorsque, sommairement :

- elles avaient réalisé une opération dans le cours normal de leurs activités commerciales, d'une manière conforme aux normes commerciales généralement reconnues, et indépendamment de l'obtention des avantages fiscaux, ou
- lorsque la structure des opérations était généralement considérée conforme au code fiscal américain²².

En plus de produire une déclaration de renseignements, les contribuables assujettis devaient maintenir un registre de tous les documents pertinents relatifs à une opération prescrite qu'ils avaient réalisée jusqu'à l'expiration du délai de prescription de la première année d'imposition pour laquelle ils devaient produire la déclaration de renseignements. Parmi les documents prescrits par l'administration fiscale se trouvaient, entre autres, les analyses de l'opération effectuées afin d'évaluer l'opportunité de mettre en œuvre l'opération, les documents qui

¹⁹ *Ibid.* à la page 748.

²⁰ À ce moment, l'administration fiscale avait déclaré approximativement une dizaine d'opérations audacieuses aux fins des règles de divulgation : voir É.-U., Internal Revenue Service, Notice 2000-15, « Listed Transactions », 2000-12 I.R.B. 826 (20 mars 2000), en ligne : site IRS <<http://www.irs.gov/pub/irs-irbs/irb00-12.pdf>>.

²¹ Voir Treasury, « Temporary Regulations on Tax Shelter Disclosure (mars 2000) », *supra* note 13 à la page 748.

²² *Ibid.*

expliquaient la structure fiscale de l'opération ainsi que les documents permettant d'identifier les objets commerciaux de l'opération²³.

Les contribuables n'encourageaient cependant aucune pénalité s'ils ne produisaient pas la déclaration de renseignements prescrite. Néanmoins, ceux qui produisaient cette déclaration de renseignements se trouvaient en meilleure position de démontrer qu'ils avaient exercé un degré de diligence raisonnable dans l'observation du régime fiscal de manière à se soustraire à une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer²⁴.

Par la suite, l'administration fiscale a révisé les règles de divulgation à diverses reprises sur une base intérimaire avant de prescrire les règlements finaux en février 2003. Elle cherchait à circonscrire d'une manière plus précise les opérations prescrites, en prenant en considération les commentaires formulés par des contribuables et des conseillers²⁵.

Ainsi, depuis le 23 février 2003, l'administration fiscale a prescrit sept catégories d'opérations visées par les règles de divulgation (*Reportable Transactions*, ci-après « opérations prescrites ») :

- Opérations déclarées audacieuses par l'administration fiscale (*Listed Transactions*).
- Opérations à caractère confidentiel (*Confidential Transactions*).
- Opérations dotées de clauses d'indemnité (*Transactions with Contractual Protections*).
- Opérations permettant la déductibilité de pertes d'entreprise ou en capital (*Loss Transactions*).
- Opérations d'entreprises publiques dont les traitements comptable et fiscal présentent une différence significative (*Transactions with a Significant Book-Tax Difference*).
- Opérations comportant une détention d'actifs sur une courte période (*Transactions Involving a Brief Asset Holding Period*).
- Opérations pouvant possiblement s'assimiler à de l'évitement (*Transactions of Interest*).

²³ *Ibid.*

²⁴ Pour un exposé des règles de divulgation telles qu'elles existaient avant 2003, voir É.-U., Joint Committee on Taxation, *Background and Present Law Relating to Tax Shelters* (JCX-19-02), Washington, D.C., United States Government Office, 19 mars 2002, à la page 30.

²⁵ Voir É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service), Final Regulations T.D. 9046 « Tax Shelter Regulations », 2003-12 I.R.B. 614 (24 mars 2003), en ligne : site IRS <<http://www.irs.gov/pub/irs-irbs/irb03-12.pdf>>. Des correctifs ont été apportés le 2 avril 2003.

L'adoption par l'administration fiscale du *American Jobs Creation Act (AJCA)*²⁶, le 22 octobre 2004, a amené une série de modifications aux règles de divulgation :

- Tous les contribuables ayant réalisé une opération prescrite doivent joindre à leurs déclarations de revenus une déclaration de renseignements décrivant cette opération.
- Les contribuables sont assujettis à une pénalité lorsqu'ils ne produisent pas une déclaration de renseignements concernant leur participation dans une opération prescrite.
- En cas d'inobservation des règles de divulgation, les contribuables sont assujettis à une pénalité spécifique pour sous-estimation de l'impôt à payer de 30 pour cent plutôt que 20 pour cent, sans possibilité d'argumenter qu'ils ont fait preuve de diligence raisonnable afin de s'en soustraire.
- Les conseillers fiscaux ayant participé à la mise en œuvre par leurs clients d'une opération prescrite doivent conserver un registre des renseignements sur ces derniers.
- L'administration fiscale a haussé les seuils de pénalités applicables aux conseillers ne conservant pas un registre concernant les opérations prescrites réalisées par leurs clients.

Pour donner suite aux modifications apportées aux règles de divulgation par le *AJCA*, l'administration fiscale a publié une série de règlements intérimaires avant de les finaliser successivement le 2 novembre 2006, le 3 août 2007 et le 26 septembre 2007. La prochaine section portera sur les règles de divulgation en vigueur depuis 2003, en prenant en considération les modifications apportées ou proposées depuis cette date.

²⁶ Voir *AJCA 2004*, *supra* note 7.

3

Description

En vertu des règles de divulgation, les contribuables et les conseillers doivent produire des déclarations de renseignements lorsqu'ils participent à l'une ou l'autre des opérations prescrites par l'administration fiscale qui, à son avis, présentent un risque d'évitement²⁷.

3.1. Opérations prescrites aux fins des règles de divulgation

Les contribuables et les conseillers doivent produire une déclaration de renseignements auprès de l'administration fiscale lorsqu'ils mettent en œuvre ou participent à la réalisation d'une opération faisant partie de l'une des 7 catégories d'opérations prescrites exposées ci-dessous, lesquelles ont été brièvement évoquées à la fin de la section 2. Certaines de ces catégories ont été retirées depuis la date de leur introduction, alors que d'autres ont été ajoutées.

3.1.1 Opérations déclarées audacieuses

Une opération déclarée audacieuse consiste en une opération identique ou substantiellement identique à l'une des planifications décrites par l'administration fiscale dans un communiqué public où elle conclut que cette planification présente à son avis un risque d'évitement²⁸. Au mois de juin 2006, l'administration fiscale avait déclaré 31 planifications audacieuses aux fins des règles de divulgation.²⁹ Depuis, l'administration fiscale a déclaré trois autres opérations audacieuses, portant le nombre total à 34 opérations. De plus, elle propose d'ajouter à la liste les opérations faisant l'objet d'un brevet. Le tableau 3.1 énumère succinctement chacune des opérations déclarées audacieuses par l'administration fiscale depuis 2003.

²⁷ 26 U.S.C. § 6011; 26 C.F.R. §§ 1.6011-4(a), 1.6111 et 1.6112.

²⁸ 26 C.F.R. § 1.6011-4(b)(2). Le fascicule 5 illustre les modalités d'une déclaration de l'administration fiscale qu'une opération soit audacieuse aux fins des règles de divulgation.

²⁹ David M. Walker (Comptroller General of the United States), témoignage devant le *Finance Committee* (U.S. Senate), *Tax Compliance: Challenges to Corporate Tax Enforcement and Options to Improve Securities Basis Reporting* (GAO-06-85IT) Washington, D.C., United States Government Printing Office, 13 juin 2006, à la page 11.

TABLEAU 3.1
ÉNUMÉRATION SOMMAIRE DES OPÉRATIONS DÉCLARÉES AUDACIEUSES
PAR L'ADMINISTRATION FISCALE

RÉFÉRENCE	DÉSIGNATION	DATE
Revenue Ruling 90-105	Certain Accelerated Deductions for Contributions to a Qualified Cash or Deferred Arrangement or Matching Contributions to a Defined Contribution Plan	28.02.2000
Notice 95-34	Certain Trusts Purported to be Multiple Employer Welfare Funds Exempted from the Lists of §§ 419 and 419A	28.02.2000
ASA Investing Partnership v. Commissioner	-Transactions similar to that described in the ASA Investing litigation and in ACM Partnership v. Commissioner, 157 F.3d 231 (3rd Cir. 1998)	28.02.2000
Treasury Regulation § 1.643(a)-8	Certain Distributions from Charitable Remainder Trusts	28.02.2000
Notice 99-59	Transactions involving the distributions of encumbered property in which losses claimed for capital outlays have been recovered (aka BOSS transactions).	28.02.2000
Treasury Regulation § 1.7701(l)-3	Fast Pay or Step-Down Preferred Transactions	28.02.2000
Revenue Ruling 2000-12	Debt Straddles	28.02.2000
Notice 2000-44	Inflated Partnership Basis Transactions (Son of Boss)	11.08.2000
Notice 2000-60	Stock Compensation Transactions	16.08.2000
Notice 2000-61	Guam Trust	21.11.2000
Notice 2001-16	Intermediary Transactions	18.01.2001
Notice 2001-17	§351 Contingent Liability	18.01.2001
Notice 2001- 45	§302 Basis-Shifting Transactions	16.07.2001
Notice 2002-21	Inflated Basis "CARDS" Transactions	18.03.2002
Notice 2002-35	Notional Principal Contracts	06.05.2002
Notice 2002-50	Partnership Straddle Tax Shelter	25.06.2002
Revenue Ruling 2002-69	Lease In / Lease Out or LILO Transactions	28.02.2000
Revenue Ruling 2003-6	Abuses Associated with S Corp ESOPs	17.12.2002
Notice 2003-22	Offshore Deferred Compensation Arrangements	04.04.2003
Notice 2003-24	Certain Trust Arrangements Seeking to Qualify for Exception for Collectively Bargained Welfare Benefit Funds under § 419A(f)(5)	11.04.2003
Notice 2003-47	Transfers of Compensatory Stock Options to Related Persons	01.07.2003
Notice 2003-55	Accounting for Lease Strips and Other Stripping Transactions	28.02.2000
Notice 2003-77	Improper use of contested liability trusts to attempt to accelerate deductions for contested liabilities under IRC 461(f)	19.11.2003
Notice 2003-81	Offsetting Foreign Currency Option Contracts	04.12.2003
Notice 2004-8	Abusive Roth IRA Transactions	31.12.2003
Revenue Ruling 2004-04	Prohibited Allocations of Securities in an S Corporation	23.01.2004
Revenue Ruling 2004-20	Abusive Transactions Involving Insurance Policies in IRC 412(i) Retirement Plans	13.02.2004
Notice 2004-20	Abusive Foreign Tax Credit Transactions	17.02.2004
Notice 2004-30	S Corporation Tax Shelter Involving Shifting Income to Tax Exempt Organization	01.04.2004
Notice 2004-31	Intercompany Financing Through Partnerships	01.04.2004
Notice 2005-13	Sale-In Lease-Out transactions	11.02.2005
Notice 2007-57	Loss Importation Transaction	20.06.2007

RÉFÉRENCE	DÉSIGNATION	DATE
REG-129916-07 (Proposed ³⁰)	Patented Transactions	26.09.2007
Notice 2007-83	Abusive Trust Arrangements Utilizing Cash Value Life Insurance Policies Purportedly to Provide Welfare Benefits	17.10.2007
Notice 2008-34	Distressed Asset Trust (DAT) Protection	27.02.2008

Source : Adaptation par les auteurs de la liste des opérations déclarées audacieuses par l'administration fiscale américaine telle que publiée sur le site Internet du IRS au 1^{er} mars 2008 : site IRS <<http://www.irs.gov/businesses/corporations/article/0,,id=120633,00.html>>.

3.1.2 Opération de nature confidentielle

Une opération de nature confidentielle consiste en une opération offerte par un conseiller à un contribuable sous le sceau de la confidentialité et pour laquelle le contribuable verse des honoraires d'au moins 50 000 dollars, ou d'au moins 250 000 dollars si le contribuable est une société. Une opération est émise sous le sceau de la confidentialité si, notamment, le conseiller interdit au contribuable de divulguer les modalités de l'opération à toute autre personne³¹.

3.1.3 Opération dotée de clauses d'indemnité en faveur du contribuable

Une opération dotée d'une clause d'indemnité est une opération réalisée par un contribuable suivant l'avis d'un conseiller conformément à une entente intervenue entre ces parties qui renferme l'une ou l'autre de ces clauses d'indemnisation :

- Le contribuable a le droit de réclamer de son conseiller un remboursement total ou partiel des honoraires qu'il lui a versés s'il ne peut réclamer la totalité ou une partie des avantages fiscaux anticipés.
- Le versement d'honoraires par le contribuable à ce conseiller est subordonné à l'obtention des avantages fiscaux anticipés³².

³⁰ Voir É.-U., Department of Treasury (Internal Revenue Service), « Patented Transactions », REG-129916-07, RIN 1545-BG76 (26 septembre 2007), 72:186 FR 54615. L'administration fiscale a tenu une audience publique le 21 février 2008 pour recueillir les commentaires des contribuables et des conseillers fiscaux sur cette proposition : « Patented Transactions : Hearing », REG-129916-07, RIN 1545-BG76 (10 janvier 2008), 73 :7 FR 1851.

³¹ 26 C.F.R. § 1.6011(b)(3).

³² 26 C.F.R. § 1.6011(b)(4).

3.1.4 Opération impliquant une déduction au titre de perte d'entreprise ou de perte en capital

Une opération impliquant une déduction au titre d'une perte d'entreprise ou d'une perte en capital consiste en une opération où un contribuable peut déduire dans le calcul de son revenu une telle perte lorsqu'elle atteint un seuil prédéterminé :

- Pour une société, ce seuil correspond à 10 millions de dollars pour une année d'imposition ou à 20 millions de dollars sur une période de 6 années d'imposition consécutives débutant l'année où l'opération a été mise en œuvre.
- Pour un particulier, ce seuil correspond à 2 millions de dollars pour une année d'imposition ou à 4 millions de dollars sur une période de 6 années d'imposition consécutives débutant l'année où l'opération a été mise en œuvre³³.

3.1.5 Opération créant une disparité entre les revenus comptable et fiscal (retirée le 6 janvier 2006)

Une opération créant une disparité entre les revenus comptable et fiscal du contribuable consiste en une opération réalisée par une entreprise inscrite en bourse ou possédant des actifs d'une valeur d'au moins 250 millions de dollars, et de laquelle découle une disparité de plus de 10 millions de dollars pour une année d'imposition entre la valeur d'un revenu, d'un gain, d'une dépense ou d'une perte déterminée :

- d'une part, selon le code fiscal américain; et
- d'autre part, selon les principes comptables américains généralement reconnus³⁴.

³³ 26 C.F.R. § 1.6011-4(b)(5).

³⁴ 26 C.F.R. § 1.6011-4(b)(6), selon les règlements en vigueur avant le 3 août 2007. L'administration fiscale avait annoncé le retrait de cette opération de la liste d'opérations prescrites par voie de communiqué public : voir É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service), IR-2006-06, « Notification of Removal of the Transaction with a Significant Book-Tax Difference Category of Reportable Transaction Under § 1.6011-4 » (6 janvier 2006).

3.1.6 Opération impliquant une détention d'actifs par un contribuable durant une courte période (retirée le 3 août 2007)

Dans une telle opération, un contribuable détient un actif pendant une période de 45 jours ou moins et réclame un crédit d'impôt d'un montant supérieur à 250 000 dollars à l'égard de cet actif³⁵.

3.1.7 Opérations s'assimilant possiblement à de l'évitement (catégorie ajoutée le 2 novembre 2006)

Font partie de cette catégorie les opérations à l'égard desquelles l'administration fiscale américaine désire recueillir des renseignements supplémentaires afin de déterminer si celles-ci relèvent véritablement de l'évitement fiscal. Les contribuables et leurs conseillers réalisant des opérations doivent se conformer aux règles de divulgation lorsque les modalités de celles-ci sont identiques ou substantiellement similaires à celles décrites par l'administration fiscale américaine³⁶. Cette dernière a prescrit quatre opérations faisant partie de cette catégorie :

- *Contribution of Successor Member Interest*³⁷.
- *Toggling Grantor Trust*³⁸.
- *Sale of Charitable Remainder Trust Interest*³⁹.
- *Subpart F Income Partnership Blocker*⁴⁰.

³⁵ 26 C.F.R. § 1.6011-4(b)(7), selon les règlements en vigueur avant le 3 août 2007. Le 3 août 2007, l'administration fiscale a retiré cette opération de la liste d'opérations prescrites : voir É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service), *ACJA Modifications to the Section 6011 Regulations*, RIN 1545-BE24, TD 9350 (3 août 2007), 72 :149 FR 43146 [Treasury, *Final Regulations* (3 août 2007)], à la page 43148.

³⁶ 26 C.F.R. § 1.6011-4(6).

³⁷ É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service), Notice 2007-72, « Transaction of Interest – Contribution of Successor Member Interest » (14 août 2007), 2007-36 I.R.B. 544 (4 septembre 2007), en ligne : site IRS <<http://www.irs.gov/pub/irs-irbs/irb07-36.pdf>>.

³⁸ É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service), Notice 2007-73, « Transaction of Interest – Toggling Grantor Trust » (14 août 2007), 2007-36 I.R.B. 545 (4 septembre 2007), en ligne : site IRS <<http://www.irs.gov/pub/irs-irbs/irb07-36.pdf>>.

³⁹ É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service), Notice 2008-99, « Transaction of Interest – Potential for Avoidance of Tax Through Sale of Charitable Remainder Trust Interests » (31 octobre 2008), 2008-47 I.R.B. (24 novembre 2008).

⁴⁰ É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service), Notice 2009-07, « Transaction of Interest – Subpart F Income Partnership Blocker » (21 janvier 2009), 2009-3 I.R.B. (21 janvier 2009).

3.2 Devoirs des contribuables et pénalités

3.2.1 *Contribuables assujettis*

Les contribuables doivent joindre à leur déclaration de revenus une déclaration prescrite par l'administration fiscale dans laquelle on retrouve des renseignements relatifs aux opérations prescrites auxquelles ils ont participé⁴¹. Pour l'essentiel, les contribuables participent à une opération lorsque leurs déclarations de revenus reflètent les avantages fiscaux en découlant⁴².

3.2.2 *Déclaration de renseignements*

Le contribuable doit fournir :

- Son nom.
- Son adresse.
- La catégorie de l'opération prescrite.
- Les coordonnées de tous les conseillers auxquels il a versé des honoraires relativement à l'opération.
- Les faits relatifs à l'opération, de manière à permettre à l'administration fiscale de comprendre l'opération.
- Une description ainsi qu'une estimation des avantages fiscaux anticipés découlant de l'opération.
- Les coordonnées des autres participants à l'opération⁴³.

⁴¹ 26 C.F.R. § 1.6011-4(e). Voir É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service), *Form 8886 Reportable Transaction Disclosure Statement* (Rev. December 2005) et *Instructions for Form 8886* (Rev. December 2005).

⁴² 26 C.F.R. § 1.6011-4(c)(3).

⁴³ 26 C.F.R. § 1.6011-4(d). Avant le 3 août 2007, les contribuables devaient produire les coordonnées des autres participants à une opération uniquement si celle-ci était une opération déclarée audacieuse, conformément à la déclaration prescrite et aux instructions de l'administration fiscale. Cependant, pour donner suite aux règlements proposés par l'administration fiscale et publiés le 2 novembre 2006, les contribuables qui auraient mis en œuvre l'une ou l'autre des opérations prescrites en vertu des règles de divulgation doivent produire depuis le 3 août 2007 les coordonnées de tous les participants à l'opération qu'ils ont réalisée, peu importe la nature de l'opération prescrite. Voir É.-U., Department of Treasury (Internal Revenue Service), Notice of Proposed Rulemaking REG-103038-05, RIN 1545-BE24, *AJCA Modifications to the Section 6011 Regulations* (2 novembre 2006) [Treasury, *Proposed ACJA Modifications to Regulations 6011* (2 novembre 2006)]; et Treasury, *Final Regulations* (3 août 2007), *supra* note 35.

Aux fins des règles de divulgation, un avantage fiscal comprend une déduction ou une exclusion d'un montant dans le calcul du revenu, l'absence d'imposition sur un gain, un crédit d'impôt, un ajustement ou l'absence d'ajustement au coût d'un bien, le statut de contribuable exonéré, et toute autre conséquence ayant une incidence sur le montant, la nature ou l'origine de tout item relatif à un revenu, un gain, une dépense, une perte ou un crédit d'impôt⁴⁴.

Le contribuable doit par ailleurs produire une déclaration de renseignements dans les 90 jours suivant le jour où l'administration fiscale a déclaré audacieuse une opération qu'ils ont réalisée antérieurement. Il n'a cependant pas à produire une telle déclaration à l'égard d'une année d'imposition si cette dernière était prescrite le jour où l'administration fiscale a déclaré l'opération audacieuse⁴⁵.

3.2.3 Maintenance d'un registre de documents afférents à l'opération

Le contribuable doit conserver tous les documents renfermant les renseignements qui expliquent la structure de l'opération à l'origine des avantages fiscaux réclamés dans une année d'imposition. Les contribuables doivent conserver ces documents jusqu'à l'expiration du délai de prescription applicable à l'égard de la dernière année d'imposition pour laquelle ils doivent produire une déclaration de renseignements aux fins des règles de divulgation.

Parmi ces documents se trouvent, entre autres :

- Les analyses et explications sous-jacentes aux avantages fiscaux réclamés.
- Les documents utilisés par le contribuable afin de prendre une décision relativement à l'opération.
- Les documents faisant référence aux objets commerciaux poursuivis par les contribuables.
- Les communications entre le contribuable et ses conseillers ou toute autre partie à l'opération.
- Les documents utilisés aux fins de sollicitation⁴⁶.

⁴⁴ Voir la définition de *Tax Benefits* sous 26 U.S.C. § 1.6011-4(c)(6).

⁴⁵ Voir 26 C.F.R. § 1.6011-4(e)(2)(i). Initialement, les contribuables devaient produire une déclaration de renseignements dans les 60 jours. L'administration fiscale a prolongé ce délai à 90 jours puisque le délai antérieur était trop court pour permettre aux contribuables de produire la déclaration exigée : voir Treasury, *Final Regulations (3 août 2007)*, *supra* note 35 à la page 43148.

⁴⁶ 26 C.F.R. § 1.6011-4(g).

3.2.4 Pénalités pour défaut de produire la déclaration prescrite

L'administration fiscale peut imposer une pénalité aux contribuables qui ne divulguent pas leur participation dans une opération prescrite. De manière générale, cette pénalité s'élève à 10 000 dollars pour les particuliers et à 50 000 dollars pour tout autre contribuable. Cependant, ces pénalités atteignent respectivement 100 000 dollars et 200 000 dollars dans le cas d'opérations déclarées audacieuses. S'il s'agit de sociétés à capital ouvert, elles doivent divulguer le montant de cette pénalité dans leurs rapports financiers. Cette pénalité s'ajoute à toute autre pénalité à laquelle le contribuable est assujéti en vertu du code fiscal américain⁴⁷.

L'administration fiscale (*Commissioner of Internal Revenue*) peut lever la pénalité initialement imposée au contribuable en totalité ou en partie si cela permet de promouvoir l'observation des règles de divulgation et de favoriser une saine administration de la justice⁴⁸. Le contribuable doit produire une requête en ce sens auprès de l'administration fiscale dans les 30 jours suivant le jour où celle-ci exige du contribuable le paiement de la pénalité ainsi que la production de la déclaration de renseignements qu'il devait produire⁴⁹.

Afin de décider si une pénalité doit être annulée, l'administration fiscale prend en considération l'ensemble des circonstances, dont le degré d'observation du régime fiscal démontré par le contribuable par le passé, le caractère non intentionnel de l'erreur du contribuable dans l'interprétation des faits, ainsi que des motifs d'équité. Les contribuables et les conseillers ne peuvent porter en appel la décision de l'administration fiscale de ne pas lever la pénalité qu'elle leur a initialement imposée⁵⁰.

⁴⁷ 26 U.S.C. § 6707A.

⁴⁸ 26 U.S.C. § 6707A(d).

⁴⁹ Voir la procédure établie par l'administration fiscale américaine à cet égard dans É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service), Rev. Proc. 2007-21, 2007-9 I.R.B. 613 (26 février 2007) [IRS, « Revenue Procedure for Penalty Rescission Request »].

⁵⁰ Voir 26 U.S.C. § 6707A(d) et § 6707(c); É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service), Notice 2005-11, « New Penalty Section 6707A and Rescission Penalty », 2005-7 I.R.B. 493 (14 février 2005).

Toutefois, l'administration fiscale n'a pas le pouvoir de lever la pénalité à l'égard d'une opération déclarée audacieuse. Relativement à ces opérations, la décision de l'administration fiscale est finale et sans possibilité de révision judiciaire⁵¹.

3.2.5 Pénalité spécifique pour sous-estimation de l'impôt à payer

3.2.5.1 Taux de pénalité de 20 pour cent ou de 30 pour cent

De façon sommaire, les contribuables qui sous-estiment leur impôt à payer sont passibles d'une pénalité d'un montant égal à 20 pour cent de la totalité du montant d'impôt sous-estimé lorsque cette sous-estimation est considérable (« pénalité générale »)⁵². Un montant d'impôt à payer sous-estimé est considérable dans les cas 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 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 millions de dollars⁵³.

Le montant auquel s'applique le taux de pénalité correspond essentiellement au montant de l'impôt à payer sous-estimé déterminé par l'administration fiscale après les ajustements qu'elle apporte au calcul du revenu du contribuable et à son impôt à payer.

Cependant, les contribuables dont le montant d'impôt sous-estimé est attribuable à une opération prescrite aux fins des règles de divulgation sont assujettis à une pénalité spécifique pour sous-estimation de l'impôt à payer (« pénalité spécifique »). De façon sommaire, cette pénalité équivaut à :

⁵¹ 26 U.S.C. § 6707A(d).

⁵² Nous référons le lecteur au fascicule 6 de cette étude pour de plus amples détails sur la pénalité générale pour sous-estimation de l'impôt à payer.

⁵³ 26 U.S.C. § 6662.

- 20 pour cent du montant d'impôt sous-estimé découlant d'une opération déclarée audacieuse ou d'une autre opération prescrite si, dans ce dernier cas, un des objets significatifs poursuivis par le contribuable relève de l'évitement fiscal.
- 30 pour cent du montant d'impôt sous-estimé lorsque le contribuable fait défaut d'observer les règles de divulgation.

Le montant auquel s'applique la pénalité spécifique correspond essentiellement au montant d'impôt sous-estimé par le contribuable après que l'administration fiscale ait requalifié des items relatifs à l'opération figurant dans la déclaration de revenus de celui-ci (sans égard aux autres items), multiplié par le taux d'imposition sur le revenu le plus élevé applicable au contribuable. Une société à capital ouvert doit divulguer dans ses états financiers tout montant de pénalité que l'administration fiscale lui a imposée⁵⁴.

3.2.5.2 Possibilité pour le contribuable de se soustraire à la pénalité spécifique s'il s'est conformé aux règles de divulgation

Si le contribuable s'est conformé aux règles de divulgation, il peut se soustraire à la pénalité spécifique pour sous-estimation de l'impôt à payer s'il⁵⁵ :

- démontre sa bonne foi;
- démontre qu'il s'est conformé aux règles de divulgation;
- s'est appuyé sur des sources juridiques ou administratives reconnues afin de réclamer des avantages fiscaux lorsqu'il a produit sa déclaration de revenus;
- démontre qu'il pouvait raisonnablement être d'avis que le traitement fiscal réclamé était conforme à la loi fiscale et à la jurisprudence selon la prépondérance des probabilités⁵⁶.

L'opinion du contribuable doit être établie de manière raisonnable :

- en appliquant la loi fiscale et la jurisprudence à l'ensemble des faits;
- sans prendre en considération la possibilité que l'administration fiscale ne vérifie pas sa déclaration de revenus ou n'identifie pas l'opération mise en œuvre; et

⁵⁴ 26 U.S.C. § 6662A. La pénalité spécifique s'applique par ailleurs en lieu et place de la pénalité générale pour sous-estimation de l'impôt à payer.

⁵⁵ De manière plus spécifique, un contribuable qui ne s'est pas conformé aux règles de divulgation ne peut alors soumettre une défense de diligence raisonnable pour se soustraire de cette pénalité.

⁵⁶ 26 U.S.C. § 6664(d). Par ailleurs, l'administration fiscale peut prescrire par règlement des interprétations de la loi fiscale et de la jurisprudence qui, à son avis, ne permettent pas aux contribuables de soutenir que leur position est conforme à ces sources juridiques selon la prépondérance des probabilités : 26 U.S.C. § 6662(d)(3).

- sans prendre en considération la possibilité de conclure un règlement avec l'administration fiscale afin de résoudre un litige concernant un aspect de l'opération⁵⁷.

À l'instar de la pénalité générale pour sous-estimation de l'impôt à payer, un contribuable peut s'appuyer sur l'opinion fiscale émise par un conseiller fiscal afin de se soustraire à la pénalité spécifique⁵⁸, sous réserve qu'il ne peut s'appuyer sur une opinion disqualifiée.

3.2.5.3 *Opinion disqualifiée*

Afin de se soustraire à la pénalité spécifique, un contribuable ne peut s'appuyer sur l'opinion fiscale formulée par :

- un conseiller assujetti aux règles de divulgation;
- un conseiller qui reçoit des honoraires d'un tel conseiller;
- un conseiller qui perçoit des honoraires conditionnels à l'obtention par le contribuable d'avantages fiscaux découlant d'une opération prescrite; ou
- un conseiller qui possède un intérêt pécuniaire dans la réalisation de l'opération prescrite, dans les circonstances prescrites par l'administration fiscale⁵⁹.

De plus, un contribuable ne peut s'appuyer sur une opinion fiscale lorsque l'opinion :

- repose sur des hypothèses factuelles ou juridiques déraisonnables;
- s'appuie de manière déraisonnable sur les déclarations du contribuable ou de toute autre personne;
- ne prend pas en considération les faits pertinents afin de déterminer le traitement fiscal approprié; ou
- prend en considération les probabilités que l'administration fiscale n'identifie pas l'opération mise en œuvre ou que celle-ci accepte de conclure un règlement à l'amiable avec le contribuable⁶⁰.

⁵⁷ 26 U.S.C. § 6664(d)(3)(A).

⁵⁸ Les principes retenus afin de déterminer si les contribuables ont fait preuve de diligence raisonnable aux fins des règles de divulgation s'assimilent aux principes applicables aux fins de la pénalité générale pour sous-estimation de l'impôt à payer. Sommairement, les contribuables doivent s'appuyer sur une opinion professionnelle impartiale pour déterminer si le traitement fiscal réclamé est conforme à la loi fiscale selon la prépondérance des probabilités, sans postuler d'hypothèses déraisonnables à l'égard des faits pertinents.

⁵⁹ 26 U.S.C. § 6664(d)(3)(B)(i) et (ii).

⁶⁰ 26 U.S.C. § 6664(d)(3)(A)(B)(iii).

3.2.6 Suspension des intérêts courus pour les particuliers

Tant les sociétés que les individus ayant un montant d'impôt sous-estimé attribuable à une opération prescrite doivent verser des intérêts courus sur ce montant à compter de la date limite pour la production de leur déclaration de revenus. Cependant, ces contribuables peuvent payer le montant d'impôt sous-estimé ou autrement déposer une somme auprès de l'administration fiscale afin d'empêcher l'accumulation des intérêts sur le montant d'impôt à payer déterminé par celle-ci⁶¹.

Les particuliers sont admissibles à une suspension du calcul des intérêts sur un montant d'impôt sous-estimé attribuable à une opération prescrite aux fins des règles de divulgation lorsque l'administration fiscale ne leur a pas émis un avis de cotisation à l'intérieur d'un délai de 36 mois suivant la date prescrite pour la production de la déclaration de revenus pour une année d'imposition⁶². Les particuliers ne sont cependant pas admissibles à une suspension des intérêts si le montant d'impôt sous-estimé découle d'une opération déclarée audacieuse ou de toute autre opération prescrite n'ayant pas été divulguée adéquatement⁶³.

3.2.7 Prolongation de la période de nouvelle cotisation

L'administration fiscale peut vérifier les affaires d'un contribuable n'ayant pas produit sa déclaration de renseignements au-delà de la période de vérification habituelle de 3 ans. Le cas échéant, l'administration fiscale pourra émettre un avis de nouvelle cotisation au contribuable jusqu'à l'expiration d'une période d'une année commençant le jour suivant celui où celui-ci remplit ses obligations en vertu des règles de divulgation⁶⁴.

⁶¹ 26 U.S.C. § 6601 et § 6603. Pour un sommaire des règles relatives au calcul des intérêts courus sur un montant d'impôt impayé, voir É.-U., Joint Committee on Taxation, *General Explanation of Tax Legislation Enacted in the 108th Congress* (JCS-5-05) Washington, D.C., United States Government Printing Office, mai 2005, aux pages 408-411.

⁶² 26 U.S.C. § 6404(g)(3), tel que modifié par *Small Business and Work Opportunity Tax Act of 2007*, Pub. L. 110-28 (25 mai 2007), article 8242.

⁶³ 26 U.S.C. § 6404(g)(2)(E).

⁶⁴ 26 U.S.C. § 6501(c)(10).

3.3 Devoirs des conseillers fiscaux et pénalités

3.3.1 *Conseillers assujettis*

Un conseiller fiscal est assujetti aux règles de divulgation lorsqu'il :

- formule un énoncé fiscal à un contribuable lors de la réalisation par ce dernier d'une opération prescrite⁶⁵;
- participe à l'organisation, à la gestion, ou à la mise en œuvre de l'opération, sollicite des contribuables afin qu'ils la réalisent ou octroie à un contribuable une assurance dont l'objet porte sur les avantages fiscaux que peut anticiper le contribuable grâce à l'opération; et
- tire des revenus bruts de l'opération qui excèdent les seuils suivants :
 - dans le cas d'une opération prescrite autre qu'une opération déclarée audacieuse, 50 000 dollars lorsque les avantages fiscaux sont substantiellement attribuables à un ou des particuliers et 250 000 dollars dans les autres cas⁶⁶;
 - dans le cas d'une opération déclarée audacieuse, 10 000 dollars lorsque les avantages fiscaux sont substantiellement attribuables à un ou des particuliers et 25 000 dollars dans les autres cas;
 - dans le cas d'une opération s'assimilant possiblement à de l'évitement, l'administration fiscale peut prescrire des seuils inférieurs de revenus bruts à ceux généralement applicables aux opérations prescrites⁶⁷.

3.3.2 *Déclaration de renseignements et pénalité pour défaut de production*

De façon succincte, les conseillers assujettis doivent produire auprès de l'administration fiscale une déclaration prescrite par cette dernière concernant une opération prescrite que leurs clients

⁶⁵ Un énoncé fiscal comprend tout énoncé oral ou écrit qui touche à un aspect d'une opération faisant de celle-ci une opération prescrite aux fins des règles de divulgation : 26 C.F.R. § 301.6111-3(b)(2)(ii). En principe, un conseiller qui formule un avis après la production de la déclaration de revenus du contribuable reflétant les avantages fiscaux d'une opération prescrite n'est pas assujetti aux règles de divulgation : 26 C.F.R. § 301-6111-3(b)(2)(iii)(B).

⁶⁶ Lorsque des particuliers participent à une opération prescrite, l'administration fiscale américaine considère généralement que les avantages fiscaux en découlant leur sont substantiellement attribuables lorsque 70 pour cent ou plus de ces avantages sont attribuables directement ou indirectement à l'un ou plusieurs d'entre eux : voir 26 C.F.R. § 301.6111-3(b)(3)(i)(D).

⁶⁷ Voir 26 U.S.C. § 6111; 26 C.F.R. § 301.6111-3(b)(2)(i) et (3). L'administration fiscale américaine peut appliquer un seuil de revenus bruts moins élevé selon les circonstances d'une opération. Si l'administration fiscale américaine prescrit des seuils peu élevés, davantage de conseillers seront assujettis aux règles de divulgation.

ont réalisée⁶⁸. Cette déclaration doit essentiellement contenir les mêmes renseignements que ceux à produire par les contribuables auprès de l'administration fiscale aux fins des règles de divulgation. Les conseillers assujettis doivent aussi révéler l'identité des autres conseillers assujettis s'ils savaient ou devaient savoir que ces derniers ont également participé à l'opération⁶⁹.

Ces conseillers doivent produire des déclarations de renseignements sur une base trimestrielle. De façon plus particulière, ils doivent produire cette déclaration au plus tard le dernier jour du mois suivant la fin d'un trimestre de l'année civile durant lequel le contribuable a réalisé une opération prescrite à laquelle ils ont participé⁷⁰. Lorsqu'un contribuable a exécuté une opération à laquelle le conseiller a participé et que celle-ci fut subséquemment déclarée audacieuse par l'administration fiscale, le conseiller doit alors produire une déclaration de renseignements à l'égard de l'opération dans la mesure où il aurait été assimilable à un conseiller assujetti le jour de la réalisation de l'opération par le contribuable⁷¹.

En présence de plusieurs conseillers assujettis, ceux-ci peuvent désigner l'un d'eux pour produire les déclarations de renseignements⁷².

Les conseillers assujettis qui ne produisent pas la déclaration de renseignements de la manière indiquée à l'intérieur du délai prescrit sont passibles d'une pénalité. Celle-ci s'établit à 50 000 dollars. Dans le cas d'opérations déclarées audacieuses, cette pénalité correspond

⁶⁸ Voir 26 C.F.R. § 301.6111-3(a) et (b)(4).

⁶⁹ Voir 26 C.F.R. § 301.6111-3(d). Voir le formulaire prescrit par *Internal Revenue Service*, É.-U., Internal Revenue Service, Formulaire 8918, *Material Advisor Disclosure Statement* (Rev. octobre 2007), ainsi que les directives É.-U. Internal Revenue Service, Instructions 8918, *Instructions for Form 8918* (Rev. octobre 2007). Auparavant, les conseillers devaient produire le formulaire prescrit aux fins des précédentes règles de divulgation sur les abris fiscaux (formulaire 8264), en suivant les directives émises par l'administration fiscale sur une base intérimaire : voir É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service), Notice 2004-80, « Temporary Rules Under Sections 6111 and 6112 » (16 novembre 2004) [IRS, « 6111 and 6112 Temporary Regulations (2004) »].

⁷⁰ 26 C.F.R. § 301.6111-3(e).

⁷¹ Voir les obligations des conseillers à l'égard d'opérations déclarées audacieuses et des opérations allouant une déduction d'intérêts, telles qu'énoncés dans le projet de règlement : voir É.-U., Department of Treasury (Internal Revenue Service), Proposed Regulations REG-103039-05, RIN 1545-BE26, « ACJA Modifications to the Section 6111 Regulations » (2 novembre 2006) [Treasury, *Proposed ACJA Modifications to Regulations 6111 (2 novembre 2006)*], § 301.6111-3(4)(iii).

⁷² 26 C.F.R. § 301.6111-3(f).

cependant au plus élevé de 200 000 dollars ou de 50 pour cent des revenus bruts que le conseiller a tiré de la mise en œuvre de l'opération – 75 pour cent s'il a intentionnellement omis de produire les renseignements de la manière prescrite⁷³.

Comme pour les contribuables, l'administration fiscale peut exceptionnellement lever l'application des pénalités imposées aux conseillers, mais uniquement à l'égard des opérations prescrites autres que celles déclarées audacieuses⁷⁴.

3.3.4 Numéro d'enregistrement relatif à l'opération divulguée

Après que les conseillers aient produit la déclaration de renseignements, l'administration fiscale doit leur transmettre un numéro d'enregistrement relativement à l'opération divulguée. Les conseillers doivent transmettre ce numéro à leurs clients le jour où ces derniers finalisent l'opération ou, autrement, dans les soixante jours suivant l'envoi du numéro par l'administration fiscale. L'émission du numéro d'enregistrement ne confirme d'aucune façon que le conseiller a produit une déclaration de façon conforme aux règles de divulgation ou que l'administration fiscale a reconnu la validité de l'opération aux fins fiscales⁷⁵.

3.3.5 Registre des participants à une opération divulguée et pénalité pour défaut de maintenir ce registre

Les conseillers doivent conserver un registre pour chaque opération prescrite que leurs clients ont réalisée et à l'égard de laquelle les conseillers sont des conseillers assujettis.⁷⁶ Ils doivent conserver ce registre pour une période de sept années débutant le jour où le conseiller formule un énoncé fiscal relativement à une opération prescrite ou, s'il survient avant, le jour où le client a réalisé cette opération⁷⁷.

⁷³ 26 U.S.C. § 6707. Voir le projet de règlement suivant : É.-U., Department of Treasury (Internal Revenue Service), Proposed Regulations REG-103043-05, RIN 1545-BE28, *ACJA Modifications to the Section 6112 Regulations* (2 novembre 2006) [Treasury, *Proposed ACJA Modifications to 6112 (2 novembre 2006)*], §301-6112-1. Auparavant, l'administration fiscale américaine avait émis des directives sur une base intérimaire.

⁷⁴ 26 U.S.C. § 6707A(d) et § 6707(c). Voir la procédure établie par l'administration fiscale à cet égard dans IRS, « Revenue Procedure for Penalty Rescission Request », *supra* note 49.

⁷⁵ 26 C.F.R. § 301.6111-3(d)(2).

⁷⁶ 26 C.F.R. § 301.6112-1(a).

⁷⁷ 26 U.S.C. § 6112 ainsi que 26 C.F.R. §301.6112-1(d).

Le registre doit contenir les renseignements suivants d'une manière qui permet à l'administration fiscale de les identifier sans difficultés ou délais excessifs :

- Une déclaration comportant chacune de ces rubriques :
 - L'appellation de l'opération prescrite, la référence à la déclaration de l'administration fiscale voulant qu'une opération soit audacieuse ou qu'elle fasse partie de la catégorie d'opérations pouvant possiblement s'assimiler à de l'évitement, ainsi que le numéro d'enregistrement de l'opération prescrite.
 - Le nom, l'adresse et le numéro d'identification fiscal des clients ayant mis en œuvre l'opération.
 - Si connu du conseiller assujetti, la date où chaque client a mis en œuvre l'opération.
 - Si connu du conseiller assujetti, le montant investi par chaque client dans l'opération mise en œuvre.
 - Une description sommaire des avantages fiscaux réclamés ou anticipés par chaque client.
 - Si connu du conseiller assujetti, le nom des autres conseillers assujettis ayant participé à la mise en œuvre de l'opération.
- Une description détaillée de la structure fiscale de l'opération et des avantages fiscaux anticipés.
- Une copie de tout document pertinent qui explique la structure fiscale de l'opération ainsi que les avantages fiscaux anticipés, incluant les opinions fiscales.
- Une copie de toute entente intervenue entre les conseillers assujettis visant à désigner l'un d'eux pour assurer l'observation des règles de divulgation⁷⁸.

Lorsqu'un contribuable met en œuvre une opération à laquelle le conseiller a participé et que subséquemment, l'administration fiscale la déclare audacieuse ou l'inclut dans la catégorie d'opérations pouvant possiblement s'assimiler à de l'évitement, le conseiller doit maintenir un registre relatif à cette opération dans la mesure où :

- d'une part, le conseiller est assimilable à un conseiller assujetti le jour où le contribuable a réalisé l'opération; et
- d'autre part, le contribuable a réalisé cette opération à l'intérieur d'une période de six années précédant le moment où l'administration la déclare audacieuse ou l'inclut dans la catégorie d'opérations pouvant possiblement s'assimiler à de l'évitement.

⁷⁸ Voir 26 C.F.R. § 301.6112-1(b)(2) et (3).

Les conseillers assujettis ayant participé de concert à la mise en œuvre d'une opération peuvent désigner l'un d'eux pour remplir les obligations en vertu des règles de divulgation, mais ils demeurent tous responsables envers l'administration fiscale si le conseiller désigné ne satisfait pas à ses engagements⁷⁹.

Les conseillers assujettis encourent une pénalité administrative s'ils ne produisent pas la liste de clients auprès de l'administration fiscale dans les 20 jours suivant celui où celle-ci formule une requête en ce sens⁸⁰. Le montant de cette pénalité s'élève à 10 000 dollars pour chaque journée d'infraction. Les conseillers ne peuvent se soustraire à cette pénalité que s'ils établissent un motif raisonnable⁸¹.

L'administration fiscale américaine a prescrit un formulaire que les conseillers peuvent utiliser afin de maintenir le registre exigé en vertu des règles de divulgation. Cependant, les conseillers peuvent maintenir un registre sous une autre forme, pourvu que le registre contienne les renseignements exigés en vertu des règles de divulgation⁸².

⁷⁹ 26 C.F.R. § 1.6112-1(f).

⁸⁰ 26 C.F.R. § 1.6112-1(e)(1).

⁸¹ 26 U.S.C. § 6708(a). Pour une discussion sur le concept de motifs raisonnables, voir NYSBA, « Report on Disclosure », *supra* note 11.

⁸² Voir É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service), *Form 13976: Itemized Statement Component of Advisee List* (avril 2008), ainsi que Rev. Proc. 2008-20, 2008-20 I.R.B. 980 (19 mai 2008), où l'administration fiscale américaine fournit de plus amples renseignements sur l'utilisation du formulaire prescrit ainsi que sur les obligations des conseillers assujettis aux règles de divulgation.

4

Constats

Les règles de divulgation offrent à l'administration fiscale américaine l'avantage d'évaluer de façon objective et en temps utile, les risques d'évitement que présentent certaines opérations. Les groupes d'intervenants reconnaissent généralement la nécessité d'accroître la transparence des déclarations de revenus et de renseignements produites auprès de l'administration fiscale américaine. Néanmoins, tant des membres de l'administration fiscale américaine que des conseillers ont exprimé diverses préoccupations concernant l'application des règles de divulgation. Ces préoccupations découlent, entre autres, de l'imprécision des critères utilisés afin de définir les opérations prescrites et afin de délimiter les devoirs des contribuables et des conseillers fiscaux. La multiplication des projets de règlements et des directives relatives à l'application des règles de divulgation depuis 2004 complique l'observation de ces règles par les contribuables et leurs conseillers.

En dépit des préoccupations concernant le champ d'application des règles de divulgation et leur adaptation continue, l'administration fiscale américaine semble avoir recueilli un volume important de renseignements. Au lieu d'adopter systématiquement des règles spécifiques antiévitement comme le Royaume-Uni, l'administration fiscale américaine s'appuie plutôt sur une application des règles fiscales existantes lue dans leur ensemble et, surtout, sur l'application de la doctrine de la réalité économique et de la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer.

De façon plus particulière, l'administration fiscale américaine déclare continuellement des opérations comme étant audacieuses, en décrivant précisément les principales modalités des opérations ainsi que son intention d'appliquer les règles fiscales, la doctrine de la réalité économique et la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer. À terme, la multiplication des opérations déclarées audacieuses risque de créer une situation de nature litigieuse entre, d'un côté, l'administration fiscale et de l'autre, les contribuables et leurs conseillers.

Les sous-sections suivantes exposent quelques constats qui se dégagent de l'adoption de cet outil par l'administration fiscale :

- L'administration fiscale vise à établir un équilibre entre les devoirs d'observation des contribuables et des conseillers et la protection de l'intégrité du régime fiscal.
- L'administration fiscale cible des opérations d'évitement tant à partir de facteurs circonstanciels qu'à partir de caractéristiques objectives propres aux opérations.
- Pour l'administration fiscale, les opérations déclarées audacieuses sont celles qui présentent les risques d'évitement les plus élevés, notamment du fait qu'elles ne seraient pas conformes à la doctrine de la réalité économique.
- Les groupes d'intervenants peuvent diverger d'opinion sur la présence d'une opération prescrite dans une situation donnée, particulièrement dans le cas d'une opération déclarée audacieuse.
- En obligeant les contribuables et les conseillers à produire des renseignements, l'administration fiscale américaine cherche à arrimer les renseignements fournis aux déclarations de revenus des contribuables ayant réalisé une opération prescrite.
- Des conseillers fiscaux et non fiscaux peuvent être assujettis aux règles de divulgation, bien que leur participation ne porte pas directement sur l'élaboration d'une opération prescrite.
- Des incertitudes subsistent sur la teneur des devoirs des sociétés de conseillers aux fins des règles de divulgation.
- L'administration fiscale peut identifier un plus grand nombre de contribuables ayant réalisé une opération prescrite grâce à une période prolongée de nouvelle cotisation.
- Les contribuables et leurs conseillers expriment des préoccupations à propos des pénalités applicables, notamment quant aux pénalités plus élevées concernant les opérations déclarées audacieuses.
- Les tribunaux doivent concilier les pouvoirs de vérification de l'administration fiscale et les privilèges de confidentialité des contribuables, en prenant en considération à la fois le fait que le régime fiscal repose sur le principe d'autocotisation et le fait que ces deux groupes d'intervenants se trouvent potentiellement en situation litigieuse à l'étape de la vérification.

4.1 Recherche d'un équilibre entre les devoirs d'observation des contribuables et des conseillers et la protection de l'intégrité du régime fiscal

Selon l'administration fiscale, les conseillers fiscaux remplissent généralement leurs obligations en vertu des règles de divulgation⁸³. Des organisations professionnelles reconnaissent la pertinence d'outils administratifs comme les règles de divulgation comparativement à d'autres outils comme la codification de la doctrine de la réalité économique⁸⁴. Au cours des dernières années, des sociétés professionnelles ont complété une réforme en profondeur de leur structure organisationnelle afin que l'ensemble de leurs conseillers accomplisse leurs devoirs de divulgation⁸⁵.

Pour leur part, les contribuables semblent également s'être conformés à leurs devoirs de divulgation. Durant la période s'échelonnant du 1^{er} janvier 2000 au 30 septembre 2003, l'IRS avait dénombré 2845 déclarations de renseignements produites par les contribuables en vertu des règles de divulgation⁸⁶. Le fait que l'administration fiscale ait déclaré certaines opérations

⁸³ Dans le cadre de ses activités de vérification, l'administration fiscale a conclu des ententes avec des conseillers fiscaux qui se sont engagés à remplir leurs obligations en vertu des règles de divulgation. Voir la transcription du témoignage de Mark Everson, commissaire du *Internal Revenue Service*, sur les planifications abusives devant le Sous-comité permanent des enquêtes du Comité des affaires gouvernementales, intitulé *Prepared Testimony of Commissioner of Internal Revenue Mark W. Everson Before the Permanent Subcommittee on Investigations Committee on Governmental Affairs United States Senate Hearing on Abusive Tax Shelters* (20 novembre 2003) [Everson, *Senate Hearing on Abusive Tax Shelters*], à la page 8, en ligne : site IRS <<http://www.irs.gov/pub/irs-utl/shelters-nov20.pdf>>.

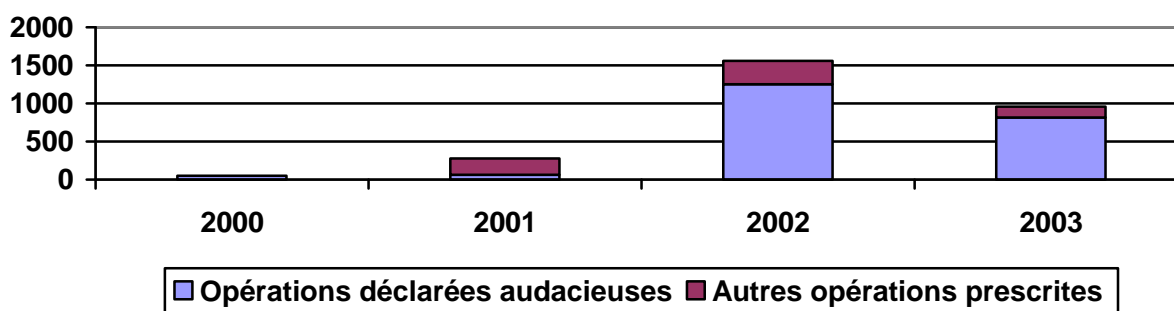
⁸⁴ Voir une lettre du *Tax Executives Institute, Inc.* au *Senate Committee on Finance* le 10 janvier 2006 concernant une proposition de codification la doctrine de la réalité économique du Sénat américain, intitulé *S. 2020 - Tax Relief Act of 2005*, en ligne : site TEI <<http://www.tei.org/dman/Document.phx?documentId=zy01806153814028>>. Voir également le témoignage de Samuel Thomson Jr., directeur du *Law Center, University of California*, déposé devant le *Subcommittee on Select Revenue Measures* (House Committee on Ways and Means), (9 mai 2006), en ligne : site House Committee on Ways and Means <<http://waysandmeans.house.gov/hearings.asp?formmode=view&id=4940>>. Le fascicule 6 de cette étude présente les principales modalités de la doctrine de la réalité économique et du projet de codification, ainsi que les enjeux inhérents à leur application.

⁸⁵ Voir les mesures adoptées par certaines sociétés de conseillers dans le rapport *Committee on Homeland Security, Role of Professional Firms*, *supra* note 3 aux pages 76-76, 85-86, 93-95, 100.

⁸⁶ Voir le témoignage de Michael Brostek, directeur du *Internal Revenue Service*, devant le comité des Finances du Sénat américain (*Committee on Finance, U.S. Senate*) : Michael Brostek, *Témoignage, Challenges Remain in Combatting Abusive Tax Shelters, before the Committee on Finance, U.S. Senate* (GAO-04-104T) 21 octobre 2003, aux pages 24-25. Une mise à jour de ces données permettrait de mieux évaluer l'impact de cet outil.

comme étant audacieuses aurait contribué à ralentir les activités de sollicitation des conseillers, mais cet impact ne peut en fin de compte être évalué. Des facteurs circonstanciels révèlent que des conseillers ont jugé approprié de cesser leurs activités de sollicitation dès que l'administration fiscale déclarait audacieuse une opération faisant l'objet de telles activités. Certains ont même remboursé leurs clients pour les honoraires reçus afin de mettre en oeuvre une telle opération⁸⁷.

Figure 4.1
Ventilation annuelle du nombre de déclarations de renseignements produites
par les contribuables en vertu des règles de divulgation pour la période de 2000 jusqu'au
30 septembre 2003



Source : Tableau élaboré par les auteurs tiré des renseignements contenus dans le document reproduisant le témoignage de Michael Brostek, Director, Tax Issues, intitulé *Internal Revenue Service: Challenges Remain in Combatting Abusive Tax Shelters*, statement of before the Committee on Finance, U.S. Senate (GAO-04-104T), 21 octobre 2003, aux pages 24-25.

L'administration fiscale cherche à faire preuve de souplesse en modifiant de façon ponctuelle la liste d'opérations prescrites pour ne cibler que les opérations comportant des risques élevés d'évitement et pour ne pas alourdir les devoirs de l'ensemble des contribuables et des conseillers⁸⁸. En principe, une approche ciblée permet de restreindre le champ d'application des règles de divulgation aux opérations comportant les risques d'évitement les plus élevés.

⁸⁷ Le rapport produit par le Comité permanent sur les enquêtes du Sénat américain relativement à une enquête sur le rôle des sociétés de conseillers en matière de planifications audacieuses aux États-Unis fournit des exemples : Committee on Homeland Security, *Role of Professional Firms*, *supra* note 3 aux pages 83, 92 et 93.

⁸⁸ É.-U., Department of Treasury (Internal Revenue Service), IR-2006-167, « Treasury, IRS Issue Regulations on Requirement for Disclosing Reportable Transactions and Maintaining Lists » (1^{er} novembre 2006).

Cependant, nous avons constaté que le nombre de retraits et d'exclusions à la liste d'opérations prescrites est largement inférieur au nombre d'opérations qui s'y est rajouté. Le nombre d'opérations déclarées audacieuses est passé de 10 opérations en 2000 à 34 opérations en date du 1^{er} mars 2008. De plus, l'administration fiscale a ajouté à la liste d'opérations prescrites, les opérations pouvant possiblement s'assimiler à de l'évitement avec comme objectif de mieux évaluer leur degré de conformité à la loi fiscale⁸⁹. L'ajout continu d'opérations à la liste d'opérations prescrites crée des difficultés d'ordre pratique pour les contribuables et les conseillers, car ils doivent s'assurer de remplir les devoirs de divulgation concernant des opérations ayant été complétées avant même que ces opérations ne fassent partie de cette liste⁹⁰.

En contrepartie, l'administration fiscale a retiré de la liste d'opérations prescrites des opérations qu'elles jugeaient ne pas poser de risques particuliers⁹¹. Elle a notamment retiré de cette liste les opérations réalisées par les grandes entreprises lorsque les traitements comptable et fiscal présentent des disparités puisqu'une autre déclaration de renseignements produite par ces contribuables permet de recueillir les renseignements pertinents⁹². L'administration fiscale a également prévu des exceptions pour des opérations qui seraient assimilables à des opérations prescrites.

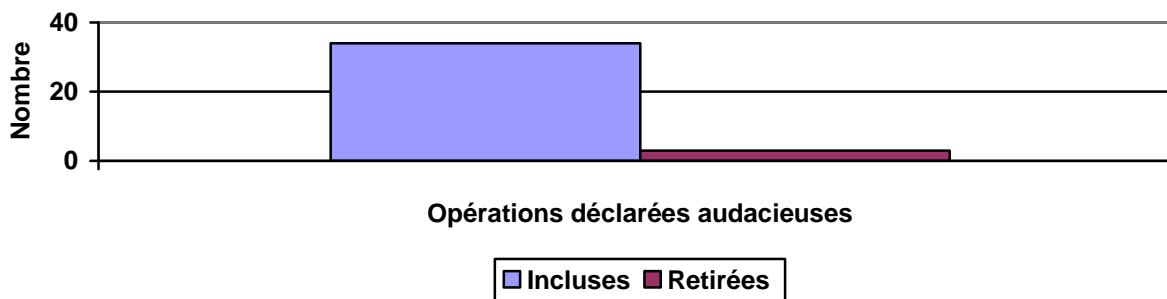
⁸⁹ À la lumière des renseignements que l'administration fiscale recueillera, celle-ci pourrait soit retirer une catégorie de la liste d'opérations prescrites, soit déclarer des opérations audacieuses, soit ajouter des opérations à la liste d'opérations prescrites de manière permanente. Voir Treasury, *Proposed ACJA Modifications to Regulations 6011* (2 novembre 2006), *supra* note 43 sous B. *Transactions of Interest* et *Proposed Amendments to Regulations §1.6011-4(b)(6) Transactions of Interest*.

⁹⁰ Voir les devoirs des contribuables et des conseillers à l'égard d'opérations déclarées audacieuses ainsi qu'à l'égard des opérations s'assimilant possiblement à de l'évitement (*Transactions of interest*) énoncés dans les projets de règlement suivants : Treasury, *Proposed ACJA Modifications to Regulations 6011* (2 novembre 2006), *supra* note 43 § 301.6011-4(e)(2)(i); Treasury, *Proposed ACJA Modifications to Regulations 6111* (2 novembre 2006), *supra* note 71 § 301.6111-3(4)(iii); Treasury, *Proposed ACJA Modifications to 6112* (2 novembre 2006), *supra* note 73 § 301.6112-1(b)(2).

⁹¹ Voir É.-U., Department of Treasury (Internal Revenue Service), IR 2004-138, « Treasury and IRS Issue Guidance on New Requirements for Disclosing Reportable Transactions » (16 novembre 2004) [IRS, « Disclosing of Reportable Transactions (2004) »], et Rev. Proc. 2004-65 à 2004-68 rattachés à ce communiqué, en ligne : site IRS <<http://www.irs.gov/newsroom/article/0,,id=131368,00.html>>.

⁹² É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service), Notice 2006-6, « Notification of Removal of the Transaction with a Significant Book-Tax Difference Category of Reportable Transactions under 1.6011-4 » (6 janvier 2006), en ligne : site IRS <<http://www.irs.gov/newsroom/article/0,,id=152676,00.html>>; Treasury, *Proposed ACJA Modifications to Regulations 6011* (2 novembre 2006), *supra* note 43.

Figure 4.2
Comparaison du nombre d'opérations figurant sur la liste d'opérations déclarées
audacieuses avec le nombre d'opérations retirées de cette liste
Depuis l'année 2000 jusqu'au 1er février 2008



Source : Figure élaborée par les auteurs à la lumière de la liste des opérations déclarées audacieuses et de celles retirées de cette liste par l'administration fiscale américaine telle que publiée sur le site Internet du IRS, consulté le 4 janvier 2008.

Les contribuables et les conseillers sont préoccupés par les coûts d'observation des règles de divulgation. L'administration fiscale est d'avis que le fardeau d'observation repose principalement sur les grandes sociétés à capital ouvert et que ce fardeau n'apparaît pas significatif⁹³. Elle tente d'éviter la multiplication de production de renseignements dans le cas de ces sociétés lorsque les énoncés visés font partie des renseignements inclus dans des documents publics déposés auprès de la *Securities Exchange Commission*⁹⁴. Les seuils relativement élevés des honoraires ainsi que des pertes, des déductions et des crédits d'impôt qui déclenchent l'application des règles de divulgation diminuent les risques que de petites et moyennes entreprises et des individus aient à assumer des devoirs administratifs additionnels⁹⁵. Il n'en demeure pas moins que le fardeau d'observation des règles de divulgation pourrait s'avérer significatif autant pour les grandes entreprises que pour les petites et moyennes entreprises ainsi que pour les particuliers.

L'administration fiscale a estimé le temps que les contribuables doivent consacrer à remplir leurs obligations en vertu des règles de divulgation. Le nombre d'heures qu'ils doivent

⁹³ Voir Treasury, « Temporary Regulations on Tax Shelter Disclosure (mars 2000) », *supra* note 13, à la page 749.

⁹⁴ Voir Treasury, *Proposed ACJA Modifications to Regulations 6111* (2 novembre 2006), *supra* note 71 sous § 301.6111-3(b)(2)(iii)(C).

⁹⁵ Voir la sous-section 4.3.2 portant les critères retenus pour définir les opérations qui présentent un risque d'évitement fiscal.

consacrer pour assimiler la portée de leurs devoirs, remplir la déclaration de renseignements et maintenir le registre des documents pertinents est passé de 8 heures en 2004, à 17 heures en 2005 et à 22 heures en 2007. Ce temps variera selon les circonstances de chaque contribuable. L'administration fiscale désire recueillir davantage de renseignements afin d'établir une estimation plus représentative du temps requis pour assurer l'observation des règles de divulgation.

TABLEAU 4.1
ESTIMATION PAR L'ADMINISTRATION FISCALE DU NOMBRE D'HEURES QU'UN CONTRIBUABLE DOIT CONSACRER
AFIN DE REMPLIR SES OBLIGATIONS EN VERTU DES RÈGLES DE DIVULGATION
(EN HEURES ET MINUTES)

NATURE DE L'OBLIGATION	NOMBRE D'HEURES ESTIMÉES		
	2004	2005	2007
ANALYSE DES RÈGLES DE DIVULGATION ET DU FORMULAIRE	2 h 28 min.	4 h 28 min.	4 h. 28 min.
CONSERVATION DU REGISTRE DE DOCUMENTS	3 h 06 min.	6 h 13 min.	12 h 54 min.
PRÉPARATION ET PRODUCTION DU FORMULAIRE DE RENSEIGNEMENTS	2 h 39 min.	4 h 46 min.	4 h 52 min.
TOTAL	8 h 03 min.	17 h 07 min.	22 h 14 min.

Source : Tableau préparé par les auteurs à partir du document intitulé « Instructions for Form 8886 Reportable Transaction Disclosure Statement » du *Internal Revenue Service* (selon les versions révisées en décembre 2004, décembre 2005 et décembre 2007).

Pour mesurer pleinement l'efficacité des règles de divulgation, l'administration fiscale devrait fournir des estimations quant aux montants d'impôt, d'intérêts et de pénalités pour sous-estimation de l'impôt à payer qu'elle compte percevoir des contribuables identifiés en vertu de ces règles. Au mois de mai 2004, l'administration fiscale a évalué à 43 milliards de dollars la valeur globale des impôts en jeu relativement aux 12 261 opérations mises en œuvre par des contribuables, dont les grandes entreprises qui, à son avis, s'assimilent à des opérations déclarées audacieuses. Cependant, ces montants peuvent être réduits lors d'une vérification, d'une opposition ou d'un litige⁹⁶.

⁹⁶ É.-U., Government Accountability Office, Report to the Ranking Minority Member, Permanent Subcommittee on Investigations, Committee on Homeland Security and Governmental Affairs (U.S. Senate), *Tax Shelters: Services Provided by External Auditors* (GAO-05-171), février 2005, à la page 12, tableau 3, en ligne: site GAO <<http://www.gao.gov/new.items/d05171.pdf>>. Cette étude

À cet égard, l'administration fiscale éprouve des difficultés à compléter ses activités de vérification et à émettre un avis de cotisation à l'intérieur de la période de cotisation, malgré la prolongation de cette période aux fins des règles de divulgation⁹⁷. Selon un rapport de l'administration fiscale, la durée requise pour vérifier une déclaration de revenus et émettre un avis de cotisation au contribuable ayant réalisé une opération prescrite s'échelonnait en moyenne sur près de deux ans et demi suivant l'identification du contribuable. L'administration fiscale pourrait ainsi se trouver dans l'impossibilité d'émettre un avis de cotisation à l'intérieur de la période de cotisation de 3 ans. La période prolongée de cotisation pourrait s'avérer trop courte puisqu'elle ne s'étend que sur une période d'une année après la date de production de la déclaration de renseignements du contribuable. Parmi les facteurs contribuant à la durée prolongée des vérifications se trouvent le manque d'agents fiscaux et la complexité des opérations⁹⁸.

4.2 L'administration fiscale cible des opérations d'évitement tant à partir de facteurs circonstanciels qu'à partir de caractéristiques propres aux opérations

Les contribuables et les conseillers doivent produire une déclaration de renseignements selon les circonstances entourant la réalisation d'une planification (facteurs circonstanciels) ou selon les caractéristiques de celle-ci (facteurs directs).

porte sur les conseils fournis en matière de planifications fiscales audacieuses par les vérificateurs externes d'entreprises figurant au registre des 500 plus grandes entreprises américaines (Fortune 500).

⁹⁷ Voir la sous-section 3.2.7.

⁹⁸ É.-U., Treasury Inspector General for Tax Administration, *The Settlement Initiative for Investors in a Variety of Bond and Option Sales Strategies Was Successful and Surfaced Possible Next Steps for Curtailing Abusive Tax Shelters* (2006-30-065), mars 2006 [TIGTA, *Settlement Initiative and Abusive Tax Shelters*], aux pages 6-8, en ligne : site TIGTA <<http://www.treas.gov/tigta/auditreports/2006reports/200630065fr.pdf>>. Voir aussi la transcription de la déclaration de l'inspecteur général de l'administration fiscale, Hon. J. Russell George prononcée le 26 juillet 2006 devant le sous-comité responsable de la fiscalité et de la surveillance de l'IRS (sous l'égide du comité des Finances du Sénat américain): Hon. J. Russell George (Treasury Inspector General for Tax Administration), « A Closer Look at the Size and Sources of the Tax Gap », Hearing before the U.S. Senate Committee on Finance Subcommittee on Taxation and IRS Oversight, Washington, D.C., 26 juillet 2006, en ligne : site TIGTA <http://www.treas.gov/tigta/congress/congress_07262006.pdf>.

4.2.1 *Risque d'évitement en raison de facteurs circonstanciels entourant la relation d'affaires entre le contribuable et le conseiller*

Exception faite des opérations déclarées audacieuses et de celles pouvant possiblement s'assimiler à de l'évitement, les opérations prescrites sont généralement définies par des facteurs circonstanciels. Ainsi, les contribuables et les conseillers doivent produire des déclarations de renseignements concernant une opération en fonction des facteurs suivants :

- l'existence de clauses d'indemnités ou de confidentialité;
- lorsque la valeur des honoraires des conseillers assujettis ou les montants de pertes d'entreprise ou en capital déduits par un contribuable excèdent les seuils prescrits; ou
- lorsque la période de détention de biens excède la durée prescrite.

L'application de règles de divulgation en fonction de ces facteurs circonstanciels présente généralement peu de difficultés pour les groupes d'intervenants, car ces facteurs peuvent être mesurés de façon objective. Ces facteurs ne font que refléter la possibilité que des contribuables et leurs conseillers aient participé à une opération d'évitement. Malgré la présence de ces facteurs, ces opérations pourraient s'avérer conformes aux règles fiscales ou à la doctrine de la réalité économique.

Une approche axée sur des facteurs circonstanciels implique que des contribuables et des conseillers doivent produire des déclarations de renseignements même s'ils n'exécutent que des opérations commerciales courantes et conformes aux objets poursuivis par la loi. À cet égard, l'administration fiscale a exclu de manière ponctuelle certaines opérations de la liste d'opérations prescrites. Elle a notamment exclu des opérations permettant la déductibilité de pertes dans le calcul du revenu du contribuable lorsque celles-ci présentent des disparités dans leur traitement fiscal et comptable et portent sur des actifs détenus pour une courte période. Sommairement, les opérations exclues sont définies de façon spécifique et s'assimileraient à des opérations commerciales courantes⁹⁹.

⁹⁹ Pour des illustrations de certaines opérations commerciales courantes, voir Rev. Proc. 2004-66, 2004-67 et 2004-68, rattachés au communiqué IRS, « Disclosing of Reportable Transactions (2004) », *supra* note 91.

L'administration fiscale a par ailleurs exclu certaines opérations dotées de clauses d'indemnités portant sur diverses mesures fiscales visant la réalisation d'objectifs socioéconomiques¹⁰⁰. Dans un même ordre d'idée, elle tente d'éviter que des conseillers n'aient à produire des déclarations de renseignements lorsqu'ils participent à la réalisation d'opérations commerciales courantes dotées d'indemnités pécuniaires ou de clauses de résiliation en cas de modifications à la loi fiscale, ou encore d'autres types de clauses d'indemnités pécuniaires (*tax result protection or insurance*) habituellement utilisés dans le cadre de transactions commerciales.

Néanmoins, l'administration fiscale assimile l'octroi d'une assurance « avantage fiscal » par une tierce partie à une participation dans une opération prescrite aux fins des règles de divulgation¹⁰¹. Ainsi, les conseillers qui octroient une assurance aux parties à une opération prescrite quant à la réalisation des avantages fiscaux anticipés deviennent assujettis aux règles de divulgation. Selon l'administration fiscale, certains contribuables ont mis en œuvre des opérations déclarées audacieuses qui étaient dotées d'indemnités pécuniaires souscrites auprès de tierces parties. Cet extrait des notes explicatives des règlements d'application des règles de divulgation illustre le raisonnement de l'administration fiscale à cet égard :

Previous comments to the regulations under §1.6011-4 stated that it is inappropriate to require reporting of transactions under the contractual protection filter of §1.6011-4(b)(4) for which the taxpayer obtains tax result protection (sometimes referred to as “tax result insurance”) because numerous legitimate business transactions with tax indemnities would be subject to reporting. The IRS and Treasury Department removed tax result protection from that category of reportable transaction but cautioned that if the IRS and Treasury Department became aware of abusive transactions utilizing tax result protection, the issue would be reconsidered.

The IRS and Treasury Department have since become aware of taxpayers who have obtained tax result protection for the tax benefits of a listed transaction from a third party provider. In the AJCA, Congress expressed concern about tax result protection for reportable transactions and included insuring in the list of activities added to the statutory language under section 6111. The IRS, Treasury Department, and Congress have an interest in learning more about the insuring of reportable transactions. Accordingly, while a transaction will not be a reportable transaction simply because there is tax result protection for the transaction, tax result protection provided for a reportable transaction may subject a person

¹⁰⁰ Voir É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service), Rev. Proc. 2007-20 (sans titre), 2007-7 I.R.B. 517 (12 février 2007). Les mesures visées sont, entre autres, le *Work Opportunity Credit*, le *Welfare-to-Work Credit*, le *Low-Income Housing Credit*, le *New Markets Tax Credit*, le *Empowerment Zone Employment Credit* et le *Indian Employment Credit*.

¹⁰¹ Treasury, *Proposed ACJA Modifications to Regulations 6111* (2 novembre 2006), *supra* note 71 aux pages 6-7.

to the material advisor disclosure rules under section 6111 because a tax statement includes third party tax result protection that insures the tax benefits of a reportable transaction¹⁰².

[nos extraits]

4.2.2 Risque d'évitement selon l'application des règles fiscales et de la doctrine de la réalité économique à un type de planification

Les opérations déclarées audacieuses présentent de l'avis de l'administration fiscale un risque d'évitement en fonction des règles fiscales et de la doctrine de la réalité économique.

D'une part, l'administration fiscale applique les règles spécifiques qui, à son avis, annulent les avantages fiscaux réclamés par les contribuables découlant d'une opération. Cependant, ces règles comportent des difficultés d'interprétation puisque les contribuables peuvent également s'appuyer sur celles-ci pour réclamer des avantages fiscaux. Les problèmes d'interprétation découlent, entre autres, de l'incohérence entre diverses règles s'appliquant à une opération de façon concomitante¹⁰³.

D'autre part, l'administration fiscale peut déclarer qu'une opération est audacieuse si celle-ci n'apparaît pas conforme à la doctrine de la réalité économique. De façon sommaire, les opérations déclarées audacieuses par l'administration fiscale sont dénuées de réalité économique, et concerneraient uniquement ou principalement la déduction par un contribuable de pertes fiscales ou d'autres montants¹⁰⁴.

Or, les groupes d'intervenants doivent appliquer la doctrine de la réalité économique selon les faits d'une opération. Selon ces faits, l'opération pourrait être conforme à la loi comparativement à l'opération déclarée audacieuse par l'administration fiscale. Des contribuables peuvent alors se trouver dans une situation où ils doivent produire une déclaration de renseignements en

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Voir *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). Voir aussi *Black & Decker Corp. v. Commissioner*, 436 F.3d 431, 441 (4^e Cir. 2006); No. 05-1015, CA-02-2070-WDQ (2 février 2006). Nous référons le lecteur au fascicule 6 de cette étude qui présente sommairement les enjeux dans ces affaires et les problèmes inhérents à l'interprétation de la loi fiscale.

¹⁰⁴ Voir Joe Walsh, « Circular 230 Sets Stringent Requirements for Written Advice » (2005) 75:4 *Practical Tax Strategies* 196, aux pages 200-201.

dépit du fait que leurs opérations ne présentent que des risques d'évitement minimales, voire nuls. L'administration fiscale tente de minimiser cette situation. Elle désire entre autres recueillir les observations des groupes d'intervenants afin que les contribuables exécutant des opérations courantes impliquant des baux commerciaux sur des biens tangibles n'aient pas à produire une déclaration de renseignements en vertu des règles de divulgation :

These proposed regulations also eliminate the special rule for lease transactions. Under the current regulations this special rule provides that certain customary commercial leases of tangible personal property described in Notice 2001-18, 2001-1 C.B. 731, are excluded from all of the reportable transaction categories except listed transactions. Notice 2001-18 originally was published prior to the AJCA to provide exceptions from the confidential corporate tax shelter registration requirements under section 6111(d) and the list maintenance requirements under section 6112. The special rule for lease transactions that cross-references Notice 2001-18 was added to §1.6011-4 in TD 9046 in February 2003. At that time, the IRS and Treasury Department were concerned that customary commercial lease transactions routinely would fall under the significant book-tax difference category of reportable transaction. The public also expressed concern that many customary leasing transactions would trigger the confidential transaction category of reportable transaction that was published in the temporary regulations under §1.6011-4T in TD 9017 in October 2002 (and in the February 2003 regulations). Since the publication of the February 2003 regulations, the IRS and Treasury Department amended the confidential transaction category of reportable transaction in the December 2003 regulations, the AJCA removed the confidential corporate tax shelter provision in section 6111(d) in October 2004, and Notice 2006-6 signaled the removal of the significant book-tax difference transaction category of reportable transaction.

[...] the IRS and Treasury Department believe that leasing transactions should be subject to the same disclosure rules as other transactions. While the IRS and Treasury Department do believe the disclosure rules should apply to all leasing transactions, the IRS and Treasury Department also believe that most customary commercial leasing transactions will not meet the reportable transaction requirements and will not be subject to disclosure. The IRS and Treasury Department intend to obsolete Notice 2001-18 when these proposed regulations are finalized. Comments regarding the removal of this exception, the transactions that will have to be disclosed as a consequence, if any, and the possibility of exceptions for specific types of leasing transactions as to each category of reportable transaction are requested¹⁰⁵.

[nos extraits]

¹⁰⁵ Voir Treasury, *Proposed ACJA Modifications to Regulations 6011* (2 novembre 2006), *supra* note 43 sous C. *Lease Transactions*, aux pages 5-6. Pour une discussion sur les problèmes d'application de la doctrine de la réalité économique, voir le fascicule 6 de cette étude.

4.3 Pour l'administration fiscale, les opérations déclarées audacieuses sont celles qui présentent les risques d'évitement les plus élevés

L'administration fiscale met l'accent sur la catégorie d'opérations déclarées audacieuses :

- Les seuils d'honoraires applicables pour déterminer si un conseiller est assujéti aux règles de divulgation sont moins élevés à l'égard des opérations déclarées audacieuses qu'à l'égard de toute autre catégorie d'opération prescrite. Conséquemment, un plus grand nombre de conseillers est assujéti aux règles de divulgation concernant les opérations déclarées audacieuses.
- Les pénalités pour défaut de production des déclarations de renseignements sont plus élevées à l'égard des opérations déclarées audacieuses qu'à l'égard de toute autre catégorie d'opération prescrite. Cela peut fortement amener les contribuables et les conseillers à produire des déclarations de renseignements à l'égard des opérations déclarées audacieuses.

Comme nous l'avons vu précédemment, la doctrine de la réalité économique se trouve au cœur des opérations déclarées audacieuses par l'administration fiscale. Dans le fascicule 6, nous avons constaté que l'application de cette doctrine entraîne l'annulation des avantages fiscaux réclamés par les contribuables attribuables à une planification, bien que celle-ci soit conforme aux règles fiscales interprétées littéralement. Nous avons aussi constaté les avantages de même que les difficultés liées à l'application de cette doctrine. La sous-section suivante illustre les impacts des difficultés inhérentes à l'application de la doctrine de la réalité économique sur l'observation des règles de divulgation par les contribuables et leurs conseillers.

4.4 Les groupes d'intervenants peuvent diverger d'opinion sur la présence d'une opération prescrite dans une situation donnée, particulièrement dans le cas d'une opération déclarée audacieuse

Les groupes d'intervenants pourraient diverger d'opinion sur la ressemblance entre une opération mise en œuvre par un contribuable et une opération prescrite.

Ces divergences d'opinions apparaissent moins prononcées dans le cas des opérations prescrites qui sont définies par des facteurs objectifs. L'identification de clauses d'indemnités ou de confidentialité, la mesure de la valeur des honoraires perçus par les conseillers assujéttis ou

des montants de pertes d'entreprise ou en capital, ou le calcul de la période de détention de biens présentent généralement peu de difficultés pour l'ensemble des intervenants. L'utilisation de tels facteurs objectifs atténue le risque que les différents intervenants divergent sur le statut d'une opération aux fins des règles de divulgation.

Les divergences d'opinions peuvent cependant être plus prononcées dans le cas des opérations déclarées audacieuses et celles pouvant possiblement s'assimiler à de l'évitement. En vertu des règles de divulgation, les contribuables ainsi que leurs conseillers doivent divulguer toute opération qui est identique ou substantiellement similaire aux modalités d'une opération déclarée audacieuse¹⁰⁶. De cette façon, l'administration fiscale se trouve en meilleure position pour identifier davantage de planifications et de participants en dépit de la métamorphose perpétuelle des formes de planifications audacieuses. Si les règles de divulgation ne s'appliquaient qu'à une forme spécifique de planifications, l'innovation des conseillers fiscaux compliquerait le dépistage par l'administration fiscale des participants aux planifications audacieuses – notamment les grandes entreprises¹⁰⁷. Ce passage du préambule d'un règlement intérimaire de l'administration fiscale concernant la catégorie d'opérations pouvant possiblement s'assimiler à de l'évitement (*Transactions of interest*) illustre bien la stratégie poursuivie :

The IRS and Treasury Department believe that providing a specific definition for the transactions of interest category in the regulations would unduly limit the IRS and Treasury Department's ability to identify transactions that have the potential for tax avoidance or evasion. In order to maintain flexibility in identifying a transaction of interest, the description of a transaction of interest will be provided in the published guidance that identifies the transaction of interest. The published guidance identifying a transaction of interest will provide taxpayers with the information necessary to determine whether a particular transaction is the same as or substantially similar to the transaction described in the published guidance and to determine who participated in the transaction¹⁰⁸.

L'une des difficultés pour les groupes d'intervenants consiste à mesurer le degré de similarité entre une opération réalisée par un contribuable et une opération déclarée audacieuse. Les

¹⁰⁶ 26 C.F.R. § 1.6011-4(c)(4); Treasury, *Proposed ACJA Modifications to Regulations 6011* (2 novembre 2006), *supra* note 43 sous § 1.6011-4(c)(4).

¹⁰⁷ É.-U., Government Accountability Office, Report to the Secretary of Treasury, *Financial Audit: IRS's Fiscal Years 2005 and 2004 Financial Statements* (GAO-06-137), novembre 2005, aux pages 19 et 53.

¹⁰⁸ É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service), Final Regulations RIN 1545-BE24, TD 9350, *ACJA Modifications to the Section 6011 Regulations* (3 août 2007), 72:149 F.R 43146 [Treasury, *Final Regulations* (3 août 2007)], à la page 43147.

contribuables et les conseillers pourraient éprouver des difficultés à déterminer si une opération est substantiellement similaire à une opération déclarée audacieuse ou à une opération pouvant possiblement s'assimiler à de l'évitement alors que l'administration fiscale ne fournit pas pour ce faire de paramètres suffisamment précis¹⁰⁹.

Pour les opérations déclarées audacieuses, l'administration fiscale décrit les faits sous-jacents à l'opération ciblée, les règles fiscales applicables à l'opération et les conséquences en découlant, ainsi que sa position à l'égard de l'opération¹¹⁰. Les règles de divulgation prévoient que l'expression « substantiellement similaire » doit recevoir une interprétation libérale favorisant la divulgation d'une opération. De l'avis de l'administration fiscale, une opération pourrait être substantiellement similaire à une opération déclarée audacieuse lorsque les avantages fiscaux réclamés dans chacune d'elles sont similaires, malgré que les caractéristiques des participants ainsi que les règles d'imposition en jeu soient différentes de celles décrites¹¹¹. Une telle interprétation tend davantage vers l'application des règles fiscales selon les attributs fiscaux des contribuables (tels que le prix de base rajusté d'un bien) que sur la forme de l'opération permettant de réclamer les avantages fiscaux en découlant. Certaines déclarations émises par l'administration fiscale semblent s'inscrire dans cette perspective¹¹².

¹⁰⁹ Voir les observations formulées à cet égard par la section fiscale de l'association du Barreau américain dans une lettre adressée à l'administration fiscale américaine : Lettre de *American Bar Association* (Section of Taxation) au *Commissioner of Internal Revenue Service, Comments Concerning Notice 2004-80 (Interim Guidance Under IRC 6111, 6112 and 6708)*, 7 février 2005 [ABA (Section of Taxation), *Notice 2004-80 on Disclosure Rules*], aux pages 12-14, en ligne : site ABA <<http://www.abanet.org/tax/pubpolicy/2005/050207tstf.pdf>>.

¹¹⁰ Le fascicule 5 de cette étude illustre les modalités d'une déclaration de l'administration fiscale voulant qu'une opération soit audacieuse aux fins des règles de divulgation.

¹¹¹ Voir 26 C.F.R. § 1.6011-4(c)(4).

¹¹² Voir ABA (Section of Taxation), « Notice 2004-80 on Disclosure Rules », *supra* note 109. L'administration fiscale américaine a déclaré que certaines opérations audacieuses étaient similaires, alors que la forme de ces opérations était différente. Voir les modalités de l'opération déclarée audacieuse *Partnership Straddle Tax Shelters* (É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service), Notice 2002-50, « Partnership Straddle Tax Shelters » (25 juin 2002), 2002-28 I.R.B 98 (15 juillet 2002)) ainsi que celles de deux opérations déclarées similaires à cette dernière, soit *Passthrough Entity Straddle Tax Shelter* (É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service), Notice 2002-65, « Passthrough Entity Straddle Tax Shelter » (25 septembre 2002), 2002-41 I.R.B 690 (15 octobre 2002)) et *Common Trust Fund Straddle Tax Shelter* (É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service), Notice 2003-54, « Common Trust Fund Straddle Tax Shelter » (16 juillet 2003), 2003-33 I.R.B. 363 (18 août 2003)).

4.5 L'administration fiscale doit être en mesure d'arrimer les renseignements fournis par les conseillers et les contribuables aux déclarations de revenus de ces derniers

Certains intervenants sont d'avis que la duplication des devoirs de divulgation chez les contribuables et les conseillers fiscaux alourdit indûment la gestion du régime fiscal. Selon eux, les contribuables ne devraient pas avoir à produire une déclaration de renseignements, ni à inscrire le numéro d'enregistrement attribué à une opération sur leurs déclarations de revenus puisque les conseillers produisent déjà une déclaration de renseignements en plus de maintenir un registre des opérations et de leurs clients y ayant participé¹¹³.

À notre avis, l'émission simultanée d'un numéro d'enregistrement au conseiller fiscal et au contribuable relatif à une opération prescrite réalisée par ce dernier s'avère nécessaire afin de permettre à l'administration fiscale d'identifier dans une déclaration de revenus les éléments constitutifs de l'opération prescrite. D'ailleurs, pour simplifier l'observation du régime fiscal, l'administration fiscale américaine oblige les conseillers fiscaux à fournir le numéro d'enregistrement assigné à une opération uniquement à leurs clients l'ayant réalisé, et non à tous les contribuables à qui ils ont formulé un énoncé concernant l'opération :

The proposed regulations provide that a material advisor must provide a reportable transaction number to all taxpayers and material advisors to whom the material advisor makes or provides tax statements. Many commentators commented that the requirement to provide the reportable transaction number to all taxpayers and material advisors to whom the material advisor makes or provides tax statements is overly broad and suggested, instead, that the reportable transaction number only be required to be furnished to those for whom the taxpayer acted as a material advisor. One commentator recommended that the regulation be amended to remove the obligation to provide a reportable transaction number. Another commentator recommended that a material advisor should be required to provide the reportable transaction number to taxpayers only in the case of marketed transactions. The commentator also commented that in a purely one-on-one, non-abusive transaction, the use of the reportable transaction number may infringe upon the attorney-client relationship.

The IRS and Treasury Department attempted to balance the need for disclosure of reportable transactions with the resulting burden imposed upon taxpayers. The IRS and Treasury Department do not believe that requiring a material advisor to provide a reportable transaction number to certain taxpayers and material advisors imposes an undue burden upon taxpayers in light of the benefit to tax administration. However, the IRS and Treasury

¹¹³ Voir les observations formulées par l'Association du Barreau de l'État de New York dans une lettre adressée à l'administration fiscale américaine : *Lettre du New York State Bar Association au Commissioner of Internal Revenue Service, Re : Report on Reportable Transaction Disclosure and List Maintenance Regulations*, 22 janvier 2007, aux pages 20 et 21.

Department recognize that requiring the reportable transaction number to be provided to all persons for whom the material advisor made a tax statement may be unnecessary. Therefore, these final regulations state that a material advisor is required to provide a reportable transaction number to all taxpayers and material advisors for whom the material advisor acts as a material advisor¹¹⁴.

[nos extraits]

4.6 Des conseillers non fiscaux peuvent être assujettis aux règles de divulgation

Les règles de divulgation comportent un risque que des conseillers non fiscaux doivent se conformer à celles-ci et soient passibles de pénalités élevées¹¹⁵.

Un conseiller doit se conformer aux règles de divulgation dès qu'il formule un énoncé écrit ou oral à un contribuable qui porte de quelque façon que ce soit sur un aspect fiscal d'une opération prescrite réalisée par ce dernier¹¹⁶. Nous constatons que l'administration fiscale vise l'ensemble des conseillers qui contribuent directement ou indirectement à la mise en œuvre d'une opération prescrite. Ainsi, l'administration fiscale considère qu'une tierce partie à une opération participe à sa mise en œuvre par l'octroi d'une assurance à un contribuable relativement à l'obtention des avantages fiscaux découlant d'une opération prescrite¹¹⁷.

Des conseillers n'étant pas fiscalistes peuvent être assujettis aux règles de divulgation s'ils perçoivent des honoraires dont le montant dépasse les seuils prescrits. Cependant, ces seuils ne représentent qu'un indicateur de la présence possible d'une opération d'évitement. En conséquence, des conseillers peuvent devoir produire des déclarations de renseignements bien

¹¹⁴ É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service), Final Regulations RIN-1545-BE26, TD 9351, *AJCA Modifications to the Section 6111 Regulations* (3 août 2007) [Treasury, *Final 6111 Regulations* (3 août 2007)], aux pages 3-4.

¹¹⁵ Voir NYSBA, « Report on Disclosure (Material Advisors) », *supra* note 11.

¹¹⁶ Voir Treasury, *Proposed ACJA Modifications to Regulations 6111* (2 novembre 2006), *supra* note 71 sous § 301.6111-3(b)(4)(iii). Avant la publication de ce projet de règlement, l'administration fiscale américaine avait publié des directives intérimaires : voir IRS, « 6111 and 6112 Temporary Regulations (2004) », *supra* note 69.

¹¹⁷ Voir Treasury, *Proposed ACJA Modifications to Regulations 6111* (2 novembre 2006), *supra* note 71 aux pages 6-7.

qu'une partie importante des honoraires qu'ils ont reçus soit attribuable à la documentation de l'opération plutôt qu'à l'élaboration de sa structure fiscale¹¹⁸.

Dans un même ordre d'idées, des incertitudes subsistent sur le degré de diligence que les conseillers doivent démontrer aux fins des règles de divulgation. Plus particulièrement, les conseillers pourraient être contraints de vérifier minutieusement les renseignements fournis par des clients qui envisagent de réaliser une planification audacieuse¹¹⁹. Des organisations professionnelles avaient suggéré que l'énoncé devrait être assimilable à une opinion visant à déterminer si l'opération est une opération prescrite et sur laquelle un contribuable pourrait s'appuyer afin d'évaluer l'opportunité de la mettre en œuvre¹²⁰.

4.7 Des incertitudes subsistent sur la teneur des devoirs des sociétés de conseillers aux fins des règles de divulgation

Tant les conseillers que les sociétés de conseillers sont assujettis aux règles de divulgation. Dans une société de conseillers, les associés doivent alors s'assurer que chacun d'eux ainsi que leurs employés observent les règles de divulgation. L'implantation d'un régime de contrôle applicable à l'ensemble des associés et des employés peut s'avérer complexe, particulièrement dans une société multidisciplinaire où les conseillers peuvent traiter d'aspects fiscaux de façon indirecte ou complémentaire à leur champ d'expertise.

Dans ce contexte, la responsabilité imposée à l'ensemble des associés peut apparaître disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi par l'administration fiscale si la société de

¹¹⁸ Pour une discussion à cet égard, voir New York State Bar Association (Tax Section), Application of the IRC §§6111 and 6112 Material Advisor Rules to Law and Accounting Firms, Report No. 1109 (5 mai 2006) [NYSBA, Material Advisor Rules to Law and Accounting Firms (2006)], en ligne : site NYSBA <<http://www.nysba.org/Content/ContentFolders20/TaxLawSection/TaxReports/1109rpt.PDF>>.

¹¹⁹ Voir les observations formulées à cet égard par la section fiscale de l'Association du Barreau de l'état de New York : NYSBA, *Report on Disclosure (Material Advisors) (2005)*, supra note 11. Voir également les observations exprimées à titre individuel par des membres de la section fiscale de l'Association du Barreau américain dans ABA (Section of Taxation), *Notice 2004-80 on Disclosure Rules*, supra note 109 à la page 15.

¹²⁰ Ibid.

conseillers est assujettie à une pénalité alors qu'un conseiller a participé à une opération prescrite à son insu malgré un régime de contrôle approprié¹²¹.

4.8 L'administration fiscale peut identifier un plus grand nombre de contribuables ayant réalisé une opération prescrite grâce à une période prolongée de nouvelle cotisation

Comme nous l'avons mentionné dans la sous-section 3.2.7, les contribuables ayant réalisé une opération prescrite peuvent faire l'objet d'un nouvel avis de cotisation au-delà de la période de cotisation habituelle de 3 ans s'ils n'observent pas les règles de divulgation. Ils peuvent faire l'objet d'un nouvel avis de cotisation jusqu'à l'expiration d'une période d'une année commençant le jour suivant celui où ils remplissent leurs obligations.

L'administration fiscale a constaté que cette période prolongée de cotisation a contribué à une augmentation du nombre de divulgations produites par les contribuables. Selon un agent du *Internal Revenue Service*, 35 contribuables ont produit 74 déclarations de divulgation à l'égard d'opérations prescrites qu'ils n'avaient pas auparavant divulguées¹²².

La période prolongée de nouvelle cotisation peut néanmoins s'avérer trop courte pour que l'administration fiscale puisse compléter la vérification des affaires d'un contribuable et lui émettre un nouvel avis de cotisation en raison de la complexité des opérations et du nombre insuffisant de vérificateurs. Dans le cas de l'opération déclarée audacieuse *Son of Boss*, la période moyenne requise pour que les vérificateurs complètent leur vérification des affaires d'un contribuable atteint approximativement deux années et demie. L'administration fiscale examine la nécessité d'étendre la période prolongée de nouvelle cotisation¹²³.

¹²¹ Pour une discussion sur cet aspect, voir NYSBA, *Material Advisor Rules to Law and Accounting Firms (2006)*, *supra* note 118.

¹²² Voir É.-U., General Accountability Office, Report to the Committee on Finance (U.S. Senate), *Tax Administration: Additional Time Needed to Complete Offshore Tax Evasion (GAO-07-237)*, Washington D.C., United States Government Printing Office, mars 2007, aux pages 23-24.

¹²³ TIGTA, *Settlement Initiative and Abusive Tax Shelters*, *supra* note 98 aux pages 6-10.

4.9 Préoccupations des contribuables et des conseillers à propos des pénalités applicables, notamment quant à celles concernant les opérations déclarées audacieuses

De l'avis d'organisations professionnelles, la pénalité pour défaut de produire la liste des clients apparaît considérable en raison des incertitudes entourant les paramètres définissant les opérations prescrites et les conseillers assujettis. Du point de vue des conseillers, l'administration fiscale devrait par souci d'équité éliminer la pénalité selon les circonstances lorsque les conseillers font preuve de diligence raisonnable afin de se conformer aux règles de divulgation. Une pénalité applicable uniquement en cas de négligence grossière ou intentionnelle égale à un pourcentage des honoraires bruts tirés par le conseiller en défaut pourrait s'avérer plus équitable que la pénalité actuelle¹²⁴.

Pour les contribuables, la pénalité spécifique pour sous-estimation de l'impôt à payer à l'égard des opérations prescrites est plus élevée que la pénalité générale pour sous-estimation de l'impôt à payer. La pénalité spécifique s'avère plus contraignante que la pénalité générale, car elle s'applique peu importe l'importance du montant d'impôt sous-estimé. De plus, la pénalité spécifique prévoit un taux de pénalité plus élevé et l'impossibilité pour un contribuable de soumettre une défense de diligence raisonnable en cas d'inobservation des règles de divulgation.

Des montants de pénalités élevés et l'impossibilité pour un contribuable de soumettre une défense en cas d'inobservation des règles de divulgation pourraient accroître l'observation de ces règles et accélérer les activités de dépistage de l'administration fiscale. Cependant, les pénalités pour sous-estimation de l'impôt à payer n'exerceront un impact coercitif que dans la mesure où la loi fiscale et la jurisprudence établissent une démarcation suffisamment claire entre les opérations légitimes et les opérations d'évitement abusif¹²⁵.

Pour les contribuables et les conseillers assujettis, les incertitudes entourant les caractéristiques des opérations prescrites exercent un impact significatif sur leurs devoirs en matière de divulgation de renseignements. De manière générale, l'administration fiscale doit

¹²⁴ Voir NYSBA, *Report on Disclosure (Material Advisors) (2005)*, supra note 11 à la page 23.

¹²⁵ Voir Treasury, *Corporate Tax Shelters (1999)*, supra note 2 à la page 86.

établir que les contribuables ou les conseillers ont omis de les produire de manière adéquate. Cependant, les contribuables et les conseillers assument le fardeau d'établir que selon une évaluation objective des faits par une personne raisonnable, ils ont produit les renseignements de façon adéquate dans leur déclaration de renseignements d'une manière permettant à l'administration fiscale d'identifier les facteurs présentant des risques d'évitement. Le cas échéant, elle peut mener les activités de vérification à l'égard de ces facteurs. En matière de planifications audacieuses, des litiges surviendront inévitablement à l'égard du degré de transparence dans la divulgation des attributs fiscaux pertinents par les contribuables afin de déterminer si les règles antiévitement ou la doctrine de la réalité économique s'appliquent à une opération donnée¹²⁶.

En raison du risque d'évitement plus élevé que les opérations prescrites présentent aux yeux de l'administration fiscale, elle exigera vraisemblablement des contribuables et des conseillers un degré de diligence plus élevé comparativement à toute autre planification. Or, les tribunaux pourraient être d'avis différent quant à la conformité d'une planification à la loi fiscale selon la prépondérance des probabilités. Ceci risque de se produire quand les faits sont complexes et, surtout, quand la démarcation établie par les règles fiscales et la doctrine de la réalité économique entre les opérations légitimes et abusives est floue¹²⁷.

Les contribuables et les conseillers peuvent se prévaloir des procédures instaurées par l'administration fiscale en cas d'incertitude sur leurs devoirs de divulgation. En vertu de ces procédures, les contribuables et les conseillers peuvent soit formuler une requête afin de déterminer s'ils doivent produire une déclaration de renseignements, soit produire une

¹²⁶ Dans le contexte américain, le caractère adéquat de la divulgation des renseignements pertinents dans une déclaration de revenus exerce un impact sur la période de nouvelle cotisation d'un contribuable. Si le contribuable ne produit pas les renseignements pertinents de façon adéquate, la période de nouvelle cotisation d'un contribuable passe alors de trois ans à six ans. Dans un contexte de planifications audacieuses, la Chaire est d'avis que l'administration fiscale américaine puisse alléguer qu'un contribuable n'a pas produit les renseignements de manière adéquate afin de pouvoir émettre un nouvel avis de cotisation au-delà de la période habituelle de 3 ans. Pour une explication sommaire des enjeux liés à la prolongation de la période de cotisation dans le contexte américain, voir Sheryl Stratton, « With Six-Year Statute, IRS Pulls Out All Assessment Stops for Shelters » (1^{er} mai 2006) 111 Tax Notes 536.

¹²⁷ Nous référons le lecteur au fascicule 6 de cette étude, intitulé « Doctrine de la réalité économique ». Ce fascicule fait ressortir des difficultés inhérentes dans l'application des règles fiscales et de cette doctrine.

déclaration à titre préventif¹²⁸. Ces procédures offrent une possibilité aux contribuables ou aux conseillers d'éviter l'application de pénalités.

L'ensemble de ces procédures alourdit cependant la gestion du régime de divulgation tant pour le gouvernement que pour les contribuables¹²⁹. L'administration fiscale a constaté que des déclarations de renseignements produites à titre préventif par les contribuables et les conseillers ne renfermaient pas nécessairement tous les renseignements prescrits par les règles de divulgation¹³⁰. Elle a également constaté que les conseillers fiscaux n'ont pas toujours produit une liste de clients établissant les renseignements pertinents dans une forme appropriée¹³¹. L'administration fiscale a par ailleurs jugé nécessaire de clarifier la portée d'une opération déclarée audacieuse face à un large volume de déclarations préventives produites en raison, notamment, des incertitudes entourant les opérations qui pouvaient être substantiellement similaires à la description de celle-ci¹³².

À notre connaissance, l'administration fiscale n'a pas encore imposé les pénalités prévues par les règles de divulgation. En 2004, elle avait évalué que les mesures relatives aux règles de divulgation - principalement les pénalités prévues pour les contribuables et les conseillers - lui permettraient de récupérer approximativement 1,4 milliard de dollars durant la période allant de

¹²⁸ Voir 26 C.F.R. § 1.6011-4(f). Selon les règlements intérimaires de l'administration fiscale américaine, celle-ci considérera qu'un contribuable ou qu'un conseiller s'est conformé aux règles de divulgation s'il formule une requête pour clarification tout en produisant tous les renseignements prescrits aux fins des règles de divulgation : voir É.-U., Department of Treasury (Internal Revenue Service), Final and Temporary Regulations, RIN 1545-BF98, TD 9295, *ACJA Modifications to the Section 6011, 6111 and 6112 Regulations* (2 novembre 2006); Treasury, *Proposed ACJA Modifications to Regulations 6011* (2 novembre 2006), *supra* note 43 sous le point E. *Protective Disclosures*.

¹²⁹ Des incertitudes subsistent également quant à l'utilisation par l'administration fiscale des renseignements fournis à titre préventif par les contribuables et les conseillers à titre préventif : voir Todd Simmens, « IRS Treats Protective Disclosure Inconsistently », (2006) 37:7 Tax Adviser 426.

¹³⁰ Voir Treasury, *Proposed ACJA Modifications to Regulations 6111* (2 novembre 2006), *supra* note 71 à la page 6; Treasury, *Proposed ACJA Modifications to Regulations 6011* (2 novembre 2006), *supra* note 43 à la page 7.

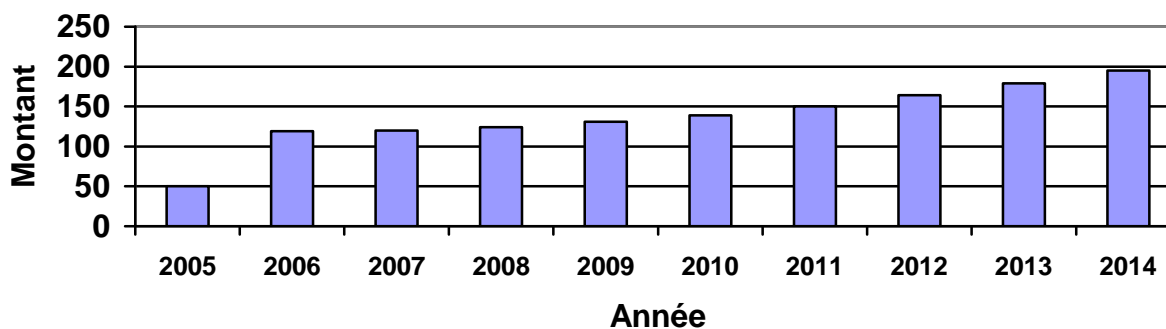
¹³¹ Voir Treasury, *Proposed ACJA Modifications to 6112* (2 novembre 2006), *supra* note 73 aux pages 5-6. Avant ces modifications, l'administration fiscale américaine avait émis des directives sur une base intérimaire : voir IRS, « 6111 and 6112 Temporary Regulations (2004) », *supra* note 69.

¹³² Pour une illustration de ce problème, voir É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service), Notice 2006-16 « Tax Avoidance Using Notional Principal Contracts » (13 février 2006).

2005 à 2014¹³³. La figure 4.3 ventile ce montant pour chacune des années couvertes par cette période.

En 2006, l'administration fiscale avait proposé des offres de règlement à 36 conseillers possiblement assujettis aux règles de divulgation. Les conseillers assujettis devaient verser la totalité du montant de pénalité pour défaut de divulguer une opération visée. En contrepartie, l'administration fiscale n'imposait pas la pénalité pour défaut de maintenir un registre des participants aux opérations et n'entamait aucune poursuite de nature criminelle¹³⁴. Par le biais de telles offres, l'administration fiscale est probablement susceptible d'obtenir davantage de renseignements sur les opérations prescrites en vertu des règles de divulgation ainsi que sur leurs participants. Pour leur part, les conseillers participants se soustrayaient aux sanctions les plus sévères.

FIGURE 4.3
ESTIMATION DE L'ADMINISTRATION FISCALE SUR LES RECETTES
ANNUELLES DÉCOULANT DES MESURES MISES EN OEUVRE EN 2004
RELATIVEMENT AUX RÈGLES DE DIVULGATION EN MILLIONS DE DOLLARS
AMÉRICAINS



Source: Figure élaborée par les auteurs à partir des données publiées par le Joint Committee on Taxation, JCX-69-04 (2004).

¹³³ É.-U., Joint Committee on Taxation, *Estimated Budget Effects of the Conference Agreement for H.R. 4250, the American Jobs Creation Act of 2004* (JCX-69-04), 7 octobre 2004.

¹³⁴ É.-U., Government Accountability Office, Report to the Secretary of the Treasury, *Financial Audit IRS's Fiscal Years 2006 and 2005 Financial Statements* (GAO-07-136), novembre 2006, aux pages 20-21.

4.10 Les tribunaux doivent concilier les pouvoirs de vérification de l'administration fiscale et les privilèges de confidentialité des contribuables

Tel que mentionné dans la sous-section 3.3.5, les conseillers doivent maintenir un registre renfermant une liste de leurs clients, la description de l'opération prescrite réalisée par ces derniers et à laquelle les conseillers ont participé ainsi que les opinions fiscales portant sur la réalisation de l'opération. Pour leur part, comme nous l'avons mentionné dans la sous-section 3.2.2, les contribuables doivent produire une déclaration de renseignements accompagnant leurs déclarations de revenus, contenant les modalités de l'opération prescrite ainsi que les coordonnées des autres participants à l'opération.

Un contribuable obtiendra une opinion détaillée de ses conseillers dans la mesure où il leur communique tous les renseignements pertinents. De l'avis de l'administration fiscale, les renseignements que les conseillers doivent produire en vertu des règles de divulgation ne sont généralement pas protégés par les privilèges de confidentialité des contribuables. En principe, les conseillers doivent produire tous les renseignements nécessaires pour que l'administration fiscale comprenne la structure d'une planification et la nature des avantages fiscaux en découlant, ainsi que les renseignements sur leurs clients ayant réalisé une opération prescrite. Selon l'administration fiscale, seuls des documents assimilables à une opinion fiscale émise par un conseiller à un client ou d'autres documents concernant la structure d'une opération et les avantages fiscaux en découlant pourraient exceptionnellement être protégés par un privilège de confidentialité :

In the final regulations, the IRS and Treasury Department have clarified that the procedures for asserting a privilege claim apply to information required to be maintained in §301.6112-1(e)(3)(i)(I) that might be privileged. This change reflects the IRS and Treasury Department's belief that the other information covered by these regulations is not privileged. These procedures neither expand nor contract the scope of items that may be privileged¹³⁵.

[nos extraits]

¹³⁵ Voir É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service), Final Regulations TD9046, RIN 1545-AX81; 1545-BB49; 1545-BB50; 1545-BB48; 1545-BB53; 1545-BB51; 1545-BB52; 1545-AW26; 1545-AX79, *Tax Shelter Regulations*, (4 mars 2003, tel que modifié le 2 avril 2003), aux pages 11-12. Le 2 novembre 2006, l'administration fiscale américaine avait modifié les règles de divulgation applicables aux conseillers fiscaux, et avait abrogé la procédure que les conseillers devaient jusque-là suivre afin de soulever l'application d'un privilège de confidentialité : voir Treasury, *Proposed ACJA Modifications to 6112 (2 novembre 2006)*, *supra* note 73 aux pages 6 et 7. Voir 26 C.F.R. § 1.6112-1(e)(2).

Les documents auxquels ce passage fait référence sont principalement les opinions fiscales portant sur les opérations prescrites aux fins des règles de divulgation :

Copies of any additional written materials, including tax analyses or opinions, relating to each transaction that are material to an understanding of the purported tax treatment or tax structure of the transaction that have been shown or provided to any person who acquired or may acquire an interest in the transactions, or to their representatives, tax advisors, or agents, by the material advisor or any related party or agent of the material advisor. However, a material advisor is not required to retain earlier drafts of a document provided the material advisor retains a copy of the final document (or, if there is no final document, the most recent draft of the document) and the final document (or most recent draft) contains all the information in the earlier drafts of such document that is material to an understanding of the purported tax treatment or the tax structure of the transaction¹³⁶.

[nos extraits]

En élaborant une planification, les conseillers du contribuable rédigeront des documents comptables afin de calculer les provisions d'impôt du contribuable pour préparer ses états financiers, et produire sa déclaration de revenus. Dans les deux cas, les conseillers doivent préparer des documents contenant une évaluation des probabilités que l'administration fiscale annule en totalité ou en partie les avantages fiscaux attribuables à la planification (*Tax Accrual Workpapers*). Les vérificateurs des contribuables élaborent ces documents pour préparer les états financiers et les déclarations de revenus de ces derniers, ainsi que pour concilier les revenus déclarés aux fins comptables et fiscales. En vertu des normes comptables, les conseillers doivent identifier les éléments d'une déclaration de revenus de leurs clients dont le traitement fiscal s'avère incertain, calculer une provision d'impôt pour ces éléments et divulguer adéquatement les éléments incertains dans la déclaration de revenus.

Pour préparer les documents comptables, les conseillers s'appuient sur une interprétation des règles fiscales et de la doctrine de la réalité économique. De façon générale, les contribuables et leurs conseillers doivent produire les documents comptables à l'appui des déclarations de revenu des contribuables. Cependant, ils pourraient refuser de produire des renseignements en

¹³⁶

Ibid.

invoquant les privilèges de confidentialité¹³⁷. Ces privilèges peuvent être regroupés en deux grandes catégories :

- Privilège du secret professionnel de l'avocat – le code fiscal américain étend ce privilège à tout conseiller accrédité auprès de l'administration fiscale¹³⁸.
- Privilège de confidentialité en vue d'un litige (*Work Product Doctrine*).

Dans le cadre de ses activités de vérification, l'administration fiscale a conclu des ententes avec des conseillers fiscaux qui se sont engagés à remplir leurs obligations en vertu des règles de divulgation¹³⁹. Cependant, certains d'entre eux n'ont pas produit de renseignements en s'appuyant sur les privilèges de confidentialité de leurs clients. L'administration fiscale a dû s'adresser aux tribunaux afin d'enjoindre des conseillers et des contribuables à se conformer aux règles de divulgation. Néanmoins, les contribuables et leurs conseillers pourraient toujours alléguer que leurs communications sont protégées par l'un ou l'autre des privilèges de confidentialité.

Au fil des années, les décisions des tribunaux sur les privilèges de confidentialité en matière fiscale ont fourni des pistes de réponse afin de concilier les règles de divulgation et les privilèges de confidentialité. Elles ne dissipent toutefois pas toutes les incertitudes entourant l'application concomitante de ces règles et de ces privilèges¹⁴⁰. En toute vraisemblance, davantage de litiges concernant les requêtes de l'administration fiscale en matière de production de renseignements sur les planifications audacieuses sont à venir. Les litiges portant sur les requêtes de l'administration fiscale visant à obtenir des renseignements auprès des contribuables et des conseillers sont passés du 6^e au 3^e rang des dix principales catégories de litiges entre 2004 et 2006¹⁴¹.

¹³⁷ Committee on Homeland Security, *Role of Professional Firms*, *supra* note 3 aux pages 59-60.

¹³⁸ 26 U.S.C. § 7525.

¹³⁹ Everson, *Senate Hearing on Abusive Tax Shelters*, *supra* note 83.

¹⁴⁰ Voir *United States v. Arthur Andersen, LLP*, 2003 U.S. Dist. LEXIS NEXIS 14228 (N.D. Illinois 2003).

¹⁴¹ Voir É.-U., Internal Revenue Service (National Taxpayer Advocate Division), *2005 Annual Report to Congress* et *2006 Annual Report to Congress*, en ligne : site IRS <<http://www.irs.gov/advocate/article/0,,id=97404,00.html>>. Durant la période s'étendant du 1^{er} juin 2004 au 31 mai 2005, cette division de l'administration fiscale a recensé 44 décisions judiciaires rendues sur l'exécution des requêtes de production de renseignements. De façon sommaire, les conseillers ou les contribuables doivent convaincre les tribunaux que les requêtes

Les tribunaux doivent alors concilier le principe de transparence concernant les déclarations de revenus des contribuables et la protection de leurs privilèges de confidentialité. Les tribunaux ne parviendront à les concilier qu'au terme d'une analyse périlleuse et complexe de l'ensemble des faits et des circonstances entourant la préparation d'une déclaration de revenus, où les contribuables prennent des décisions d'affaires en s'appuyant sur des opinions professionnelles. Ce passage d'une décision de la Cour fédérale des réclamations (*United States Court of Claims*) illustre ces enjeux et difficultés :

Balancing the interpenetrating factors involved in the assertion of privileges in our federal judicial system is a subtle and complicated process. The necessity for judicial accommodation between the intersecting pursuit of truth and the protection of confidences, though often expressed in terms of rules of certainty and simplicity, is often applied in a fashion that is neither certain nor simple. Frequently, striking that balance requires a court to make close, factually-intensive distinctions, particularly in the area of federal income taxation, in which business planning, tax return preparation and legal advice tend to coalesce¹⁴².

[nos extraits]

Au cœur de ces litiges se trouve l'application des privilèges de confidentialité :

- d'une part, à l'identité des contribuables ayant participé à une opération prescrite aux fins des règles de divulgation ainsi que des faits et circonstances de l'opération; et
- d'autre part, à l'opinion des conseillers sur l'application de la loi fiscale et de la jurisprudence.

La jurisprudence est volumineuse et doit être lue à la lumière des faits de chaque affaire. Elle doit également être lue en tenant compte du contexte de chaque affaire, car elle ne porte pas toujours sur la conciliation entre les privilèges de confidentialité et les règles de divulgation. À la lumière de la jurisprudence, la portée du privilège de confidentialité en matière de litige semble plus étendue que le privilège du secret professionnel de l'avocat dans un contexte de planifications audacieuses. Or, la ligne de démarcation entre les documents préparés aux fins

formulées par l'administration étaient illégales. Or, les tribunaux n'ont annulé les requêtes en totalité ou en partie que dans 2 des 44 cas recensés précédemment. Dans l'un d'eux, les conseillers n'ont pas eu à remettre la quasi-totalité des opinions fiscales exigées en vertu des privilèges de confidentialité. Dans au moins neuf des décisions, les requêtes avaient été formulées à des conseillers fiscaux qui, de l'avis de l'administration fiscale, faisaient la promotion de planifications fiscales audacieuses.

¹⁴² *Evergreen Trading, LLC v. United States*, No. 06-123 (U.S. Ct. Clms, 21 décembre 2007) [Evergreen].

de la production des déclarations de revenus et les opinions fiscales protégées par les privilèges de confidentialité demeure floue¹⁴³.

Aux fins de cette section, nous ne retiendrons que certaines décisions des tribunaux américains qui cristallisent le point de vue de chacun des groupes d'intervenants dans le climat actuel entourant les planifications audacieuses, notamment les décisions des tribunaux dans trois affaires auxquelles nous référons ci-après.

4.10.1 Secret professionnel de l'avocat

4.10.1.1 Raison d'être du secret professionnel de l'avocat

Le privilège du secret professionnel de l'avocat a pour objectif d'assurer une communication pleine et entière entre un avocat et son client en garantissant la confidentialité de leur communication. Cet extrait de la décision de la Cour de district dans l'affaire *Textron* résume la raison d'être de ce privilège :

The purpose of the attorney-client and tax practitioner privileges is to encourage the full and frank discussion necessary for providing the client with sound advice. That purpose is achieved by guaranteeing that confidential communications between the client and the advisor will remain confidential¹⁴⁴. [...]

[nos extraits]

Cependant, le privilège du secret professionnel n'est pas absolu. Comme nous le verrons ci-après, l'administration fiscale a adopté des règles d'exception à ce privilège. De plus, selon la jurisprudence, ce privilège ne s'applique pas en matière de fraude.

¹⁴³ Voir Linda M. Beale, « Tax Advice Before the Return: The Case For Raising Standards and Denying Evidentiary Privileges », (2006) 25:3 Virginia Tax Review 583 [Beale, « Tax Advice and Evidentiary Privilege »], aux pages 651-654.

¹⁴⁴ Voir *United States v. Textron*, CA 06-198T, 28 août 2007 (D. R. I.) [*Textron* (D.R.I.)], à la page 27. L'administration fiscale américaine a interjeté appel de cette décision auprès de la Cour d'appel du 1^{er} Circuit. Cette Cour a rendu une décision majoritaire le 21 janvier 2009 affirmant en partie et infirmant en partie la décision de première instance (*United States v. Textron*, 07-2631, 21 janvier 2009 (1^{er} Cir. 2009)), mais a décidé le 25 mars 2009 d'annuler cette dernière décision et de juger de cette affaire *en banc* : *United States v. Textron*, 06-2631, 25 mars 2009 (1^{er} Cir. 2009). La Cour d'appel s'est notamment penchée sur la possibilité que le contribuable ait implicitement renoncé au privilège de confidentialité en matière de litige.

4.10.1.2 Les règles de divulgation ont préséance sur ce privilège quant à la divulgation par les conseillers juridiques de l'identité de leurs clients, mais pas quant à la teneur des opinions fiscales

Les tribunaux ont conclu que les règles de divulgation avaient préséance sur le privilège du secret professionnel quant à l'identité des contribuables ayant réalisé des opérations prescrites aux fins de ces règles¹⁴⁵. Dans l'affaire *BDO Seidman*, la Cour d'appel du 7^e Circuit a conclu que les conseillers visés par une demande de production de renseignements de l'administration fiscale devaient lui révéler l'identité de leurs clients ayant participé à une opération similaire à une opération prescrite décrite dans la demande.

Dans cette affaire, l'administration fiscale avait demandé aux conseillers de produire des documents permettant d'identifier leurs clients ayant réalisé l'une des planifications désignées dans la demande, la date où la planification avait été exécutée, les formulaires d'enregistrement de celle-ci ainsi que la liste des clients l'ayant réalisée. L'administration fiscale voulait vérifier si les conseillers avaient rempli leurs obligations en vertu des règles de divulgation. Ces derniers n'ont pas obtempéré à la demande en alléguant, entre autres, que les renseignements demandés étaient confidentiels en vertu du secret professionnel ou de la *Work Product Doctrine*.

L'administration fiscale a déposé une requête auprès d'une Cour de district afin qu'elle ordonne aux conseillers de produire les renseignements demandés. La Cour leur a ordonné de produire des documents pour inspection judiciaire afin de déterminer s'ils étaient protégés par l'un ou l'autre des privilèges de confidentialité. Après que les conseillers aient avisé leurs clients qu'ils allaient se conformer à l'ordonnance de la Cour, certains clients sont intervenus afin d'empêcher la production des documents. La Cour avait rejeté la requête en injonction interlocutoire des clients. Ces derniers ont interjeté appel auprès de la Cour d'appel du 7^e circuit. La Cour d'appel a maintenu la décision de la Cour de district.

De l'avis de la Cour d'appel du 7^e Circuit, l'identité des contribuables n'est pas un renseignement tombant sous le coup du secret professionnel de l'avocat. Les règles de divulgation obligent les conseillers à maintenir une liste de leurs clients ayant participé à des

¹⁴⁵ Voir Brian R. Ford, « Helter Shelter: Protecting Taxpayers' Identities in Tax-Shelter Cases » (2005) 18:3 Geo. J. Legal Ethics 723.

planifications audacieuses et à la produire auprès de l'administration fiscale sur demande. Les contribuables ne peuvent alors prétendre à aucun privilège de confidentialité concernant leur identité et leur participation à une opération prescrite aux fins des règles de divulgation :

More fundamentally, the [Roes'] participation in potentially abusive tax shelters is information ordinarily subject to full disclosure under the federal tax law. See 26 U.S.C. §§ 6111, 6112. Congress has determined that tax shelters are subject to special scrutiny, and anyone who organizes or sells an interest in tax shelters is required, pursuant to I.R.C. § 6112, to maintain a list identifying each person to whom such an interest was sold. This list-keeping provision precludes the [Roes] from establishing an *expectation of confidentiality* in their communications with BDO, an essential element of the attorney-client privilege and, by extension, the § 7525 privilege. At the time that the [Roes] communicated their interest in participating in tax shelters that BDO organized or sold, the [Roes] should have known that BDO was obligated to disclose the identity of clients engaging in such financial transactions. Because the [Roes] cannot credibly argue that they expected that their participation in such transactions would not be disclosed, they cannot now establish that the documents responsive to the summonses, which do not contain any tax advice, reveal a *confidential* communication.

BDO's affirmative duty to disclose its clients' participation in potentially abusive tax shelters renders the [Roes'] situation easily distinguishable from the limited circumstances in which we have determined that a client's identity was information subject to the attorney-client privilege¹⁴⁶.

[nos extraits]

Ainsi, l'administration fiscale peut consulter le registre des clients conservé par les conseillers afin d'identifier ceux ayant réalisé une opération prescrite aux fins des règles de divulgation. Cependant, elle ne pourrait consulter le registre si la divulgation de l'identité des contribuables lui permettait d'établir un lien entre ces derniers et la teneur de communications protégées par les privilèges de confidentialité. Les contribuables et leurs conseillers doivent alors convaincre les tribunaux que cette possibilité se concrétise dans leurs situations. Dans l'affaire *BDO Seidman*, les contribuables n'ont pas été en mesure d'établir une telle possibilité :

The [Roes] have not established that a confidential communication will be disclosed if their identities are revealed in response to the summonses. Disclosure of the identities of the [Roes] will disclose to the IRS that the [Roes] participated in one of the 20 types of tax shelters described in its summonses. It is less than clear, however, as to what motive, or other confidential communication of tax advice, can be inferred from that information alone. Compared to the situations in the *Tillotson* and *Cherney* cases, where the Government already knew much about the substance of the communications between the attorney and his unidentified client, in this case the IRS knows relatively little about the interactions between BDO and the [Roes], the nature of their relationship, or the substance of their conversations. Moreover, the [Roes] concede that the documents that BDO intends to

¹⁴⁶ Voir *BDO Seidman, LLP v. United States* (23 juillet 2003), 337 F.3d 802 (7^e Cir. 2003) [*BDO Seidman* (2003)].

produce in response to the summonses are not subject to any other independent claim of privilege beyond the [Roes'] assertion of privilege as to identity.

[nos extraits]

Dans l'affaire *Doe*¹⁴⁷, les conseillers ont également eu à divulguer l'identité de leurs clients ayant réalisé une opération déclarée audacieuse en vertu des règles de divulgation. Dans cette affaire, une Cour de district du Texas saisie d'une requête en injonction interlocutoire déposée par des contribuables a conclu que leurs conseillers devaient divulguer leur identité à l'administration fiscale en vertu des règles de divulgation. Les contribuables avaient réalisé plusieurs planifications, dont une nommée *Son of Boss* que l'administration fiscale avait déclaré audacieuse en 2000. L'administration fiscale avait demandé aux conseillers de divulguer l'identité de leurs clients ayant réalisé ces planifications et de produire des documents à l'appui de celles-ci.

S'appuyant sur la décision de la Cour d'appel du 7^e Circuit dans l'affaire *BDO Seidman*, la Cour a rejeté la requête des contribuables. À son avis, les contribuables ne peuvent s'attendre à ce que leur identité soit confidentielle en raison des obligations expressément prévues dans les règles de divulgation. Ces extraits du jugement renferment l'essentiel du raisonnement de la Cour :

[...] Plaintiffs did not have a reasonable expectation that their identities or their participation in the tax shelter described in Notice 2000-44 would be confidential. The attorney-client privilege, and therefore, the privilege created under § 7525, "do not protect communications between a tax practitioner and a client simply for the preparation of a tax return".[...]

Additionally, Plaintiffs had no reasonable expectation of confidentiality as to their participation in the Notice 2000-44 tax shelter because of the provisions in I.R.C. §§ 6111 and 6112. Section 6111 requires organizers and sellers of tax shelters to maintain lists of investors in tax shelters. The Seventh Circuit has held that these provisions prevent taxpayers from establishing an expectation of confidentiality in their communications regarding participation in a tax shelter. [...] Even if Plaintiffs thought KPMG would not be required to disclose their identities pursuant to a list maintenance requirements of § 6112, Plaintiffs themselves were required to disclose to the IRS their participation in the event of an audit because they included those losses on their year 2000 tax returns. If Plaintiffs' tax returns were audited, Plaintiffs would be required to explain how the losses resulted. Plaintiffs could not have reasonably believed their participation in the tax shelter was confidential. Also, the Court notes that Plaintiffs did not address whether the tax shelter they participated in was subject to registration requirements of § 6111. The Court, therefore,

¹⁴⁷ *Doe. v. KPMG, L.L.C.*, 325 F. Supp. 2d 746 (N.D. Tex. 2004), 2004 U.S. Dist. LEXIS 6191.

*adopts the Seventh Circuit's conclusion that §§ 6111 and 6112 destroy any reasonable expectation of confidentiality as to participation in a tax shelter*¹⁴⁸.

[nos extraits et italiques]

4.10.1.3 Le privilège ne s'applique pas si le client ou son conseiller juridique communique les renseignements à une tierce partie, incluant le vérificateur du client

La raison d'être du privilège du secret professionnel de l'avocat est de permettre aux contribuables de communiquer librement tous les renseignements nécessaires à leurs conseillers afin que ces derniers puissent leur formuler une opinion sur laquelle ils peuvent s'appuyer. Tel que mentionné précédemment, l'administration fiscale semble reconnaître que le privilège du secret professionnel de l'avocat puisse exceptionnellement s'appliquer aux communications portant sur les opinions fiscales des conseillers, malgré les règles de divulgation¹⁴⁹. Selon les circonstances, les tribunaux ont conclu que le secret professionnel de l'avocat pouvait empêcher les conseillers de divulguer les opinions émises à leurs clients durant l'élaboration d'une planification audacieuse, si l'opinion porte sur l'application de la loi fiscale et de la jurisprudence¹⁵⁰. Cependant, la divulgation d'un document à une tierce partie, incluant les vérificateurs du contribuable, entraîne automatiquement une renonciation par le client à ce privilège. Le cas échéant, l'administration fiscale pourrait exiger la production des opinions en question.

L'affaire *Textron*¹⁵¹ illustre bien cette situation. Dans cette affaire, l'administration fiscale (*Internal Revenue Service*) s'est adressée à une Cour de district afin que celle-ci ordonne à un contribuable de produire des documents concernant les années d'imposition 1998 à 2001 inclusivement, tel qu'exigé par l'administration fiscale dans une demande en ce sens. Elle avait formulé cette requête après avoir appris que ce contribuable avait réalisé une planification de

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ Voir Treasury, *Proposed ACJA Modifications to 6112* (2 novembre 2006), *supra* note 73 aux pages 6-7.

¹⁵⁰ *United States v. BDO Seidman, LLP*, 2004 U.S. Dist. LEXIS 12145 (N.D. Ill. 28 juin 2004); *United States v. BDO Seidman, LLP*, 2005 U.S. Dist. LEXIS 5555 (N.D. Ill. 30 mars 2005) [*BDO Seidman* (30 mars 2005)].

¹⁵¹ Voir *Textron* (D.R.I.), *supra* note 144.

cession-bail (*Sale-in, Lease-out*). Cette planification a été subséquemment déclarée audacieuse par l'administration fiscale le 11 février 2005¹⁵².

L'administration fiscale voulait obtenir les documents comptables préparés par le département de fiscalité du contribuable. Ces documents renfermaient l'évaluation par ce département des probabilités que l'administration fiscale soit en désaccord sur certains éléments de la déclaration de revenus du contribuable ainsi que sur les calculs de provision d'impôt. Le contribuable avait transmis ces documents à ses avocats afin qu'ils les révisent et évaluent les probabilités que le contribuable ait gain de cause devant les tribunaux. Les vérificateurs du contribuable étaient également en possession de ces documents pour déterminer l'exactitude des provisions d'impôt et pour mesurer leur impact sur les états financiers.

Le contribuable avait allégué que les documents demandés étaient protégés soit par le privilège du secret professionnel, soit par la *Work Product Doctrine*. De l'avis de la Cour, ces documents auraient été protégés par le privilège du secret professionnel s'ils n'avaient pas été communiqués aux vérificateurs. Puisque ces derniers se situent à l'extérieur de la relation que le contribuable entretient avec son avocat, la communication de documents aux vérificateurs entraîne une renonciation au secret professionnel. Cet extrait de la décision de la Cour résume ce principe :

It is well established that "voluntary disclosure to a third party waives the attorney-client privilege even if the third party agrees not to disclose the communications to anyone else." [...] That principle has been applied specifically to disclosures made to independent auditors. [...]

Since the tax practitioner privilege created by § 7525 mirrors the attorney-client privilege, it, too, may be waived by disclosure to a third party. [...]

[...] Textron argues that, because it occasionally revises its reserves based on the opinions of the independent auditor, the auditor's review of Textron's workpapers should be viewed as performed in connection with providing "tax advice" to Textron and, therefore, it is privileged under § 7525. That argument is creative but not persuasive because it ignores reality to describe an independent auditor responsible for reporting to the investing public whether a company's financial statements fairly and accurately reflect its financial condition, as providing "tax advice" to the company when the auditor seeks to determine the adequacy of amounts reserved by the company for contingent tax liabilities.

In short, any attorney-client privilege or tax practitioner privilege that attached under § 7525 was waived when Textron provided its workpapers to E&Y.

¹⁵² Nous référons le lecteur au tableau 4.1 se trouvant dans la sous-section 3.1.1 de ce fascicule.

The purpose of the attorney-client and tax practitioner privileges is to encourage the full and frank discussion necessary for providing the client with sound advice. That purpose is achieved by guaranteeing that confidential communications between the client and the advisor will remain confidential. Since disclosure to a third party is inconsistent with a claim of confidentiality, such disclosure waives the privilege.¹⁵³

[nos extraits]

Cependant, la Cour de district a conclu que le *Work Product Privilege* s'appliquait aux documents recherchés par l'administration fiscale. En conséquence, le contribuable n'avait pas à les produire auprès de celle-ci. L'administration fiscale a interjeté appel le 28 août 2007 auprès de la Cour d'appel du 1^{er} Circuit (*United States Court of Appeal for the First Circuit*). La Cour d'appel a initialement maintenu la décision de la Cour de première instance, mais a renvoyé l'affaire à cette Cour afin que celle-ci détermine si le contribuable avait implicitement renoncé à l'application du privilège de confidentialité en matière de litige¹⁵⁴. La sous-section 4.10.2 portera sur l'application de ce privilège de confidentialité.

4.10.1.4 Le privilège ne s'applique pas dans le cas d'activités de sollicitation

L'administration fiscale a prévu une exception au privilège du secret professionnel. Selon le code fiscal américain, ce privilège ne s'applique pas aux communications écrites en lien avec la sollicitation de contribuables par les conseillers sur l'usage d'une entité ou de tout arrangement dont un objet significatif est l'évitement fiscal¹⁵⁵. La portée générale de l'expression « objet significatif » pourrait obliger les contribuables et les conseillers à divulguer les opinions fiscales émises dans la grande majorité des planifications faisant l'objet d'une promotion de la part des conseillers¹⁵⁶. Dans un contexte de sollicitation, l'administration fiscale est alors en meilleure position d'obtenir tous les renseignements pertinents pour appliquer, le cas échéant, les règles antiévitement et la doctrine de la réalité économique afin d'annuler les avantages fiscaux découlant de planifications abusives.

¹⁵³ *Textron* (D.R.I.), *supra* note 144 aux pages 25 à 27.

¹⁵⁴ L'appel a été entendu le 5 septembre 2008 : voir *Textron*, *supra* note 144.

¹⁵⁵ 26 C.F.R. § 7525.

¹⁵⁶ Voir NYSBA, *Report on Disclosure (Material Advisors) (2005)*, *supra* note 11 à la page 21. Les tribunaux ont généralement conclu que les opinions fiscales normalisées rendues par les conseillers dans le cadre d'activités de promotion de planifications audacieuses ne sont pas protégées par le secret professionnel de l'avocat. Voir *United States v. KPMG LLP*, 316 F. Supp. 2d 30; 2004 U.S. Dist. LEXIS 8106 (D. D. C.).

4.10.1.5 Le privilège ne s'applique pas en cas de fraude

Dans le cadre d'une vérification, l'administration fiscale doit consulter tous les documents nécessaires afin de déterminer si elle doit annuler les avantages fiscaux réclamés par des contribuables et leur imposer une pénalité. Bien qu'en principe, les opinions fiscales puissent être protégés par le privilège du secret professionnel de l'avocat, l'administration fiscale peut néanmoins consulter ces opinions si le contribuable poursuit un objet assimilable à de la fraude.

Selon la jurisprudence, cette possibilité ne s'applique qu'exceptionnellement en matière de planifications audacieuses¹⁵⁷. Pour déterminer si une planification est abusive au point d'être assimilable à de la fraude, les tribunaux doivent compléter une analyse approfondie de la conformité d'une opération à des règles fiscales complexes pour résoudre les questions litigieuses. À leur avis, il s'avère généralement prématuré d'accorder à l'administration fiscale le droit de consulter des communications au stade de la vérification d'une déclaration de revenus sur la base de simples allégations de fraude.

L'affaire *BDO Seidman* illustre l'approche des tribunaux quant à l'application de cette exception en matière de planifications audacieuses¹⁵⁸. Dans cette affaire, l'administration fiscale avait entamé une vérification des affaires de cette société de conseillers. Elle était d'avis que cette société avait sollicité des contribuables. L'administration fiscale avait formulé une requête auprès d'une Cour de district de l'Illinois afin qu'elle ordonne à la société de conseillers susmentionnée qu'elle produise plus d'un millier de documents.

La société de conseillers avait refusé de produire plusieurs documents au motif qu'ils étaient protégés par le secret professionnel de l'avocat ou par la *Work Product Doctrine*. La Cour de district avait conclu que le privilège du secret professionnel n'empêchait pas la société de conseillers de fournir l'identité de leurs clients. Elle avait aussi conclu qu'une partie des documents étaient protégés par l'un ou l'autre des privilèges de confidentialité. Cependant, elle devait déterminer si l'administration fiscale pouvait consulter 267 documents au motif que les contribuables concernés poursuivaient un objectif assimilable à de la fraude. Après avoir

¹⁵⁷ Voir James M. Lynch, « War of the [Tax] Worlds: Privilege Versus Transparency » (2004), 82:3 Taxes 89 [Lynch, « Privilege Versus Transparency »].

¹⁵⁸ Voir *BDO Seidman* (30 mars 2005), *supra* note 150.

examiné chacun des documents, la Cour a conclu que l'exception ne s'appliquait qu'à l'égard d'un seul d'entre eux.

Tout en reconnaissant qu'un contribuable puisse prendre des décisions pour des motifs commerciaux et fiscaux, la Cour peut lever le privilège du secret professionnel si les contribuables et leurs conseillers tentent de dissimuler que le seul objet poursuivi par les contribuables dans une planification était de nature fiscale¹⁵⁹. Pour déterminer si une opération s'assimile à une fraude, la Cour évalue l'ensemble des circonstances en fonction de divers indicateurs, dont les suivants :

- La promotion par les conseillers d'opérations fiscales généralisables.
- L'émission par les conseillers d'opinions fiscales généralisables.
- Les communications entre les contribuables et les conseillers afin de réaliser une opération généralisable dans le seul but de réduire l'impôt à payer.
- La dissimulation par les contribuables et les conseillers des objets véritables de la planification.
- La connaissance par les conseillers de l'absence d'objets commerciaux légitimes chez leurs clients¹⁶⁰.

Nous reproduisons ici un extrait du jugement de la Cour de district résumant certains indicateurs sur lesquels les tribunaux s'appuieront afin de déterminer si l'administration fiscale a établi une preuve de fraude *prima facie* :

In summary, the court has considered the following to be potential indicators of fraud when it performed the *in camera* review of the submitted documents to determine whether there is sufficient evidence to support a *prima facie* showing of fraud: (1) the marketing of pre-packaged transactions by BDO; (2) the communication by the Intervenor to BDO with the purpose of engaging in a pre-arranged transaction developed by BDO or third party with the sole purpose of reducing taxable income; (3) BDO and/or the Intervenor attempting to conceal the true nature of the transaction; (4) knowledge by BDO, or a situation where BDO should have known, that the Intervenor lacked a legitimate business purpose for entering into the transaction; (5) vaguely worded consulting agreements; (6) failure by BDO to provide services under the consulting agreement yet receipt of payment; (7) mention of the COBRA transaction; and (8) use of boiler-plate documents. *The court does not limit itself to the indicators in determining whether a prima facie case for the application of the crime-fraud exception. Instead, this court looks to the "totality of the circumstances," [...] surrounding each document in order to determine whether there is "something to give colour to the*

¹⁵⁹ *United States v. BDO Seidman LLP*, 2005 U.S. Dist. 12363 (N.D. Ill. 17 mai 2005) [*BDO Seidman* (17 mai 2005)].

¹⁶⁰ Voir *BDO Seidman* (30 mars 2005), *supra* note 150.

charge . . . so as to require the [Intervenors], the one[s] with superior access to the evidence and in the best position to explain things, to come forward with that explanation. [...]. Furthermore, its important note that an indication of potential fraud does not mean that fraud exists sufficient for a prima facie finding. These factors are merely guideposts to assist this court in its in camera evaluation¹⁶¹.

[nos extraits et italiques]

Selon la Cour, les tribunaux ne peuvent conclure à l'application de l'exception pour fraude uniquement en s'appuyant sur les allégations de l'administration fiscale voulant que les conseillers aient exercé des activités de sollicitations concernant des planifications qu'elle qualifie d'abusives :

This court rejected the IRS' broad assertion that BDO and the Intervenors were denied the right to assert privilege under the crime-fraud exception when this court considered the 110 BDO documents in June 2004 [...] The blanket application of the crime-fraud exception would be inappropriate because this court characterized much of the IRS' arguments as being based on "speculation and innuendo." [...] The fact that the IRS has characterized a transaction as abusive and unlawful does not mean that the characterization is proper as a matter of law when considering whether to apply the crime-fraud exception. [...] *Furthermore, in light of the complexity and uncertainties of the IRS code, the fact that determining whether the involved transactions are in fact unlawful is one of the ultimate questions of this litigation, and the lack of evidence presented by the IRS to that point in the litigation, this court's March 30, 2005 opinion held that "[a] determination by this court that BDO and the Intervenors engaged in fraudulent and criminal activity . . . would be premature and would place the proverbial 'Cart before the Horse.'*" [...]

As this court stated in its March 30, 2005 opinion, "[u]nder the crime-fraud exception, communications that would otherwise be protected by the attorney-client privilege, [as well as the tax practitioner privilege], lose their protected status if they were 'made for the purpose of getting advice for the commission of a fraud or crime.'" [...] *"The crime-fraud exception applies where the party attempting to circumvent the privilege, [in the present case the IRS,] can meet the following test: (1) a prima facie showing of [a crime or] fraud, and (2) the communications in question are in furtherance of the misconduct.*" [...]

[nos extraits et italiques]

Lorsque l'administration fiscale démontre l'apparence d'activités frauduleuses, les contribuables ont le fardeau de prouver que leurs activités ne s'assimilaient pas à de la fraude. Les tribunaux ont contraint les contribuables à établir cette preuve, car ils sont les plus aptes à fournir les explications appropriées concernant la nature du document et des activités qu'ils ont exercées. Cet autre passage de la décision *BDO Seidman* résume le fardeau de preuve du contribuable :

The Intervenors's present position is that document A-40 is not communication in furtherance of a crime or fraud, but was part of the common financial planning activity of selling off investments towards the end of a year in order to take advantage of tax savings. According to the Intervenors' April 14, 2005 memorandum, Intervenors including Intervenor

¹⁶¹ *Ibid.*

Cullio, invested in a portfolio of emerging market distressed debt and then sought to sell that debt at the end of a year to lessen their tax liability. (Dkt. No. 181 at pg .2-3). According to the Intervenor's brief, there is no fraud or crime in this behavior, but instead this is a common financial planning activity performed by "every stock broker, financial planner, tax advisor and investor in America" at the end of every year. [...]

The government counters that document A-40 is not part of legitimate year-end tax planning, but instead is part of the overall abusive sham tax shelter transaction perpetrated by BDO and invested in by Intervenor Cullio and others. The government provides the Fifth Supplemental Declaration from IRS Revenue Agent Sandra Alevlo ("Alevlo"), in support of its position and the Alevlo's declaration in turn is supported by a variety of documents previously obtained by the IRS from BDO and the Intervenor related to the distressed debt transaction. [...]

Upon review of the parties' submissions, this court holds that the Intervenor has failed to meet their burden of providing a satisfactory explanation as to why document A-40 should not be disclosed under the crime-fraud exception. *The Intervenor, the party "with superior access to the evidence and in the best position to come forward" with an explanation that rebuts the finding of the prima facie case for the application of the crime-fraud exception, have failed to meet their burden of providing a sufficient explanation to rebut this court's March 30, 2005 finding for a prima facie case for the application of the crime-fraud exception for document A-40.* [...]

The court wishes to be clear that this memorandum opinion and order is limited to the question of whether the crime-fraud exception eviscerates the Intervenor's privilege claim on document A-40. [...] The larger issue of whether the overall activities of BDO and the Intervenor are lawful or unlawful remain for investigation by the IRS and potential future litigation between the parties¹⁶².

[nos extraits]

La Cour reconnaît que les contribuables peuvent organiser leurs affaires pour minimiser leur impôt à payer et que cela ne s'assimile généralement pas à de la fraude. Cependant, ces derniers doivent contredire les allégations de l'administration fiscale voulant que les opérations réalisées ne soient pas conformes au code fiscal américain. Ceux-ci peuvent difficilement contredire ces allégations si des documents révèlent que le seul objet poursuivi était de nature fiscale alors qu'ils prétendent que leur objectif était plutôt la réalisation d'un profit économique :

The Intervenor's position does not prevail here for several reasons. First, the Intervenor presents the position that Intervenor Cullio was merely selling off assets in which he had previously invested in order to take advantage of the loss for tax purposes. However, this position would require Intervenor Cullio to have previously invested in the assets, presumably hoping to turn a profit thereon, the investment had not provided for a profit and that Intervenor Cullio was merely trying to salvage a tax advantage from his failed investment.

However, based on the information provided through Revenue Agent Alevlo's declaration and supporting materials, it appears that the immediate activity in transaction was for Cullio to obtain a loss. The initial investment in the distressed debt appears to have occurred in late 2001, the same period in which Cullio was looking to receive the loss. This contradicts other

¹⁶² Voir *BDO Seidman* (17 mai 2005), *supra* note 159.

materials previously provided by the Intervenors in which they claim that their primary purpose for investing in these transactions was the hope of making a profit.

[...]

The court must acknowledge, of course, that investing in a debt security for the potential tax advantages is not by itself a crime or fraud. The Intervenors are correct in their assertion that it is a normal practice for individuals to liquidate their investments to take advantage of losses for tax purposes. *The problem in this case, however, is that the Intervenors have failed to provide any explanation in their briefs or supporting documentation to overcome the government's position that this particular transaction is in violation of the Internal Revenue Code*¹⁶³.

[nos extraits et italiques]

4.10.2 *Work Product Doctrine*

4.10.2.1 *Raison d'être de ce privilège*

Les règles de procédures civiles américaines contiennent une règle fondée sur cette doctrine. Succinctement, une partie ayant un intérêt conflictuel avec une autre partie ne peut obtenir les documents préparés par cette dernière ou par son représentant. Exceptionnellement, elle peut obtenir ces documents si elle démontre à la Cour qu'elle doit absolument les obtenir pour étayer ses arguments et qu'elle ne peut autrement les obtenir sans subir un préjudice injustifié :

Rule 26. Duty to Disclose; General Provisions Governing Discovery

[...]

(3) *Trial Preparation: Materials.*

(A) *Documents and Tangible Things.* Ordinarily, a party may not discover documents and tangible things that are prepared in anticipation of litigation or for trial by or for another party or its representative (including the other party's attorney, consultant, surety, indemnitor, insurer, or agent). But, subject to Rule 26(b)(4), those materials may be discovered if:

(i) they are otherwise discoverable under Rule 26(b)(1); and

(ii) the party shows that it has substantial need for the materials to prepare its case and cannot, without undue hardship, obtain their substantial equivalent by other means.

(B) *Protection Against Disclosure.* If the court orders discovery of those materials, it must protect against disclosure of the mental impressions, conclusions, opinions, or legal theories of a party's attorney or other representative concerning the litigation¹⁶⁴. [...]

[nos extraits]

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ Règle 26(b)(3) du *Federal Rules of Civil Procedure* (U.S. Government Printing Office : Washington, D.C., 1^{er} décembre 2007). La Cour suprême des États-Unis a le pouvoir d'adopter les règles de procédure civile : 28 U.S.C. § 2072.

Grâce à cette règle, les parties ayant des intérêts potentiellement conflictuels peuvent gérer leurs risques respectifs dans l'éventualité d'un litige, sans que l'une puisse obtenir un avantage indu en ayant accès aux documents de l'autre¹⁶⁵. Cet extrait de la décision de la Cour de district dans l'affaire *Textron*, précité, expose ce principe :

[...] the purpose of the work product privilege is to prevent a potential adversary from gaining an unfair advantage over a party by obtaining documents prepared by the party or its counsel in anticipation of litigation which may reveal the party's strategy or the party's own assessment of the strengths and weaknesses of its case¹⁶⁶.

[nos extraits]

En apparence, les contribuables et leurs conseillers n'ont pas à divulguer les opinions formulées par ces derniers pendant la phase d'élaboration des planifications audacieuses, lorsque ces opinions sont rédigées en anticipant un litige avec l'administration fiscale¹⁶⁷. La possibilité que ce privilège s'applique à toute communication de cette nature intervenue entre les contribuables et leurs conseillers pourrait empêcher l'administration fiscale d'avoir en main les renseignements pertinents pour déterminer si les règles antiévitement et la doctrine de la réalité économique s'appliquent à une planification¹⁶⁸.

Les tribunaux américains ont développé deux critères pour déterminer si des documents ont été préparés en vue d'un litige avec l'administration fiscale :

- Certains tribunaux sont d'avis que ce privilège ne s'applique que si l'éventualité d'un litige avec l'administration fiscale représente la principale raison pour laquelle les contribuables et leurs conseillers ont élaboré les documents.
- D'autres ont conclu que le privilège s'applique du moment que les contribuables et leurs conseillers ont préparé des documents en raison de la possibilité, à leurs yeux, qu'un litige avec l'administration fiscale puisse survenir.

¹⁶⁵ Lynch, « Privilege Versus Transparency », *supra* note 157 à la page 112.

¹⁶⁶ *Textron* (D.R.I.), *supra* note 144 à la page 28.

¹⁶⁷ Lors de cette phase, les contribuables et les conseillers évaluent généralement les probabilités que l'administration fiscale refuse les avantages fiscaux réclamés, particulièrement si leur valeur est élevée.

¹⁶⁸ Voir Lynch, « Privilege Versus Transparency », *supra* note 157 aux pages 112-121; Beale, « Tax Advice and Denying Evidentiary Privileges », *supra* note 143 aux pages 665-666; Lee A. Sheppard, « News Analysis: Textron Case Expands Work Product Privilege » (10 septembre 2007), 116 *Tax Notes* 917, 2007 *TNT* 176-6 [Sheppard, « Textron »].

La deuxième approche s'avère avantageuse pour les contribuables et leurs conseillers. Selon cette approche, un document peut être couvert par ce privilège de confidentialité malgré qu'il ait été préparé principalement à des fins autres que fiscales. Tel serait le cas lorsqu'un conseiller élabore un document pour qu'un contribuable prenne une décision commerciale tout en mesurant les probabilités que l'administration fiscale conteste les avantages fiscaux en découlant¹⁶⁹. Dans l'affaire *Textron*, la Cour de district a adopté cette approche, conformément avec la position prévalant au sein du 1^{er} Circuit. Cet extrait de la décision présente les deux approches appliquées dans la jurisprudence et le choix de la Cour de district :

Courts have applied two different tests in determining whether a document was prepared "in anticipation of litigation." Under the "primary purpose" test, documents are held to be prepared in anticipation of litigation "as long as the primary motivating purpose behind the creation of a document was to aid in possible future litigation." *El Paso*, 682 F.2d at 542. Under the more inclusive "because of" test, the relevant inquiry is whether the document was prepared or obtained "because of" the prospect of litigation. *United States v. Adlman*, 134 F.3d 1194 (2d Cir. 1998). In *Adlman*, after making a detailed analysis of the two tests, the Second Circuit found the "because of" test "more consistent with both the literal terms and the purposes of [Rule 26(b)(3)]" [...]

The First Circuit has adopted the "because of" test articulated in *Adlman*. *Maine v. Dept. of the Interior*, 298 F.3d 60, 68 (1st Cir. 2002)¹⁷⁰.

[nos extraits]

4.10.2.2. Anticipation subjective et objective d'un litige

L'application de l'une ou l'autre des approches décrites précédemment dépend de la perception par les contribuables de la possibilité qu'un litige survienne avec l'administration fiscale. La principale difficulté consiste à déterminer le moment où les contribuables peuvent raisonnablement s'attendre à être impliqués dans un tel litige¹⁷¹. Pour répondre à cette question, les tribunaux tenteront de déterminer si une personne placée dans les mêmes circonstances que le contribuable pouvait anticiper un litige de façon objective et raisonnable. Cet extrait de la décision de la Cour d'appel du 6^e Circuit dans l'affaire *Roxworthy* illustre cette approche :

We have yet to define "in anticipation of litigation." Other circuits have adopted the standard first articulated in *Wright and Miller's Federal Practice and Procedures*, asking whether a

¹⁶⁹ *United States v. Adlman*, 134 F.3d 1194; 1998 U.S. App. LEXIS 2633 (2^e Cir. 1998). Voir Lynch, « Privilege Versus Transparency », *supra* note 157 aux pages 114 à 117.

¹⁷⁰ *Textron*, *supra* note 144 aux pages 21 et 22 de la décision de la Cour. Les faits de cette affaire sont décrits dans la sous-section 4.10.2.3. Voir aussi *United States v. Roxworthy*, 457 F. 3d 590 (6^e Cir. 2006), décision de la Cour d'appel du 6^e Circuit No. 05-5776 (10 août 2006) [*Roxworthy*].

¹⁷¹ Lynch, « Privilege Versus Transparency », *supra* note 157 aux pages 114 et 115.

document was “prepared or obtained *because of* the prospect of litigation.” [...] We have articulated and applied the “because of” standard in our unpublished cases[...] and district courts from our circuit have also applied this test [...]. Today, we join our sister circuits and adopt the “because of” test as the standard for determining whether documents were prepared “in anticipation of litigation.”

Adopting this standard prompts the further question of when documents can be said to have been created because of the prospect of litigation. It is clear that documents prepared in the ordinary course of business, or pursuant to public requirements unrelated to litigation, or for other nonlitigation purposes, are not covered by the work product privilege. [...] Thus, a document will not be protected if it would have been prepared in substantially the same manner irrespective of the anticipated litigation. [...] Furthermore, courts applying the “because of” test have typically recognized both a subjective and objective element to the inquiry; that is, a party must “have had a subjective belief that litigation was a real possibility, and that belief must have been objectively reasonable.” [...] We therefore embrace the test used by a number of the district courts in our circuit, including the district court in this case, which asks (1) whether a document was created because of a party’s subjective anticipation of litigation, as contrasted with an ordinary business purpose, and (2) whether that subjective anticipation of litigation was objectively reasonable¹⁷². [...]

[nos extraits et italiques]

Tel que constaté par la Cour d’appel du 7^e Circuit dans l’affaire *Frederick*, le stade de la vérification d’une déclaration de revenus peut aboutir à l’émission par l’administration fiscale d’un nouvel avis de cotisation. En ce sens, le stade de la vérification s’assimile à une antichambre du stade du litige. En conséquence, les groupes d’intervenants divergeront d’opinion sur l’application du privilège de la *Work Product Doctrine* selon les faits et les circonstances d’une vérification. Nous reproduisons un extrait de la décision de la Cour d’appel dans cette affaire résumant ces principes :

The most difficult question presented by this appeal, and one on which we cannot find any precedent, relates to documents, numerical and otherwise, prepared in connection with audits of the taxpayers' returns. An example is a memo from Frederick to a paralegal asking her for the amount that Mr. Lenz and his corporation had paid Frederick for legal services rendered personally to Lenz in 1992. The memo was prepared to help Frederick respond to questions raised in an audit of the Lenzes' and the corporation's tax returns. *An audit is both a stage in the determination of tax liability, often leading to the submission of revised tax returns, and a possible antechamber to litigation. When a revenue agent is merely verifying the accuracy of a return, often with the assistance of the taxpayer's accountant, this is accountants' work and it remains such even if the person rendering the assistance is a lawyer rather than an accountant. Throwing the cloak of privilege over this type of audit-related work of the taxpayer's representative would create an accountant's privilege usable only by lawyers. If, however, the taxpayer is accompanied to the audit by a lawyer who is there to deal with issues of statutory interpretation or case law that the revenue agent may have raised in connection with his examination of the taxpayer's return, the lawyer is doing*

¹⁷² *Roxworthy*, supra note 170 à la page 3 de la décision publiée par la Cour.

*lawyer's work and the attorney-client privilege may attach. But the documents in issue do not, so far as we are able to determine, relate to such representation*¹⁷³.

[nos extraits et italiques]

Comme l'illustre ce passage de la décision de la Cour d'appel du 6^e Circuit dans l'affaire *Roxworthy*, la ligne de démarcation entre la phase de vérification et celle du litige aux fins de l'application de la *Work Product Doctrine* est floue et dépend alors des faits et des circonstances dans lesquels se trouve le contribuable :

Yum further argues that the magistrate judge erred in concluding that anticipation of an audit does not constitute anticipation of litigation under Rule 26(b)(3). See J.A. 43 (Report and Recommendation at 13). The magistrate judge's observation that mere anticipation of an audit does not suffice, however, was made in the context of concluding that the submitted affidavits and KPMG memoranda did not evidence a subjective anticipation of litigation. Because we reverse the district court's determination that Yum has not adequately demonstrated subjective anticipation of litigation, we need not decide when, if ever, subjective anticipation of an audit may suffice to constitute subjective anticipation of litigation¹⁷⁴.

[nos extraits]

Pour déterminer si les contribuables pouvaient raisonnablement anticiper un litige avec l'administration fiscale, les tribunaux doivent juger si une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances serait objectivement arrivée à cette conclusion. Les tribunaux ont adopté diverses approches pour déterminer le moment où un contribuable peut raisonnablement et objectivement anticiper un litige avec l'administration fiscale. De l'avis des tribunaux, des documents préparés en prévision d'un « litige administratif » survenant au stade de la vérification d'une déclaration de revenus pourraient être protégés par la *Work Product Doctrine* :

Courts have articulated various tests for determining when anticipation of litigation is too speculative to be objectively reasonable. The D.C. Circuit has required the objecting party to prove that a document was "prepared with a specific claim supported by concrete facts which would likely lead to litigation in mind," [...] but has also found the privilege to apply in the absence of a specific claim where an attorney "rendered legal advice in order to protect the client from future litigation about a particular transaction," [...]. The Fourth Circuit has stated that the protection only applies when the "preparer faces an actual claim or a potential claim following an actual event or series of events that reasonably could result in litigation." [...] *Although not every audit is potentially the subject of litigation, [...] a document prepared "in anticipation of 'dealing with the IRS' [...] may well have been prepared in anticipation of*

¹⁷³ *United States v. Frederick*, 182 F.3d 496; U.S. App. LEXIS 7420 (7^e Cir. 1999) [*Frederick*].

¹⁷⁴ *Roxworthy*, *supra* note 170 à la page 8 du jugement publié par la Cour d'appel.

*an administrative dispute and this may constitute 'litigation' within the meaning of Rule 26,*¹⁷⁵.

[nos extraits et italiques]

Dans l'affaire *Roxworthy*, la Cour d'appel a conclu que d'un point de vue objectif, le contribuable pouvait raisonnablement anticiper un litige avec l'administration fiscale. La Cour d'appel a pris en considération l'écart important entre le revenu calculé aux fins comptables et celui calculé aux fins fiscales, les incertitudes entourant l'application de la loi à l'opération réalisée par le contribuable et le fait que l'administration fiscale cible spécifiquement ce type d'opération. En s'appuyant sur des décisions d'autres tribunaux dans des affaires similaires, la Cour d'appel a conclu que les risques qu'un litige se développe entre le contribuable et l'administration fiscale étaient loin d'être négligeables, bien qu'aucun facteur précis ne laissait entrevoir qu'il allait se concrétiser :

[...] Yum argues that it anticipated litigation because a yearly IRS audit of Yum was a certainty due to the company's size, the transaction at issue involved a \$112 million discrepancy between tax loss and book loss, and the company had been advised by KPMG that the area of law was unsettled and that the IRS had recently targeted this type of transaction. Yum points to a case with analogous facts in which a district court upheld the work-product privilege. [...]

Likewise, in *United States v. Adlman*, 68 F.3d 1495, 1496 (2d Cir. 1995) (*Adlman I*), an accounting firm prepared documents evaluating the tax consequences and likely IRS challenges to a company's proposed reorganization in which the company would claim a capital loss of \$290 million. The Second Circuit held that the district court erred in concluding that the prospect of litigation was too remote for work-product privilege to apply, observing that "[i]n many instances, the expected litigation is quite concrete, notwithstanding that the events giving rise to it have not yet occurred." *Id.* at 1501. The court remanded the matter for the district court to apply the proper standard.

We find these factually analogous cases persuasive. As contemplated by *Adlman I*, Yum has demonstrated that the "expected litigation" here is "quite concrete" despite the absence of any overt indication from the IRS that it intends to pursue litigation against Yum. Yum has identified a specific transaction that could precipitate litigation, the specific legal controversy that would be at issue in the litigation, the opposing party's opportunity to discover the facts that would give rise to the litigation, and the opposing party's general inclination to pursue this sort of litigation. We believe that Yum has established that the memoranda at issue sought to protect Yum "from future litigation about a particular transaction," [...] that Yum has also established that KPMG and Yum had in mind a "specific claim supported by concrete facts which would likely lead to litigation," [...] and that Yum has established that it "face[d] an actual or a potential claim following an actual event or series of events that reasonably could result in litigation," [...] Because we believe that Yum's circumstances clearly constitute objectively reasonable anticipation of litigation under any of the tests we have seen employed by our sister circuits, we need not decide which of these articulations is most useful.

¹⁷⁵

Ibid.

*We therefore conclude that the district court committed an error of law in determining that Yum's anticipation of litigation was too remote to constitute a reasonable anticipation of litigation*¹⁷⁶.

[nos extraits et italiques]

4.10.2.3 Possibilités que les tribunaux maintiennent le privilège en présence de règles fiscales complexes et de montants d'impôt élevés, notamment dans le cas des opérations déclarées audacieuses aux fins des règles de divulgation

Les tribunaux pourraient conclure qu'un document est protégé par ce privilège au motif que le document renferme une analyse par les conseillers de règles fiscales ambiguës - ce qui est habituellement le cas pour les opérations prescrites aux fins des règles de divulgation. Les tribunaux pourraient aussi conclure que les contribuables peuvent raisonnablement s'attendre à être impliqués dans un litige avec l'administration fiscale lorsque celle-ci annonce publiquement qu'elle déploiera toutes ses ressources afin d'annuler les avantages fiscaux découlant d'un type de planifications, comme elle le fait pour les opérations déclarées audacieuses. De plus, les tribunaux pourraient conclure que les documents utilisés pour calculer une provision d'impôt en fonction de litiges potentiels avec l'administration fiscale sont protégés lorsque les contribuables font périodiquement l'objet d'une vérification ou lorsque la provision d'impôt est élevée.

Selon la Cour d'appel du 7^e Circuit dans l'affaire *Frederick*, les documents préparés par un avocat ou par un comptable en vue d'une vérification de l'exactitude des déclarations de revenus de leurs clients ne sont pas protégés par de la *Work Product Doctrine*. Cependant, ce privilège peut s'appliquer aux documents que l'avocat élabore s'ils contiennent une interprétation de la loi fiscale à l'appui de la déclaration de revenus¹⁷⁷.

La décision de la Cour de district dans l'affaire *Textron*¹⁷⁸ illustre la portée potentiellement étendue de la *Work Product Doctrine* lorsque des contribuables réalisent des planifications audacieuses et font systématiquement l'objet d'une vérification. Dans cette affaire, la Cour de district a conclu que l'administration fiscale ne pouvait obtenir les documents comptables du contribuable (*Tax Accrual Workpapers*), car ils étaient couverts par le *Work Product Privilege*. Celle-ci avait demandé au contribuable de produire ces documents pour déterminer si ce

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ Voir *Frederick*, *supra* note 173.

¹⁷⁸ *Textron* (D.R.I.), *supra* note 144.

dernier avait réalisé des opérations déclarées audacieuses aux fins des règles de divulgation. Ces documents contenaient des renseignements concernant des items figurant dans les déclarations de revenus susceptibles de faire l'objet d'un nouvel avis de cotisation ainsi qu'une pondération des chances de succès du contribuable advenant un litige avec l'administration fiscale.

De l'avis du contribuable dans l'affaire *Textron*, le privilège du secret professionnel ainsi que le *Work Product Privilege* s'appliquaient aux documents de comptabilité demandés, car ses conseillers les avaient préparés en vue d'un litige avec l'administration fiscale portant sur l'interprétation de la loi fiscale. De l'avis de cette dernière, ces documents avaient été élaborés uniquement aux fins de la production de la déclaration de revenus du contribuable et n'étaient couverts ni par le privilège du secret professionnel, ni par le privilège de la *Work Product Doctrine*.

La Cour de district a conclu que le privilège du secret professionnel s'appliquait aux documents exigés par l'administration fiscale, mais que le contribuable y avait renoncé en les communiquant à ses vérificateurs externes. Cependant, la Cour a conclu que le *Work Product Privilege* s'appliquait et que le contribuable n'y avait pas renoncé. Dans ce dernier cas, la communication des documents par les avocats aux vérificateurs externes du contribuable n'entraînait pas une renonciation à ce privilège par ce dernier, puisque ses vérificateurs externes représentaient ses intérêts et non ceux de la partie adverse :

[...] the purpose of the work product privilege is to prevent a potential adversary from gaining an unfair advantage over a party by obtaining documents prepared by the party or its counsel in anticipation of litigation which may reveal the party's strategy or the party's own assessment of the strengths and weaknesses of its case. Accordingly, only disclosures that are inconsistent with keeping the information from an adversary constitute a waiver of the work product privilege. [...]

Most courts considering the question have held that disclosure of information to an independent auditor does not waive the work product privilege because it does not substantially increase the opportunity for potential adversaries to obtain the information. [...]

In this case, too, the disclosure of Textron's tax accrual workpapers to E&Y did not substantially increase the IRS's opportunity to obtain the information contained in them. Under AICPA Code of Professional Conduct Section 301 *Confidential Client Information*, E&Y had a professional obligation "not [to] disclos[e] any confidential client information without the specific consent of the client." Furthermore, E&Y expressly agreed not to provide the information to any other party, and confirms that it has adhered to its promise. [...] Even if the AICPA Code coupled with E&Y's promise did not establish an absolute guarantee of confidentiality, they made it very unlikely that E&Y would provide Textron's "tax accrual

workpapers" to the IRS and they negate any inference that Textron waived the work product privilege.

[...] in this case, E&Y was a truly independent auditor that had no obligation to the IRS to determine whether Textron's tax return was correct and no authority to challenge the return. In this instance, E&Y was seeking, only, to determine whether the reserve established by Textron to cover the corporation's contingent tax liabilities satisfied the requirements of GAAP. Since E&Y was not a potential Textron adversary or acting on behalf of a potential adversary, and, since E&Y agreed to treat the workpapers as confidential, disclosure to E&Y did not substantially increase the likelihood that the workpapers would be disclosed to the IRS or other potential Textron adversaries¹⁷⁹. [...]

[nos extraits]

De l'avis de la Cour de district, les documents devaient demeurer confidentiels puisque les contribuables anticipaient un litige avec l'administration fiscale. Selon la Cour, cette anticipation était attribuable au fait qu'ils avaient réalisé des planifications pour lesquelles les règles fiscales et la jurisprudence étaient complexes et ambiguës, et qu'ils avaient fait l'objet d'une vérification fiscale pour sept des huit années d'imposition précédentes :

As the IRS correctly observes, the work product privilege does not apply to "documents that are prepared in the ordinary course of business or that would have been created in essentially similar form irrespective of the litigation." Maine, 298 F.3d at 70 (quoting Adlman, 134 F.3d at 1202). However, it is clear that the opinions of Textron's counsel and accountants regarding items that might be challenged by the IRS, their estimated hazards of litigation percentages and their calculation of tax reserve amounts would not have been prepared at all "but for" the fact that Textron anticipated the possibility of litigation with the IRS. If Textron had not anticipated a dispute with the IRS, there would have been no reason for it to establish any reserve or to prepare the workpapers used to calculate the reserve. Thus, while it may be accurate to say that the workpapers helped Textron determine what amount should be reserved to cover any potential tax liabilities and that the workpapers were useful in obtaining a "clean" opinion from E&Y regarding the adequacy of the reserve amount, *there would have been no need to create a reserve in the first place, if Textron had not anticipated a dispute with the IRS that was likely to result in litigation or some other adversarial proceeding.*

Nor can there be any doubt that Textron's belief in the likelihood of litigation with the IRS was well founded. As already noted, the matters identified in the workpapers dealt with issues on which the law was unclear. Moreover, in seven of Textron's eight previous audit cycles, "unagreed" issues had been appealed to the IRS Appeals Board, and three of those issues were litigated in federal court.

Moreover, even if the workpapers were needed to satisfy E&Y that Textron's reserves complied with GAAP, that would not alter the fact that the workpapers were prepared "because of" anticipated litigation with the IRS¹⁸⁰.

[nos extraits et italiques]

¹⁷⁹ *Textron* (D.R.I.), *supra* note 144 aux pages 27 à 32.

¹⁸⁰ *Ibid.* aux pages 20 à 22.

Exceptionnellement, l'administration fiscale peut exiger la production de documents malgré l'existence de la *Work Product Doctrine*. Selon les règles de procédure, elle peut exiger la production de documents privilégiés s'ils lui sont essentiels pour déterminer l'impôt à payer du contribuable et qu'elle ne peut autrement obtenir ces renseignements sans subir « d'inconvénients excessifs » (*undue hardship*). L'administration fiscale doit assumer un fardeau de preuve plus élevé que la prépondérance des probabilités. Ce passage de la décision de la Cour de district dans l'affaire *Textron* résume les exigences liées à cette règle d'exception :

As already noted, the work product doctrine creates only a qualified privilege that may be overcome by a showing of (1) "substantial need" for the protected documents, and (2) an inability to otherwise obtain the information contained therein or its substantial equivalent without "undue hardship." Fed. R. Civ. P. 26 (b) (3).

While establishing that protected documents relate to a legitimate IRS investigation may satisfy the "relevancy" requirement of § 7602, it is insufficient to establish the "substantial need" showing necessary to overcome the work product privilege. [...]That is especially true in the case of opinion work product, which consists of the "mental impressions, conclusions, opinions or legal theories" of attorneys, where the party seeking the materials must meet a heightened burden¹⁸¹.

[nos extraits]

Dans *Textron*, l'administration fiscale n'a pu démontrer que la règle d'exception s'appliquait. De l'avis de la Cour, le contribuable se trouverait dans une situation indûment inéquitable face à l'administration fiscale dans le cadre d'un litige s'il devait divulguer ces documents à celle-ci, de la même manière qu'il serait inéquitable pour cette dernière de divulguer au contribuable les opinions juridiques de ses conseillers :

Here, the IRS has failed to carry the burden of demonstrating a "substantial need" for ordinary work product, let alone the heightened burden applicable to *Textron's* tax accrual workpapers, which constitute opinion work product. *While the opinions and conclusions of Textron's counsel and tax advisers might provide the IRS with insight into Textron's negotiating position and/or litigation strategy, they have little bearing on the determination of Textron's tax liability. The determination of any tax owed by Textron must be based on factual information, none of which is contained in the workpapers and all of which is readily available to the IRS through the issuance of IDRs and by other means.* The opinions of *Textron's* counsel, either favorable or unfavorable, would have little to do with that determination, and forced disclosure of those opinions would put *Textron* at an unfair disadvantage in any dispute that might arise with the IRS, just as requiring the IRS to disclose the opinions of its counsel regarding areas of uncertainty in the law or the likely outcome of any litigation with *Textron* would place the IRS at an unfair disadvantage¹⁸².

[nos extraits et italiques]

¹⁸¹ *Ibid.* à la page 32.

¹⁸² *Ibid.* aux pages 33 et 34.

4.10.3 L'administration fiscale a comme politique de minimiser les demandes de production de documents comptables, sauf à l'égard des opérations déclarées audacieuses

En toute vraisemblance, les groupes d'intervenants divergeront d'opinion sur la possibilité pour l'administration fiscale de consulter les documents comptables élaborés par les conseillers d'un contribuable aux fins de sa déclaration de revenus. De façon plus particulière, les conseillers doivent déterminer selon la prépondérance des probabilités si le contribuable peut réclamer un avantage fiscal d'une manière conforme aux règles fiscales et à la jurisprudence. Pour ce faire, les conseillers doivent évaluer les probabilités que l'administration fiscale annule les avantages fiscaux réclamés et que les tribunaux confirment l'application de la loi fiscale et de la jurisprudence faite par celle-ci.

Sommairement, des tribunaux ont jugé que les privilèges de confidentialité ne s'appliquent pas aux documents comptables s'ils sont préparés aux fins de la production des déclarations de revenus ou s'ils ne contiennent pas une interprétation de la loi¹⁸³. En conséquence, l'administration fiscale pourrait exiger que les contribuables produisent un large volume de documents.

L'administration fiscale a adopté une politique de réserve concernant ces documents. Elle n'exigera la production que dans des cas exceptionnels et seulement si elle ne peut autrement obtenir les renseignements recherchés. Cependant, depuis 2002, elle n'applique pas cette politique de réserve dans le cas des opérations déclarées audacieuses aux fins des règles de divulgation. Dans de tels cas, l'administration fiscale demande habituellement aux contribuables ayant réalisé ces opérations de produire les documents comptables. Alors que plusieurs auraient produit les documents demandés par l'administration fiscale, d'autres ont refusé de le faire à l'instar de *Textron*. Les conclusions de l'affaire *Textron* entraînent donc des répercussions importantes sur les pouvoirs de l'administration fiscale d'exiger des contribuables et de leurs conseillers la production des documents comptables¹⁸⁴.

¹⁸³ Voir *Frederick*, *supra* note 173.

¹⁸⁴ Voir Sheppard, « *Textron* », *supra* note 168.

Nous reproduisons des extraits de la déclaration de l'administration fiscale américaine annonçant son intention d'exiger la production de tels documents concernant les opérations déclarées audacieuses :

The Internal Revenue Service is revising its policy concerning when it will request and, if necessary, summon tax accrual and other financial audit workpapers relating to the tax reserve for deferred tax liabilities and to footnotes disclosing contingent tax liabilities ("Tax Accrual Workpapers") appearing on audited financial statements. *This limited expansion of the circumstances in which the Service will seek Tax Accrual Workpapers is necessary to allow the Service to fulfill its obligation to the public to curb abusive tax avoidance transactions and to ensure that taxpayers are in compliance with the tax laws. In all other respects, the Service's current policy regarding requests for Tax Accrual Workpapers will continue to apply.*

The Service may request Tax Accrual Workpapers in the course of examining any return filed on or after July 1, 2002, that claims any tax benefit arising out of a transaction that the Service has determined to be a listed transaction at the time of the request [...] If the Listed Transaction was disclosed under Temp. Treas. Reg. § 1.6011-4T, the Service will routinely request the Tax Accrual Workpapers pertaining only to the Listed Transaction. If the Listed Transaction was not disclosed, the Service will routinely request all Tax Accrual Workpapers. In addition, if the Service determines that tax benefits from multiple investments in Listed Transactions are claimed on a return, regardless of whether the Listed Transactions were disclosed, the Service, as a discretionary matter, will request all Tax Accrual Workpapers. Similarly, if, in connection with the examination of a return claiming tax benefits from a Listed Transaction that was disclosed, there are reported financial accounting irregularities, such as those requiring restatement of earnings, the Service, as a discretionary matter, will request all Tax Accrual Workpapers.

[...]

Despite the broad scope of authority recognized by the Supreme Court, the Service has historically acted with restraint, declining to request Tax Accrual Workpapers as a standard examination technique. [...].

The Service will continue its current policy of requesting Tax Accrual Workpapers only in unusual circumstances (1) for any returns filed prior to July 1, 2002, other than those that claim any tax benefit arising out of a Listed Transaction that has not been disclosed as mentioned above, and (2) for any returns filed on or after July 1, 2002, other than those that claim any tax benefit arising out of a Listed Transaction as described above¹⁸⁵.

[nos extraits et italiques]

4.10.4 L'application de la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer peut pousser les contribuables à renoncer à leurs privilèges de confidentialité

L'administration fiscale américaine a adopté une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer. Cette pénalité vise à accroître les risques financiers pour les contribuables audacieux¹⁸⁶.

¹⁸⁵ É.-U., Internal Revenue Service, Announcement 2002-63, « Request for Tax Accrual and other Financial Audit Workpapers » 2002-27 I.R.B. 72 (8 juillet 2002).

¹⁸⁶ Treasury, *Corporate Tax Shelters* (1999), *supra* note 2 aux pages 64-66.

De façon générale, le montant de la pénalité est égal à 20 pour cent du montant d'impôt sous-estimé¹⁸⁷. Ils sont passibles de cette pénalité si la différence entre le montant d'impôt qu'ils devraient payer et le montant d'impôt qu'ils ont estimé excède un seuil monétaire préétabli. Des seuils différents s'appliquent pour un particulier et pour une société.

Les contribuables ont généralement la possibilité de se soustraire à la pénalité s'ils font preuve de diligence raisonnable dans l'application de la loi fiscale et de la jurisprudence. Le degré de diligence requis dépend de la complexité de la planification, de la valeur des avantages fiscaux en jeu et de leur expertise en matière fiscale. Ils pourraient se soustraire à la pénalité si le poids des sources juridiques et administratives reconnues à l'appui des avantages fiscaux réclamés est substantiel comparativement à celles appuyant la position de l'administration fiscale. De façon sommaire :

- 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, 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 cent.

Le degré de diligence des contribuables est cependant plus élevé lorsqu'ils réalisent des planifications audacieuses.

Lorsque la sous-estimation de l'impôt à payer découle d'une opération dont un des objets significatifs¹⁸⁸ est l'obtention d'un avantage fiscal, le contribuable peut se soustraire à une partie ou à la totalité de la pénalité s'il démontre sa bonne foi et l'existence de motifs raisonnables. Il doit cependant établir qu'il avait des motifs raisonnables de croire que le traitement fiscal

¹⁸⁷ Les contribuables doivent verser cette pénalité en sus des intérêts qu'ils devaient verser sur le montant d'impôt sous-estimé. Le fascicule 6 de cette étude fournit de plus amples détails sur la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer.

¹⁸⁸ 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 relevait de l'évitement fiscal. Aux fins de cette pénalité, 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.

réclamé pour cette opération était conforme à la loi fiscale ainsi qu'à la jurisprudence selon la prépondérance des probabilités – soit plus de 50 pour cent :

- Les tribunaux évalueront le degré de diligence démontré par le contribuable en prenant en considération l'ensemble des faits et des circonstances.
- Ce dernier peut se soustraire à la pénalité même s'il pas adéquatement divulgué sa position fiscale dans sa déclaration de revenus. Le défaut de divulguer adéquatement cette position fiscale pourrait néanmoins être considéré comme un manque de bonne foi de sa part et entraîner l'application de la pénalité¹⁸⁹.

Si le contribuable a réalisé une opération prescrite aux fins des règles de divulgation, il doit avoir rempli ses obligations en vertu de ces règles afin d'avoir la possibilité de se soustraire à la pénalité spécifique pour sous-estimation de l'impôt à payer. Autrement, l'administration fiscale pourrait appliquer une pénalité de 30 pour cent du montant d'impôt sous-estimé et le contribuable ne pourrait s'y soustraire¹⁹⁰.

Pour minimiser les risques d'être assujettis à une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer, les contribuables peuvent solliciter l'opinion de conseillers fiscaux. En présence d'une zone grise dans la loi fiscale et la jurisprudence, les contribuables pourraient s'appuyer sur l'opinion d'un conseiller fiscal ayant conclu que l'obtention d'avantages fiscaux était conforme à la loi fiscale en vigueur au moment où ils ont été réclamés, selon la prépondérance des probabilités et le poids de chacune des sources reconnues d'interprétation juridique ou administrative¹⁹¹.

L'annulation des avantages fiscaux et l'application concomitante d'une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer par l'administration fiscale exercent donc une pression sur le contribuable l'incitant à lui divulguer le contenu des opinions de ses conseillers. À l'instar de la

¹⁸⁹ 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). Le fascicule 6 de cette étude fournit de plus amples détails sur la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer.

¹⁹⁰ La sous-section 3.2.5 de ce fascicule porte sur la pénalité spécifique pour sous-estimation de l'impôt à payer concernant les opérations prescrites par l'administration fiscale aux fins des règles de divulgation.

¹⁹¹ 26 U.S.C. § 6662 et 26 C.F.R § 1.6662; 26 U.S.C. § 6664 et 26 C.F.R. § 1.6664. Le fascicule 6 de cette étude fournit de plus amples détails sur la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer.

doctrine de la réalité économique, la pénalité repose sur la présence d'un objet fiscal dans une planification. Pour appuyer l'application de la doctrine de la réalité économique et de la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer, l'administration fiscale tentera de recueillir des renseignements sur les intentions subjectives du contribuable dans une planification, notamment à partir des opinions ou autres communications entre le contribuable et ses conseillers¹⁹². À partir de ces renseignements, elle sera davantage en mesure d'établir les éléments requis pour appuyer de manière *prima facie* la pénalité imposée au contribuable (*burden of production*), tel qu'exigé par les règles américaines¹⁹³. Évidemment, elle ne pourra appliquer la pénalité que dans la mesure où elle déterminera que le contribuable a sous-estimé son impôt à payer du fait que la planification réalisée était dénuée de réalité économique.

Le contribuable pourrait alléguer que l'ensemble des opinions est protégé par la *Work Product Doctrine* s'il les a obtenus pour parer à l'éventualité que l'administration fiscale annule les avantages fiscaux et lui impose une pénalité. Il aurait alors la possibilité de ne produire que les opinions lui permettant de se soustraire à la pénalité. Si ce privilège s'applique, l'administration fiscale ne pourra obtenir tous les documents qu'elle recherche au stade de la vérification afin d'appuyer de manière *prima facie* une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer.

Tel que l'illustre l'affaire *Roxworthy*, l'approche préconisée par les tribunaux dans l'application du *Work Product Doctrine* exerce un impact sur l'obligation pour le contribuable de divulguer des opinions fiscales préparées afin qu'il puisse se soustraire à une éventuelle pénalité. Si les tribunaux sont d'avis que ce privilège s'applique à tout document préparé en vue d'un litige fiscal, bien qu'il ait également servi à d'autres fins, les contribuables peuvent alors produire uniquement les documents leur donnant les meilleures chances de se soustraire à la pénalité.

¹⁹² À titre d'illustration, voir la décision de la Cour de district de la Caroline du Nord (District Ouest) dans *Howa Trading LLC et al. v. United States of America* (2 juin 2008), Charlotte 3:07CV324-R (W.D. N.C.).

¹⁹³ 26 U.S.C. § 7491(c). Pise littéralement, cette règle semble ne s'appliquer que si 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 dans tous les cas. Nous référons le lecteur à l'affaire *Long Term Capital Holdings* (D. Conn.), *supra* note 4 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. Nous référons le lecteur au fascicule 6 de cette étude pour de plus amples renseignements sur la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer.

Dans l'affaire *Roxworthy*, l'administration fiscale américaine (*Internal Revenue Service*) avait demandé au contribuable de produire deux opinions fiscales de leurs conseillers au cours d'une vérification concernant certaines années d'imposition. Ces opinions renfermaient une analyse des impacts fiscaux découlant de certaines opérations, incluant des arguments que l'administration fiscale pourrait adopter pour annuler le traitement fiscal réclamé par le contribuable et des contre-arguments que ce dernier pourrait invoquer. Le contribuable avait refusé de les produire au motif qu'ils étaient protégés soit par le privilège du secret professionnel, soit par la *Work Product Doctrine*.

L'administration fiscale a déposé une requête en injonction auprès d'une Cour de district. Celle-ci a ordonné au contribuable de produire les opinions fiscales de ses conseillers. De l'avis de la Cour, ces documents n'étaient pas confidentiels en vertu de la *Work Product Doctrine* puisqu'ils avaient été préparés afin d'aider le contribuable à préparer ses déclarations de revenus et leur vérification par l'administration fiscale dans le cours normal de ses activités, et non en anticipant un litige avec cette dernière.

Le contribuable a interjeté appel auprès de la Cour d'appel du 6^e Circuit. De l'avis du contribuable, le contenu des documents démontre que ceux-ci avaient été préparés en anticipant un litige avec l'administration fiscale :

Yum argues that the documents themselves are the best evidence that they were created in anticipation of litigation. Indeed, apart from eleven pages of background facts regarding Tricon's creation of a captive insurance company and subsequent transfer of stock, both of which occurred prior to the memoranda's completion, the memoranda contain dense legal analysis of current tax law, including arguments and counter-arguments in certain areas of law that the memoranda argue are unsettled. The "Conclusions" portion of each memo states that "it is more likely than not [...] that the following federal tax consequences (among others) will result from the transactions described herein and that such consequences will be supported by 'substantial authority' within the meaning of Treas. Reg. § 1.6662-4(d)." The "Conclusions" that follow include statements about the tax treatment of the "Premium Payment" and "Loss Payment," calculation of the basis of Tricon's stock, and the proper recognition of taxable income and capital loss resulting from the transaction. The "Discussion" section of each memo sets forth "the rationale for [KPMG's] conclusions and some of the more likely theories that could be asserted by the IRS in challenging [KPMG's] conclusions." The Discussion section in each of the memoranda expresses legal conclusions throughout, using language such as the following: "[W]e believe that it is likely that a court would agree with [...]"; "it would seem that unless [certain events occur], this issue [...] may not be contested"; "we believe that it is more likely than not that a court would agree that [...]"; "it appears reasonable to rely on [...]"; "[a]lthough not free from doubt, we believe that

[the hypothetical argument] would be rejected by a court”; and “[i]t is possible that the application of [certain tax rules] could be raised [...]”¹⁹⁴

[nos extraits]

La Cour d’appel du 6^e Circuit a annulé l’ordonnance de la Cour de district. De l’avis de cette Cour d’appel, les documents devaient demeurer confidentiels même s’ils avaient été préparés afin que le contribuable puisse se soustraire à la pénalité pour sous-estimation de l’impôt à payer. Cette Cour d’appel considérait que les tribunaux doivent déterminer si les documents ont été préparés dans l’anticipation d’un litige bien qu’ils aient pu servir à d’autres fins. Ces extraits de la décision de la Cour d’appel du 6^e Circuit contiennent les motifs à cet égard :

We find no evidence in the record to controvert the affidavits supplied by Yum. [...] Although Yum’s supplemental affidavits do not clarify why the memoranda were not submitted until after the transactions were complete, we find error in the magistrate judge’s speculation that the timing decreases the likelihood that the memoranda were completed in anticipation of litigation. The company’s decision to obtain a legal opinion only after it had completed a series of transactions could easily lead to the conclusion that the opinion was *more* likely to be in anticipation of litigation as opposed to being used for ordinary business purposes. Yum’s uncontroverted assertions that it anticipated litigation because of the uncertainty surrounding the area of tax law at issue are also corroborated by the memoranda’s highly detailed discussions of hypothetical legal arguments. Finally, the additional specifics regarding why Yum anticipated litigation, particularly its explanation that it planned to claim a \$112 million tax loss with no corresponding book loss, that KPMG had advised the company that the law surrounding captive insurance companies was unsettled, and that the IRS had demonstrated an inclination to litigate in that area, provide more than bare self-serving conclusions. Thus, Yum’s unambiguous sworn affidavits and deposition testimony satisfy its burden of demonstrating that the memoranda were prepared due to Yum’s subjective anticipation of litigation and not in the ordinary course of business.

Yum focuses on the magistrate judge’s discussion of the possible use of the KPMG memoranda in Yum’s audit process, and argues that the magistrate judge erroneously assumed that use of the memoranda for such a purpose precludes assertion of a work-product privilege. As the magistrate judge’s report and recommendation and the IRS’s brief both note, the tax code imposes a twenty percent penalty on substantial understatements of income tax. I.R.C. §§ 6662(a)–(b). This penalty typically does not apply, however, to an item that was adequately disclosed on one’s tax return if substantial authority supports the chosen tax treatment. *Id.* § 6662(d)(2)(B); Treas. Reg. § 1.6662-4(d)(2). Thus, the KPMG memoranda’s references to “substantial authority” and citation to Treasury Regulation 1.6662-4(d)(2) suggest that the arguments supplied were expected to be used by Yum in articulating its tax-treatment rationale to the IRS during an audit in order to avoid a penalty.

We are persuaded by Yum’s argument that even if the KPMG memoranda were prepared in part to assist Yum in avoiding underpayment penalties during an audit, the documents do not lose their work product privilege “merely because [they were] created in order to assist with a business decision,” unless the documents “would have been created in essentially similar form irrespective of the litigation.” [...] As other courts have noted, a document can be created for both use in the ordinary course of business and in anticipation of litigation without losing its work-product privilege. To the extent that the magistrate judge’s findings turned on

¹⁹⁴ *Roxworthy*, *supra* note 170 à la page 4 de la décision publiée par la Cour d’appel du 6^e Circuit.

a requirement that the primary or sole purpose of the KPMG memoranda be in preparation of litigation, we conclude that the magistrate judge relied upon an incorrect interpretation of the law¹⁹⁵.

[nos extraits et italiques]

L'administration fiscale pourrait émettre un nouvel avis de cotisation au contribuable où, sur la base des renseignements en mains, elle applique la doctrine de la réalité économique et la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer. Dans un tel cas, le contribuable devrait alors alléguer que selon l'opinion de ses conseillers, la planification réalisée était conforme à la doctrine de la réalité économique selon la prépondérance des probabilités. Il renoncerait alors implicitement à ses privilèges de confidentialité et devrait produire les opinions de ses conseillers¹⁹⁶. En conséquence, l'administration fiscale pourrait consulter les opinions au stade de l'opposition autant pour justifier l'application de la doctrine de la réalité économique que la pénalité.

L'affaire *G-I Holdings*¹⁹⁷ illustre le dilemme auquel fait face un contribuable lorsque l'administration fiscale applique la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer dans un avis de nouvelle cotisation. Dans cette affaire, l'administration fiscale avait émis un nouvel avis de cotisation au contribuable où elle annulait les avantages fiscaux obtenus par ce dernier en requalifiant les opérations à l'appui de ceux-ci. Elle avait également appliqué la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer. Dans son avis d'opposition, le contribuable alléguait que si les avantages fiscaux étaient refusés, il ne devait pas être l'objet d'une pénalité puisqu'il s'est appuyé sur l'opinion de ses conseillers quant à la conformité des opérations à la loi fiscale.

Le contribuable s'est adressé à une Cour de district afin que le litige portant sur la détermination de toute sous-estimation de l'impôt à payer soit traité avant celui concernant l'application de la

¹⁹⁵ Voir *Roxworthy*, *supra* note 170 à la page 7 de la décision publiée par la Cour d'appel du 6^e Circuit. Pour une analyse sur la portée de cette décision, voir Burgess J.W. Raby and William L. Raby, « Penalty Protection Tax Opinions and Work Product Privilege » (23 octobre 2006) 113 Tax Notes 321.

¹⁹⁶ Voir Lynch, « Privilege Versus Transparency », *supra* note 157 à la page 121. Pour une illustration des enjeux relatifs à l'usage par le contribuable d'une opinion fiscale pour tenter de se soustraire à une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer, voir l'affaire *Long Term Capital Holdings* (D. Conn.), *supra* note 4. Nous référons le lecteur au fascicule 6 de cette étude qui fait état des modalités d'application de cette pénalité.

¹⁹⁷ *In re: G-I Holdings Inc.*, D.C. N.J., 218 F.R.D. 428; 2003 U.S. Dist. LEXIS 13901 (D. N.J. 2003) [*G-I Holdings*].

pénalité. Cela présentait l'avantage de ne pas produire immédiatement toutes les opinions de ses conseillers auprès de l'administration fiscale. Celle-ci devrait alors débattre de la sous-estimation de l'impôt à payer du contribuable sans avoir accès à l'ensemble des documents sur lesquels ce dernier s'est appuyé pour obtenir des avantages fiscaux. Ces extraits de la décision de la Cour résument la position du contribuable sur la divulgation des opinions de ses conseillers lorsqu'il fait face à une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer :

Debtors seek to avoid the "prejudice" of premature waiver of the attorney-client privilege. They argue that in defending against the Government's penalty claims, they might assert a "reasonable cause" affirmative defense. [...] The affirmative defense provides that no penalty shall be imposed with respect to any portion of underpayment if the taxpayer acted in good faith and there was reasonable cause for such underpayment. 26 U.S.C. § 6664(c)(1) (2003). A taxpayer can demonstrate "reasonable cause" by showing that the taxpayer reasonably relied on professional advice. 26 C.F.R 1.6664-4(b) (2003).

Debtors ask the Court to bifurcate this litigation into substantive tax and penalty phases so that they can delay disclosure of confidential communications with their legal counsel until a penalty phase. Debtors argue that they could then limit their waiver of the attorney-client privilege to the penalty phase only and protect their privileged communications in a substantive tax phase¹⁹⁸.

[nos extraits]

La Cour a cependant conclu que le contribuable devait produire les renseignements auprès de l'administration fiscale. En s'appuyant sur la jurisprudence, la Cour a conclu que le contribuable a renoncé à ses privilèges de confidentialité pour l'ensemble du litige, et non uniquement aux fins de la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer. Selon elle, la production simultanée de l'ensemble des documents réduit les frais judiciaires et raccourcit les délais, ce qui assure une saine administration de la justice tant pour les parties concernées que pour la Cour. Ces extraits du jugement résument l'essentiel du raisonnement de la Cour :

When a party cites legal representation as an affirmative defense to a claim, however, the party puts that advice "at issue" and waives the attorney-client privilege. [...]

[...]

Debtors argue that they are currently in a position to decide whether to waive their attorney-client privilege. The Court finds, however, that Debtors have already waived the attorney-client privilege with respect to the 1990 Transaction and Subsequent Events. The "reasonable cause" affirmative defense, set forth in Debtors' Response to Government Interrogatory No. 3 of the Government's First Set of Interrogatories, amounts to a "reliance on counsel" defense.

Debtors aim to protect themselves from waiver in General Objection No. 1, where they object to all of the interrogatories to the extent that they seek information subject "to the attorney-client privilege, attorney work product doctrine, or any other applicable privilege." [...]

¹⁹⁸ *Ibid.* à la page 431.

Debtors, however, destroyed any previously asserted privilege by voluntarily placing the advice of their counsel at issue [...] Had Debtors sought to preserve the attorney-client privilege, they should have refrained from raising the advice of counsel altogether.

[...]

Debtors argue that the Court could bifurcate this litigation on efficiency grounds, as permitted by Rule 42(b). They claim that the penalties issue will not ripen unless the Government first prevails on the substantive tax claims and that the Court could truncate discovery by excluding potentially unnecessary discovery of penalty issues.

[...]

Debtors' efficiency arguments fails because of this Cour's finding that Debtors have already waived the attorney-client privilege with regard to the 1990 Transaction and Subsequent Events. Contrary to Debtors' arguments, the subject matter waiver applies to the entire 1990 Transaction and Subsequent Events and is not limited to the issue of penalties. Even though Debtors waived in response to a penalty-related Interrogatory, established authority supports waiver for the subject matter addressed.

Since there is now subject matter waiver allowing the Government to access relevant communications for tax and penalty phases of litigation, there is no need to bifurcate the trial to limit the waiver to the penalty phase. It is also in the best interest of the Court and the parties to maintain a single discovery phase so that discoverable information with regard to the 1990 Transaction and Subsequent Events need only be produced once. A single trial would lessen the delay, expense, and inconvenience to all parties¹⁹⁹.

[nos extraits]

¹⁹⁹ *Ibid.* aux pages 431 à 434.

5

Conclusion

Au Canada, les règles de divulgation en matière de planifications audacieuses s'appliquent en fonction des activités de sollicitation de promoteurs. Les États-Unis ont jugé nécessaire d'élargir le champ d'application de leurs règles de divulgation afin de recueillir des renseignements tant sur des opérations faisant l'objet d'activités de sollicitation que sur des opérations élaborées de façon ponctuelle par les contribuables et leurs conseillers.

L'approche préconisée par l'administration fiscale américaine accroît d'autant ses capacités de dépistage. Elle est alors en mesure d'arrimer les renseignements produits par les conseillers fiscaux et les contribuables avec les déclarations de revenus de ces derniers afin d'annuler les avantages fiscaux. À terme, cette approche permet à l'administration fiscale américaine de réduire son manque à gagner fiscal. Les montants d'impôt en jeu relativement aux opérations prescrites aux fins des règles de divulgation apparaissent considérables selon des données publiées par l'administration fiscale américaine. Aucune donnée ne nous permet de déterminer de façon précise et fiable le taux de succès de l'administration fiscale dans la perception de ces montants. Ce taux pourrait être mesuré en fonction des montants d'impôt et de pénalités perçus par rapport au nombre de déclarations de renseignements produites.

Selon la Chaire, l'approche américaine est susceptible de retenir l'attention de toutes les administrations fiscales. La Chaire est cependant d'avis qu'aucune administration fiscale ne devrait calquer aveuglément les règles de divulgation américaines. Ces règles sont moulées aux particularités du régime fiscal américain. Elles s'insèrent à l'intérieur des autres sphères d'intervention de l'administration fiscale américaine, et reposent en grande partie sur l'application par les tribunaux de la doctrine de la réalité économique pour annuler les avantages fiscaux découlant de planifications abusives et sur les risques pour les contribuables d'avoir à verser une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer. Elle repose également en grande partie sur les ressources de l'administration fiscale américaine pour traiter les renseignements produits et vérifier chacun des contribuables ayant possiblement réalisé des planifications abusives. De l'avis de la Chaire, ni le Canada, ni les autres partenaires

commerciaux du Canada ne disposent d'outils en tous points identiques aux outils de l'administration fiscale américaine.

Parmi les particularités du régime fiscal américain se trouve l'application par les tribunaux de la doctrine de la réalité économique et les modalités de la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer prévue par le code fiscal américain.

En dépit des règles de divulgation, les contribuables et les conseillers les plus audacieux pourraient tirer profit des zones grises dans la loi et la jurisprudence et prendre le risque de réaliser une opération prescrite²⁰⁰. L'efficacité des règles de divulgation est alors tributaire de l'application de la doctrine de la réalité économique - à l'instar de la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer. Ce passage d'une étude de l'administration fiscale portant sur les planifications audacieuses illustre la relation entre ces trois outils :

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 deterrent.²⁰¹

[nos extraits]

Au cœur des règles de divulgation se trouvent les opérations déclarées audacieuses par l'administration fiscale américaine. Depuis l'année 2000, elle a déclaré audacieuse plus d'une trentaine d'opérations en s'appuyant essentiellement sur la doctrine de la réalité économique. En s'appuyant sur cette doctrine, les règles de divulgation sont articulées d'une manière qui est davantage axée sur l'impact d'une planification sur les attributs fiscaux du contribuable (tels que le prix de base rajusté d'un bien) que sur la forme de l'opération réalisée par ce dernier. La multiplicité des interventions ponctuelles par l'administration fiscale et les incertitudes entourant le degré de similarité d'une opération à une opération déclarée audacieuse contribue à alourdir les devoirs d'observation des contribuables et des conseillers dans leur ensemble.

²⁰⁰ À titre d'illustration, voir les divergences d'opinions exprimées par des conseillers impliqués dans des planifications audacieuses examinées par le *Permanent Subcommittee on Investigations of the Committee on Homeland Security and Governmental Affairs* (U.S. Senate) dans *Committee on Homeland Security, Role of Professional Firms*, *supra* note 3.

²⁰¹ Treasury, *Corporate Tax Shelters* (1999), *supra* note 2 à la page 86.

En raison de l'incertitude entourant les modalités d'application de cette doctrine, les contribuables pourraient produire un large volume de renseignements où les données pertinentes seraient enfouies sans que l'administration fiscale puisse les identifier de manière raisonnable. Dans ce cas, la Chaire est d'avis que l'administration fiscale éprouvera des difficultés à dépister les déclarations de revenus des contribuables présentant un risque d'évitement abusif à l'intérieur d'un délai raisonnable.

À l'opposé, des contribuables pourraient refuser de produire certains renseignements au motif que leurs opérations ne sont pas similaires à celles décrites dans les déclarations de l'administration fiscale, en raison de l'incertitude entourant les modalités d'application de la doctrine de la réalité économique. Dans ce cas, la Chaire est d'avis que l'administration fiscale se trouve pratiquement dans l'impossibilité de dépister les déclarations de revenus des contribuables présentant un risque d'évitement abusif à l'intérieur d'un délai raisonnable.

Par ailleurs, des contribuables pourraient refuser de produire certains renseignements en raison de leurs privilèges de confidentialité.

Les règles de divulgation exigent que les contribuables produisent des renseignements concernant les opérations prescrites qu'ils ont réalisées, tout en reconnaissant la possibilité que des privilèges de confidentialité des contribuables puissent s'appliquer à l'égard de certains documents comme les opinions de leurs conseillers. Selon nous, des incertitudes subsistent sur la conciliation des règles de divulgation et des privilèges de confidentialité.

De façon plus particulière, la Chaire croit que des litiges surviendront inévitablement sur l'obligation des contribuables et leurs conseillers de divulguer les opinions fiscales renfermant des renseignements sur les objets poursuivis par les contribuables. Dans la mesure où l'objet essentiel poursuivi par le contribuable dans une opération se situe au cœur de l'application de la doctrine de la réalité économique et de la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer, l'administration fiscale pourrait stratégiquement appliquer une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer aux contribuables afin que ceux-ci produisent les opinions fiscales de leurs conseillers dans le but de se soustraire à la pénalité. Face aux risques de verser une pénalité

pour sous-estimation de l'impôt à payer, le contribuable pourrait se sentir contraint à produire des renseignements qui pourraient autrement être protégés par les privilèges de confidentialité.

Paradoxalement, le fait que l'administration fiscale ait déclaré une opération aux fins des règles de divulgation pourrait amener les tribunaux à conclure que le privilège de confidentialité en matière de litige (*Work Product Doctrine*) s'applique aux documents élaborés par le contribuable et ses conseillers afin de réaliser une opération pouvant être similaire à celle déclarée audacieuse. Dans ses déclarations, l'administration fiscale déclare publiquement son intention d'annuler les avantages fiscaux en appliquant la doctrine et d'imposer la pénalité à l'égard d'opérations identiques ou similaires à celle-ci. Or, ce privilège de confidentialité pourrait s'appliquer à l'égard de documents où le contribuable et les conseillers ont évalué les probabilités que les tribunaux appuient l'application par l'administration fiscale de la doctrine de la réalité économique et de la pénalité pour sous-estimation à l'opération réalisée par un contribuable.

Le principe de confidentialité en matière de litige risque d'empêcher l'administration fiscale de compléter la vérification des déclarations de revenus des contribuables les plus audacieux, particulièrement concernant les opérations déclarées audacieuses. Dans la mesure où les tribunaux interprètent restrictivement les règles de divulgation, les contribuables les plus audacieux bénéficient paradoxalement d'un privilège de confidentialité étendu alors qu'ils obtiennent des avantages fiscaux d'une manière potentiellement abusive.

La Chaire est d'avis que la production de renseignements permettant d'identifier la présence d'opérations audacieuses à même les déclarations de revenus représente une façon simple de concilier les intérêts de l'administration fiscale et ceux des contribuables. Soulignons que l'administration fiscale américaine a ultimement retenu cette approche à l'égard des opérations dont les traitements comptable et fiscal présentent des disparités significatives.

Dans le cadre d'un régime d'autocotisation, la Chaire estime que les contribuables ont la responsabilité d'estimer leur impôt à payer selon l'application de la loi fiscale et de la jurisprudence aux faits sous-jacents à leur situation, incluant la jurisprudence se rapportant à la doctrine de la réalité économique. Les contribuables et leurs conseillers doivent fournir des renseignements détaillés concernant les faits et les modalités d'une planification et la nature

des avantages fiscaux réclamés dans une déclaration de revenus, ainsi que les explications nécessaires sur leur interprétation de la loi fiscale et de la jurisprudence à l'appui de ceux-ci.

Dans un contexte actuel où l'administration fiscale américaine et les contribuables sont en apparence campés dans des positions conflictuelles en matière de planifications audacieuses, les privilèges de confidentialité en vue d'un litige se trouvent au cœur des débats entre ces parties concernant les documents devant être produits auprès de l'administration fiscale. De l'avis des tribunaux américains, le stade de la vérification s'assimile à une antichambre du stade du litige : des documents préparés en prévision d'un « litige administratif » survenant au stade de la vérification d'une déclaration de revenus pourraient être protégés par ce privilège.

Or, dans un régime d'autocotisation, les contribuables obtiennent immédiatement les avantages fiscaux réclamés dans leurs déclarations de revenus. En contrepartie, ils devraient alors être en mesure de justifier ces avantages si jamais l'administration fiscale décèle un risque d'évitement dans le cours d'une vérification administrative. Les contribuables devraient alors produire les documents finaux sur lesquels ils se sont appuyés pour réclamer les avantages fiscaux - incluant la pondération des risques relatifs à l'annulation des avantages fiscaux et à l'application possible d'une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer. La production simultanée de l'ensemble des documents pour déterminer si la doctrine de la réalité économique et la pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer s'appliquent permettrait d'assurer une saine administration de la justice pour toutes les parties concernées.

Toujours dans le cadre d'un régime d'autocotisation, le litige risque de ne survenir que si l'administration fiscale émet un nouvel avis de cotisation annulant les avantages fiscaux en vertu des règles fiscales ou de la doctrine de la réalité économique : les documents préparés par les contribuables et leurs conseillers à compter de cet instant pourraient être protégés par les privilèges de confidentialité.

Afin de concilier les principes d'équité et de simplicité dans la gestion du régime fiscal, la Chaire prône une plus grande transparence dans les déclarations de revenus pour que l'administration fiscale puisse identifier adéquatement les renseignements pertinents afin d'analyser les impacts d'une opération sur les attributs fiscaux des contribuables l'ayant réalisée. Selon la Chaire, la production de renseignements précis et détaillés concernant les attributs fiscaux des

contribuables pourrait accroître l'efficacité de règles de divulgation en atténuant les divergences d'opinions sur la nature des renseignements à divulguer. Les renseignements devraient porter sur des attributs tels que le prix de base rajusté d'un bien, le capital versé des actions, la période de détention des actifs, l'identité des acquéreurs et des investisseurs ainsi que les modes de financement utilisés dans le cours des activités des contribuables.

Une telle approche permet à notre avis d'optimiser le travail des vérificateurs en leur permettant de concentrer leurs efforts sur les déclarations de revenus ne présentant que les risques d'évitement abusifs les plus élevés. Cela peut être particulièrement bénéfique pour une administration fiscale ne possédant pas les ressources financières pour accroître ses effectifs. L'administration fiscale devrait néanmoins tenter de minimiser le fardeau d'observation pour tous les contribuables réalisant des opérations commerciales courantes.

Au-delà de la nature des renseignements et la manière dont les contribuables et leurs conseillers doivent les produire auprès de l'administration fiscale, l'efficacité des règles de divulgation dépend, d'une part, de leur observation par les contribuables et leurs conseillers et d'autre part, des ressources de l'administration fiscale d'agir en temps opportun sur la base des renseignements produits.

La possibilité pour les contribuables d'être assujettis à la pénalité spécifique pour sous-estimation de l'impôt à payer peut les inciter à se conformer aux règles de divulgation. En comparaison à la pénalité générale, la pénalité spécifique accroît alors les possibilités pour l'administration fiscale de recueillir des renseignements auprès des contribuables et leurs conseillers en matière de planifications audacieuses. L'application d'une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer sans possibilité pour les contribuables de s'y soustraire lorsqu'ils ne remplissent pas leurs devoirs de divulgation nous apparaît par ailleurs plus équitable que la pénalité stricte proposée par les projets de codification de la doctrine de la réalité économique, qui est applicable dès lors que l'administration fiscale et les tribunaux appliquent cette doctrine.

Les pénalités prévues pour les conseillers en cas d'inobservation des règles de divulgation devraient les inciter à conserver un registre relativement aux opérations prescrites. L'application de ces pénalités par l'administration fiscale permettrait d'accroître l'observation des règles de divulgation par les contribuables et leurs conseillers. L'administration fiscale pourrait recueillir

davantage de renseignements pertinents. Des incertitudes demeurent sur l'application de la pénalité à la lumière de la loi et des règlements en vigueur, du moins jusqu'à ce que l'administration fiscale communique des renseignements sur leur application²⁰².

Comme l'illustre l'expérience américaine, l'efficacité des règles de divulgation dépend ultimement de la possibilité pour une administration fiscale d'identifier promptement et plus facilement les facteurs d'évitement dans les déclarations de revenu et de renseignements.

- Pour l'administration fiscale américaine, les opérations déclarées audacieuses présentent les risques d'évitement abusif les plus élevés. Pour avoir déclaré audacieuse plus d'une trentaine d'opérations, l'administration fiscale américaine devait au préalable disposer des outils appropriés et des ressources nécessaires pour identifier ces opérations avant de les déclarer audacieuses.
- L'administration fiscale américaine tente d'obtenir des ressources supplémentaires pour vérifier les déclarations de chacun des contribuables ayant divulgué leur participation dans une opération prescrite. Une période prolongée de nouvelle cotisation doit donner un délai raisonnable à l'administration fiscale de compléter la vérification des affaires d'un contribuable. Cependant, l'administration fiscale américaine était d'avis que la période prolongée de nouvelle cotisation actuellement prévue en vertu du code fiscal américain pouvait être trop courte en raison du manque de vérificateurs pour traiter d'opérations complexes.

Afin de protéger adéquatement l'intégrité du régime fiscal, toute administration fiscale doit disposer d'un nombre approprié de vérificateurs dans le but de cibler les planifications abusives. Ceci est particulièrement important lorsque, à l'instar de l'administration fiscale américaine, une administration fiscale utilise les règles de divulgation pour d'abord identifier les contribuables ayant réalisé des planifications abusives afin d'annuler les avantages fiscaux en découlant en fonction d'une règle générale ou d'une doctrine judiciaire, plutôt que d'adopter des règles spécifiques pour contrer chacune de ces planifications.

À titre indicatif, l'administration fiscale américaine s'est entendue à l'amiable avec des contribuables audacieux après avoir proposé des offres de règlements à ceux identifiés grâce aux règles de divulgation. Elle a ainsi pu percevoir approximativement 4,7 milliards de dollars

²⁰² L'administration fiscale américaine avait publié des règlements d'application intérimaires, avec l'intention de publier des règlements finaux vers la fin de l'année 2006 : É.-U., Treasury Inspector General for Tax Administration, *The Internal Revenue Service Provided Interim Guidance and Plans to Take Additional Actions to Implement New Tax Shelter Penalty Provisions*, (2006-30-058), mars 2006.

durant l'année 2005, soit une partie des montants d'impôt autrement évités²⁰³. Cela pourrait s'expliquer par le fait que l'administration fiscale entend appliquer la doctrine de la réalité économique pour annuler les avantages fiscaux découlant des opérations prescrites, notamment des opérations déclarées audacieuses, ainsi qu'une pénalité pour sous-estimation de l'impôt à payer selon les circonstances. Dans le contexte américain, les offres de règlements représentent un outil complémentaire aux autres outils de l'administration fiscale répartis dans ses autres sphères d'intervention. Les offres de règlements font l'objet du fascicule 9 de la présente étude de la Chaire sur les planifications audacieuses.

²⁰³ Les offres de règlement font l'objet du fascicule 9 de cette étude.

Bibliographie

Législation et réglementation

Lois des États-Unis

American Jobs Creation Act of 2004, Pub. L. No. 108-357 (22 octobre 2004).

Small Business and Work Opportunity Tax Act of 2007, Pub. L. 110-28 (25 mai 2007).

Internal Revenue Code, 26 U.S.C.

Règlements des États-Unis, incluant les projets de règlements et autres documents de nature réglementaire

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

Federal Rules of Civil Procedure (U.S. Government Printing Office: Washington, D.C., 1^{er} décembre 2007).

É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service). Notice 2008-99, « Transaction of Interest – Potential for Avoidance of Tax Through Sale of Charitable Remainder Trust Interest » (31 octobre 2008), à paraître dans 2008-47 I.R.B. (24 novembre 2008).

É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service). Rev. Proc. 2008-20, 2008-20 I.R.B. 980 (19 mai 2008).

É.-U., Department of Treasury (Internal Revenue Service). « Patented Transactions : Hearing », REG-1299916-07, RIN 1545-BG76 (10 janvier 2008), 73:7 FR 1851.

É.-U., Department of Treasury (Internal Revenue Service). « Patented Transactions », REG-129916-07, RIN 1545-BG76 (26 septembre 2007), 72:186 FR 54615.

É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service). Notice 2007-72, « Transaction of Interest – Contribution of Successor Member Interest » (14 août 2007), 2007-36 I.R.B. 544 (4 septembre 2007).

É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service), Notice 2007-73, « Transaction of Interest – Toggling Grantor Trust » (14 août 2007), 2007-36 I.R.B. 545 (4 septembre 2007).

É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service), Final Regulations RIN 1545-BE24, TD 9350, *ACJA Modifications to the Section 6011 Regulations* (3 août 2007), 72:149 F.R. 43146.

É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service). Final Regulations RIN-1545-BE26, TD 9351, *AJCA Modifications to the Section 6111 Regulations* (3 août 2007).

É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service). *ACJA Modifications to the Section 6011 Regulations*, RIN 1545-BE24, TD 9350 (3 août 2007), 72:149 FR 43146.

É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service). Rev. Proc. 2007-21, 2007-9 I.R.B. 613 (26 février 2007).

É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service). Rev. Proc. 2007-20, 2007-7 I.R.B. 517 (12 février 2007).

É.-U., Department of Treasury (Internal Revenue Service). Final and Temporary Regulations, RIN 1545-BF98, TD 9295, *ACJA Modifications to the Section 6011, 6111 and 6112 Regulations* (2 novembre 2006).

É.-U., Department of Treasury (Internal Revenue Service). Notice of Proposed Rulemaking REG-103038-05, RIN 1545-BE24, *AJCA Modifications to the Section 6011 Regulations* (2 novembre 2006).

É.-U., Department of Treasury (Internal Revenue Service). Proposed Regulations REG-103039-05, RIN 1545-BE26, « *ACJA Modifications to the Section 6111 Regulations* » (2 novembre 2006).

É.-U., Department of Treasury (Internal Revenue Service). Proposed Regulations REG-103043-05, RIN 1545-BE28, « *ACJA Modifications to the Section 6112 Regulations* » (2 novembre 2006).

É.-U., Department of Treasury (Internal Revenue Service). IR-2006-167, « *Treasury, IRS Issue Regulations on Requirement for Disclosing Reportable Transactions and Maintaining Lists* » (1^{er} novembre 2006).

É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service). Notice 2006-16 « *Tax Avoidance Using Notional Principal Contracts* » (13 février 2006).

É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service). Notice 2006-6, « *Notification of Removal of the Transaction with a Significant Book-Tax Difference Category of Reportable Transactions under 1.6011-4* » (6 janvier 2006).

É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service). Notice 2005-11, « *New Penalty Section 6707A and Rescission Penalty* », 2005-7 I.R.B. 493 (14 février 2005).

É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service). Notice 2004-80, « *Temporary Rules Under Sections 6111 and 6112* » (16 novembre 2004).

É.-U., Department of Treasury (Internal Revenue Service). IR 2004-138, « *Treasury and IRS Issue Guidance on New Requirements for Disclosing Reportable Transactions* » (16 novembre 2004).

É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service). Notice 2003-54, « *Common Trust Fund Straddle Tax Shelter* » (16 juillet 2003), 2003-33 I.R.B. 363 (18 août 2003).

É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service). Final Regulations T.D. 9046, « *Tax Shelter Regulations* », 2003-12 I.R.B. 614 (24 mars 2003).

É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service). Final Regulations TD9046, RIN 1545-AX81, 1545-BB49; 1545-BB50; 1545-BB48; 1545-BB51; 1545-BB52, 1545-AW26; 1545-AX79, *Tax Shelter Regulations*, (4 mars 2003, tel que modifié le 2 avril 2003).

É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service). Notice 2002-65, « Passthrough Entity Straddle Shelter » (25 septembre 2002), 2002-41 I.R.B. 690 (15 octobre 2002).

É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service). Notice 2002-50, « Partnership Straddle Tax Shelters » (25 juin 2002), 2002-28 I.R.B. 98 (15 juillet 2002).

É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service). Notice 2000-15, « Listed Transactions », 2000-12 I.R.B. 826 (20 mars 2000).

É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service). Announcement 2000-12 « Disclosure Requirements for Corporate Tax Shelters », 2000-12 I.R.B. 835 (20 mars 2000).

É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service). Temporary Regulations T.D. 8877, « Tax Shelter Disclosure Requirements », 2000-11 I.R.B. 747 (13 mars 2000).

É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service). Temporary Regulations T.D. 8876, « Corporate Tax Shelter Registration », 2000-11 I.R.B. 753 (13 mars 2000).

É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service). Notice of Proposed Rulemaking and Notice of Public Hearing REG-110311-98, « Corporate Tax Shelter Registration », 2000-11 I.R.B. 767 (13 mars 2000).

Formulaire et guides

É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service). *Form 13976: Itemized Statement Component of Advisee List* (avril 2008).

É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service). Formulaire 8918, *Material Advisor Disclosure Statement* (Rev. octobre 2007).

É.-U. Department of the Treasury (Internal Revenue Service). Instructions 8918, *Instructions for Form 8918* (Rev. octobre 2007).

É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service). *Form 8886 Reportable Transaction Disclosure Statement* (Rev. décembre 2005).

É.-U., Department of the Treasury (Internal Revenue Service). *Instructions for Form 8886* (Rev. décembre 2005).

Jurisprudence

BDO Seidman, LLP v. United States (23 juillet 2003), 337 F.3d 802 (7^e Cir. 2003).

Black & Decker Corp. v. Commissioner, 436 F.3d 431, 441 (4^e Cir. 2006); no. 05-1015, CA-02-2070-WDQ (2 février 2006).

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).

Doe. v. KPMG, L.L.C., 325 F. Supp. 2d 746, 2004 U.S. Dist. LEXIS 6191 (N.D. Tex. 2004).

Evergreen Trading, LLC v. United States, No. 06-123 (U.S. Ct. Clms, 21 décembre 2007).

Howa Trading LLC et al. v. United States of America (2 juin 2008), Charlotte 3:07CV324-R (W.D. N.C.).

In re: G-I Holdings Inc., D.C. N.J., 218 F.R.D. 428; 2003 U.S. Dist. LEXIS 13901 (D. N.J. 2003).

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).

United States v. Adlman, 134 F.3d 1194; 1998 U.S. App. LEXIS 2633 (2^e Cir. 1998).

United States v. Arthur Andersen, LLP, 2003 U.S. Dist. LEXIS NEXIS 14228 (N.D Illinois 2003).

United States v. BDO Seidman, LLP, 2004 U.S. Dist. LEXIS 12145 (N.D. Ill. 28 juin 2004).

United States v. BDO Seidman, LLP, 2005 U.S. Dist. LEXIS 5555 (N.D. Ill. 30 mars 2005).

United States v. BDO Seidman LLP, 2005 U.S. Dist. 12363 (N.D. Ill. 17 mai 2005).

United States v. Frederick, 182 F.3d 496; U.S. App. LEXIS 7420 (7^e Cir. 1999).

United States v. KPMG LLP, 316 F. Supp. 2d 30; 2004 U.S. Dist. LEXIS 8106 (D. D.C.).

United States of America v. Roxworthy, 457 F. 3d 590 (6^e Cir. 2006).

United States v. Textron, CA 06-198T, 28 août 2007 (D. R. I.).

Doctrine

Publications gouvernementales

États-Unis

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

É.-U., General Accountability Office. Report to the Committee on Finance (U.S. Senate). *Tax Administration: Additional Time Needed to Complete Offshore Tax Evasion* (GAO-07-237), Washington D.C., United States Government Printing Office, mars 2007.

É.-U., Government Accountability Office. Report to the Secretary of Treasury, *Financial Audit: IRS's Fiscal Years 2005 and 2004 Financial Statements* (GAO-06-137), novembre 2005.

É.-U., Government Accountability Office. *Tax Shelters: Services Provided by External Auditors Report to the Ranking Minority Member, Permanent Subcommittee on Investigations*,

Committee on Homeland Security and Governmental Affairs (U.S. Senate) (GAO-05-171), février 2005.

É.-U., Government Accountability Office. Report to the Secretary of the Treasury, *Financial Audit IRS's Fiscal Years 2006 and 2005 Financial Statements* », (GAO-07-136), novembre 2006.

É.-U., Joint Committee on Taxation. *General Explanation of Tax Legislation Enacted in the 108th Congress (JCS-5-05)* Washington, D.C., United States Government Printing Office, mai 2005.

É.-U., Joint Committee on Taxation. *Estimated Budget Effects of the Conference Agreement for H.R. 4250, the American Jobs Creation Act of 2004 (JCX-69-04)*, 7 octobre 2004.

É.-U., Joint Committee on Taxation. *Background and Present Law Relating to Tax Shelters (JCX-19-02)*, Washington, D.C., United States Government Printing Office, 19 mars 2002.

É.-U., Internal Revenue Service. IR-2007-103, « Sidley & Austin LLP Pays IRS \$39.4 Million Penalty » (23 mai 2007).

É.-U., Internal Revenue Service. IR-2007-71, « Jenkins & Gilchrist Admits It Is Subject to \$76 million IRS Penalty » (29 mars 2007).

É.-U., Internal Revenue Service (National Taxpayer Advocate Division). *2006 Annual Report to Congress.*

É.-U., Internal Revenue Service (National Taxpayer Advocate Division). *2005 Annual Report to Congress.*

É.-U., Internal Revenue Service. Announcement 2002-63, « Request for Tax Accrual and other Financial Audit Workpapers » 2002-27 I.R.B. 72 (8 juillet 2002).

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

É.-U., Treasury Inspector General for Tax Administration. *The Settlement Initiative for Investors in a Variety of Bond and Option Sales Strategies Was Successful and Surfaced Possible Next Steps for Curtailing Abusive Tax Shelters* » (2006-30-065), mars 2006.

É.-U., Treasury Inspector General for Tax Administration. *The Internal Revenue Service Provided Interim Guidance and Plans to Take Additional Actions to Implement New Tax Shelter Penalty Provisions*, (2006-30-058), mars 2006.

É.-U., U.S. House of Representatives. H.R. Rep. N° 148, 105th Cong., 1st Sess. 469 (1997).

É.-U., U.S. Senate. S. Rep. N° 33, 105th Cong., 1st Sess. 148 (1997).

Périodiques, congrès, colloques et revues

Beale, Linda M. « Tax Advice Before the Return: The Case For Raising Standards and Denying Evidentiary Privileges » (2006) 25:3 Virginia Tax Review 583.

Ford, Brian R. « Helter Shelter: Protecting Taxpayers' Identities in Tax-Shelter Cases » (2005) 18:3 Geo. J. Legal Ethics 723.

Lynch, James M. « War of the [Tax] Worlds: Privilege Versus Transparency » (2004) 82:3 Taxes 89.

Raby, Burgess J.W. et Raby, Willam L. « Penalty Protection Tax Opinions and Work Product Privilege » (23 octobre 2006) 113 Tax Notes 321.

Sheppard, Lee A. « News Analysis: Textron Case Expands Work Product Privilege » (10 septembre 2007), 116 Tax Notes 917, 2007 TNT 176-6.

Simmens, Todd. « IRS Treats Protective Disclosure Inconsistently » (2006) 37:7 Tax Adviser 426.

Stratton, Sheryl. « With Six-Year Statute, IRS Pulls Out All Assessment Stops for Shelters » (1^{er} mai 2006) 111 Tax Notes 536.

Walsh, Joe. « Circular 230 Sets Stringent Requirements for Written Advice » (2005) 75:4 Practical Tax Strategies 196.

Autres

American Bar Association (Section of Taxation). Lettre au *Commissioner of Internal Revenue Service*. *Comments Concerning Notice 2004-80 (Interim Guidance Under IRC 6111, 6112 and 6708)*, 7 février 2005. En ligne : site ABA
<<http://www.abanet.org/tax/pubpolicy/2005/050207tstf.pdf>>.

Brostek, Michael (Director, Internal revenue Service). Témoignage, *Challenges Remain in Combatting Abusive Tax Shelters, before the Committee on Finance, U.S. Senate* (GAO-04-104T) 21 octobre 2003.

Everson, Mark (*Commissioner of Internal Revenue Service*). Témoignage, *Prepared Testimony of Commissioner of Internal Revenue Mark W. Everson Before the Permanent Subcommittee on Investigations Committee on Governmental Affairs United States Senate Hearing on Abusive Tax Shelters* (20 novembre 2003).

George, Hon. J. Russell (Treasury Inspector General for Tax Administration). « A Closer Look at the Size and Sources of the Tax Gas », Hearing before the U.S. Senate Committee on Finance Subcommittee on Taxation and IRS Oversight, Washington, D.C., 26 juillet 2006. En ligne : site TIGTA <http://www.treas.gov/tigta/congress/congress_07262006.pdf>.

New York State Bar Association (Tax Section). Lettre au *Commissioner of Internal Revenue Service*. *Re : Report on Reportable Transaction Disclosure and List Maintenance Regulations*, 22 janvier 2007.

New York State Bar Association (Tax Section). *Application of the IRC §§6111 and 6112 Material Advisor Rules to Law and Accounting Firms*, Report No. 1109 (5 mai 2006). En ligne : site NYSBA
<<http://www.nysba.org/Content/ContentFolders20/TaxLawSection/TaxReports/1109rpt.PDF>>.

New York State Bar Association (Tax Section). *Report on Disclosure by Material Advisors*, Report No. 1080 (23 février 2005). En ligne : site NYSBA <<http://www.nysba.org/Content/ContentFolders20/TaxLawSection/TaxReports/1080rpt.pdf>>.

Tax Executives Institute, Inc. Lettre au *Committee on Finance* (U.S. Senate), *S. 2020 - Tax Relief Act of 2005* (10 janvier 2006). En ligne : site TEI <<http://www.tei.org/dman/Document.phx?documentId=zy01806153814028>>.

Thomson, Samuel Jr. (Director, Law Center, University of California). Témoignage, *Testimony Before the Subcommittee on Select Revenue Measures of the House Committee on Ways and Means* déposé devant le *Subcommittee on Select Revenue Measures of the House Committee on Ways and Means* (9 mai 2006), en ligne : site House Committee on Ways and Means <<http://waysandmeans.house.gov/hearings.asp?formmode=view&id=4940>>.

Walker, David M. (Comptroller General of the United States). Témoignage déposé auprès du *Finance Committee* (U.S. Senate). *Tax Compliance: Challenges to Corporate Tax Enforcement and Options to Improve Securities Basis Reporting* (GAO-06-851T) Washington, D.C., United States Government Printing Office, 13 juin 2006.

Sites Internet

American Bar Association : site ABA <<http://www.abanet.org/>>.

Internal Revenue Service : site IRS <<http://www.irs.gov/>>.

Joint Committee on Taxation : <<http://www.jct.gov/>>.

New York State Bar Association (Tax Division) : site NYSBA <<http://www.nysba.org/>>.

United States House of Representatives : <<http://www.house.gov/>>.

United States Senate : <<http://www.senate.gov/>>.

United States Tax Court : <<http://www.ustaxcourt.gov/>>.

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/>>.

U.S. Treasury Inspector of General Tax Administration : site TIGTA <<http://www.ustreas.gov/tigta/>>.

Tax Executive Institute : site TEI <<http://www.tei.org/>>.