

A-424-99
2001 FCA 260

A-424-99
2001 CAF 260

OSFC Holdings Ltd. (Appellant)

v.

Her Majesty the Queen (Respondent)

INDEXED AS: OSFC HOLDINGS LTD. v. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Stone, Létourneau and Rothstein JJ.A.
—Ottawa, May 9, 10 and September 11, 2001.

Income Tax — Income Calculation — Deductions — General anti-avoidance rule under Income Tax Act, s. 245 — MNR disallowing non-capital loss deduction in computing taxpayer's 1993 income, deduction of related non-capital loss carry forward in 1994 taxation year — Taxpayer purchasing 99% interest in partnership created by Standard Trust Company (STC) — STC arranging series of 3 transactions creating tax benefit — Fourth transaction acquisition by taxpayer of interest in partnership with heavy losses — Whether taxpayer's transaction avoidance transaction under Act, s. 245(3) — Taxpayer not denying tax benefit — Avoidance transaction subject to two tests: results test, purpose test — Each transaction in series of transactions must be pre-ordained to produce final result — For purpose of Act, s. 245(3)(b), series including three STC transactions, taxpayer's acquisition of partnership interest — Series resulting in tax benefit to taxpayer — Primary purpose of taxpayer's acquisition of interest in partnership to obtain tax benefit — Each of four transactions avoidance transaction — Tax benefit denied if transaction resulting in use, misuse of specific tax provision under Act, s. 245(4) — Avoidance transactions not resulting in misuse of Act, s. 18(13) — General policy of Income Tax Act against trading of non-capital losses by corporations — Exception in Act, allowing for use of losses from loss business by another business, not applicable as between STC, taxpayer — Avoidance transactions resulting in abuse of provisions of Act.

This was an appeal from a Tax Court of Canada decision that the taxpayer's transaction was part of a series of transactions whose primary purpose was to obtain a tax benefit

OSFC Holdings Ltd. (appelante)

c.

Sa Majesté la Reine (intimée)

RÉPERTORIÉ: OSFC HOLDINGS LTD. c. CANADA (C.A.)

Cour d'appel, juges Stone, Létourneau et Rothstein, J.C.A.—Ottawa, 9 et 10 mai et 11 septembre 2001.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Disposition générale anti-évitement prévue à l'art. 245 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Le MRN a refusé à la contribuable la déduction d'une perte autre qu'une perte en capital dans le calcul de son revenu pour 1993 et la déduction d'une perte commexe autre qu'une perte en capital d'un report prospectif pour l'année d'imposition 1994 — La contribuable a acheté une participation de 99 p. 100 dans une société de personnes créée par la Compagnie Standard Trust (STC) — La STC a effectué une série de trois opérations donnant lieu à un avantage fiscal — La quatrième opération était l'acquisition par la contribuable d'une participation dans une société de personnes qui comportait d'importantes pertes — Il s'agissait de savoir si l'opération de la contribuable constituait une opération d'évitement en vertu de l'art. 245(3) de la Loi — La contribuable n'a pas nié l'avantage fiscal — Pour qu'il y ait opération d'évitement, deux critères doivent être remplis: le critère des résultats et le critère de l'objet — Chaque opération dans une série d'opérations doit être déterminée d'avance pour produire un résultat final — Aux fins de l'application de l'art. 245(3)(b) de la Loi, la série englobait les trois opérations de la STC et l'acquisition d'une participation par la contribuable — La série a donné lieu à un avantage fiscal au profit de la contribuable — L'objet principal de l'acquisition de la participation dans la société de personnes par la contribuable était d'obtenir un avantage fiscal — Chacune des quatre opérations était une opération d'évitement — L'avantage fiscal est refusé si l'opération entraîne un abus dans l'application d'une disposition précise comme le prévoit l'art. 245(4) de la Loi — Les opérations d'évitement n'ont entraîné aucun abus (misuse) dans l'application de l'art. 18(13) de la Loi — La politique générale qui sous-tend la Loi de l'impôt sur le revenu interdit l'échange de pertes autres que des pertes en capital par les sociétés — L'exception prévue par la Loi, permettant à une entreprise de se prévaloir des pertes d'une entreprise déficitaire, ne s'applique pas entre la STC et la contribuable — Les opérations d'évitement ont entraîné un abus (abuse) dans l'application des dispositions de la Loi.

Il s'agit d'un appel de la décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a conclu que l'opération de la contribuable était une opération qui faisait partie d'une série

and, therefore, were avoidance transactions within the meaning of paragraph 245(3)(b) of the *Income Tax Act*, the general anti-avoidance rule (GAAR). Standard Trust Company, which was in the business of lending money on the security of mortgages of real property, became insolvent as a result of the downturn in the real estate market in the late 1980s and early 1990s. Ernst & Young, appointed as liquidator of the company, sought to maximize the recovery from the disposition of Standard's assets. Its objective would best be accomplished if Standard's loss could be preserved and then utilized by a third party to reduce its income tax. Standard arranged a series of three transactions: the creation and incorporation of 1004568 Ontario Inc. as its wholly-owned subsidiary, the formation of the STIL II Partnership and the sale of its 99% interest in that partnership, which created a tax benefit. Taxpayer entered into a fourth transaction whereby it bought the interest in the STIL II partnership which contained heavy losses. The Minister of National Revenue disallowed a non-capital loss deduction of \$12,572,274 in the computation of taxpayer's income in its 1993 taxation year and the deduction of a related non-capital loss carry forward in its 1994 taxation year. The Tax Court found the general anti-avoidance rule to be applicable and dismissed taxpayer's appeal. Three main issues were raised herein: (1) whether there was a series of transactions and if so, which transactions were part of the series; (2) whether a tax benefit resulted from the series and what was the primary purpose of the transactions in the series; (3) whether any of the avoidance transactions would result in a misuse or abuse of a specific provision of the *Income Tax Act*.

Held (Létourneau J.A. concurring in the result only): the appeal should be dismissed.

Per Rothstein J.A. (Stone J.A. concurring): Subsection 245(2) of the Act only applies only where a tax benefit would result from a transaction that is an avoidance transaction or from a series of transactions that includes an avoidance transaction. Under subsection 245(3), to find that a transaction is an avoidance transaction, two tests must be satisfied. The first is a results test which requires a determination of whether a transaction or series of transactions would, but for the GAAR, result in a tax benefit. The second is a purpose test whereby it is necessary to consider the primary purpose of a transaction or series of transactions only if it would result in a tax benefit.

(1) Determining whether a series exists under paragraph 245(3)(b) of the Act involves a consideration of how closely

d'opérations dont l'objet principal était d'obtenir un avantage fiscal et qui constituaient par conséquent des opérations d'évitement au sens de l'alinéa 245(3)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la disposition générale anti-évitement (RGAÉ). La Compagnie Standard Trust, qui exploitait une entreprise consistant à accorder des prêts garantis par des hypothèques sur des immeubles, est devenue insolvable par suite du déclin du marché de l'immobilier à la fin des années 1980 et au début des années 1990. Ernst & Young, nommé liquidateur de la compagnie, a cherché à obtenir la meilleure réalisation possible de la disposition des actifs de la Standard. La meilleure façon de réaliser son objectif était de préserver la perte de la Standard et de la faire utiliser par un tiers pour réduire son impôt sur le revenu. La Standard a effectué une série de trois opérations: la création et la constitution de la compagnie 1004568 Ontario Inc., une filiale en propriété exclusive, la formation de la société de personnes STIL II et la vente de sa participation de 99 p. 100 dans cette société de personnes, opérations qui ont donné lieu à un avantage fiscal. La contribuable a effectué une quatrième opération par laquelle elle a acheté une participation dans la société de personnes STIL II qui comportait d'importantes pertes. Le ministre du Revenu national a refusé à la contribuable la déduction d'une perte autre qu'une perte en capital de 12 572 274 \$ dans le calcul de son revenu pour son année d'imposition 1993 et la déduction d'une perte connexe autre qu'une perte en capital d'un report prospectif pour son année d'imposition 1994. La Cour de l'impôt a conclu à l'application de la disposition générale anti-évitement et a rejeté l'appel de la contribuable. Trois principales questions ont été soulevées: 1) y avait-il une série d'opérations et, le cas échéant, quelles opérations faisaient partie de la série? 2) la série a-t-elle entraîné un avantage fiscal et quel était l'objet principal des opérations faisant partie de la série? 3) l'une ou l'autre des opérations d'évitement entraînerait-elle un abus dans l'application d'une disposition précise de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Arrêt (le juge Létourneau, J.C.A., souscrivant au résultat unanimité): l'appel doit être rejeté.

Le juge Rothstein, J.C.A. (avec l'appui du juge Stone, J.C.A.): le paragraphe 245(2) ne s'applique que lorsqu'un avantage fiscal découlerait d'une opération qui est une opération d'évitement ou d'une série d'opérations dont une opération d'évitement fait partie. D'après le paragraphe 245(3), pour conclure qu'une opération est une opération d'évitement, deux critères doivent être remplis. Le premier est le critère des résultats qui exige que l'on détermine si un avantage fiscal découlerait d'une opération ou d'une série d'opérations, sans la RGAÉ. Le second est le critère de l'objet en vertu duquel il n'est nécessaire d'examiner l'objet principal d'une opération ou de plusieurs opérations que si un avantage fiscal en découlait.

1) Pour déterminer s'il existe une série au sens de l'alinéa 245(3)b) de la Loi, il faut examiner à quel point les

tied individual steps or transactions must be in order to constitute a series. In enacting paragraph 245(3)(b), Parliament adopted the approach to a "series of transactions" developed by the House of Lords. According to the House of Lords, for there to be a series of transactions, each transaction in the series must be pre-ordained to produce a final result. Pre-ordination means that when the first transaction of the series is implemented, all essential features of the subsequent transactions are determined by persons who have the firm intention and ability to implement them. There must be no practical likelihood that the subsequent transactions will not take place. The three Standard Trust transactions were pre-ordained. However, under the House of Lords' definition, the fourth transaction would not be part of a series with the Standard Trust transactions since it was not pre-ordained and was not practically certain to occur when these transactions were implemented. On the other hand, subsection 248(10) of the Act, which is a deeming provision, broadens the meaning of series from that defined by the House of Lords. The deeming nature of subsection 248(10) implies an enlargement of the common law series. Since subsection 245(1) defines "transaction" as including an arrangement or event, the expression "series of transactions" in subsection 245(2) and paragraph 245(3)(b) must be read as including "series of transactions or events" found in subsection 248(10). The taxpayer was aware of the series of Standard Trust transactions which were fundamental to the acquisition of its partnership interest. Taxpayer's acquisition of its STIL II Partnership interest was a transaction related to the Standard Trust series and completed in contemplation of that series. Applying the deeming effect of subsection 248(10), the Court concluded that, for purposes of subsection 245(3)(b), the series included the Standard Trust series and the acquisition transaction.

(2) The Standard Trust transactions were part of a plan whereby a tax benefit could be obtained by an arm's length purchaser of Standard Trust's STIL II Partnership interest. They did not result in a tax benefit themselves even if that was their purpose. At the conclusion of these three transactions, there was no tax benefit resulting to Standard Trust or the appellant. However, the appellant did not deny that a tax benefit resulted from the acquisition of its STIL II Partnership interest, that is the tax saving from claiming the loss originating with Standard Trust. By that acquisition, taxpayer became entitled to share in the partnership's loss and, therefore, obtained a tax benefit. As that transaction was part of a series with the Standard Trust transactions, the series resulted in a tax benefit to taxpayer.

étapes ou opérations individuelles doivent être étroitement liées pour constituer une série. En édictant l'alinéa 245(3)b), le Parlement a adopté l'approche relative à une «série d'opérations» énoncée par la Chambre des lords. Selon la Chambre des lords, pour qu'il y ait une série d'opérations, chaque opération dans la série doit être déterminée d'avance pour produire un résultat final. Par détermination d'avance, on veut dire que lorsque la première opération de la série est réalisée, tous les éléments essentiels des opérations ultérieures sont déterminés par les personnes qui ont la ferme intention et la capacité de les réaliser. Il n'existe aucune probabilité pratique que les opérations ultérieures ne se réaliseront pas. Les trois opérations de la Standard Trust étaient déterminées d'avance. Toutefois, d'après la définition retenue par la Chambre des lords, la quatrième opération ne ferait pas partie d'une série avec les opérations de la Standard Trust puisqu'elle n'était pas déterminée d'avance et qu'il n'était pas pratiquement certain qu'elle allait se réaliser lorsque les opérations ont été réalisées. Par ailleurs, le paragraphe 248(10) de la Loi, qui est une disposition déterminative, élargit le sens du mot série au-delà de la définition donnée par la Chambre des lords. La nature déterminative du paragraphe 248(10) implique un élargissement de la série au sens de la common law. Puisque le paragraphe 245(1) définit «opération» comme englobant un arrangement ou un événement, l'expression «série d'opérations» au paragraphe 245(2) et à l'alinéa 245(3)b) doit être interprétée comme englobant une «série d'opérations ou d'événements» dont il est question au paragraphe 248(10). La contribuable était au courant de la série d'opérations de la Standard Trust qui constituaient une condition fondamentale de son acquisition de sa participation dans la société de personnes. L'acquisition par la contribuable de sa participation dans la STIL II était une opération qui était liée à la série d'opérations de la Standard Trust et avait été terminée en vue de réaliser cette série. Appliquant l'effet déterminatif du paragraphe 248(10), la Cour a conclu que, pour l'application de l'alinéa 245(3)b), la série englobe la série d'opérations de la Standard Trust et l'opération d'acquisition.

2) Les opérations de la Standard Trust faisaient partie d'un plan par lequel un avantage fiscal pourrait être obtenu par un acheteur sans lien de dépendance de la participation de la Standard Trust dans la société de personnes STIL II. Elles n'ont entraîné aucun avantage fiscal en tant que tel même si c'était là leur objet. À la conclusion de ces trois opérations, la Standard Trust ou la contribuable n'en a tiré aucun avantage fiscal. Toutefois, la contribuable n'a pas nié que son acquisition de sa participation dans la STIL II a donné lieu à un avantage fiscal, c'est-à-dire l'économie d'impôt résultant de la déduction de la perte provenant de la Standard Trust. En raison de cette acquisition, la contribuable a acquis le droit à une partie de la perte de la société de personnes et, par conséquent, a obtenu un avantage fiscal. Cette opération faisant partie d'une série avec les opérations de la Standard Trust, la série a donné lieu à un avantage fiscal au profit de la contribuable.

If the primary purpose of any transaction is to obtain the tax benefit, it is an avoidance transaction. The words “may reasonably be considered to have been undertaken or arranged” in subsection 245(3) indicate that the primary purpose test is an objective one. There were both business and tax benefit purposes to the acquisition transaction. The appellant had a *bona fide* business purpose in acquiring the STIL II Partnership interest from Standard Trust. However, the transaction gave taxpayer access to expected tax losses of some \$52 million that originated with Standard Trust. The question was therefore whether the primary purpose for the acquisition of the Partnership interest was the business purpose or the tax benefit purpose. The significant disparity between the potential tax benefit to the taxpayer of about \$52 million and expected returns from the operation and disposition of the STIL II portfolio showed that taxpayer’s acquisition of Standard Trust’s 99% interest in the STIL II Partnership was not undertaken primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit. Although taxpayer had a business purpose in acquiring the Standard STIL II Partnership interest, its primary purpose was to obtain a tax benefit for itself and to assign to its SRMP partners that portion of the tax benefit it did not require for its own purposes. Each of the four transactions was an avoidance transaction.

(3) If any of the avoidance transactions would result in a misuse or an abuse of a specific provision of the *Income Tax Act*, the tax benefit resulting from the series will be denied. Determining whether there has been misuse or abuse is a two-stage analytical process. The first stage involves identifying the relevant policy of the provisions of the Act as a whole. The second is the assessment of the facts to determine whether the avoidance transaction constituted a misuse or an abuse having regard to the identified policy. The policy of relevant provisions or the Act as a whole must be sufficiently clear for the Court to safely conclude that the use made of the provisions by the taxpayer constituted a misuse or an abuse. In enacting subsection 245(4), Parliament has placed the duty on the Court to ascertain its policy as the basis for denying a tax benefit from a transaction that otherwise would meet the requirements of the statute. The first question was whether taxpayer could demonstrate that the avoidance transactions may reasonably be considered not to result in a misuse of subsection 18(13) of the Act as it read in 1993. Although subsection 18(13) is a stop-loss provision, nothing refers to transfers between arm’s length parties or, in any way, purports to limit dealings between arm’s length parties. Subsection 18(13) provides for a non-arm’s length transferee to utilize the loss denied to the transferor. Where one of the express purposes of the provision is to preserve losses in the hands of a non-arm’s length transferee and the transferee may be a

L’opération dont l’objet principal est d’obtenir un avantage fiscal est une opération d’évitement. Le membre de phrase «il est raisonnable de considérer que l’opération est principalement effectuée pour» au paragraphe 245(3) indique que le critère de l’objet principal est un critère objectif. L’opération d’acquisition avait à la fois un objet commercial et un objet d’avantage fiscal. La contribuable avait un objet commercial véritable dans l’acquisition de la participation dans la STIL II de la Standard Trust. Cependant, l’opération a donné à la contribuable accès à des pertes fiscales éventuelles de l’ordre de 52 millions de dollars qui provenaient de la Standard Trust. Il s’agissait donc de savoir si l’objet principal de l’acquisition de la participation dans la société de personnes était commercial ou encore était l’obtention d’un avantage fiscal. L’importante disparité entre l’avantage fiscal potentiel d’environ 52 millions de dollars qui reviendrait à la contribuable et le bénéfice anticipé de l’exploitation et de la disposition du portefeuille de STIL II indiquait que l’acquisition par la contribuable de la participation de 99 p. 100 de la Standard Trust dans la STIL II n’avait pas été principalement effectuée pour des objets véritables, l’obtention d’un avantage fiscal n’étant pas considérée comme un objet véritable. Même si la contribuable avait un objet commercial dans l’acquisition de la participation de la Standard Trust dans la STIL II, son objet principal était d’obtenir un avantage fiscal pour elle-même et de céder à ses associés de la SRMP la fraction de l’avantage fiscal dont elle n’avait pas besoin pour son propre profit. Chacune des quatre opérations était une opération d’évitement.

3) Si l’une ou l’autre des opérations d’évitement devait entraîner un abus dans l’application d’une disposition précise de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, l’avantage fiscal découlant de la série sera refusé. Pour décider s’il y a eu abus, il faut procéder à une analyse en deux étapes. D’une part, il faut déterminer la politique générale pertinente qui sous-tend les dispositions de la Loi dans son ensemble. D’autre part, il faut évaluer les faits pour savoir si l’opération d’évitement constituait un abus compte tenu de la politique générale en question. La politique qui sous-tend les dispositions pertinentes ou la Loi lue dans son ensemble doit être suffisamment claire pour permettre à la Cour de conclure sans danger que l’application des dispositions par la contribuable constituait un abus. En édictant le paragraphe 245(4), le législateur a imposé à la Cour le fardeau de déterminer la politique générale du Parlement comme motif de refus d’un avantage fiscal découlant d’une opération qui est par ailleurs conforme aux exigences de la Loi. La première question était de savoir si la contribuable pouvait démontrer qu’il était raisonnable de considérer que les opérations d’évitement ne donnent pas lieu à un abus (*misuse*) dans l’application du paragraphe 18(13) de la Loi, tel qu’il était formulé en 1993. Bien que le paragraphe 18(13) soit une disposition qui empêche de transférer des pertes, il n’a pas pour effet de viser les transferts entre des parties n’ayant aucun lien de dépendance ou de limiter, de quelque façon, les opérations entre de telles parties. Le

partnership to which the partnership rules apply, it could not be said that the acquisition of an interest in the STIL II Partnership by taxpayer ran against the policy of subsection 18(13). Therefore, none of the avoidance transactions resulted, directly or indirectly, in a misuse of subsection 18(13).

The next issue was whether the avoidance transactions may reasonably be considered to result in abuse of the *Income Tax Act*. The general policy of the Act is against the trading of non-capital losses by corporations, subject to specific limited circumstances. There is no provision for the sale of a loss to an arm's length purchaser as if it were inventory of the business. At the relevant time, there was also no general policy in the Act against the transfer of losses between partners. The taxpayer acquired some \$52 million of Standard Trust's loss that it and its SRMP partners could use to offset their share of STIL II's income and their other income. What the avoidance transactions accomplished was the transfer of the loss from one corporation to another through the mechanism of subsection 18(13) and the Partnership Rules. Having regard to the general anti-avoidance rule, these transactions violated the general policy of the Act against the transfer of losses from one corporation to another. The change of control rules are not applicable since it is not a case of change of corporate control, but the sale of some of the assets of the corporation. The exception in the *Income Tax Act*, allowing for the use of losses from a loss business by another business, would not apply as between Standard Trust and taxpayer. The policy of the Act is not such as to allow losses incurred in the business of lending money on mortgages to be used to offset profits in the business of rehabilitating distressed real properties. The avoidance transactions have resulted in an abuse of the provisions of the Act, other than the general anti-avoidance rule, read as a whole.

Per Létourneau J.A. (*concurring in the result only*): Under paragraph 245(3)(a) of the *Income Tax Act*, a transaction can be an avoidance transaction if it results in a tax benefit and if it was undertaken or primarily arranged to obtain the tax benefit. Each and every transaction which is part of a series of transactions has, under paragraph 245(3)(b), to be assessed on

paragraphe 18(13) prévoit qu'un cessionnaire avec lien de dépendance peut se prévaloir de la perte refusée au cédant. Dès lors que l'un des buts exprès de cette disposition est de maintenir les pertes entre les mains d'un cessionnaire avec lien de dépendance et que ce dernier peut être une société de personnes à laquelle les règles relatives aux sociétés de personnes s'appliquent, on ne peut pas dire que l'acquisition d'une participation dans la STIL II par la contribuable est contraire à la politique générale qui sous-tend le paragraphe 18(13). Par conséquent, aucune des opérations d'évitement n'a entraîné, directement ou indirectement, d'abus (*misuse*) dans l'application du paragraphe 18(13).

Il s'agissait ensuite de savoir s'il est raisonnable de considérer que les opérations d'évitement entraînent un abus (*abuse*) dans l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La politique générale qui sous-tend la Loi interdit l'échange des pertes autres que des pertes en capital par les sociétés, sous réserve de certaines limites précises. Il n'est pas prévu qu'une perte peut être vendue à un acheteur sans lien de dépendance comme s'il s'agissait du stock de l'entreprise. Au moment en cause, la Loi ne comportait aucune politique générale interdisant le transfert de pertes entre associés. La contribuable a acquis quelque 52 millions de dollars de la perte de la Standard Trust dont elle-même et ses associés dans la SRMP pourraient se prévaloir pour réduire leur part du revenu de la STIL II et leurs revenus provenant d'autres sources. Les opérations d'évitement ont eu pour résultat le transfert de la perte d'une société à une autre par le mécanisme du paragraphe 18(13) et des règles relatives aux sociétés de personnes. Compte tenu de la disposition générale anti-évitement, ces opérations ont violé la politique générale qui sous-tend la Loi et interdit le transfert de pertes d'une société à une autre. Les règles relatives au changement de contrôle ne sont pas applicables puisqu'il ne s'agit pas en l'espèce du changement de contrôle d'une société, mais de la vente de certains actifs de la société. L'exception prévue par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, permettant à une entreprise de se prévaloir des pertes d'une entreprise déficitaire, ne s'appliquait pas entre la Standard Trust et la contribuable. La politique qui sous-tend la Loi ne permet pas que les pertes subies dans l'entreprise consistant à accorder des prêts garantis par des hypothèques soient utilisées en compensation des bénéfices tirés de l'entreprise consistant à réhabiliter des biens immobiliers saisis. Les opérations d'évitement ont entraîné un abus (*abuse*) dans l'application des dispositions de la Loi lue dans son ensemble, abstraction faite de la disposition générale anti-évitement.

Le juge Létourneau, J.C.A. (*souscrivant au résultat uniquement*): en vertu de l'alinéa 245(3)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, une opération peut constituer une opération d'évitement si un avantage fiscal en découle et si elle a été principalement effectuée en vue de l'obtention de l'avantage fiscal. Chaque opération qui fait partie d'une série d'opérations

its own to determine whether it has a *bona fide* purpose other than to obtain a tax benefit. Once it is found that a transaction in the series is an avoidance transaction, then all the other transactions that are part of the series are coloured or contaminated by that transaction. There was no valid or legitimate reason for the creation of the non-arm's length STIL II Partnership and the transfer to it of the portfolio other than to create a tax benefit for future sale. An ultimate sale to an arm's length party was part of the pre-ordained steps carried out by Standard Trust's liquidator. The whole scheme developed and arranged by the latter was conceived and intended to create and transfer a tax benefit. The general anti-avoidance rule is result-oriented and, therefore, it matters little who produced the tax benefit. The Tax Court Judge was right in concluding that taxpayer's transaction was part of a series of avoidance transactions which resulted in a substantial tax benefit for the taxpayer. The transaction was a misuse and an abuse of the Act as a whole whereby Standard Trust's losses were made a marketable commodity and transferred from one corporation to another through the artifice of a partnership which had never incurred the losses but acted only as a conduit.

doit, en vertu de l'alinéa 245(3)b), être évaluée seule pour déterminer si elle a un objet véritable autre que l'obtention d'un avantage fiscal. La conclusion ayant été faite qu'une opération qui fait partie de la série est une opération d'évitement, toutes les autres opérations qui font partie de la série sont entachées ou contaminées par cette opération. Aucune raison valide ou légitime ne justifiait la création de la société de personnes STIL II et le transfert à cette dernière du portefeuille si ce n'était pour créer un avantage fiscal qui serait vendu ultérieurement. La vente éventuelle à une partie sans lien de dépendance faisait partie des étapes déterminées d'avance qui avaient été effectuées par le liquidateur de Standard Trust. L'ensemble de l'opération élaborée et effectuée par le liquidateur a été conçu dans le but, et avait pour objet, de créer et de transférer un avantage fiscal. La disposition générale anti-évitement est axée sur les résultats et, par conséquent, il importe peu qui a produit l'avantage fiscal. Le juge de la Cour de l'impôt avait raison de conclure que l'opération de la contribuable faisait partie d'une série d'opérations d'évitement dont elle a tiré un avantage fiscal important. L'opération était un abus dans l'application de la Loi lue dans son ensemble par laquelle les pertes de la Standard Trust ont été transformées en un produit vendable et transférées d'une société à une autre par l'artifice d'une société de personnes qui n'avait jamais subi les pertes et a seulement agi comme intermédiaire.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

An Act to amend the Income Tax Act, the Canada Pension Plan, the Unemployment Insurance Act, 1971, the Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Federal Post-Secondary Education and Health Contributions Act, 1977 and certain related Acts, S.C. 1988, c. 55, s. 185(2).

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 18(13), 53(2)(c), 96(1)(g), (8) (as am. by S.C. 1994, c. 21, s. 44), 111(1)(a), (5), 245, 248(10).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Furniss v. Dawson, [1984] A.C. 474 (H.L.); *Craven v. White*, [1989] A.C. 398 (H.L.).

DISTINGUISHED:

Jabs Construction Ltd. v. Canada, [1999] 3 C.T.C. 2556; (1999), 99 DTC 729 (T.C.C.); *Geransky v. Canada* (2001), 2001 DTC 243 (T.C.C.); *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; (1999), 178 D.L.R. (4th) 26; 99 DTC 5669; 247 N.R. 19; *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312; (1994), 94 DTC 6314; 168 N.R. 16.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 18(13), 53(2)c), 96(1)g), (8) (mod. par L.C. 1994, ch. 21, art. 44), 111(1)a), (5), 245, 248(10).

Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu, le Régime de pensions du Canada, la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, la Loi de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur les contributions fédérales en matière d'enseignement postsecondaire et de santé et certaines lois connexes, L.C. 1988, ch. 55, art. 185(2).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Furniss v. Dawson, [1984] A.C. 474 (H.L.); *Craven v. White*, [1989] A.C. 398 (H.L.).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Jabs Construction Ltd. c. Canada, [1999] 3 C.T.C. 2556; (1999), 99 DTC 729 (C.C.I.); *Geransky c. Canada* (2001), 2001 DTC 243 (C.C.I.); *Shell Canada Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; (1999), 178 D.L.R. (4th) 26; 99 DTC 5669; 247 N.R. 19; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312; (1994), 94 DTC 6314; 168 N.R. 16.

CONSIDERED:

R. v. Verrette, [1978] 2 S.C.R. 838; (1978), 85 D.L.R. (3d) 1; 40 C.C.C. (2d) 273; 3 C.R. (3d) 132; 21 N.R. 571; *RMM Canadian Enterprises Inc. v. Canada*, [1998] 1 C.T.C. 2300; (1997), 97 DTC 302 (T.C.C.).

AUTHORS CITED

Arnold, Brian J. *Tax Avoidance and the Rule of Law*, Amsterdam: IBFD Publications, 1997.

Arnold, Brian J. and James R. Wilson. "The General Anti-Avoidance Rule—Part 2" (1988), 36 *Can. Tax J.* 1123.

Canadian Tax Foundation. *1988 Conference Report: Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1989.

Cooper, Graeme S. *Tax Avoidance and the Rule of Law*, Amsterdam: IBFD Publications, 1997.

Department of Finance. *Report of the Technical Committee on Business Taxation*. Ottawa: Department of Finance, 1997.

Department of Finance. *Technical Notes to Bill C-139: Special Report No. 851*. Don Mills, Ontario: CCH Canadian Ltd., 1988.

Dodge, David A. "A New and More Coherent Approach to Tax Avoidance" (1988), 36 *Can. Tax J.* 1.

Heakes, Edward A. "New Rules, Old Chestnuts, and Emerging Jurisprudence: The Stop-Loss Rule" in *Report of Proceedings of the Forty-seventh Tax Conference, 1995 Conference Report*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1996.

Hiltz, Michael. «Section 245 of the *Income Tax Act*» in *Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference, 1988 Conference Report*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1989.

Hogg, Peter W. *et al. Principles of Canadian Income Tax Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.

Income Tax Act and Regulations *Department of Finance Technical Notes: A Consolidation of Technical Notes and other Income Tax Commentary from the Department of Finance*, Toronto: Carswell, Consolidated to September 1994.

Krishna, Vern. *Tax Avoidance: The General Anti-Avoidance Rule*, Toronto: Carswell, 1990.

Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 5th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 6th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.

Tiley, John. "Series of Transactions" in *Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference, 1988 Conference Report*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1989.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

R. c. Verrette, [1978] 2 R.C.S. 838; (1978), 85 D.L.R. (3d) 1; 40 C.C.C. (2d) 273; 3 C.R. (3d) 132; 21 N.R. 571; *RMM Canadian Enterprises Inc. c. Canada*, [1998] 1 C.T.C. 2300; (1997), 97 DTC 302 (C.C.I.).

DOCTRINE

Arnold, Brian J. *Tax Avoidance and the Rule of Law*, Amsterdam: IBFD Publications, 1997.

Arnold, Brian J. and James R. Wilson. «The General Anti-Avoidance Rule—Part 2» (1988), 36 *Rev. fisc. can.* 1123.

Canadian Tax Foundation. *1988 Conference Report: Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1989.

Cooper, Graeme S. *Tax Avoidance and the Rule of Law*, Amsterdam: IBFD Publications, 1997.

Dodge, David A. «A New and More Coherent Approach to Tax Avoidance» (1988), 36 *Rev. fisc. can.*

Heakes, Edward A. «New Rules, Old Chestnuts, and Emerging Jurisprudence: The Stop-Loss Rules» in *Report of Proceedings of the Forty-seventh Tax Conference, 1995 Conference Report*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1996.

Hiltz, Michael. «Section 245 of the *Income Tax Act*» in *Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference, 1988 Conference Report*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1989.

Hogg, Peter W. *et al. Principles of Canadian Income Tax Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.

Income Tax Act and Regulations *Department of Finance Technical Notes: A Consolidation of Technical Notes and other Income Tax Commentary from the Department of Finance*, Toronto: Carswell, Consolidated to September 1994.

Krishna, Vern. *Tax Avoidance: The General Anti-Avoidance Rule*, Toronto: Carswell, 1990.

Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 5th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 6th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.

Ministère des Finances. *Notes techniques au projet de loi C-139: Rapport spécial n° 851*. Don Mills (Ont.): CCH Canadian Ltd., 1988.

Ministère des Finances. *Rapport du Comité technique de la fiscalité des entreprises*. Ottawa: Ministère des Finances, 1997.

Tiley, John. «Series of Transactions» in *Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference, 1988 Conference Report*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1989.

APPEAL from a Tax Court of Canada decision ((1999), 46 B.L.R. (2d) 195; [1999] 3 C.T.C. 2649; 99 DTC 1044) that taxpayer's transaction was part of a series of transactions whose primary purpose was to obtain a tax benefit and, therefore, were avoidance transactions within the meaning of paragraph 245(3)(b) of the *Income Tax Act*. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Brian A. Felesky, Q.C., H. George McKenzie, Q.C. and Alistair Campbell for appellant.
Luther P. Chambers, Q.C., and Robert Carvalho for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Felesky Flynn LLP, Calgary, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ROTHSTEIN J.A.:

INTRODUCTION

[1] This appeal from a decision of the Tax Court (1999), 46 B.L.R. (2d) 195 (T.C.C.) presents the first opportunity for this Court to consider, in substance, section 245 of the *Income Tax Act* [R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1] the general anti-avoidance rule (GAAR). The appellant's appeal to the Tax Court of Canada was from the Minister of National Revenue's reassessment disallowing a non-capital loss deduction of \$12,572,274 in the computation of the appellant's income in its 1993 taxation year and the deduction of a related non-capital loss carry forward in its 1994 taxation year. The Tax Court found the GAAR to be applicable and dismissed the appellant's appeal.

SECTION 245 AND SUBSECTION 18(13)

[2] It is relatively straightforward to set out the GAAR scheme. It is much more difficult to apply it. Generally, where a transaction is an avoidance

APPEL interjeté d'une décision ((1999), 46 B.L.R. (2d) 195; [1999] 3 C.T.C. 2649; 99 DTC 1044) par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a statué que l'opération effectuée par la contribuable faisait partie d'une série d'opérations dont le principal objectif était l'obtention d'un avantage fiscal et, par conséquent, étaient des opérations d'évitement au sens de l'alinéa 245(3)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

Brian A. Felesky, c.r., H. George McKenzie, c.r. et Alistair Campbell pour l'appelante.
Luther P. Chambers, c.r., et Robert Carvalho pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Felesky Flynn LLP, Calgary, pour l'appelante.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.:

INTRODUCTION

[1] Le présent appel qui attaque une décision de la Cour de l'impôt (1999), 46 B.L.R. (2d) 195 (C.C.I.) offre à notre Cour la première occasion d'examiner, quant au fond, l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1], la disposition générale anti-évitement (RGAÉ). L'appelante avait interjeté, à la Cour canadienne de l'impôt, appel d'une nouvelle cotisation établie par le ministre du Revenu national et par laquelle le ministre avait refusé à l'appelante la déduction d'une perte autre qu'une perte en capital de 12 572 274 \$ dans le calcul de son revenu pour son année d'imposition 1993 et la déduction d'une perte connexe autre qu'une perte en capital d'un report prospectif pour son année d'imposition 1994. La Cour de l'impôt a conclu à l'application de la RGAÉ et a rejeté l'appel de l'appelante.

L'ARTICLE 245 ET LE PARAGRAPHE 18(13)

[2] Il est relativement facile d'énoncer le régime de la RGAÉ. Il est beaucoup plus difficile de l'appliquer. Généralement, lorsqu'une opération est une opération

transaction (a transaction that would result in a tax benefit, and whose primary purpose was to obtain the tax benefit), the tax benefit resulting from the transaction will be denied. However, the tax benefit will not be denied if the avoidance transaction would not result in a misuse of the provisions of the Act or an abuse of the Act read as a whole.

[3] Section 245, in relevant part, provides:

245. (1) In this section,

“tax benefit” means a reduction, avoidance or deferral of tax or other amount payable under this Act or an increase in a refund of tax or other amount under this Act;

“tax consequences” to a person means the amount of income, taxable income, or taxable income earned in Canada of, tax or other amount payable by or refundable to the person under this Act, or any other amount that is relevant for the purposes of computing that amount;

“transaction” includes an arrangement or event.

(2) Where a transaction is an avoidance transaction, the tax consequences to a person shall be determined as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that, but for this section, would result, directly or indirectly, from that transaction or from a series of transactions that includes that transaction.

(3) An avoidance transaction means any transaction

(a) that, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for bona fide purposes other than to obtain the tax benefit; or

(b) that is part of a series of transactions, which series, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for bona fide purposes other than to obtain the tax benefit.

d'évitement (une opération dont découlerait un avantage fiscal et dont l'objet principal était d'obtenir un avantage fiscal), l'avantage fiscal découlant de l'opération sera refusé. Toutefois, l'avantage fiscal ne sera pas refusé si l'opération d'évitement n'entraînerait pas d'abus dans l'application des dispositions de la Loi lue dans son ensemble.

[3] La partie pertinente de l'article 245 prévoit:

245. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

«attribut fiscal» S'agissant des attributs fiscaux d'une personne, revenu, revenu imposable ou revenu imposable gagné au Canada de cette personne, impôt ou autre montant payable par cette personne, ou montant qui lui est remboursable, en application de la présente loi, ainsi que tout montant à prendre en compte pour calculer, en application de la présente loi, le revenu, le revenu imposable, le revenu imposable gagné au Canada de cette personne ou l'impôt ou l'autre montant payable par cette personne ou le montant qui lui est remboursable.

«avantage fiscal» Réduction, évitement ou report d'impôt ou d'un autre montant payable en application de la présente loi ou augmentation d'un remboursement d'impôt ou d'un autre montant visé par la présente loi.

«opération» Sont assimilés à une opération une convention, un mécanisme ou un événement.

(2) En cas d'opération d'évitement, les attributs fiscaux d'une personne doivent être déterminés de façon raisonnable dans les circonstances de façon à supprimer un avantage fiscal qui, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, de cette opération ou d'une série d'opérations dont cette opération fait partie.

(3) L'opération d'évitement s'entend:

a) soit de l'opération dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables—l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable;

b) soit de l'opération qui fait partie d'une série d'opérations dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables—l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable.

(4) For greater certainty, subsection (2) does not apply to a transaction where it may reasonably be considered that the transaction would not result directly or indirectly in a misuse of the provisions of this Act or an abuse having regard to the provisions of this Act, other than this section, read as a whole.

(5) Without restricting the generality of subsection (2),

(a) any deduction in computing income, taxable income, taxable income earned in Canada or tax payable or any part thereof may be allowed or disallowed in whole or in part,

(b) any such deduction, any income, loss or other amount or part thereof may be allocated to any person,

(c) the nature of any payment or other amount may be recharacterized, and

(d) the tax effects that would otherwise result from the application of other provisions of this Act may be ignored,

in determining the tax consequences to a person as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that would, but for this section, result, directly or indirectly, from an avoidance transaction. [Emphasis added.]

[4] The provision of the *Income Tax Act* which the Minister says has been misused in this case is subsection 18(13) as it read at the relevant time. It provided:

18. . . .

(13) Subject to subsection 138(5.2) and notwithstanding any other provision of this Act, where a taxpayer

(a) who was a resident of Canada at any time in a taxation year and whose ordinary business during that year included the lending of money, or

(b) who at any time in the year carried on a business of lending money in Canada

has sustained a loss on a disposition of property used or held in that business that is a share, or a loan, bond, debenture, mortgage, note, agreement of sale or any other indebtedness, other than a property that is a capital property of the taxpayer, no amount shall be deducted in computing the income of the taxpayer from that business for the year in respect of the loss where

(c) during the period commencing 30 days before and ending 30 days after the disposition, the taxpayer or a person or partnership that does not deal at arm's length with the taxpayer acquired or agreed to acquire the same or identical property (in this subsection referred to as the "substituted

(4) Il est entendu que l'opération dont il est raisonnable de considérer qu'elle n'entraîne pas, directement ou indirectement, d'abus dans l'application des dispositions de la présente loi lue dans son ensemble—compte non tenu du présent article—n'est pas visée par le paragraphe (2).

(5) Sans préjudice de la portée générale du paragraphe (2), dans le cadre de la détermination des attributs fiscaux d'une personne de façon raisonnable dans les circonstances de supprimer l'avantage fiscal qui, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, d'une opération d'évitement :

a) toute déduction dans le calcul de tout ou partie du revenu, du revenu imposable, du revenu imposable gagné au Canada ou de l'impôt payable peut être en totalité ou en partie admise ou refusée;

b) tout ou partie de cette déduction ainsi que tout ou partie d'un revenu, d'une perte ou d'un autre montant peuvent être attribués à une personne;

c) la nature d'un paiement ou d'un autre montant peut être qualifiée autrement;

d) les effets fiscaux qui découleraient par ailleurs de l'application des autres dispositions de la présente loi peuvent ne pas être pris en compte. [Non souligné dans l'original.]

[4] En l'espèce, la disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui, selon le ministre, aurait fait l'objet d'un abus est le paragraphe 18(13) tel qu'il était formulé à l'époque pertinente. Il prévoyait:

18. [. . .]

(13) Sous réserve du paragraphe 138(5.2) et malgré les autres dispositions de la présente loi, dans le cas où un contribuable—qui, à un moment donné d'une année d'imposition, réside au Canada et dont l'activité d'entreprise habituelle au cours de cette année consiste en partie à prêter de l'argent ou qui, à un moment donné de l'année, exploite une entreprise de prêt d'argent au Canada—subit une perte lors de la disposition d'un bien utilisé ou détenu dans le cadre de l'entreprise et qui est une action, ou un prêt, une obligation, un billet, une hypothèque, une convention de vente ou une autre créance mais qui n'est pas une immobilisation du contribuable, aucun montant n'est déductible au titre de la perte dans le calcul de son revenu provenant de cette entreprise pour l'année si:

a) d'une part, au cours de la période commençant 30 jours avant et se terminant 30 jours après la disposition, le contribuable ou une personne ou société de personnes avec laquelle il a un lien de dépendance acquiert ou convient d'acquérir le même bien ou un bien identique—appelés «bien de remplacement» au présent paragraphe;

property”), and

(d) at the end of the period described in paragraph (c), the taxpayer, person or partnership, as the case may be, owned or had a right to acquire the substituted property.

and any such loss shall be added in computing the cost to the taxpayer, person or partnership, as the case may be, of the substituted property. [Emphasis added.]

FACTS

[5] Standard Trust Company (Standard) was in the business of lending money on the security of mortgages of real property. As a result of the downturn in the real estate market in the late 1980s and early 1990s, Standard Trust became insolvent. On May 2, 1991, the Ontario Court of Justice (General Division) ordered that Standard be wound-up and appointed Ernst & Young (E&Y) as liquidator of the company.

[6] E&Y sought to maximize the recovery from the disposition of Standard’s assets. To do so, E&Y devised a plan designed to sell Standard’s mortgage portfolio (including properties of which Standard had taken possession as mortgagee) to investors in a way that would make available to the investors:

1. the Standard mortgage portfolio in packages that would, in the liquidator’s opinion, maximize recovery; and
2. the substantial losses, for taxation purposes, that Standard had suffered as a result of the reduction in the market value of its mortgage portfolio.

[7] The portion of Standard’s mortgage portfolio with which this appeal is concerned is referred to as the STIL II portfolio. It consisted of 17 non-performing loans where payments of principal and interest were 90 days or more in arrears.

[8] The plan for maximizing the value of Standard’s assets was described by the Tax Court Judge at paragraphs 4 and 7 of his judgment which I paraphrase. According to the Tax Court Judge, it was essential that

b) d’autre part, à la fin de cette période, le contribuable ou la personne ou société de personnes, selon le cas, est propriétaire du bien de remplacement ou a le droit de l’acquérir.

Cette perte doit être ajoutée dans le calcul du coût du bien de remplacement pour le contribuable ou pour la personne ou société de personnes, selon le cas. [Non souligné dans l’original.]

LES FAITS

[5] La Compagnie Standard Trust (la Standard) exploitait une entreprise consistant à accorder des prêts garantis par des hypothèques sur des immeubles. Par suite du déclin du marché de l’immobilier à la fin des années 1980 et au début des années 1990, la Standard Trust est devenue insolvable. Le 2 mai 1991, la Cour de justice de l’Ontario (Division générale) a ordonné qu’elle soit liquidée et a nommé Ernst & Young (E&Y) liquidateur de la compagnie.

[6] E&Y a cherché à obtenir la meilleure réalisation possible de la disposition des actifs de la Standard. Pour le faire, E&Y a formulé un plan conçu pour vendre le portefeuille de prêts hypothécaires de la Standard (y compris des biens dont la Standard avait acquis la possession en qualité de créancière hypothécaire) à des investisseurs de manière que ces derniers puissent se prévaloir:

1. d’une part, du portefeuille de prêts hypothécaires de la Standard en blocs qui, de l’avis du liquidateur, produiraient la meilleure réalisation possible;
2. d’autre part, aux fins de l’impôt, des pertes importantes que la Standard avait subies par suite de la baisse de la valeur marchande de son portefeuille de prêts hypothécaires.

[7] Le présent appel vise la partie du portefeuille de prêts hypothécaires de la Standard appelée le portefeuille de STIL II. Ce portefeuille comportait 17 prêts-problèmes à l’égard desquels les paiements au titre du principal et des intérêts étaient en souffrance depuis 90 jours ou plus.

[8] Le plan visant à optimiser la réalisation des actifs de la Standard a été décrit par le juge de la Cour de l’impôt aux paragraphes 4 et 7 de son jugement que je paraphrase. Selon le juge de la Cour de l’impôt, il était

Standard not sell the STIL II portfolio directly to an arm's length purchaser because that would result in the loss being realized by Standard which, because it was not profitable and therefore not taxable, was not in a position to utilize the loss to reduce taxes. E&Y's objective could best be accomplished if Standard's loss could be preserved and then utilized by a third party to reduce its income tax. The plan was that:

1. Standard would incorporate a wholly-owned subsidiary;
2. Standard and the subsidiary would form a partnership with Standard having a 99% interest and the subsidiary a 1% interest;
3. Standard would transfer the STIL II portfolio to the partnership as its contribution to the capital of the partnership and would lend the subsidiary sufficient cash to make its capital contribution;
4. By reason of subsection 18(13) of the *Income Tax Act*, the portfolio to be acquired by the partnership would be recorded, for income tax purposes, at Standard's cost (\$85,368,872) notwithstanding the then current market value (approximately \$33,262,000) was much less;
5. At the end of its first fiscal year, the STIL II Partnership would incur a net loss for income tax purposes of some \$52 million, by reason of the sale of properties for proceeds much less than Standard's original investment and the write-down of the remaining properties from Standard's original investment to their fair market value.
6. Prior to the end of the partnership's first fiscal year, Standard's 99% interest in the partnership would be sold to an arm's length purchaser to whom, at the first partnership year end, the tax loss would accrue to the extent of 99%.

[9] The actual steps taken were as follows:

1. October 16, 1992 — 1004568 Ontario Inc. was incorporated as a wholly-owned subsidiary of Standard.

essentiel que la Standard ne vende pas le portefeuille de STIL II directement à un acheteur sans lien de dépendance parce que cela permettrait à la Standard de réaliser la perte, car n'étant pas rentable et donc non imposable, elle n'était pas en mesure de se prévaloir de la perte pour réduire ses impôts. La meilleure façon de réaliser l'objectif de E&Y était de préserver la perte de la Standard et de la faire utiliser par un tiers pour réduire son impôt sur le revenu. Le plan prévoyait que:

1. La Standard constituerait une filiale en propriété exclusive;
2. La Standard et la filiale formeraient une société de personnes dans laquelle la Standard détiendrait une participation de 99 p. 100, tandis que la filiale détiendrait une participation de 1 p. 100;
3. La Standard transférerait le portefeuille de STIL II à la société de personnes comme apport au capital de cette dernière et prêterait ensuite à la filiale suffisamment d'argent pour que celle-ci puisse faire son apport de capital;
4. En raison du paragraphe 18(13) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le portefeuille devant être acquis par la société de personnes serait inscrit, aux fins de l'impôt sur le revenu, au coût pour la Standard (85 368 872 \$) malgré le fait que leur valeur marchande en cours (environ 33 262 000 \$) était à l'époque beaucoup moindre;
5. À la fin de son premier exercice, la société de personnes STIL II enregistrerait une perte nette, aux fins de l'impôt sur le revenu, de quelque 52 millions de dollars, résultant du fait qu'elle a dû vendre des biens à des prix bien moindres que l'investissement initial de la Standard et ramener à leur juste valeur marchande les biens restants de cet investissement initial.

6. Avant la fin du premier exercice de la société de personnes, la participation de 99 p. 100 de la Standard dans la société de personnes serait vendue à un acheteur sans lien de dépendance, à qui, à la fin du premier exercice de la société de personnes, les pertes fiscales seraient attribuées dans une proportion de 99 p. 100.

[9] Voici les démarches qui ont été effectivement entreprises:

1. 16 octobre 1992 — La 1004568 Ontario Inc. est constituée comme filiale en propriété exclusive de la Standard.

2. October 21, 1992 — An order of the Ontario Court of Justice (General Division) was obtained authorizing the incorporation of the wholly-owned subsidiary, the formation of the STIL II Partnership and the transfer of the STIL II portfolio to the partnership.
 3. October 23, 1992 — The STIL II Partnership was formed with Standard having a 99% and 1004568 having a 1% interest.
 4. October 23, 1992 — Standard contributed the STIL II portfolio to the capital of the STIL II Partnership. Standard loaned sufficient funds to 1004568 to enable it to contribute cash in order to acquire its 1% interest in the partnership.
 5. Soon after October 23, 1992 — E&Y began an intensive campaign to market the Standard 99% interest in the STIL II Partnership.
 6. January 1993 — Negotiations began between the appellant and E&Y, with the STIL II portfolio together with potential tax losses of some \$52 million being offered as a package deal. The appellant specializes in packaging and improving distressed real properties.
 7. January to May 1993 — Negotiations took place between the appellant and E&Y which the Tax Court Judge characterized as difficult. Due diligence was carried out by the appellant with respect to valuing the STIL II portfolio.
 8. May 31, 1993 — The effective date of the appellant's purchase of Standard's 99% interest in the STIL II Partnership in consideration for:
 - (1) \$17,500,000 payable to Standard, of which \$14,500,000 was in the form of a promissory note, and the balance was cash payable on closing;
 - (2) an additional amount, described as the "earn-out", which was to be determined by a formula whereby the appellant and Standard would share any proceeds from the disposition of the STIL II portfolio in excess
2. 21 octobre 1992 — Une ordonnance est obtenue de la Cour de justice de l'Ontario (Division générale) autorisant la constitution de la filiale en propriété exclusive, la formation de la société de personnes STIL II et le transfert du portefeuille de STIL II à la société de personnes.
 3. 23 octobre 1992 — La société de personnes STIL II est constituée, la Standard détenant une participation de 99 p. 100, tandis que la 1004568 détenait une participation de 1 p. 100.
 4. 23 octobre 1992 — La Standard a versé le portefeuille de STIL II comme son apport au capital de la société de personnes STIL II. La Standard a prêté suffisamment d'argent à la 1004568 pour lui permettre de faire son apport en argent pour acquérir sa participation de 1 p. 100 dans la société de personnes.
 5. Peu après le 23 octobre 1992, E&Y a commencé une campagne intensive en vue de la vente de la participation de 99 p. 100 de la Standard dans la société de personnes STIL II.
 6. Janvier 1993 — Les négociations entre E&Y et l'appelante ont commencé, E&Y offrant alors à l'appelante la possibilité d'acheter, en bloc, le portefeuille de STIL II, avec les pertes fiscales potentielles de l'ordre de 52 millions de dollars. L'appelante se spécialise dans la réorganisation et l'amélioration de biens immeubles saisis.
 7. Janvier à mai 1993—Les négociations que le juge de la Cour de l'impôt a qualifiées de difficiles ont eu lieu entre l'appelante et E&Y. L'appelante a fait preuve de diligence raisonnable à propos de l'évaluation du portefeuille de STIL II.
 8. 31 mai 1993 — La date de prise d'effet de l'achat par l'appelante de la participation de 99 p. 100 de la Standard dans la société de personnes STIL II pour une contrepartie établie comme suit:
 - (1) un montant de 17 500 000 \$ payable à la Standard, dont 14 500 000 \$ sous la forme d'un billet à ordre, et le reste payable comptant à la date de conclusion de l'opération;
 - (2) un montant supplémentaire, décrit comme étant la «contrepartie conditionnelle», qui devait être déterminé par une formule selon laquelle l'appelante et la Standard partageraient tout produit de

of \$17,500,000, with the appellant's proportionate share increasing as the proceeds increased;

(3) an amount, up to a maximum of \$5 million, payable to Standard for the tax losses to be recognized by the partnership, contingent on the partners being successful in deducting those losses from their other income.

9. June 29, 1993 — closing of purchase by the appellant of Standard's STIL II Partnership interest.

[10] The first fiscal year end of the STIL II Partnership was September 30, 1993. For that fiscal year, the STIL II Partnership had a net loss, for income tax purposes, of \$52,674,376 consisting of

(a) loss on the sale of three properties	\$ 11,535,238
(b) loss on the write-down of its remaining properties	\$ 41,725,941
Total:	\$ 53,261,179
(c) less income from operations other than disposal of properties	(\$ 568,803)
Net Loss	\$ 52,674,376

[11] The appellant did not intend to retain its 99% interest in the STIL II Partnership. In transactions that were pre-arranged before the closing of its purchase of the STIL II Partnership interest, the appellant disposed of 76% percent of its STIL II Partnership interest. The transactions were as follows:

1. July 5, 1993 — Formation of SRMP Realty and Mortgage Partnership;
2. September 22, 1993 — Closing of sale of appellant's 99% interest in STIL II Partnership to SRMP, with the appellant obtaining a 24% interest in SRMP.

[12] For its fiscal year ended October 31, 1993, SRMP realized a loss for income tax purposes of \$52,384,474 (of which \$52,147,632 represented its 99% interest of STIL II's loss of \$52,674,376). The appellant's 24% share of the SRMP loss was \$12,572,274, which it sought to deduct against its other income in 1993, 1994 and future years. It was this non-capital loss that the Minister disallowed. The disallowance was upheld by the learned

disposition du portefeuille de STIL II en sus de 17 500 000 \$, la part proportionnelle de l'appelante devant augmenter selon l'augmentation du produit de disposition;

(3) un montant maximal de 5 000 000 \$, payable à la Standard, pour les pertes fiscales devant être enregistrées par la société de personnes, sous réserve que les associés réussissent à les déduire de leurs revenus tirés d'autres sources.

9. 29 juin 1993 — Conclusion de l'achat par l'appelante de la participation de la Standard dans la société de personnes STIL II.

[10] Le premier exercice de la STIL II a pris fin le 30 septembre 1993. Pour cet exercice, elle a enregistré une perte nette, aux fins de l'impôt sur le revenu, de 52 674 376 \$ résultant

(a) de la vente de trois biens	11 535 238 \$
(b) de la réduction de valeur de ses biens restants	41 725 941 \$
Total:	53 261 179 \$
(c) moins le revenu tiré d'opérations autres que la disposition de biens	(568 803 \$)
Perte nette	52 674 376 \$

[11] L'appelante n'avait pas l'intention de conserver sa participation de 99 p. 100 dans la STIL II. Au moyen d'opérations qui avaient été prédéterminées avant la conclusion de son achat de la participation dans la STIL II, l'appelante a disposé de 76 p. 100 de sa participation dans la STIL II dans le cadre des opérations suivantes:

1. 5 juillet 1993 — Formation de SRMP Realty and Mortgage Partnership;
2. 22 septembre 1993 — Conclusion de la vente de la participation de 99 p. 100 de l'appelante dans la STIL II à la SRMP, l'appelante obtenant une participation de 24 p. 100 dans la SRMP.

[12] Pour son exercice terminé le 31 octobre 1993, la SRMP a enregistré une perte de 52 384 474 \$ aux fins de l'impôt sur le revenu (de ce montant, la somme de 52 147 632 \$ représentait sa participation de 99 p. 100 dans la perte de STIL II de 52 674 376 \$). La participation de 24 p. 100 de l'appelante dans la perte de la SRMP était de 12 572 274 \$, qu'elle a cherché à déduire de ses autres revenus pour les années 1993, 1994

Tax Court Judge.

APPELLANT'S POSITION

[13] The appellant has two broad grounds of appeal. The first is that there is no relevant avoidance transaction. The second is that even if there is a relevant avoidance transaction, the transaction would not result in a misuse of a provision of the Act or abuse of the Act as a whole.

ANAYSIS

Tax Benefit

[14] The appellant does not deny that it received a tax benefit. From the reasons of the Tax Court Judge it appears that no issue was taken on this point in that Court. The appellant claimed a non-capital loss of \$12, 572, 274, for the purpose of reducing its income tax otherwise payable. I accept that a tax benefit has occurred.

Avoidance Transaction

[15] It is next necessary to consider whether there has been an avoidance transaction. Subsection 245(2), the charging section, only applies where a tax benefit would result from a transaction that is an avoidance transaction or from a series of transactions that includes an avoidance transaction.

[16] The appellant submits that none of the transactions here were avoidance transactions. First, the appellant says that it acquired the STIL II Partnership interest primarily for business purposes, namely, the acquisition of a distressed mortgage portfolio which, with its expertise, could be disposed of for optimum proceeds. Second, the appellant says that with respect to the first three transactions, the incorporation of 1004568 Ontario Limited, the formation of the STIL II Partnership and the transfer of the STIL II Portfolio from Standard to the partnership (the Standard transactions), Standard did not obtain any tax benefit, and therefore could not have undertaken or arranged these transactions primarily to obtain a tax benefit. Third, the appellant argues that if one or more of the Standard transactions was an avoidance transaction, the fourth transaction, whereby the appellant acquired its STIL II Partnership interest, was an

et les années ultérieures. C'est la déduction de cette perte autre qu'une perte en capital que le ministre a refusée. Le refus a été maintenu par le juge de la Cour de l'impôt.

POSITION DE L'APPELANTE

[13] L'appelante invoque deux moyens d'appel généraux. D'abord, elle prétend qu'il n'y a eu aucune opération d'évitement pertinente. Ensuite, prétend-elle, même s'il y avait eu une opération d'évitement pertinente, l'opération n'entraînerait pas d'abus dans l'application d'une disposition de la Loi lue dans son ensemble.

ANALYSE

Avantage fiscal

[14] L'appelante ne nie pas qu'elle a reçu un avantage fiscal. Il ressort des motifs du juge de la Cour de l'impôt que cette question n'a pas été contestée devant cette Cour. L'appelante a déclaré une perte autre qu'une perte en capital de 12 572 274 \$, dans le but de réduire son impôt sur le revenu payable par ailleurs. J'accepte qu'il y a eu avantage fiscal.

Opération d'évitement

[15] Ensuite, il est nécessaire de déterminer s'il y a eu une opération d'évitement. Le paragraphe 245(2), l'article taxateur, ne s'applique que lorsqu'un avantage fiscal découlerait d'une opération qui est une opération d'évitement ou d'une série d'opérations dont une opération d'évitement fait partie.

[16] L'appelante fait valoir qu'aucune des opérations en l'espèce n'était une opération d'évitement. En premier lieu, prétend-elle, elle a acquis la participation dans la STIL II principalement à des fins d'affaires, savoir, l'acquisition du portefeuille hypothécaire saisi qu'elle pourrait, grâce à son expertise, vendre au meilleur prix. Ensuite, l'appelante prétend qu'en ce qui concerne les trois premières opérations, la constitution de la 1004568 Ontario Limited, la constitution de la société de personnes STIL II et le transfert du portefeuille de STIL II de la Standard à la société de personnes (les opérations de la Standard), la Standard n'a obtenu aucun avantage fiscal, et par conséquent n'aurait pas pu effectuer ces opérations principalement pour obtenir un avantage fiscal. En troisième lieu, l'appelante prétend que si une ou plusieurs des opérations de la Standard constituaient une opération

independent transaction and not part of a series with the Standard transactions. Therefore, the appellant's acquisition of the STIL II Partnership interest should not be tainted by the Standard transactions.

[17] Under subsection 245(3), to find that a transaction is an avoidance transaction, two tests must be satisfied. The first is a results test. The results test requires a determination of whether a transaction or series of transactions would, but for the GAAR, result in a tax benefit. The second is a purpose test. Here, the focus is on the primary purpose of the transaction, or the individual transactions that form the series, as the case may be. Only if a transaction or series of transactions would result in a tax benefit is it necessary to consider the primary purpose of the transaction or transactions.

Was there a series of transactions and if so, which transactions were part of the series?

Common Law Series

[18] In *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 6th ed. (Scarborough: Carswell, 2000), at page 888, Professor Krishna explains that for the purposes of the GAAR a series of transactions:

... refers to the integration of individual and separate steps into a composite transaction. The linkage of the separate steps into a "series" results from their inter-dependence and the manner in which the transactions are structured. Thus, we must determine: when is a sequence of events (e.g. A to B, then B to C) considered a single composite transactions, such as A to C?

[19] Determining whether a series exists under paragraph 245(3)(b) involves a consideration of how closely tied individual steps or transactions must be in order to constitute a series. Paragraph 245(3)(b) provides no guidance with respect to the degree of connection or relationship that is required before transactions will be regarded as constituting a series. Moreover, there is little Canadian jurisprudence on the point. However, the House of Lords addressed the issue in a number of cases in the 1980s including *Furniss v. Dawson*, [1984] A.C. 474 (H.L.); and *Craven v. White*, [1989] A.C. 398 (H.L.). In

d'évitement, la quatrième opération par laquelle elle a acquis sa participation dans la STIL II, était une opération indépendante et ne faisait pas partie d'une série d'opérations avec la Standard. Par conséquent, l'acquisition par l'appelante de la participation dans la STIL II ne pouvait être viciée par les opérations de la Standard.

[17] D'après le paragraphe 245(3), pour conclure qu'une opération est une opération d'évitement, il faut satisfaire à deux critères. Le premier est le critère des résultats. Ce critère exige que l'on détermine si un avantage fiscal découlerait d'une opération ou d'une série d'opérations, sans la RGAÉ. Le second est le critère de l'objet. Dans ce cas, l'accent est mis sur l'objet principal de l'opération, ou des opérations individuelles qui font partie de la série, selon le cas. Il n'est nécessaire d'examiner l'objet principal d'une opération ou de plusieurs opérations que si un avantage fiscal découlerait de l'opération ou de la série d'opérations.

Y avait-il une série d'opérations? Le cas échéant, quelles opérations faisaient partie de la série?

Série au sens de la common law

[18] Dans l'ouvrage *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 6^e éd. (Scarborough: Carswell, 2000), à la page 888, le professeur Krishna explique que, pour l'application de la RGAÉ, une série d'opérations:

[TRADUCTION] [...] s'entend de l'intégration d'étapes individuelles et distinctes en une opération composite. La jonction des étapes distinctes en une «série» découle de leur interdépendance et de la manière dont les opérations sont structurées. Par conséquent, nous devons déterminer: quand une série d'événements (par exemple A à B, puis B à C) peut-elle être considérée comme une seule opération composite, telle que A à C?

[19] Pour déterminer s'il existe une série au sens de l'alinéa 245(3)(b), il faut examiner à quel point les étapes ou opérations individuelles doivent être étroitement liées pour constituer une série. L'alinéa 245(3)(b) ne donne aucune indication sur l'étroitesse du lien ou du rapport qui doit exister pour que des opérations soient considérées comme constituant une série. Par ailleurs, il y a peu de jurisprudence canadienne à ce sujet. Toutefois, la Chambre des lords s'est penchée sur la question dans plusieurs arrêts au cours des années 1980, dont *Furniss v. Dawson*, [1984] A.C. 474 (C.L.); et

Craven v. White, Lord Oliver set out the approach at page 514:

As the law currently stands, the essentials emerging from *Furniss v. Dawson*, [1984] A.C. 474, appear to me to be four in number: (1) that the series of transactions was, at the time when the intermediate transaction was entered into, pre-ordained in order to produce a given result; (2) that that transaction had no other purpose than tax mitigation; (3) that there was at that time no practical likelihood that the preplanned events would not take place in the order ordained, so that the intermediate transaction was not even contemplated practically as having an independent life, and (4) that the pre-ordained events did in fact take place.

[20] In *Tax Avoidance: The General Anti-Avoidance Rule* (Toronto: Carswell, 1990), Professor Krishna summarizes the approach in the following words at page 69:

To summarize: a composite transaction is one in which, when the first transaction is implemented, *all of the essential features* (not just the general nature) of the second transaction are determined by persons who have the *firm intention and ability* to implement the second transaction. That is, at the time that A sells to B, C must be identified as a prospective purchaser and *all the main terms* of the sale agreed to in principle. Otherwise the transactions will be viewed as independent transactions and not necessarily part of a series. [Italic in original.]

[21] Besides the House of Lords' approach to defining what is meant by "series of transactions", academics and the U.S. courts have developed two other possible approaches. One is called the "mutual interdependence test" under which two or more transactions will constitute a series if the transactions are so interdependent that the legal relations created by one transaction would be meaningless without a completion of the series. The "end results test", adopted by some American courts, holds that purportedly separate transactions will be amalgamated as a single transaction when it appears that they were really component parts of a single transaction intended from the outset to be taken for the purpose of reaching the ultimate result. (See John Tiley, "Series of Transactions" in 1988 *Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference, Conference Report* (Toronto: Canadian Tax Foundation, 1989) 8:1, at pages 8:3 - 8:4).

Craven v. White, [1989] A.C. 398 (C.L.). Dans *Craven v. White*, lord Oliver a énoncé l'approche à la page 514:

[TRADUCTION] Dans l'état actuel du droit, les éléments essentiels qui ressortent de l'arrêt *Furniss v. Dawson*, [1984] A.C. 474, me semblent être au nombre de 4: (1) que la série d'opérations était, au moment où l'opération intermédiaire est intervenue, déterminée d'avance de manière à produire un résultat donné; (2) que l'opération n'avait d'autre but que la réduction des impôts; (3) qu'à ce moment-là il n'existait aucune probabilité pratique que les événements planifiés d'avance ne se produiraient pas dans l'ordre envisagé, de manière que l'opération intermédiaire n'était même pas envisagée pratiquement comme ayant une vie indépendante, et (4) que les événements préétablis ont effectivement eu lieu.

[20] Dans l'ouvrage *Tax Avoidance: The General Anti-Avoidance Rule* (Toronto: Carswell, 1990), le professeur Krishna résume l'approche comme suit à la page 69:

[TRADUCTION] Pour récapituler: une opération composite est une opération dans laquelle lorsque la première opération est mise en œuvre, *toutes les caractéristiques essentielles* (et non seulement la nature générale) de la deuxième opération sont déterminées par les personnes qui ont la *ferme intention et la capacité* de mettre en œuvre la deuxième opération. C'est-à-dire, qu'au moment où A vend à B, C doit être identifié comme un acheteur éventuel et *toutes les modalités essentielles* de la vente doivent être fixées en principe. Autrement dit, les opérations seront considérées comme indépendantes et comme ne faisant pas nécessairement partie d'une série. [Italique dans l'original.]

[21] Outre l'approche adoptée par la Chambre des lords pour définir ce que l'on entend par «série d'opérations», les auteurs et les tribunaux américains ont développé deux autres approches possibles. L'une s'appelle le «principe de l'interdépendance» au titre duquel deux ou plusieurs opérations constitueront une série d'opérations si elles sont si interdépendantes que les relations juridiques créées par une opération seraient inutiles sans la réalisation de la série. Selon le «principe du résultat final», adopté par certains tribunaux américains, des opérations censées distinctes seront intégrées en une seule opération s'il semble qu'elles constituaient effectivement des composantes d'une seule opération dont l'objet était, dès le début, d'atteindre le résultat ultime. (Voir John Tiley, «Series of Transactions» dans *Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference, 1988 Conference Report* (Toronto: L'Association canadienne d'études fiscales, 1989) 8:1, aux pages 8:3 et 8:4).

[22] In a paper relating to Information Circular 88-2 dealing with the GAAR, Michael Hiltz, at that time Director, Reorganizations and Non-Residents Division, Specialty Rulings Directorate, Revenue Canada, Taxation, appears to have accepted, in the absence of statutory alteration, the House of Lords' interpretation of "series of transactions". At page 7:7 of an article entitled "Section 245 of the *Income Tax Act*" in *Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference, 1988 Conference Report, supra*, (Toronto: Canadian Tax Foundation, 1989), he says:

The series itself would include a preliminary and a subsequent transaction only if, at the time the preliminary transaction is carried out, all important elements of the subsequent transaction are settled, and the subsequent transaction is eventually carried out.

[23] In an article entitled "A New and More Coherent Approach to Tax Avoidance" ((1988), 36 *Can. Tax J.* 1), David A. Dodge, then Senior Assistant Deputy Minister, Department of Finance, Ottawa, stated at page 15:

The step transaction doctrine, however, when completed by the business purpose test as suggested in *Burmah* and *Furniss v. Dawson*, represents a coherent and orthodox approach. For that reason, this doctrine has been included in proposed section 245 in the form suggested by these cases.

[24] In view of Mr. Dodge's express reference to *Furniss v. Dawson*, I think it may reasonably be inferred that Parliament, in enacting paragraph 245(3)(b), adopted the approach to a "series of transactions" developed by the House of Lords. For that reason, I do not think the "mutual interdependence" or "end results" tests are applicable and I would, subject to subsection 248(10), adopt the House of Lords approach. Thus, for there to be a series of transactions, each transaction in the series must be pre-ordained to produce a final result. Pre-ordination means that when the first transaction of the series is implemented, all essential features of the subsequent transaction or transactions are determined by persons who have the firm intention and ability to implement them. That is, there must be no practical likelihood that the subsequent transaction or transactions will not take place.

[22] Dans un article se rapportant à la circulaire d'information 88-2 portant sur la RGAÉ, Michael Hiltz, alors directeur, Division des réorganisations et des entreprises étrangères, Direction des décisions spécialisées, Revenu Canada Impôt, semble avoir accepté, en l'absence de modification législative, l'interprétation de l'expression «série d'opérations» avancée par la Chambre des lords. À la page 7:7 de l'article intitulé «Section 245 of the *Income Tax Act*» dans *Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference, 1988 Conference Report, supra*, il affirme:

[TRADUCTION] La série elle-même comprendrait une opération préliminaire et ultérieure seulement si, au moment de la réalisation de l'opération préliminaire, tous les éléments importants de l'opération ultérieure sont réglés, et l'opération ultérieure est éventuellement réalisée.

[23] Dans un article intitulé «A New and More Coherent Approach to Tax Avoidance» ((1988), 36 *Rev. fisc. can.* 1), David A. Dodge, alors sous-ministre adjoint principal, au ministère des Finances, à Ottawa, affirme à la page 15:

[TRADUCTION] Toutefois, la doctrine de l'opération étape par étape, lorsqu'elle est complétée par le critère de l'objet commercial comme il a été suggéré dans les arrêts *Burmah* et *Furniss v. Dawson*, représente une approche cohérente et orthodoxe. Pour cette raison, cette doctrine a été incorporée dans le projet d'article 245 de la manière suggérée par ces arrêts.

[24] Compte tenu de la mention expresse de l'arrêt *Furniss v. Dawson* par M. Dodge, je pense qu'on peut raisonnablement déduire qu'en édictant l'alinéa 245(3)(b) le Parlement avait adopté l'approche relative à une «série d'opérations» énoncée par la Chambre des lords. Pour cette raison, j'estime que les principes de «l'interdépendance» ou du «résultat final» ne sont pas applicables en l'espèce et j'adopterais, sous réserve du paragraphe 248(10), l'approche énoncée par la Chambre des lords. Ainsi, pour qu'il y ait une série d'opérations, chaque opération dans la série doit être déterminée d'avance pour produire un résultat final. Par détermination d'avance, on veut dire que lorsque la première opération de la série est réalisée, tous les éléments essentiels de l'opération ultérieure ou des opérations ultérieures sont déterminés par les personnes qui ont la ferme intention et la capacité de les réaliser. C'est-à-dire qu'il n'existe aucune probabilité pratique

[25] I have no difficulty concluding that the three Standard transactions were pre-ordained. All their essential features were planned by E&Y who, with court approval, had the intention and ability to implement them. They were implemented over a period of one week in October 1992. The result they were intended to produce was the transfer of the STIL II portfolio from Standard to the STIL II Partnership, which would be recorded by the partnership at Standard's cost, i.e. the price paid by the partnership to which was added Standard's loss, by reason of subsection 18(13) of the *Income Tax Act*. In other words, the intended result was the packaging of Standard's loss in a form that would be marketable to an arm's length purchaser. They clearly constituted a series under the House of Lords' definition.

[26] That then leaves the appellant's acquisition of its STIL II Partnership interest from Standard. This transaction was not completed until May 31, 1993 with the closing occurring on June 29, 1993. The appellant did not come on the scene until January 1993 and the negotiations leading to the transactions were "difficult". Under the House of Lords' definition, this fourth transaction would not be part of a series with the Standard transactions since the fourth transaction was not pre-ordained and was not practically certain to occur when the Standard transactions were implemented.

Subsection 248(10) Series

[27] Does subsection 248(10) change this conclusion? Subsection 248(10) provides:

248. . . .

(10) For the purposes of this Act, where there is a reference to a series of transactions or events, the series shall be deemed to include any related transactions or events completed in contemplation of the series.

[28] The subsection is not a model of clarity. Related transactions or events are not defined. Nor is the meaning of the term "completed in contemplation of the series"

que l'opération ultérieure ou les opérations ultérieures ne se réaliseront pas.

[25] Je n'ai aucune difficulté à conclure que les trois opérations de la Standard étaient déterminées d'avance. Tous les éléments essentiels ont été planifiés par E&Y qui, avec l'approbation de la cour, avait l'intention et la capacité de les réaliser. Ils ont été réalisés sur une période d'une semaine en octobre 1992. Le résultat auquel ils devaient aboutir était le transfert du portefeuille de STIL II de la Standard à la STIL II, lequel transfert serait enregistré par la société de personnes au coût de la Standard, c'est-à-dire le prix versé par la société de personnes majoré par la perte enregistrée par la Standard, en raison du paragraphe 18(13) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En d'autres termes, le résultat recherché était la réorganisation de la perte de la Standard de manière qu'elle fût vendable à un acheteur sans lien de dépendance. D'après la définition retenue par la Chambre des lords, ils constituaient effectivement une série.

[26] Cela laisse alors la question de l'acquisition par l'appelante de sa participation dans la société de personnes STIL II des mains de la Standard. Cette opération n'a été conclue que le 31 mai 1993 et finalisée le 29 juin 1993. L'appelante n'est apparue sur la scène qu'en janvier 1993 et les négociations menant à la conclusion des opérations étaient «difficiles». D'après la définition retenue par la Chambre des lords, cette quatrième opération ne ferait pas partie d'une série avec les opérations de la Standard puisque la quatrième opération n'était pas déterminée d'avance et il n'était pas pratiquement certain qu'elle allait se réaliser lorsque les opérations de la Standard ont été réalisées.

Série au sens du paragraphe 248(10)

[27] Le paragraphe 248(10) modifie-t-il cette conclusion? Il prévoit:

248. [. . .]

(10) Pour l'application de la présente loi, la mention d'une série d'opérations ou d'événements vaut mention des opérations et événements liés terminés en vue de réaliser la série.

[28] Cette disposition n'est pas un modèle de clarté. Les opérations ou événements liés ne sont pas définis. Le membre de phrase «terminés en vue de réaliser la

clear. On the one hand, subsection 248(10) might simply be a statutory codification of the House of Lords definition of “series of transactions”. Under this interpretation, “related transactions or events completed in contemplation of the series” would be the pre-ordained transactions which are practically certain to occur and which eventually do occur.

[29] A broader interpretation would include in the series, transactions that would not fall within the House of Lords’ test for series. Under this approach, an independent transaction would be deemed to be included in the series for purposes of subsection 248(10) if it is related to the transactions in the common law series and if it is completed in contemplation of the common law series.

[30] Had subsection 248(10) been a definition provision, I would be more inclined to the view that it might be a codification of the House of Lords’ test for series. The subsection was enacted just about two years after the House of Lords’ decision in *Furniss v. Dawson*, and the Technical Note (1985 T.N.) accompanying the subsection states it is only a clarifying provision:

New subsection 248(10) clarifies that a reference in the Act to a series of transactions or events includes any related transaction or event completed in contemplation of the series. [Emphasis added.]

Indeed, in his article in 1988, Mr. Dodge refers to the *Furniss v. Dawson* doctrine being included in the proposed section 245 in the form suggested by that case.

[31] However, the term “any related transaction or event completed in contemplation of the series” would seem to carry a wider connotation than pre-ordained transactions.

[32] Another reason supporting a broader interpretation is that, when section 245 was enacted on September 13, 1988, a “grandfather” provision was included pertaining to subsection 248(10). Section 245 was to be applicable to transactions entered into on or after September 13,

série» n’est pas clair non plus. D’une part, le paragraphe 248(10) pourrait constituer simplement une codification législative de la définition de l’expression «série d’opérations» retenue par la Chambre des lords. D’après cette interprétation, le membre de phrase «opérations et événements liés terminés en vue de réaliser la série» viserait les opérations déterminées d’avance dont la réalisation est pratiquement certaine et qui se réalisent éventuellement.

[29] Une interprétation plus large inclurait des opérations qui ne tomberaient pas sous le coup du critère relatif à la série retenu par la Chambre des lords. D’après cette approche, une opération indépendante serait réputée faire partie de la série pour l’application du paragraphe 248(10) si elle est liée aux opérations faisant partie de la série au sens de la common law et si elle est terminée en vue de réaliser cette série.

[30] Si le paragraphe 248(10) avait été une disposition définitoire, j’aurais été plus porté à considérer qu’il constituerait une codification du critère relatif à la série retenu par la Chambre des lords. Ce paragraphe a été édicté à peu près deux ans après la décision de la Chambre des lords dans l’affaire *Furniss v. Dawson*, et la note technique (N.T. 1985) accompagnant ce paragraphe affirme qu’il ne s’agit que d’une disposition de clarification:

[TRADUCTION] Le nouveau paragraphe 248(10) de la loi indique qu’une série d’opérations ou d’événements, lorsqu’il en est fait mention dans la loi, est réputée comprendre les opérations et événements liés accomplis en vue de réaliser la série. [Non souligné dans l’original.]

En effet, dans son article de 1988, M. Dodge mentionne que la doctrine de l’arrêt *Furniss v. Dawson* avait été incorporée à l’article 245 de la façon suggérée par cet arrêt.

[31] Toutefois, le membre de phrase «des opérations et événements liés terminés en vue de réaliser la série» semble avoir une portée plus large que les opérations déterminées d’avance.

[32] Une autre raison qui vient appuyer une interprétation plus large est que, lorsque l’article 245 a été édicté le 13 septembre 1988, une clause des droits acquis a été incluse concernant le paragraphe 248(10). L’article 245 devait s’appliquer aux opérations conclues

1988, other than transactions that were part of a series determined without reference to subsection 248(10) commencing before September 13, 1988 and completed before 1989. Subsection 185(2) of S.C. 1988, c. 55, *An Act to amend the Income Tax Act, the Canada Pension Plan, the Unemployment Insurance Act, 1971, the Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Federal Post-Secondary Education and Health Contributions Act, 1977 and certain related Acts* which enacted the GAAR, provided in relevant part:

185. . . .

(2) Subsection (1) [section 245] is applicable with respect to transactions entered into on or after the day on which this Act is assented to other than

(a) transactions that are part of a series of transactions, determined without reference to subsection 248(10) of the said Act, commencing before the day on which this Act is assented to and completed before 1989; or

John Tiley, *supra*, notes that subsection 248(10) was intended to widen the scope of the term “series”. Otherwise, what reason would there be for the “grandfather clause”? Tiley states at page 8:5:

Subsection 248(10) remains important not just because of what it does or does not bring in, but because of what it says about the draftsman’s understanding of the term “series”. The subsection is intended to widen the scope of this concept—why else put the grandfather clause in? This suggests that the concept of “series” is not itself wide enough to catch a related but contemplated transaction. If so, some greater degree of predictability is needed for the second step to be a part of the series of transactions. But what degree is required? Revenue Canada gives a very narrow interpretation to “series,” and so allows subsection 248(10) considerable scope.

[33] Finally, subsection 248(10) is a deeming provision. A deeming provision imports into a term a meaning that the term would not otherwise convey. It normally plays a function of enlargement. In *R. v. Verrette*, [1978] 2 S.C.R. 838, Beetz J. explained at pages 845-846:

A deeming provision is a statutory fiction; as a rule it implicitly admits that a thing is not what it is deemed to be but decrees that for some particular purpose it shall be taken as if it were that thing although it is not or there is doubt as to whether it is. A deeming provision artificially imports into a word or an

au 13 septembre 1988 ou après cette date, à l’exclusion de celles qui font partie d’une série d’opérations — abstraction faite du paragraphe 248(10) — commençant avant cette date et terminée avant 1989. Le paragraphe 185(2) de la L.C. 1988, ch. 55, *Loi modifiant la Loi de l’impôt sur le revenu, le Régime de pensions du Canada, la Loi de 1971 sur l’assurance-chômage, la Loi de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur les contributions fédérales en matière d’enseignement postsecondaire et de santé et certaines lois connexes* qui a édicté la RGAÉ, prévoyait notamment:

185. [. . .]

(2) Le paragraphe (1) [article 245] s’applique aux opérations conclues à la date de sanction de la présente loi ou après cette date, à l’exclusion:

a) de celles qui font partie d’une série d’opérations— abstraction faite du paragraphe 248(10) de la même loi— commençant avant cette date et terminée avant 1989;

John Tiley, précité, fait remarquer que le paragraphe 248(10) avait pour objet d’élargir la portée du mot «série». Sinon, quelle serait la justification de la «clause des droits acquis»? Il affirme à la page 8:5:

[TRADUCTION] Le paragraphe 248(10) demeure important non seulement pour ce qu’il apporte ou n’apporte pas, mais en raison de ce qu’il dit de la compréhension par le rédacteur du mot «série». Le paragraphe a pour objet d’élargir la portée du concept, sinon pourquoi y inclure la clause des droits acquis? Cela laisse entendre que le concept de «série» n’est pas en soi suffisamment large pour englober une opération liée mais envisagée. Si tel est le cas, il faut un degré de prévisibilité plus grand pour que la deuxième étape fasse partie de la série d’opérations. Mais, quel degré est nécessaire? Revenu Canada donne une interprétation très étroite au mot «série» et accorde ainsi une portée large au paragraphe 248(10).

[33] Enfin, le paragraphe 248(10) est une disposition déterminative, c’est-à-dire une disposition qui donne à un mot un sens autre que celui qu’on lui reconnaît. Normalement, elle a une fonction d’élargissement. Dans l’arrêt *R. c. Verrette*, [1978] 2 R.C.S. 838, le juge Beetz a expliqué aux pages 845 et 846:

Une disposition déterminative est une fiction légale; elle reconnaît implicitement qu’une chose n’est pas ce qu’elle est censée être, mais décrète qu’à des fins particulières, elle sera considérée comme étant ce qu’elle n’est pas ou ne semble pas être. Par cet artifice, une disposition déterminative donne à un

expression an additional meaning which they would not otherwise convey beside the normal meaning which they retain where they are used; it plays a function of enlargement analogous to the word “includes” in certain definitions; however, “includes” would be logically inappropriate and would sound unreal because of the fictional aspect of the provision. Thus, a scantily dressed person is not really nude; but if under certain conditions that person is deemed to be nude in a provision prohibiting nudity, the word “nude” keeps its ordinary meaning which at the same time is extended to something which is not nudity.

The deeming nature of subsection 248(10) implies an enlargement of the common law series.

[34] For all the above reasons, I am of the opinion that subsection 248(10) broadens the meaning of series from that defined by the House of Lords.

[35] Subsection 248(10) requires three things: first, a series of transactions within the common law meaning; second, a transaction related to that series; and third, the completion of the related transaction in contemplation of that series.

[36] Thus, before applying subsection 248(10), “series” must be construed according to its common law meaning, which I have found to be pre-ordained transactions which are practically certain to occur. To that is added “any related transactions or events completed in contemplation of the series”. Subsection 248(10) does not require that the related transaction be pre-ordained. Nor does it say when the related transaction must be completed. As long as the transaction has some connection with the common law series, it will, if it was completed in contemplation of the common law series, be included in the series by reason of the deeming effect of subsection 248(10). Whether the related transaction is completed in contemplation of the common law series requires an assessment of whether the parties to the transaction knew of the common law series, such that it could be said that they took it into account when deciding to complete the transaction. If so, the transaction can be said to be completed in contemplation of the common law series.

[37] The appellant says that because of the difference in wording between subsection 248(10) “series of

mot ou à une expression un sens autre que celui qu’on leur reconnaît habituellement et qu’il conserve là où on l’utilise; elle étend la portée de ce mot ou de cette expression comme le mot «comprend» dans certaines définitions; cependant, en toute logique, le verbe «comprend» n’est pas adéquat et sonne faux parce que la disposition crée une fiction. Ainsi, une personne peu vêtue n’est pas vraiment nue; mais si une disposition interdisant la nudité prévoit dans certaines conditions que cette personne est censée être nue, le mot «nu» conserve son sens habituel qui s’étend en même temps à quelque chose qui n’est pas la nudité.

La nature déterminative du paragraphe 248(10) implique un élargissement de la série au sens de la common law.

[34] Pour tous les motifs qui précèdent, je suis d’avis que le paragraphe 248(10) élargit le sens du mot série au-delà de la définition donnée par la Chambre des lords.

[35] Le paragraphe 248(10) exige trois choses: d’abord, une série d’opérations au sens de la common law; ensuite, une opération liée à cette série; enfin, que l’opération liée soit terminée en vue de réaliser la série.

[36] Ainsi, avant d’appliquer le paragraphe 248(10), le terme «série» doit être interprété selon son sens en common law, lequel ai-je conclu, vise les opérations déterminées d’avance et dont la réalisation est pratiquement certaine. À cela, on ajoute «[d]es opérations et événements liés terminés en vue de réaliser la série». Le paragraphe 248(10) n’exige pas que l’opération liée soit déterminée d’avance. Il ne précise pas non plus quand l’opération liée doit être terminée. Dès lors que l’opération a quelque lien avec la série au sens de la common law, elle fera partie, si elle a été terminée en vue de réaliser une série au sens de la common law, de la série en raison de l’effet déterminatif du paragraphe 248(10). Pour déterminer si l’opération liée est terminée en vue de réaliser une série au sens de la common law, il faut décider si les parties à l’opération étaient au courant de la série au sens de la common law, de façon qu’on puisse dire qu’elles en avaient tenu compte lorsqu’elles ont décidé de terminer l’opération. Le cas échéant, on peut dire que l’opération a été terminée en vue de réaliser une série au sens de la common law.

[37] L’appelante affirme qu’en raison de la différence entre le libellé du paragraphe 248(10): «série

transactions or events” and subsection 245(2) and paragraph 245(3)(b) “series of transactions”, subsection 248(10) has no relevance. However, I read subsection 248(10) to apply whether a series is a series of transactions, a series of events, or a series of transactions and events. In addition, as the respondent has pointed out, subsection 245(1) defines “transaction” as including an arrangement or event. Accordingly, series of transactions in subsection 245(2) and paragraph 245(3)(b) must be read as including “series of transactions or events”.

[38] The Standard series resulted in the creation of the STIL II Partnership and the transfer of the STIL II portfolio to the partnership, with a cost base in the assets of the partnership that would include Standard’s loss. It was that cost base that would accrue to the appellant upon its acquisition of its partnership interest and give rise to the loss that would be available to it at the end of the partnership’s 1993 taxation year. The preamble to the Agreement of Purchase and Sale of the partnership interest, dated May 31, 1993, makes it clear that the appellant was aware of the series of Standard transactions and that they were fundamental to the appellant acquiring its partnership interest. It reads in part:

WHEREAS:

...

(B) The Vendor [Standard] and the Remaining Partner [1004568 Ontario Inc.] entered into the Partnership Agreement on October 23, 1992 to form STIL Partnership II;

...

(D) Pursuant to the Asset Contribution Agreement, the Vendor has transferred to STIL Partnership II certain assets, including the mortgages [the STIL II portfolio];

For these reasons, the appellant’s acquisition of its STIL II Partnership interest was connected to the series of Standard transactions. Standard, in liquidation, and the appellant, the parties to the acquisition transaction, knew of the Standard series and took it into account when deciding to complete the acquisition transaction. Therefore, the appellant’s acquisition of its STIL II

d’opérations ou d’événements» et du paragraphe 245(2) et de l’alinéa 245(3)b): «série d’opérations», le paragraphe 248(10) n’a aucune pertinence. Toutefois, suivant l’interprétation que j’en fais, le paragraphe 248(10) s’applique qu’une série soit une série d’opérations, une série d’événements, ou une série d’opérations et d’événements. En outre, comme l’intimée l’a souligné, le paragraphe 245(1) définit «opération» comme englobant un arrangement ou un événement. En conséquence, l’expression série d’opérations au paragraphe 245(2) et à l’alinéa 245(3)b) doit être interprétée comme englobant une «série d’opérations ou d’événements».

[38] La série d’opérations de la Standard a donné lieu à la création de la société de personnes STIL II et au transfert du portefeuille de STIL II à la société de personnes, avec un prix de base pour les actifs de la société de personnes qui inclurait la perte de la Standard. C’est ce prix de base qui reviendrait à l’appelante lors de l’acquisition de sa participation dans la société de personnes et entraînerait la perte dont elle pourrait se prévaloir à la fin de l’année d’imposition de la société de personnes de 1993. Le préambule du contrat de vente de la participation dans la société de personnes, portant la date du 31 mai 1993, fait clairement ressortir que l’appelante était au courant de la série d’opérations de la Standard et qu’elle constituait une condition fondamentale de l’acquisition par l’appelante de sa participation dans la société de personnes. Il déclare:

ATTENDU:

[. . .]

(B) Que le vendeur [Standard] et l’associé restant [1004568 Ontario Inc.] ont conclu un contrat de société le 23 octobre 1992 en vue de constituer la STIL Partnership II;

[. . .]

(D) En conformité avec le contrat d’apport d’actifs, le vendeur a transféré à la STIL Partnership II certains éléments d’actif, y compris les hypothèques [le portefeuille de STIL II];

Pour ces motifs, l’acquisition par l’appelante de sa participation dans la STIL II était liée à la série d’opérations de la Standard. La Standard, en liquidation, et l’appelante, les parties à l’opération d’acquisition, étaient au courant de la série d’opérations de la Standard et en avaient tenu compte lorsqu’elles ont décidé de terminer l’opération d’acquisition. Donc, l’acquisition

Partnership interest was a transaction that was related to the Standard series and was completed in contemplation of that series.

[39] Applying the deeming effect of subsection 248(10), I conclude that, for purposes of subsection 245(3)(b), the series included the Standard series and the acquisition transaction.

Did a tax benefit result from the series?

[40] The Tax Court Judge's avoidance transaction analysis dealt only with the Standard transactions. At paragraph 50 of his reasons he concludes:

I find that the primary purpose for which E&Y entered into the series of transactions whereby 1004568 was incorporated, STIL II was formed, and the portfolio was transferred to it by the liquidator, was to obtain the tax benefit.

[41] The appellant says that it was not a participant in the Standard transactions and Standard did not obtain a tax benefit from them. However, I see no words in subsection 245(3) that express or imply that the person who obtains the tax benefit must necessarily have been the person that undertook or arranged the transaction in question. I think this interpretation is consistent with the scheme of section 245 which does not, in any of its subsections, link the obtaining of a tax benefit to the person or persons undertaking or arranging the transactions. In particular, subsection 245(2) speaks of the tax consequences to a person without identifying who the person is, other than that the tax benefit to that person would have resulted, directly or indirectly, from an avoidance transaction or from a series of transactions that includes the avoidance transaction. Simply put, subsection 245(3) does not say that the person who undertakes or arranges the transaction must be the one who obtains the tax benefit.

[42] However, that conclusion does not fully deal with the appellant's argument. I have no difficulty accepting that the Standard transactions were part of a plan whereby a tax benefit could be obtained by an arm's length purchaser of Standard's STIL II Partnership interest. That was their purpose. However, they did not result in a tax benefit themselves. The incorporation of 1004568 Ontario Limited and the formation of the STIL II Partnership had no relevant tax consequences. Nor is

par l'appelante de sa participation dans la STIL II était une opération qui était liée à la série d'opérations de la Standard et avait été terminée en vue de réaliser cette série.

[39] En appliquant l'effet déterminatif du paragraphe 248(10), je conclus que, pour l'application de l'alinéa 245(3)b, la série englobe la série d'opérations de la Standard et l'opération d'acquisition.

La série a-t-elle entraîné un avantage fiscal?

[40] L'analyse de l'opération d'évitement faite par le juge de la Cour de l'impôt s'est limitée aux opérations de la Standard. Au paragraphe 50 de ses motifs, il conclut:

Je conclus que la série d'opérations consistant dans la constitution de la 1004568, dans la création de la STIL II et dans le transfert du portefeuille à cette dernière par le liquidateur a été menée par E&Y principalement dans le but d'obtenir l'avantage fiscal.

[41] L'appelante affirme qu'elle n'a pas participé aux opérations de la Standard et celle-ci n'en a tiré aucun avantage fiscal. Cependant, je ne vois aucun mot au paragraphe 245(3) qui dit expressément ou implicitement que la personne qui obtient l'avantage fiscal doit nécessairement avoir été celle qui a effectué l'opération. Je pense que cette interprétation est conforme à l'économie de l'article 245 dont aucun des paragraphes ne lie l'obtention d'un avantage fiscal à la personne ou aux personnes qui effectuent les opérations. En particulier, le paragraphe 245(2) parle des attributs fiscaux d'une personne sans identifier la personne, sauf pour dire que l'avantage fiscal tiré par cette personne aurait découlé, directement ou indirectement, d'une opération d'évitement ou d'une série d'opérations dont cette opération fait partie. En termes simples, le paragraphe 245(3) ne dit pas que la personne qui effectue l'opération doit être celle qui en tire l'avantage fiscal.

[42] Cependant, cette conclusion n'évacue pas totalement l'argument de l'appelante. Je n'ai aucune difficulté à accepter que les opérations de la Standard faisaient partie d'un plan par lequel un avantage fiscal pourrait être obtenu par un acheteur sans lien de dépendance de la participation de la Standard dans la société de personnes STIL II. C'était là leur objet. Toutefois, elles n'ont entraîné aucun avantage fiscal en tant que tel. La constitution de la 1004568 Ontario

there any suggestion that a tax benefit resulted from the transfer of the STIL II portfolio from Standard to the STIL II Partnership. At the conclusion of these three transactions, there was no tax benefit resulting to Standard or the appellant. If the appellant's acquisition of its STIL II Partnership interest was not part of the series with the Standard transactions, I think the purpose of the Standard transactions would be irrelevant because they did not result in a tax benefit and they would simply not be avoidance transactions.

[43] However, the appellant does not deny that a tax benefit resulted from its acquisition of its STIL II Partnership interest, i.e. the tax saving from claiming the loss originating with Standard. By reason of paragraph 96(1)(g) of the *Income Tax Act*, by its acquisition of the STIL II Partnership interest, the appellant became entitled to share in the partnership's loss. Paragraph 96(1)(g) provides:

96. (1) Where a taxpayer is a member of a partnership, the taxpayer's income, non-capital loss, net capital loss, restricted farm loss and farm loss, if any, for a taxation year, or the taxpayer's taxable income earned in Canada for a taxation year, as the case may be, shall be computed as if

...

(g) the amount, if any, by which

(i) the loss of the partnership for a taxation year from any source or sources in a particular place,

exceeds

(ii) in the case of a specified member (within the meaning of the definition "specified member" in subsection 248(1) if that definition were read without reference to paragraph (b) thereof) of the partnership in the year, the amount, if any, deducted by the partnership by virtue of section 37 in calculating its income for the taxation year from that source or sources in the particular place, as the case may be, and

(iii) in any other case, nil

were the loss of the taxpayer from that source or from sources in that particular place, as the case may be, for the taxation year of the taxpayer in which the partnership's taxation year ends, to the extent of the taxpayer's share thereof.

Limited et la création de la STIL II n'avaient aucune conséquence fiscale pertinente. Rien n'indique non plus qu'un avantage fiscal a découlé du transfert du portefeuille de STIL II de la Standard à la STIL II. À la conclusion de ces trois opérations, la Standard ou l'appelante n'en a tiré aucun avantage fiscal. Si l'acquisition par l'appelante de sa participation dans la STIL II ne faisait pas partie de la série avec les opérations de la Standard, je pense que l'objet des opérations de la Standard ne serait pas pertinent parce qu'elles n'ont entraîné aucun avantage fiscal et ne constitueraient tout simplement pas des opérations d'évitement.

[43] Toutefois, l'appelante ne nie pas que son acquisition de sa participation dans la STIL II a donné lieu à un avantage fiscal, c'est-à-dire l'économie d'impôt résultant de la déduction de la perte provenant de la Standard. Du fait de l'alinéa 96(1)g) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et en raison de son acquisition de sa participation dans la STIL II, l'appelante a acquis le droit à une partie de la perte de la société de personnes. L'alinéa 96(1)g) prévoit:

96. (1) Lorsqu'un contribuable est un associé d'une société de personnes, son revenu, le montant de sa perte autre qu'une perte en capital, de sa perte en capital nette, de sa perte agricole restreinte et de sa perte agricole, pour une année d'imposition, ou son revenu imposable gagné au Canada pour une année d'imposition, selon le cas, est calculé comme si:

[. . .]

g) la perte du contribuable — à concurrence de la part dont il est tenu — résultant d'une source ou de sources situées dans un endroit donné, pour l'année d'imposition du contribuable au cours de laquelle l'année d'imposition de la société de personnes se termine, équivalait à l'excédent éventuel:

(i) de la perte de la société de personnes, pour une année d'imposition, résultant de cette source ou de ces sources, sur:

(ii) dans le cas d'un associé déterminé (au sens de la définition d'«associé déterminé» figurant au paragraphe 248(1), mais compte non tenu de l'alinéa b) de celle-ci) de la société de personnes au cours de l'année, le montant déduit par la société de personnes en application de l'article 37 dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition provenant de cette source ou de ces sources

(iii) dans les autres cas, zéro.

[44] Therefore, the acquisition of its STIL II Partnership interest resulted in a tax benefit to the appellant. As that transaction was part of a series with the Standard transactions, the series resulted in a tax benefit to the appellant.

What was the primary purpose of the transactions in the series?

[45] Once it is determined that a series of transactions results in a tax benefit, any transaction that is part of the series may be found to be an avoidance transaction. The question is the primary purpose of each of the transactions in the series. If the primary purpose of any transaction is to obtain the tax benefit, it is an avoidance transaction.

[46] The words “may reasonably be considered to have been undertaken or arranged” in subsection 245(3) indicate that the primary purpose test is an objective one. Therefore the focus will be on the relevant facts and circumstances and not on statements of intention. It is also apparent that the primary purpose is to be determined at the time the transactions in question were undertaken. It is not a hindsight assessment, taking into account facts and circumstances that took place after the transactions were undertaken.

[47] The Tax Court Judge found the primary purpose of the three Standard transactions to be to obtain the tax benefit. He conducted an extensive analysis of the evidence of the purpose of these transactions. He rejected the E&Y evidence that the primary purpose of these transactions was to enhance the value of the STIL II portfolio and to provide greater flexibility in dealing with the assets of Standard. These are findings of fact by the Tax Court Judge and I can see no error in them. Indeed, I agree with his analysis and conclusion. Each of the three Standard transactions was undertaken primarily to obtain the tax benefit. Each was therefore an avoidance transaction.

[48] In view of this conclusion respecting the Standard transactions, it appears the Tax Court Judge did not

[44] Par conséquent, l’acquisition de sa participation dans la STIL II a entraîné un avantage fiscal pour l’appelante. Cette opération faisant partie d’une série avec les opérations de la Standard, la série a donné lieu à un avantage fiscal au profit de l’appelante.

Quel était l’objet principal des opérations faisant partie de la série?

[45] Une fois qu’il est reconnu qu’une série d’opérations a donné lieu à un avantage fiscal, on peut conclure que toute opération faisant partie de la série est une opération d’évitement. La question qui se pose alors est de déterminer l’objet principal de chaque opération faisant partie de la série. L’opération dont l’objet principal est d’obtenir l’avantage fiscal est une opération d’évitement.

[46] Le membre de phrase «il est raisonnable de considérer que l’opération est principalement effectuée pour» au paragraphe 245(3) indique que le critère de l’objet principal est un critère objectif. Par conséquent, l’accent sera mis sur les faits et les circonstances pertinentes et non sur les déclarations d’intention. Il est également évident que l’objet principal doit être déterminé au moment où les opérations en question ont été effectuées. Il ne s’agit pas d’une évaluation rétrospective, qui tiendrait compte de faits et de circonstances survenus après que les opérations ont été effectuées.

[47] Le juge de la Cour de l’impôt a conclu que l’objet principal des trois opérations de la Standard était l’obtention d’un avantage fiscal. Il a effectué une analyse fouillée de la preuve de l’objet de ces opérations. Il a rejeté le témoignage de E&Y selon lequel le principal objet de ces opérations était d’accroître la valeur du portefeuille de STIL II et d’assurer une plus grande souplesse dans la réalisation des actifs de la Standard. Il s’agit là de conclusions de fait tirées par le juge de la Cour de l’impôt et elles ne sont entachées d’aucune erreur à mon sens. En fait, je souscris à son analyse et à sa conclusion. Chacune des trois opérations de la Standard a été effectuée principalement en vue d’obtenir l’avantage fiscal. Chacune était donc une opération d’évitement.

[48] Compte tenu de cette conclusion concernant les opérations de la Standard, il semble que le juge de la

consider it necessary to determine whether the appellant's acquisition of its STIL II Partnership interest was also an avoidance transaction. However, in my respectful opinion, it is normally necessary to analyse the primary purpose of all the relevant transactions. The reason is that the analysis under subsection 245(4) involves assessing whether an avoidance transaction would result in a misuse or an abuse of provisions of the Act. It may be that some avoidance transactions in a series would not result in a misuse or abuse. Therefore, it is necessary to review all the relevant transactions to determine which ones are avoidance transactions, in order for the analysis under subsection 245(4) to be complete. Accordingly, an assessment of whether the appellant's acquisition of its STIL II Partnership interest was an avoidance transaction must be undertaken.

[49] On the evidence here, there is no doubt that there were both business and tax benefit purposes to the acquisition transaction. As the appellant has pointed out, it was in the business of acquiring, arranging and improving distressed properties; it conducted considerable due diligence at significant expense to enable it to determine the commercial potential of the STIL II portfolio and then to negotiate the acquisition of Standard's STIL II Partnership interest on terms which would afford it the opportunity to realize a profit from the management and disposition of the portfolio. The appellant therefore had a *bona fide* business purpose in acquiring the STIL II Partnership interest from Standard. However, the transaction gave the appellant access to expected tax losses of some \$52 million that originated with Standard. Therefore, obtaining the tax benefit was also a purpose for the appellant's acquisition of the STIL II Partnership interest. The question still remains therefore whether the primary purpose for the acquisition of the Partnership interest was the business purpose or the tax benefit purpose.

[50] The evidence indicates that at the time of the appellant's acquisition of the STIL II Partnership interest, the proceeds of disposition of mortgaged properties were anticipated to be in the range of about \$40 million. Under

Cour de l'impôt n'a pas jugé qu'il était nécessaire de déterminer si l'acquisition par l'appelante de sa participation dans la STIL II constituait également une opération d'évitement. Toutefois, à mon humble avis, il est normalement nécessaire d'analyser le principal objet de toutes les opérations pertinentes. Il en est ainsi parce que l'analyse effectuée sous le régime du paragraphe 245(4) doit déterminer si une opération d'évitement donnerait lieu à un abus dans l'application des dispositions de la Loi. Il se pourrait que certaines opérations d'évitement faisant partie de la série ne donnent pas lieu à un abus. Par conséquent, il est nécessaire d'examiner toutes les opérations pertinentes pour déterminer lesquelles sont des opérations d'évitement, afin que l'analyse effectuée sous le régime du paragraphe 245(4) soit complète. En conséquence, il faut déterminer si l'acquisition par l'appelante de sa participation dans la STIL II constituait une opération d'évitement.

[49] D'après la preuve dont la Cour est saisie, il ne fait aucun doute que l'opération d'acquisition avait à la fois un objet commercial et un objet d'avantage fiscal. Comme l'a souligné l'appelante, elle avait pour activité d'acquérir, de réaménager et d'améliorer des biens saisis; elle a exercé une diligence raisonnable et des frais considérables pour lui permettre de déterminer le potentiel commercial du portefeuille de STIL II et puis de négocier l'acquisition de la participation de la Standard dans la STIL II selon les modalités qui lui donneraient l'occasion de réaliser un profit de la gestion et de la disposition du portefeuille. L'appelante avait donc un objet commercial véritable dans l'acquisition de la participation dans la STIL II de la Standard. Cependant, l'opération a donné à l'appelante accès à des pertes fiscales éventuelles de l'ordre de 52 millions de dollars qui provenaient de la Standard. Par conséquent, l'acquisition par l'appelante de la participation dans la STIL II avait notamment pour objet l'obtention de l'avantage fiscal. La question demeure toujours de savoir si l'objet principal de l'acquisition de la participation dans la société de personnes était commercial ou encore était l'obtention d'un avantage fiscal.

[50] La preuve indique qu'au moment de l'acquisition par l'appelante de la participation dans la STIL II, le produit anticipé de la disposition des biens hypothéqués était de l'ordre de 40 millions de dollars. Selon la

the earn-out formula, earnings of about \$6 million before sales costs could be anticipated from the dispositions. Operating income was projected to be about \$1 million.

[51] The significant disparity between the potential tax benefit to the appellant of about \$52 million and expected returns from the operation and disposition of the STIL II portfolio strongly suggests that the appellant's acquisition of Standard's 99% interest in the STIL II Partnership was not undertaken primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit.

[52] This conclusion is supported by the fact that by sale prearranged at the time it acquired Standard's interest in the STIL II Partnership, the appellant sold its STIL II Partnership interest to SRMP. In return, it received \$3,850,000 from the other SRMP partners and retained a 24% interest in the SRMP Partnership. However, by reason of an incentive fee built into the SRMP partnership agreement, the appellant actually retained an entitlement to 81% of SRMP's income from the STIL II Partnership. In addition, the appellant was entitled to a \$250,000 per year management fee from the STIL II Partnership.

[53] What did its SRMP partners expect to receive for their investment and 76% interest in SRMP? They would receive only 19% of the income SRMP received from the STIL II Partnership, diluted by the management fee payable to the appellant by STIL II before distribution of income to SRMP. There is no indication the SRMP partners were involved in, or knowledgeable about, the rehabilitation and disposition of distressed mortgages. On the other hand, they would receive 76% of the tax benefit accruing to SRMP. I think it is a fair inference that the SRMP partners, other than the appellant, did not invest in SRMP to participate in the rehabilitation and sale of distressed mortgage properties. Rather, I think it is apparent from the documentation that their interest was to obtain their share of the tax benefit, that is, some \$40 million in potential deductions.

formule de contrepartie conditionnelle, on pouvait s'attendre à des revenus d'environ 6 millions de dollars des dispositions avant les coûts de vente. Le bénéfice d'exploitation projeté était d'environ un million de dollars.

[51] L'importante disparité entre l'avantage fiscal potentiel d'environ 52 millions de dollars qui reviendrait à l'appelante et le bénéfice anticipé de l'exploitation et de la disposition du portefeuille de STIL II laisse fortement entendre que l'acquisition par l'appelante de la participation de 99 p. 100 de la Standard dans la STIL II n'avait pas été principalement effectuée pour des objets véritables — l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable.

[52] Cette conclusion est étayée par le fait que par une vente conclue d'avance au moment où elle a acquis la participation de la Standard dans la STIL II, l'appelante a vendu sa participation dans la STIL II à la SRMP. En contrepartie, elle a reçu 3 850 000 \$ des autres associés dans la SRMP et a conservé une participation de 24 p. 100 dans la société de personnes SRMP. Cependant, en raison d'une prime d'incitation incorporée dans le contrat de société de la SRMP, l'appelante a effectivement retenu le droit à 81 p. 100 du revenu que la SRMP tirait de la STIL II. En outre, elle avait le droit de recevoir des honoraires de gestion de 250 000 \$ par année de la STIL II.

[53] Que s'attendaient de recevoir ses associés dans la SRMP en contrepartie de leur investissement et de leur participation de 76 p. 100 dans la SRMP? Ils ne recevraient que 19 p. 100 du revenu de la SRMP provenant de la STIL II, dilué par les honoraires de gestion payables à l'appelante par la STIL II avant la répartition du revenu à la SRMP. Rien n'indique que les associés de la SRMP participaient dans la remise à neuf et la disposition des biens hypothéqués saisis, ni qu'ils en avaient l'expertise. D'autre part, ils recevraient 76 p. 100 de l'avantage fiscal qui reviendrait à la SRMP. J'estime qu'il est juste d'inférer que les associés de la SRMP, autres que l'appelante, n'ont pas investi dans la SRMP en vue de participer à la remise à neuf et à la vente de biens hypothécaires saisis. J'estime plutôt qu'il ressort de la documentation qu'ils étaient intéressés à obtenir leur part de l'avantage fiscal, c'est-à-dire quelque 40 millions de dollars en déductions potentielles.

[54] The appellant made no secret of the close relationship between its acquisition of the STIL II Partnership interest and the SRMP transaction. Without the availability of the tax benefit to the SRMP partners, the SRMP transaction would not have occurred. I think therefore, notwithstanding its business purpose in acquiring the Standard STIL II Partnership interest, that was not the primary purpose for which the transaction was undertaken. Its primary purpose was to obtain a tax benefit for itself and to assign to its SRMP partners that portion of the tax benefit it did not require for its own purposes, in consideration for a substantial cash payment and other consideration from those partners.

[55] Nonetheless, the appellant says that the transaction to acquire the STIL II Partnership interest from Standard was not conditional on it having access to the tax losses. It was only contingently liable to pay for the tax losses if they were deductible by it. If I understand this argument, it is that since the business aspect of the transaction is binding but the tax aspect is contingent, if the tax benefit is denied, all that would be left of the transaction is the business aspect and therefore the business purpose must be primary.

[56] Although initially attractive, I do not believe that the appellant's argument leads to a reasonable result. Following the argument to its logical conclusion, the contingent nature of the taxable benefit would have the practical effect of precluding the application of GAAR and thereby render the tax benefit unconditional. In other words, if by simply making the tax aspect contingent it could be said that the primary purpose was the business purpose, the appellant's approach would always deprive a transaction of its avoidance character. While every case must be assessed on its own facts and circumstances, I think, as a general rule, this type of contingency will not be of assistance in characterizing the primary purpose of the transaction.

[57] I therefore find that the primary purpose of the appellant's acquisition of Standard's interest in the STIL II Partnership was to obtain the tax benefit. In the result,

[54] L'appelante n'a pas caché le lien étroit entre son acquisition de sa participation dans la STIL II et l'opération de la SRMP. Si les associés de la SRMP ne pouvaient se prévaloir de l'avantage fiscal, l'opération de la SRMP n'aurait pas eu lieu. Je pense donc que, malgré son objet commercial dans l'acquisition de la participation de la Standard dans la STIL II, il ne s'agissait pas là de l'objet principal de l'opération qui a été effectuée. Son objet principal était d'obtenir un avantage fiscal pour elle-même et de céder à ses associés de la SRMP la fraction de l'avantage fiscal dont elle n'avait pas besoin pour son propre profit, en contrepartie du versement d'une somme importante et d'une autre contrepartie de ces autres associés.

[55] Néanmoins, l'appelante affirme que l'opération visant à acquérir la participation de la Standard dans la STIL II n'était pas subordonnée à la possibilité de se prévaloir des pertes fiscales. Elle n'était éventuellement responsable de payer pour ces pertes fiscales que si elle pouvait les déduire. Si je le comprends bien, cet argument voudrait dire que puisque l'aspect commercial de l'opération est obligatoire, mais que l'aspect fiscal est conditionnel, si l'avantage fiscal est refusé, il ne resterait de l'opération que son aspect commercial et par conséquent l'objet commercial doit être l'objet principal.

[56] Bien qu'il soit à prime abord attrayant, je ne crois pas que l'argument de l'appelante mène à un résultat raisonnable. En prenant l'argument jusqu'à sa conclusion logique, la nature conditionnelle de l'avantage fiscal aurait pour effet pratique d'empêcher l'application de la RGAÉ et de rendre par conséquent l'avantage fiscal inconditionnel. En d'autres mots, si en rendant simplement l'aspect fiscal conditionnel, on pouvait dire que l'objet principal était l'objet commercial, l'approche de l'appelante priverait dans toutes les circonstances une opération de son caractère d'évitement. On le sait, chaque cause doit être décidée sur la base de ses propres faits et circonstances, mais je pense qu'en règle générale, ce genre d'éventualité ne sera d'aucune aide dans la description de l'objet principal de l'opération.

[57] Je conclus donc que l'objet principal de l'acquisition par l'appelante de la participation de la Standard dans la STIL II était l'obtention de l'avantage

the series of four transactions, which included the three Standard transactions and the appellant's acquisition of its STIL II Partnership interest, resulted in a tax benefit to the appellant. Each of the four transactions was an avoidance transaction.

[58] As a final observation, I would stress that the primary purpose of a transaction will be determined on the facts of each case. In particular, a comparison of the amount of the estimated tax benefit to the estimated business earnings may not be determinative, especially where the estimates of each are close. Further, the nature of the business aspect of the transaction must be carefully considered. The business purpose being primary cannot be ruled out simply because the tax benefit is significant.

Misuse and Abuse

The approach to determining misuse or abuse

[59] I turn to subsection 245(4). The first question is whether it may reasonably be considered that any of the avoidance transactions would result in a misuse of a specific provision or provisions of the *Income Tax Act*. If so, the tax benefit resulting from the series will be denied. If not, it is then necessary to determine whether it may reasonably be considered that any of the avoidance transactions would result in an abuse, having regard to the provisions of the Act, other than section 245, read as a whole. Upon a finding of abuse, the tax benefit resulting from the series will be denied.

[60] The English text of subsection 245(4) refers expressly to two tests, misuse and abuse, while the French text only identifies one test, "abus". In *RMM Canadian Enterprises Inc. v. Canada*, [1998] 1 C.T.C. 2300 (T.C.C.), Bowman T.C.J. (as he then was) noted at paragraph 49:

The use of "misuse" and "abuse" in the English version rather than simply "abus" in the French version is attributable to a linguistic nuance rather than a shading of the legislative intent.

fiscal. Il en résulte que la série de quatre opérations, qui comprenaient les trois opérations de la Standard et l'acquisition par l'appelante de sa participation dans la STIL II, a procuré un avantage fiscal à l'appelante. Chacune des quatre opérations était une opération d'évitement.

[58] En guise d'observation finale, je soulignerai que l'objet principal d'une opération sera déterminé sur la base des faits de chaque espèce. En particulier, une comparaison du montant de l'avantage fiscal estimatif et du montant estimatif du revenu commercial peut ne pas être déterminante, surtout lorsque ces estimations sont proches. De plus, la nature de cet aspect commercial de l'opération doit être examinée attentivement. On ne peut tout simplement pas statuer que l'objet commercial n'est pas l'objet principal parce que l'avantage fiscal est important.

Abus

Comment déterminer qu'il y a eu abus

[59] Je passe au paragraphe 245(4). La première question est de savoir s'il est raisonnable de considérer que l'une ou l'autre des opérations d'évitement entraînerait un abus (*misuse*) dans l'application d'une disposition précise ou des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le cas échéant, l'avantage fiscal découlant de la série sera refusé. Sinon, il est alors nécessaire de déterminer s'il est raisonnable de considérer que l'une ou l'autre des opérations d'évitement entraînerait un abus (*abuse*) dans l'application des dispositions de la Loi lue dans son ensemble, à l'exclusion de l'article 245. Si on conclut qu'il y a abus (*abuse*), l'avantage fiscal découlant de la série sera refusé.

[60] Le texte anglais du paragraphe 245(4) mentionne expressément deux critères, «*misuse*» et «*abuse*», alors que le texte français ne mentionne qu'un seul critère, «abus». Dans l'affaire *RMM Canadian Enterprises Inc. c. Canada*, [1998] 1 C.T.C. 2300 (C.C.I.), le juge Bowman, de la Cour canadienne de l'impôt (tel était alors son titre) a fait remarquer au paragraphe 49:

L'emploi des mots «*misuse*» et «*abuse*» dans la version anglaise par rapport au simple mot «abus» dans la version française est attribuable à une nuance linguistique plutôt qu'à une nuance de l'intention du législateur.

Having regard to the observation of Bowman T.C.J., I would interpret the French version as including both the tests in the English version.

[61] In *Tax Avoidance: The General Anti-Avoidance Rule*, *supra*, Professor Krishna states at page 51:

What constitutes a “misuse” of the Act depends upon the object and spirit of the particular provision under scrutiny. What constitutes an “abuse” of the Act as a whole is a wider question and requires an examination of the inter-relationship of the relevant statutory provisions in context.

I think this is a convenient way in which to deal with each test. Therefore, in this case, for purposes of the misuse analysis, the avoidance transactions will be analyzed considering subsection 18(13) and the policy behind it. The abuse analysis will involve a consideration of the avoidance transactions in a wider context, having regard to the provisions of the *Income Tax Act* read as a whole and the policy behind them.

[62] The appellant says that in assessing misuse and abuse, Parliament’s intended application of the provisions of the Act must be found in the language of the provisions themselves. The appellant relies on the words of McLachlin J. (as she then was) in *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, at paragraph 43, that with clear provisions of the *Income Tax Act*, the Court must be cautious before finding an unexpressed legislative intention:

This Court has consistently held that courts must therefore be cautious before finding within the clear provisions of the Act an unexpressed legislative intention: . . . Finding unexpressed legislative intentions under the guise of purposive interpretation runs the risk of upsetting the balance Parliament has attempted to strike in the Act.

[63] The difficulty with the appellant’s approach has been pointed out by the respondent. If, in a misuse or abuse analysis, the Court is confined to a consideration of

Compte tenu de l’observation du juge Bowman, j’interprétera la version française comme englobant les deux critères de la version anglaise.

[61] Dans l’ouvrage *Tax Avoidance: The General Anti-Avoidance Rule*, *supra*, le professeur Krishna affirme à la page 51:

[TRADUCTION] Ce qui constitue un «abus» (*misuse*) dans l’application des dispositions de la Loi dépend de l’objet et de l’esprit de la disposition même qui est en cause. Ce qui constitue un «abus» (*abuse*) dans l’application de la Loi lue dans son ensemble, est une question plus large qui nécessite l’examen des liens entre les dispositions pertinentes en contexte.

Je pense qu’il s’agit là d’une façon commode d’aborder chaque critère. Par conséquent, en l’espèce, pour les besoins de l’analyse de la question d’abus (*misuse*), les opérations d’évitement seront analysées compte tenu du paragraphe 18(13) et de sa politique sous-jacente. L’analyse de la question d’abus (*abuse*) comportera un examen des opérations d’évitement dans un contexte plus large, compte tenu des dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu* lue dans son ensemble, et de la politique qui les sous-tend.

[62] L’appelante affirme que pour déterminer s’il y a eu abus, la façon dont le Parlement envisageait l’application des dispositions de la Loi doit être trouvée dans les dispositions elles-mêmes. Elle se fonde sur les paroles prononcées par la juge McLachlin (plus tard juge en chef) dans l’arrêt *Shell Canada Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, au paragraphe 43, selon qui la Cour doit faire preuve de prudence lorsqu’il s’agit d’attribuer une intention non explicite au législateur, à l’égard d’une disposition claire de la *Loi de l’impôt sur le revenu*:

La jurisprudence de notre Cour est constante: les tribunaux doivent par conséquent faire preuve de prudence lorsqu’il s’agit d’attribuer au législateur, à l’égard d’une disposition claire de la Loi, une intention non explicite: [. . .] En concluant à l’existence d’une intention non exprimée par le législateur sous couvert d’une interprétation fondée sur l’objet, l’on risque de rompre l’équilibre que le législateur a tenté d’établir dans la Loi.

[63] L’intimée a fait ressortir la difficulté que pose l’approche de l’appelante. Si, dans le cadre d’une analyse relative à l’abus, la Cour est réduite à examiner

the language of the provisions in question, it would seem inevitable that the GAAR would be rendered meaningless. The Minister invokes the GAAR when the transaction in question complies with the letter of the Act and the transactions are not a sham. Having regard only to the language of the provisions will therefore always result in a finding of compliance and therefore no misuse or abuse. I agree with the respondent that it will be necessary for the Court to have regard to the context of the provisions in question and, in the abuse analysis, the Act as a whole, and that reference may be made to extrinsic aids such as technical notes, writings, Hansard and enacting notes.

[64] Academic writers in the income tax field have found the meaning of subsection 245(4) to be “opaque” (B. J. Arnold and J. R. Wilson, “The General Anti-Avoidance Rule—Part 2” (1988), 36 *Can. Tax J.* 1123, at page 1164) or “rather obscure” (P. W. Hogg, J. E. Magee and T. Cook, *Principles of Canadian Income Tax Law*, 3rd ed. (Scarborough: Carswell, 1999), at page 509). They point out that the words misuse and abuse are not defined and they do not have obvious meanings. However, these writers appear to be unanimous that what is required is an object and spirit, or policy, analysis of the provisions in question or the provisions of the Act read as a whole (Arnold and Wilson, at pages 1164-1165; Hogg, Magee and Cook, at page 509; and Krishna, *Tax Avoidance: The general Anti-Avoidance Rule*, *supra*, at page 51).

[65] I do not lightly distinguish the pointed statements of the Supreme Court of Canada in cases such as *Shell*, *supra*, and *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312, that where the words of the *Income Tax Act* are clear they must be applied. However, in none of the cases in which the Supreme Court has set out this view did the Minister invoke section 245 as it now reads. I agree with the respondent that these statements of the Supreme Court cannot be said to apply to a misuse and abuse analysis under subsection 245(4). Professor Krishna summarizes the approach which I think must be followed in such an analysis at page 1419 of *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 5th ed. (Scarborough: Carswell, 1995):

le libellé des dispositions en question, il semblerait inévitable que la RGAÉ deviendrait inutile. Le ministre invoque la RGAÉ lorsque l'opération en question est conforme à la lettre de la Loi et que les opérations ne sont pas un trompe-l'œil. En se limitant uniquement au libellé des dispositions, la Cour conclura toujours que ces dispositions ont été respectées et qu'il n'y a donc pas eu d'abus. Je partage l'avis de l'intimée qu'il est nécessaire pour la Cour de tenir compte du contexte des dispositions en question et, dans l'analyse relative à l'abus, de la Loi lue dans son ensemble et qu'elle peut avoir recours à des moyens extrinsèques tels les notes techniques, la doctrine, le Hansard et les notes explicatives.

[64] Les auteurs fiscalistes ont jugé que le paragraphe 245(4) est «opaque» (B. J. Arnold et J. R. Wilson, «The General Anti-Avoidance Rule—Part 2» (1988), 36 *Rev. fisc. can.* 1123, à la page 1164) ou «plutôt obscur» (P. W. Hogg, J. E. Magee et T. Cook, *Principles of Canadian Income Tax Law*, 3^e éd. (Scarborough: Carswell, 1999) à la page 509). Ils soulignent que les mots «misuse» et «abuse» ne sont pas définis et n'ont pas une signification évidente. Toutefois, les auteurs semblent être unanimes pour dire que ce qui est requis est une analyse de l'objet et de l'esprit des dispositions en question ou des dispositions de la Loi lue dans son ensemble ou une analyse de la politique qui les sous-tend (Arnold et Wilson, aux pages 1164 et 1165; Hogg, Magee et Cook, à la page 509; et Krishna, *Tax Avoidance: The General Anti-Avoidance Rule*, précité, à la page 51).

[65] Ce n'est pas avec légèreté que je fais une distinction d'avec les propos directs tenus par la Cour suprême du Canada dans les arrêts tels que *Shell*, précité, et *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312, selon lesquels les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* doivent être appliquées lorsqu'elles sont claires. Toutefois, le ministre n'a jamais invoqué l'article 245 dans sa version actuelle dans les causes où la Cour suprême a exprimé ce point de vue. Je partage l'avis de l'intimée que ces propos de la Cour suprême ne sauraient s'appliquer à une analyse relative à l'abus sous le régime du paragraphe 245(4). À la page 1419 de l'ouvrage *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 5^e éd. (Scarborough: Carswell, 1995), le professeur Krishna

Determining whether a particular provision of the Act has been misused, or whether the Act read as a whole has been abused, requires an examination of the purpose (“object and spirit”) of the particular provision or scheme of provisions. It is not sufficient merely to rely on the technical language of the particular provision or scheme of provisions to determine whether there has been a misuse of the Act or an abuse of the Act read as a whole.

[66] The approach to determine misuse or abuse has been variously described as purposive, object and spirit, scheme or policy. I will refer to these terms collectively as policy of the provisions in question or of the Act read as a whole.

[67] Determining whether there has been misuse or abuse is a two-stage analytical process. The first stage involves identifying the relevant policy of the provisions or the Act as a whole. The second is the assessment of the facts to determine whether the avoidance transaction constituted a misuse or abuse having regard to the identified policy.

[68] Ascertaining the relevant policy is a question of interpretation. As such it is ultimately the duty of the Court to make this determination. There is no onus to be satisfied by either party at this stage of the analysis. However, from a practical perspective, the Minister should do more than simply recite the words of subsection 245(4), and allege that there has been misuse or abuse. The Minister should set out the policy with reference to the provisions of the Act or extrinsic aids upon which he relies. Otherwise he places the taxpayer and the Court in the difficult position of trying to guess the relevant policy at issue. Trying to ascertain the policy of a specific provision or of an act as a whole, in the case of an act as complex as the *Income Tax Act*, is a difficult exercise, particularly when the transaction in question conforms to the letter of the act. Therefore, the Court requires the assistance of the parties to enable it to reach a correct conclusion. Nonetheless, with or without that

résume l’approche qui, à mon avis, doit être suivie dans une telle analyse:

[TRADUCTION] Pour déterminer s’il y a eu abus (*misuse*) dans l’application d’une disposition en particulier de la Loi ou s’il y a eu abus (*abuse*) dans l’application des dispositions de la Loi lue dans son ensemble, il faut examiner le but («objet et esprit») de la disposition ou des dispositions en question. Il ne suffit pas de se fonder uniquement sur le libellé technique de la disposition ou des dispositions en question pour déterminer s’il y a eu abus (*misuse*) dans l’application de la Loi ou s’il y a eu abus (*abuse*) dans l’application de la Loi lue dans son ensemble.

[66] L’approche qui a été utilisée pour déterminer s’il y a abus dans l’application des dispositions de la Loi a été diversement décrite comme une analyse téléologique, une analyse fondée sur l’objet et l’esprit, une analyse de l’économie ou une analyse de principe. J’engloberai tous ces termes sous le vocable politique générale sous-tendant les dispositions en question ou la Loi lue dans son ensemble.

[67] Pour déterminer s’il y a eu abus dans l’application des dispositions de la Loi, il faut procéder à une analyse en deux étapes. D’une part, il faut déterminer la politique générale pertinente qui sous-tend les dispositions ou la Loi lue dans son ensemble. D’autre part, il faut évaluer les faits pour déterminer si l’opération d’évitement constituait un abus compte tenu de la politique générale en question.

[68] La détermination de la politique générale pertinente est une question d’interprétation. Dès lors, il incombe en fin de compte à la Cour de le faire. À cette étape de l’analyse, aucun fardeau ne pèse sur l’une ou l’autre des parties. Toutefois, dans une perspective pratique, le ministre doit faire beaucoup plus que de citer simplement le texte du paragraphe 245(4), et d’alléguer qu’il y a eu abus. Le ministre doit énoncer la politique générale en mentionnant les dispositions de la Loi ou les moyens extrinsèques sur lesquels il s’appuie. Sinon, il place le contribuable et la Cour dans la position difficile d’essayer de deviner la politique pertinente en cause. Tenter de déterminer la politique générale qui sous-tend une disposition particulière ou une loi lue, dans son ensemble, dans le cas d’une loi aussi complexe que la *Loi de l’impôt sur le revenu* est une tâche difficile, surtout lorsque l’opération en question est conforme à la lettre de la Loi. Par conséquent, la Cour a besoin de

assistance, the Court must attempt to determine the relevant policy. Of course, at the next stage, once the policy is determined, the onus remains on the taxpayer to prove the necessary facts to refute the Minister's assumptions of fact that the avoidance transaction in question results in a misuse or an abuse.

[69] It is also necessary to bear in mind the context in which the misuse and abuse analysis is conducted. The avoidance transaction has complied with the letter of the applicable provisions of the Act. Nonetheless, the tax benefit will be denied if there has been a misuse or abuse. This is not an exercise of trying to divine Parliament's intention by using a purposive analysis where the words used in a statute are ambiguous. Rather, it is an invoking of a policy to override the words Parliament has used. I think, therefore, that to deny a tax benefit where there has been strict compliance with the Act, on the grounds that the avoidance transaction constitutes a misuse or abuse, requires that the relevant policy be clear and unambiguous. The Court will proceed cautiously in carrying out the unusual duty imposed upon it under subsection 245(4). The Court must be confident that although the words used by Parliament allow the avoidance transaction, the policy of relevant provisions or the Act as a whole is sufficiently clear that the Court may safely conclude that the use made of the provision or provisions by the taxpayer constituted a misuse or abuse.

[70] In answer to the argument that such an approach will make the GAAR difficult to apply, I would say that where the policy is clear, it will not be difficult to apply. Where the policy is ambiguous, it should be difficult to apply. This is because subsection 245(4) cannot be viewed as an abdication by Parliament of its role as lawmaker in favour of the subjective judgment of the Court or particular judges. In enacting subsection 245(4), Parliament has placed the duty on the Court to ascertain Parliament's policy, as the basis for denying a tax benefit from a transaction that otherwise would meet the requirements of the statute. Where Parliament has not been clear and unambiguous as to its intended policy, the Court cannot make a finding of misuse or abuse, and compliance with the statute must govern.

l'aide des parties pour lui permettre de tirer la bonne conclusion. Néanmoins, avec ou sans cette aide, la Cour doit tenter de déterminer la politique générale pertinente. Évidemment, à l'étape suivante, dès lors que la politique générale a été déterminée, il incombera au contribuable de prouver les faits nécessaires pour réfuter les présomptions du ministre selon lesquelles l'opération d'évitement en question donne lieu à un abus.

[69] Il est également nécessaire de garder à l'esprit le contexte dans lequel est effectuée l'analyse relative à l'abus. L'opération d'évitement a respecté la lettre des dispositions applicables de la Loi. Néanmoins, l'avantage fiscal sera refusé s'il y a eu abus. Il n'est pas question d'essayer de deviner l'intention du Parlement en utilisant une analyse téléologique lorsque les mots utilisés dans une loi sont ambigus. Il s'agit plutôt d'invoquer une politique générale pour déroger aux mots que le législateur a utilisés. J'estime donc que pour refuser un avantage fiscal, alors que la Loi a été rigoureusement respectée, pour le motif que l'opération d'évitement constitue un abus, il faut que la politique générale pertinente soit claire et non ambiguë. La Cour fera preuve de prudence en se déchargeant de la tâche inhabituelle qui lui est imposée par le paragraphe 245(4). Elle doit être certaine que, même si les mots utilisés par le législateur autorisent l'opération d'évitement, la politique générale qui sous-tend les dispositions pertinentes ou la Loi lue dans son ensemble est suffisamment claire pour permettre à la Cour de conclure sans danger que l'application de la disposition ou des dispositions par le contribuable constituait un abus.

[70] En réponse à l'argument selon lequel une telle approche rendra difficile l'application de la RGAÉ, je dirais que dès lors que la politique générale est claire, son application ne sera pas difficile. Si la politique générale est ambiguë, son application devrait être difficile. C'est ainsi parce que le paragraphe 245(4) ne peut être considéré comme une abdication par le Parlement de son rôle de législateur en faveur d'un jugement subjectif de la Cour ou de juges en particulier. En édictant le paragraphe 245(4), le législateur a imposé à la Cour le fardeau de déterminer la politique générale du Parlement, comme motif de refus d'un avantage fiscal découlant d'une opération qui est par ailleurs conforme aux exigences de la Loi. Si le Parlement n'a pas fait preuve de clarté et d'absence d'ambiguïté à l'égard de la

politique générale qu'il envisageait, la Cour ne saurait décider qu'il y a eu abus, et le respect de la Loi doit l'emporter.

Misuse

[71] The specific provision at issue is subsection 18(13) of the Act as it read in 1993. As it applies to this case, it may be summarized as follows: where Standard sustained a loss on the disposition of the STIL II portfolio to the STIL II Partnership, no amount shall be deducted in computing Standard's income, and the loss sustained by Standard shall be added in computing the cost of the STIL II portfolio to the STIL II Partnership. Because of the requirement to add Standard's loss to the cost of the portfolio to the Partnership, the cost of the portfolio would be recorded by the Partnership for tax purposes at Standard's cost.

[72] The question is whether the appellant can demonstrate that the avoidance transactions may reasonably be considered not to result in a misuse of subsection 18(13).

[73] It is first necessary to determine the policy behind subsection 18(13). By its words, subsection 18(13) is intended to do two things. The first is to deny a money lending transferor the use of a loss for tax purposes on a disposition of non-capital property to a non-arm's length person or partnership. The second is to add the loss denied to the transferor, to the cost of the acquisition of the property by the non-arm's length person or partnership.

[74] In finding a misuse of subsection 18(13) the Tax Court Judge stated at paragraph 54:

Subsection 18(13) was enacted as a stop-loss provision, the object of which is to prevent taxpayers who are in the money-lending business from artificially realizing losses on assets which have declined in market value by transferring them to a person with whom they do not deal at arm's length, while maintaining control of the assets through the non-arm's length

Abus (*misuse*)

[71] La disposition précise en cause est le paragraphe 18(13) de la Loi tel qu'il était formulé en 1993. Pour ce qui est de son application à la présente espèce, elle peut être résumée comme suit: la Standard ayant enregistré une perte à l'occasion de la disposition du portefeuille de STIL II à la société de personnes STIL II, aucune déduction n'est faite dans le calcul du revenu de la Standard, et la perte enregistrée par la Standard est ajoutée dans le calcul du coût du portefeuille de STIL II supporté par la société de personnes STIL II. En raison de l'exigence voulant qu'il faut ajouter la perte enregistrée par la Standard au coût du portefeuille pour la société de personnes, le coût du portefeuille sera enregistré par celle-ci aux fins de l'impôt au coût supporté par la Standard.

[72] La question est de savoir si l'appelante peut démontrer qu'il est raisonnable de considérer que les opérations d'évitement ne donnent pas lieu à un abus (*misuse*) dans l'application du paragraphe 18(13).

[73] D'abord, il est nécessaire de déterminer la politique générale qui sous-tend le paragraphe 18(13). Par son libellé, le paragraphe 18(13) a un double objectif. D'une part, il vise à empêcher le cédant qui exploite une entreprise consistant à prêter de l'argent d'utiliser une perte à des fins fiscales lors de la disposition d'un bien autre qu'en capital à une personne ou à une société de personnes avec laquelle il a un lien de dépendance. Ensuite, il vise à ajouter la perte refusée au cédant au coût de l'acquisition du bien par la personne ou par la société de personnes avec laquelle il a un lien de dépendance.

[74] En concluant à l'abus dans l'application du paragraphe 18(13), le juge de la Cour de l'impôt a déclaré au paragraphe 54:

Le paragraphe 18(13) a été adopté comme disposition visant à empêcher des contribuables qui exploitent une entreprise consistant à prêter de l'argent de réaliser artificiellement des pertes sur des actifs dont la valeur marchande a baissé, en les transférant à une personne avec qui ils ont un lien de dépendance, tout en gardant le contrôle des actifs grâce au lien

nature of their relationship with the transferee. The use of that provision to effect the transfer of unrealized losses from a taxpayer who has no income against which to offset those losses to a taxpayer which does have such income is clearly a misuse.

[75] I agree with the learned Judge that subsection 18(13) is a stop-loss provision and with his explanation of the policy of subsection 18(13) as it affects the transferor. It is intended to preclude the triggering of an artificial loss to the transferor on a disposition to a person or partnership that the transferor controls. Even though there has been a legal disposition of the non-capital property, the transferor still controls the property through the non-arm's length person or partnership.

[76] However, I cannot agree with the learned Judge that subsection 18(13) has anything to say about transactions between arm's length parties. Nothing in subsection 18(13) refers to transfers between arm's length parties or, in any way, purports to limit dealings between arm's length parties.

[77] Further, in my respectful opinion, the Tax Court Judge has not set out the entire policy of subsection 18(13). While the subsection precludes the transferor from realizing a loss on a disposition of non-capital property to a non-arm's length transferee, it also maintains the existence of the loss by adding it to the non-arm's length transferee's cost of the property. What then is the policy behind maintaining the existence of the loss? It must be to preserve it for recognition on a later occasion by the non-arm's length transferee. In finding a misuse of subsection 18(13), the learned Tax Court Judge seems to have ignored that portion of the subsection that maintains the loss in the hands of the transferee.

[78] Subsection 18(13) expressly provides that the non-arm's length transferee may be a partnership. Accordingly, the partnership rules in section 96 of the *Income Tax Act*, where relevant, become applicable. Under the partnership rules, irrespective of when a

de dépendance existant dans leur relation avec le bénéficiaire du transfert. L'utilisation de cette disposition de manière à ce que des pertes non réalisées soient transférées d'un contribuable n'ayant aucun revenu duquel déduire ces pertes à un contribuable ayant un tel revenu est nettement un abus.

[75] Je partage l'avis du juge que le paragraphe 18(13) est une disposition qui empêche de transférer des pertes et je souscris à son explication de la politique générale qui sous-tend le paragraphe 18(13) dans son application au cédant. Il vise à empêcher le déclenchement d'une perte artificielle en faveur du cédant à l'occasion de la disposition en faveur d'une personne ou d'une société de personnes que contrôle le cédant. Même s'il y a eu une disposition juridique d'un bien autre qu'en capital, le cédant contrôle quand même le bien par le truchement de la personne ou de la société de personnes avec laquelle il a un lien de dépendance.

[76] Toutefois, je ne peux partager le point de vue du juge que le paragraphe 18(13) a quelque chose à voir avec les opérations entre des parties n'ayant aucun lien de dépendance. Le paragraphe 18(13) n'a pas pour effet de viser les transferts entre des parties n'ayant aucun lien de dépendance ou de limiter, de quelque façon, les opérations entre de telles parties.

[77] De plus, à mon humble avis, le juge de la Cour de l'impôt n'a pas exposé toute la politique générale qui sous-tend le paragraphe 18(13). Bien que le paragraphe empêche le cédant de réaliser une perte à l'occasion de la disposition d'un bien autre qu'en capital à un cessionnaire avec lequel il a un lien de dépendance, il maintient également l'existence de la perte en l'ajoutant au coût du bien pour le cessionnaire avec lien de dépendance. Quelle est donc la politique générale qui sous-tend le maintien de l'existence de la perte? Il doit s'agir de la préserver afin que le cessionnaire avec lien de dépendance la déduise à une occasion ultérieure. En concluant à l'abus dans l'application du paragraphe 18(13), le juge de la Cour de l'impôt semble avoir ignoré la partie du paragraphe qui maintient la perte entre les mains du cessionnaire.

[78] Le paragraphe 18(13) prévoit expressément que le cessionnaire avec lien de dépendance peut être une société de personnes. En conséquence, les règles relatives aux sociétés de personnes prévues à l'article 96 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* deviennent applica-

partner enters the partnership, the partner's share in the income or loss of the partnership is calculated at the year end.

[79] That is what has occurred here and has given rise to the appellant's loss which is the subject of the Minister's disallowance under section 245. I can find nothing in subsection 18(13) from which I can infer a policy of limiting how a loss transferred to a non-arm's length transferee under that provision is to be treated. The respondent has referred the Court to the Department of Finance's Technical Notes. With respect to the loss in the hands of the transferee the 1988 Technical Note related to subsection 18(13) only states:

Any loss that is a superficial loss is added in computing the cost of the substituted property to the taxpayer or the person or partnership who owns the property 30 days after the sale or transfer.

The respondent also referred to a paper by E. A. Heakes in *Report of Proceedings of the Forty-seventh Tax Conference, 1995 Conference Report* (Toronto: Canadian Tax Foundation, 1996) entitled "New Rules, Old Chestnuts, and Emerging Jurisprudence: The Stop-Loss Rules", in which the author states at page 34:1:

Another is to articulate appropriate consequential rules to allow a loss that is denied when realized by a taxpayer to be directly or indirectly recognized at some future time by the taxpayer or a related or connected taxpayer.

Both references confirm that subsection 18(13) provides for a non-arm's length transferee to utilize the loss denied to the transferor.

[80] Nothing in subsection 18(13), or indeed in paragraph 96(1)(g), limits or affects the transfer or acquisition of interests in the non-arm's length transferee partnership. Specifically, ownership of an interest in the non-arm's length transferee partnership by the transferor is expressly contemplated by the non-arm's length relationship between the transferor and transferee. And nothing precludes the sale of that partnership interest by the transferor to an arm's length third party.

bles, dès lors qu'elles sont pertinentes. D'après ces règles, indépendamment de la date d'adhésion d'un associé à la société, sa part du revenu ou de la perte de la société de personnes est calculée à la fin de l'année.

[79] C'est ce qui s'est passé en l'espèce et a donné lieu à la perte enregistrée par l'appelante et dont le ministre a refusé la déduction en vertu de l'article 245. Le paragraphe 18(13) ne contient aucune politique générale indiquant comment une perte transférée à un cessionnaire avec lien de dépendance en vertu de cette disposition doit être traitée. L'intimée a renvoyé la Cour aux notes techniques du ministère des Finances. En ce qui concerne la perte entre les mains du cessionnaire, la note technique de 1988 portant sur le paragraphe 18(13) déclare simplement que:

[TRADUCTION] Toute perte qui constitue une perte superficielle est ajoutée dans le calcul du coût du bien de remplacement pour le contribuable ou la personne ou société de personnes qui est propriétaire du bien 30 jours après la vente ou le transfert.

L'intimée a également renvoyé à un article de E. A. Heakes paru dans le *Report of Proceedings of the Forty-seventh Tax Conference, 1995 Conference Report* (Toronto: L'Association canadienne d'études fiscales, 1996) intitulé «New Rules, Old Chestnuts, and Emerging Jurisprudence: The Stop-Loss Rules», dans lequel l'auteur affirme à la page 34:1:

[TRADUCTION] Un autre but est d'énoncer des règles corrélatives pour permettre qu'une perte qui est refusée lorsqu'elle est réalisée par un contribuable d'être directement ou indirectement déduite à une date future par le contribuable ou un contribuable lié.

Les deux renvois confirment que le paragraphe 18(13) prévoit qu'un cessionnaire avec lien de dépendance peut se prévaloir de la perte refusée au cédant.

[80] Le paragraphe 18(13), ou même l'alinéa 96(1)g), n'a pas pour effet de limiter ou de toucher le transfert ou l'acquisition de participations dans la société de personnes cessionnaire avec lien de dépendance. Plus précisément, le fait pour le cédant d'être propriétaire d'une participation dans la société de personnes cessionnaire avec lien de dépendance est expressément envisagé par la relation de dépendance entre le cédant et le cessionnaire. Et rien n'empêche le cédant de vendre

[81] Where one of the express purposes of the provision is to preserve losses in the hands of a non-arm's length transferee and where that transferee may be a partnership to which the partnership rules apply, I cannot infer that the acquisition of an interest in the STIL II Partnership by the appellant runs against the policy of subsection 18(13). No extrinsic aid to interpretation provides a contrary indication. I therefore conclude that none of the avoidance transactions resulted, directly or indirectly, in a misuse of subsection 18(13).

Abuse

Relevant policy with respect to corporations

[82] I turn to whether the avoidance transactions may reasonably be considered to result in an abuse of the *Income Tax Act* having regard to the provisions of the Act, other than the GAAR, read as a whole.

[83] The wider subject-matter in the abuse analysis is the policy of the *Income Tax Act*, read as a whole, with respect to the treatment of losses. The Minister says that the scheme of the Act is that "income and taxable income is to be computed separately for each taxpayer and by source; there is no computation of income from several taxpayers together". If I understand the Minister's argument, it is that, reading the provisions of the *Income Tax Act* as a whole, there is a policy against the transfer of losses between taxpayers.

[84] There is no doubt there has been a transfer of a loss to the appellant by reason of the series of four transactions. If the Minister is correct that there is a policy against the transfer of losses between taxpayers, the avoidance transactions in the series, whereby the appellant acquired Standard's loss, resulted in an abuse of the provisions of the Act read as a whole. The question therefore is whether there is such a policy.

cette participation dans la société de personnes à un tiers sans lien de dépendance.

[81] Dès lors que l'un des buts exprès de cette disposition est de maintenir les pertes entre les mains d'un cessionnaire avec lien de dépendance et que ce dernier peut être une société de personnes à laquelle les règles relatives aux sociétés de personnes s'appliquent, je ne peux inférer que l'acquisition d'une participation dans la STIL II par l'appelante est contraire à la politique générale qui sous-tend le paragraphe 18(13). Aucun moyen extrinsèque d'interprétation n'offre une indication contraire. Je conclus donc qu'aucune des opérations d'évitement n'a entraîné, directement ou indirectement, d'abus (*misuse*) dans l'application du paragraphe 18(13).

Abus (*abuse*)

Politique générale pertinente applicable aux sociétés

[82] Je passe maintenant à la question de savoir s'il est raisonnable de considérer que les opérations d'évitement entraînent un abus (*abuse*) dans l'application des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* lue dans son ensemble, abstraction faite de la RGAÉ.

[83] La question plus générale qui est examinée dans une analyse relative à l'abus (*abuse*) est celle de la politique générale qui sous-tend la *Loi de l'impôt sur le revenu* lue dans son ensemble en ce qui concerne le traitement des pertes. Le ministre prétend que l'économie de la Loi postule que «le revenu et le revenu imposable doivent être calculés séparément pour chaque contribuable et selon la source; le revenu de plusieurs contribuables ne saurait être calculé ensemble». Si je saisis l'argument du ministre, cela veut dire que la politique générale qui sous-tend les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* lue dans son ensemble interdit le transfert des pertes entre des contribuables.

[84] Il est indubitable qu'il y a eu transfert d'une perte à l'appelante par suite de la série de quatre opérations. Si le ministre a raison de dire qu'il y a une politique générale interdisant le transfert de pertes entre contribuables, les opérations d'évitement faisant partie de la série, par lesquelles l'appelante a acquis la perte de la Standard ont entraîné un abus dans l'application des dispositions de la Loi lue dans son ensemble. La

question est donc de savoir si une telle politique générale existe.

[85] I agree with the respondent that under the *Income Tax Act*, every person has an independent status and is liable for tax on that person's taxable income. It would also appear that, as a general policy, losses cannot be transferred from one taxpayer to another. (See, for example, Hogg, Magee and Cook, *supra*, at page 406.) However, for purposes of this case, whether that policy operates to preclude the transfer of non-capital losses, i.e. business losses, between taxpayers in all cases requires a closer examination of how losses are treated under the Act.

[86] Where a business incurs a loss, that loss may have value for income tax purposes. Paragraph 111(1)(a) of the *Income Tax Act* permits the carry-back and carry-forward of losses for specified numbers of years, whereby the losses may be offset against the profits in those years. This results in a refund of tax paid in prior years and/or a reduction in tax otherwise payable on profits in future years. Therefore, to a taxpayer that has been or will be profitable, it is liability for income tax that gives a business loss its value. It is the opportunity to carry it back or forward that vests the loss with the attributes of an asset. Paragraph 111(1)(a) provides:

111. (1) For the purpose of computing the taxable income of a taxpayer for a taxation year, there may be deducted such portion as the taxpayer may claim of the taxpayer's

(a) non-capital losses for the 7 taxation years immediately preceding and the 3 taxation years immediately following the year;

[87] However, the use of the asset is restricted to use by the taxpayer that incurred the loss and is limited to use in only seven immediately prior years and three immediately subsequent years. Generally, there is no provision for the sale of a loss to an arm's length purchaser as if it were inventory of the business.

[88] However, the Act does recognize a way in which losses may be transferred on an arm's length basis in the

[85] Je partage l'avis de l'intimée que, sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, chacun a un statut indépendant et doit payer l'impôt sur son revenu imposable. Il semblerait également que, comme politique générale, des pertes ne peuvent être transférées d'un contribuable à un autre. (Voir, par exemple, Hogg, Magee et Cook, *supra*, à la page 406.) Toutefois, pour les fins de la présente espèce, la question de savoir si cette politique générale interdit le transfert de pertes autres que des pertes en capital, c'est-à-dire des pertes d'entreprise, entre contribuables dans tous les cas exige un examen plus approfondi de la façon dont les pertes sont traitées sous le régime de la Loi.

[86] La perte que subit une entreprise peut avoir une valeur aux fins de l'impôt sur le revenu. L'alinéa 111(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* permet le report rétrospectif et le report prospectif des pertes pour un nombre d'années déterminé aux fins de la défalcation de ces pertes des bénéficiaires pour ces années. Il en résulte un remboursement de l'impôt payé pour les années précédentes et/ou une réduction de l'impôt par ailleurs payable sur les bénéficiaires des années futures. Par conséquent, pour le contribuable qui a été rentable ou qui le sera, la valeur d'une perte d'entreprise dérive de l'obligation de payer l'impôt sur le revenu. C'est la possibilité du report rétrospectif ou prospectif qui attribue à la perte les caractéristiques d'un actif. L'alinéa 111(1)a) prévoit:

111. (1) Pour le calcul du revenu imposable d'un contribuable pour une année d'imposition, peuvent être déduites les sommes appropriées suivantes:

a) ses pertes autres que des pertes en capital subies au cours des 7 années d'imposition précédentes et des 3 années d'imposition qui suivent l'année;

[87] Toutefois, l'utilisation de l'actif par le contribuable qui a subi la perte est limitée aux sept années précédentes et aux trois années ultérieures. Règle générale, il n'est pas prévu qu'une perte peut être vendue à un acheteur sans lien de dépendance comme s'il s'agissait du stock de l'entreprise.

[88] Cependant, la Loi reconnaît un mécanisme par lequel des pertes peuvent être transférées entre des

corporate context in a change of control through the sale of shares of the corporation. The Act is quite explicit with respect to the transfer of non-capital losses between corporations on a change of control. The opening words of subsection 111(5) make it clear that, generally, non-capital losses are not transferable. Subsection 111(5) provides:

111. . . .

(5) Where, at any time, control of a corporation has been acquired by a person or group of persons, no amount in respect of its non-capital loss or farm loss for a taxation year ending before that time is deductible by the corporation for a taxation year ending after that time and no amount in respect of its non-capital loss or farm loss for a taxation year ending after that time is deductible by the corporation for a taxation year ending before that time except that

(a) such portion of the corporation's non-capital loss or farm loss, as the case may be, for a taxation year ending before that time as may reasonably be regarded as its loss from carrying on a business and, where a business was carried on by the corporation in that year, such portion of the non-capital loss as may reasonably be regarded as being in respect of an amount deductible under paragraph 110(1)(k) in computing its taxable income for the year is deductible by the corporation for a particular taxation year ending after that time

(i) only if that business was carried on by the corporation for profit or with a reasonable expectation of profit throughout the particular year, and

(ii) only to the extent of the total of the corporation's income for the particular year from that business and, where properties were sold, leased, rented or developed or services rendered in the course of carrying on that business before that time, from any other business substantially all the income of which was derived from the sale, leasing, rental or development, as the case may be, of similar properties or the rendering of similar services; and

(b) such portion of the corporation's non-capital loss or farm loss, as the case may be, for a taxation year ending after that time as may reasonably be regarded as its loss from carrying on a business and, where a business was carried on by the corporation in that year, such portion of the non-capital loss as may reasonably be regarded as being in respect of an amount deductible under paragraph 110(1)(k) in computing

parties sans lien de dépendance dans le contexte du changement de contrôle d'une société au moyen de la vente des actions de la société. La Loi est très explicite en ce qui concerne le transfert de pertes autres que des pertes en capital entre des sociétés en cas de changement de contrôle. Les mots introductifs du paragraphe 111(5) sont très clairs à ce sujet; règle générale, les pertes autres que des pertes en capital ne sont pas transférables. Le paragraphe 111(5) prévoit:

111. [. . .]

(5) En cas d'acquisition, à un moment donné, du contrôle d'une société par une personne ou un groupe de personnes, aucun montant au titre d'une perte autre qu'une perte en capital ou d'une perte agricole pour une année d'imposition se terminant avant ce moment n'est deductible par la société pour une année d'imposition se terminant après ce moment et aucun montant au titre d'une perte autre qu'une perte en capital ou d'une perte agricole pour une année d'imposition se terminant après ce moment n'est deductible par la société pour une année d'imposition se terminant avant ce moment. Toutefois:

a) la fraction de la perte autre qu'une perte en capital ou de la perte agricole subie par la société pour une année d'imposition se terminant avant ce moment qu'il est raisonnable de considérer comme résultant de l'exploitation d'une entreprise et, si la société exploitait une entreprise au cours de cette année, la fraction de la perte autre qu'une perte en capital qu'il est raisonnable de considérer comme se rapportant à un montant deductible en application de l'alinéa 110(1)k dans le calcul de son revenu imposable pour l'année, ne sont deductibles par la société pour une année d'imposition donnée se terminant après ce moment:

(i) que si, tout au long de l'année donnée, cette entreprise a été exploitée par la société en vue d'en tirer un profit ou dans une attente raisonnable de profit,

(ii) qu'à concurrence du total du revenu de la société provenant de cette entreprise pour l'année donnée et—dans le cas où des biens sont vendus, loués ou mis en valeur ou des services rendus dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise avant ce moment—de toute autre entreprise dont la presque totalité du revenu est dérivée de la vente, de la location ou de la mise en valeur, selon le cas, de biens semblables ou de la prestation de services semblables;

b) la fraction de la perte autre qu'une perte en capital ou de la perte agricole subie par la société pour une année d'imposition se terminant après ce moment qu'il est raisonnable de considérer comme résultant de l'exploitation d'une entreprise et, si la société exploitait une entreprise au cours de cette année, la fraction de la perte autre qu'une perte en capital qu'il est raisonnable de considérer comme

its taxable income for the year is deductible by the corporation for a particular year ending before that time

(i) only if throughout the taxation year and in the particular year that business was carried on by the corporation for profit or with a reasonable expectation of profit, and

(ii) only to the extent of the corporation's income for the particular year from that business and, where properties were sold, leased, rented or developed or services rendered in the course of carrying on that business before that time, from any other business substantially all the income of which was derived from the sale, leasing, rental or development, as the case may be, of similar properties or the rendering of similar services. [Emphasis added.]

[89] Professor Krishna explains at page 513 of *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 6th ed., *supra*:

In the absence of consolidated corporate reporting for tax purposes, the Act applies stringent restrictions on the use of accumulated losses following a change of corporate control. The general thrust of these rules is to limit transfers of losses between unrelated corporate taxpayers and to discourage business arrangements that are nothing more than "loss-trading" or "loss-offset" transactions.

[90] However, subsection 111(5) provides for an exception. In the case of non-capital losses, it provides that such losses may be carried forward after a change of control, subject to certain limitations:

1. the business of the corporation must be carried on by the corporation for profit or with a reasonable expectation of profit throughout the year; and

2. the prior losses are deductible against income from the same business and income from another business where substantially all the income of the other business was derived from the sale, lease, rental or development of properties or the provision of services similar to the properties or services of the business that incurred the prior loss.

[91] The exception would appear to recognize that a corporation whose business incurred a loss (the loss business) may become profitable upon a change of control. Changes of control resulting in loss businesses

se rapportant à un montant déductible en application de l'alinéa 110(1)*k* dans le calcul de son revenu imposable pour l'année, ne sont déductibles par la société pour une année d'imposition donnée se terminant avant ce moment:

(i) que si, tout au long de l'année d'imposition et de l'année donnée, cette entreprise était exploitée par la société en vue d'en tirer un profit ou dans une attente raisonnable de profit,

(ii) qu'à concurrence du revenu que la société a tiré pour l'année donnée de cette entreprise et de toute autre entreprise dont la presque totalité des revenus provient de la vente, de la location ou de la mise en valeur de biens semblables aux biens vendus, loués ou mis en valeur ou de la prestation de services semblables aux services rendus dans le cadre de l'exploitation de cette entreprise avant ce moment. [Non souligné dans l'original.]

[89] Le professeur Krishna explique à la page 513 de l'ouvrage *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 6^e éd., précité:

[TRADUCTION] En l'absence d'une déclaration de revenu consolidée, la Loi applique des restrictions très rigides à l'utilisation de pertes accumulées à la suite du changement de contrôle d'une société. Essentiellement, ces règles visent à limiter le transfert des pertes entre sociétés contributives et à décourager des arrangements d'affaires qui ne sont rien d'autres que des mécanismes d'«échange de pertes» ou de «défalcation de pertes».

[90] Toutefois, le paragraphe 111(5) prévoit une exception. Dans le cas de pertes autres que des pertes en capital, elle prévoit que de telles pertes peuvent faire l'objet d'un report prospectif après un changement de contrôle, sous réserve de certaines limitations:

1. tout au long de l'année, l'entreprise de la société doit avoir été exploitée par la société en vue d'en tirer un profit ou dans une attente raisonnable de profit; et

2. les pertes des années antérieures sont déductibles du revenu provenant de la même entreprise et du revenu de toute autre entreprise dont la presque totalité du revenu est dérivée de la vente, de la location ou de la mise en valeur, selon le cas, de biens semblables ou de la prestation de services semblables de l'entreprise qui a subi les pertes des années antérieures.

[91] Cette exception semblerait reconnaître qu'une société dont l'entreprise a subi une perte (l'entreprise déficitaire) peut devenir rentable à la suite d'un changement de contrôle. Les changements de contrôle

becoming profitable should be encouraged by the carry forward of prior losses. Hogg, Magee and Cook, *supra*, explain at page 408:

Where a corporation with unused losses is taken over, and the new managers make the acquired corporation's business profitable, then the acquired corporation's unused losses can be applied against the profits from the formerly unprofitable business, even though the profits were earned after the change of control. In that situation, the takeover has accomplished the sound commercial objective of making an unprofitable business profitable, and there is no reason why the unused pre-takeover losses should not continue to be available.

[92] The obviously limited nature of the exception allowing the transfer of losses appears to underscore the general policy that loss trading for tax purposes is not permitted. The requirement that prior losses are deductible only against income from the same or similar businesses is an indication that such losses are not generally available for use in offsetting other income.

[93] The rationale for the general policy against the transfer of losses and the limited exceptions is described in the *Report of the Technical Committee on Business Taxation* (Ottawa: Department of Finance, December 1997) (the Mintz Report) commencing at page 4.12 and, in particular, at pages 4.14 and 4.15.

[94] The Report indicates that there are theoretical reasons for allowing for the refundability or offset of losses. Transfer of losses between corporations is one mechanism for effecting a refund or offset of tax. Refundability treats annual losses and profits symmetrically. It improves neutrality in the tax system. It eliminates discrimination against more risky businesses that have more volatility in earnings than less risky businesses. It may improve competitiveness and market efficiency by allowing firms to enter and exit industries more readily.

dont le résultat est de transformer une entreprise déficitaire en une entreprise rentable devraient être encouragés par le report prospectif de pertes antérieures. Hogg, Magee et Cook, précité, expliquent à la page 408:

[TRADUCTION] Lorsqu'il y a prise de contrôle d'une société ayant des pertes non utilisées, et que les nouveaux gestionnaires rendent l'entreprise de la société rentable, les pertes non utilisées de la société acquise peuvent être déduites des bénéfices de l'entreprise anciennement non rentable, même si les bénéfices ont été réalisés après le changement de contrôle. Dans cette situation, la prise de contrôle s'est soldée par la réalisation de l'objectif commercial positif de transformer une entreprise non rentable en une entreprise rentable, et on ne voit pas pourquoi elle ne devrait pas continuer à se prévaloir des pertes non utilisées des années antérieures à la prise de contrôle.

[92] La nature évidemment limitée de l'exception autorisant le transfert de pertes semble souligner la politique générale selon laquelle l'échange de pertes à des fins fiscales est interdit. L'exigence selon laquelle les pertes des années antérieures ne sont déductibles que du revenu de la même entreprise ou d'entreprises semblables est une indication qu'on ne peut généralement pas défalquer ces pertes d'autres revenus.

[93] La justification de la politique générale interdisant le transfert des pertes et prévoyant des exceptions limitées est décrite dans le *Rapport du Comité technique de la fiscalité des entreprises*. (Ottawa: Ministère des Finances, décembre 1997) (le Rapport Mintz) commençant à la page 4.12 et, en particulier, aux pages 4.14 et 4.15.

[94] Le Rapport indique qu'il y a des arguments théoriques que l'on peut invoquer en faveur de la remboursabilité ou la compensation des pertes. Le transfert des pertes entre sociétés est un mécanisme utilisé pour procéder à un remboursement ou à une compensation d'impôts. La remboursabilité traite de manière symétrique les pertes et les bénéfices annuels. Elle améliore le traitement neutre du point de vue fiscal. La remboursabilité élimine la discrimination à l'encontre des entreprises qui font face à des risques de marché plus importants et dont les bénéfices sont plus volatiles que les entreprises qui sont dans des secteurs présentant moins de risques. Elle pourrait aussi améliorer la compétitivité et l'efficacité des marchés en facilitant

[95] However, the Report notes that governments around the world have uniformly rejected full refundability, generally permitting only limited means for using losses. One concern is that to permit full refundability in a globalized economy of multinational businesses would attract losses into Canada that could not be used elsewhere, thus reducing government revenue in Canada that would need to be offset by higher tax rates. It is also said that a major practical consideration is that full refundability would eliminate corporate income tax revenue for several years.

[96] As a result, the present policy is to allow refunds or the transfer of losses only on a strictly controlled basis. It is a compromise between the desire to promote the full neutrality benefits of refundability and offsets on the one hand, and the need to maintain government revenues on the other.

[97] It is not for the Court to approve or disapprove of the government's relevant taxation policy. Nor is the Court to pass on the wisdom of the compromises that have been struck between competing objectives. The Court's only role is to identify a relevant, clear and unambiguous policy, so that it may then determine whether the avoidance transactions in question are inconsistent with the policy, such that they constitute an abuse of the provisions of the Act, other than the GAAR, read as a whole.

[98] I have no difficulty concluding that the general policy of the *Income Tax Act* is against the trading of non-capital losses by corporations, subject to specific limited circumstances.

Relevant policy with respect to partnerships

[99] With respect to partnerships, there were no restrictions on loss trading at the relevant time. Inherent in the Partnership Rules is that losses are transferable between partners. Irrespective of when a partner enters

l'accès des entreprises aux différents secteurs d'activité, de même que leur retrait.

[95] Toutefois, le Rapport fait remarquer que la remboursabilité complète est universellement rejetée, les différents gouvernements ne permettant généralement qu'une utilisation limitée des pertes. On craint que le fait de permettre la remboursabilité complète dans une économie globalisée d'entreprises multinationales ferait apparaître des pertes au Canada qui ne pourraient être utilisées ailleurs, ce qui entraînerait une perte de recettes fiscales au Canada qu'il faudrait compenser en augmentant les taux d'imposition. Une autre considération pratique importante est que la remboursabilité complète éliminerait les recettes fournies par l'impôt sur les bénéfices des sociétés pendant plusieurs années.

[96] Il s'ensuit que la politique générale actuelle est de permettre les remboursements ou le transfert des pertes uniquement sur une base strictement contrôlée. Il s'agit d'un compromis entre le désir de promouvoir tous les avantages du caractère neutre de la remboursabilité et des compensations, d'une part, et la nécessité de maintenir les recettes publiques, d'autre part.

[97] Il n'appartient pas la Cour d'approuver ou non la politique fiscale pertinente du gouvernement. Il n'appartient pas non plus à la Cour de se prononcer sur la sagesse des compromis qui ont été faits entre les objectifs concurrents. Le rôle de la Cour se limite à dégager une politique générale pertinente, claire et non ambiguë de manière qu'elle puisse alors décider si les opérations d'évitement en question sont contraires à cette politique, constituant alors un abus dans l'application des dispositions de la Loi lue dans son ensemble, compte non tenu de la RGAÉ.

[98] Je n'ai aucune difficulté à conclure que la politique générale qui sous-tend la *Loi de l'impôt sur le revenu* interdit l'échange des pertes autres que des pertes en capital par les sociétés, sous réserve de certaines limites précises.

Politique générale pertinente concernant les sociétés de personnes

[99] En ce qui concerne les sociétés de personnes, il n'y avait aucune restriction sur la transférabilité des pertes au moment en cause. Les règles relatives aux sociétés de personnes prévoient que les pertes sont

the partnership in a taxation year of the partnership, provided he is a partner at the end of the taxation year, the loss of the partnership from any source for its taxation year is the loss of the partner.

[100] The one exception to there being no restriction against loss trading in partnerships is subsection 96(8) [as am. by S.C. 1994, c. 21, s. 44], dealing with foreign partnerships. In that case, the value of the partnership's inventory at the time a person becomes a member of the partnership will be the lesser of its fair market value or its cost otherwise determined. In other words, accumulated losses, prior to a person becoming a member of the partnership, will not be available to that person. Paragraph 96(8)(b) provides:

96. . . .

(8) For the purposes of this Act, where at a particular time a person resident in Canada becomes a member of a partnership, or a person who is a member of a partnership becomes resident in Canada, and immediately before the particular time no member of the partnership is resident in Canada, the following rules apply for the purpose of computing the partnership's income for fiscal periods ending after the particular time:

. . .

(b) in the case of the partnership's property that is inventory (other than inventory of a business carried on in Canada) or non-depreciable capital property (other than taxable Canadian property) of the partnership at the particular time, its cost to the partnership shall be deemed to be, immediately after the particular time, equal to the lesser of its fair market value and its cost to the partnership otherwise determined;

This exception highlights the fact that in the case of partnerships other than foreign partnerships, accumulated losses, prior to the entry of a new partner, are available to that partner.

[101] I am satisfied that, at the relevant time, there was no general policy in the *Income Tax Act* against the transfer of losses between partners. If the present case is

transférables entre associés. Indépendamment du moment où une personne devient un associé au cours d'une année d'imposition de la société de personnes, dès lors qu'elle est un associé à la fin de l'année d'imposition, elle peut se prévaloir de la perte de la société de personnes provenant de n'importe quelle source au cours de son année d'imposition.

[100] Le paragraphe 96(8) [mod. par L.C. 1994, ch. 21, art. 44] qui porte sur les sociétés de personnes étrangères est la seule exception à la règle selon laquelle il n'y a aucune restriction sur l'échange de pertes dans les sociétés de personnes. Dans ce cas, la valeur de l'inventaire de la société de personnes au moment où une personne en devient membre est égale au moins élevé de sa juste valeur marchande et de son coût déterminé par ailleurs. En d'autres mots, une personne ne peut se prévaloir des pertes accumulées avant qu'elle ne devienne membre d'une société de personnes. L'alinéa 96(8)b) prévoit:

96. [. .]

(8) Pour l'application de la présente loi, lorsque, à un moment donné, une personne qui réside au Canada devient l'associé d'une société de personnes, ou une personne qui est l'associé d'une société de personnes commence à résider au Canada, alors qu'aucun associé de la société de personnes ne résidait au Canada immédiatement avant ce moment, les règles suivantes s'appliquent aux fins du calcul du revenu de la société de personnes pour les exercices se terminant après ce moment:

[. .]

b) dans le cas où la société de personnes est propriétaire d'un bien à porter à son inventaire, sauf l'inventaire d'une entreprise exploitée au Canada, ou d'une immobilisation non amortissable, sauf un bien canadien imposable, au moment donné, le coût du bien ou de l'immobilisation, pour la société de personnes, est réputé égal, immédiatement après ce moment, au moins élevé de sa juste valeur marchande et de son coût pour la société de personnes, déterminé par ailleurs;

Cette exception souligne le fait que dans le cas des sociétés de personnes autres que des sociétés de personnes étrangères, un nouvel associé peut se prévaloir des pertes accumulées avant qu'il ne devienne membre de la société de personnes.

[101] Je suis convaincu qu'au moment en cause, la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne comportait aucune politique générale interdisant le transfert de pertes entre associés.

viewed as a transfer of a loss to a partner in a partnership, there was no policy that precluded such transfer and the conclusion would be that there had been no abuse of the provisions of the Act read as a whole.

Application of policy to the facts

[102] However, the abuse analysis requires that the Court assess all the facts and circumstances surrounding the avoidance transactions. Why, having regard to the *Income Tax Act* read as a whole, did the parties enter into the avoidance transactions?

[103] When the avoidance transactions are viewed in this wider context, it becomes obvious that the losses the appellant was acquiring for tax purposes, by acquiring its interest in the STIL II Partnership, originated with Standard. What we have here is the acquisition of Standard's loss by the appellant. Essentially, the appellant acquired some \$52 million of Standard's loss that it and its SRMP partners could use to offset their share of STIL II's income and then their other income.

[104] Had the loss originated in the STIL II Partnership, I do not think any objection could be taken by the appellant accessing that loss by acquiring an interest in the Partnership. This would have been entirely a partnership context and, as I have said, there is no policy against the transferring of losses between partners.

[105] However, to view the avoidance transactions here without taking account of the wider context would be to ignore relevant facts and in particular, the result of the series of transactions. What the avoidance transactions accomplished was the transfer of the loss from one corporation to another through the mechanism of subsection 18(13) and the Partnership Rules. Having regard to the GAAR, these transactions violated the general policy of the Act against the transfer of losses from one corporation to another.

[106] Nonetheless, according to the appellant, if the corporate concepts of change of control and continuing the loss business were applied in this case, the appellant

Si on considère la présente affaire comme un transfert d'une perte à un associé dans une société de personnes, il n'existait aucune politique générale interdisant ce type de transfert et la conclusion serait qu'il n'y a pas eu d'abus dans l'application des dispositions de la Loi lue dans son ensemble.

Application de la politique générale aux faits

[102] Toutefois, l'analyse relative à l'abus (*abuse*) exige que la Cour examine tous les faits et circonstances entourant les opérations d'évitement. Pourquoi, eu égard à la *Loi de l'impôt sur le revenu* lue dans son ensemble, les parties ont-elles conclu les opérations d'évitement?

[103] Lorsque les opérations d'évitement sont placées dans ce contexte beaucoup plus large, il devient évident que les pertes que l'appelante obtenait à des fins fiscales, en acquérant sa participation dans la société de personnes STIL II, provenaient de la Standard. Ce que nous avons ici, c'est l'acquisition de la perte de la Standard par l'appelante. Essentiellement, l'appelante a acquis quelque 52 millions de dollars de la perte de la Standard dont elle-même et ses associés dans la SRMP pourraient se prévaloir pour réduire leur part du revenu de la STIL II et leurs revenus provenant d'autres sources.

[104] Si la perte provenait de la société de personnes STIL II, je ne pense pas qu'on pourrait s'opposer à ce que l'appelante puisse se prévaloir de cette perte en y acquérant une participation. Cela aurait été pour tout dire un contexte de sociétés de personnes et, comme je l'ai déjà mentionné, il n'existe aucune politique générale interdisant le transfert de pertes entre associés.

[105] Toutefois, examiner les opérations d'évitement en l'espèce sans tenir compte du contexte plus large reviendrait à ignorer des faits pertinents et en particulier, le résultat de la série d'opérations. Les opérations d'évitement ont eu pour résultat le transfert de la perte d'une société à une autre par le mécanisme du paragraphe 18(13) et des règles relatives aux sociétés de personnes. Compte tenu de la RGAÉ, ces opérations ont violé la politique générale qui sous-tend la Loi et interdit le transfert de pertes d'une société à une autre.

[106] Néanmoins, d'après l'appelante, si les notions de changement de contrôle d'une société et de poursuite de l'entreprise déficitaire étaient appliquées en l'espèce,

would be entitled to the Standard loss. The appellant argues that from its inception, the STIL II Partnership carried on the business of managing a mortgage portfolio and realizing on distressed properties. When the appellant acquired its interest in the STIL II Partnership, STIL II was a mortgagee in possession of a number of distressed properties with the objective of managing them, improving them, and ultimately realizing on them, and this business continued under the management of the appellant. According to the Tax Court Judge, ignoring the loss in 1993, the STIL II Partnership had the potential for profit and did make a profit.

[107] The appellant itself was in the business of managing, improving and disposing of distressed real properties, a business similar to that of STIL II. If the corporate concept of change of control and continuation of the loss business applied and if the appropriate comparison was between the STIL II Partnership and the appellant, the appellant contends that it would come within the narrow exception to the general policy of the *Income Tax Act* against the transfer of losses between corporations.

[108] However, in my view, the change of control rules are not applicable, and even if they were, I do not think the appropriate comparison is between the STIL II Partnership and the appellant. This is not a case of change of corporate control. It concerns a sale of some of the assets of the corporation. Except for the appellant's use of subsection 18(13) and the Partnership Rules, there is no mechanism in the *Income Tax Act* for the sale of a loss from one corporation to another as if it were a sale of assets. The appellant asks that the transactions here be treated as if they were a sale of shares, either of Standard itself or a subsidiary incorporated to hold the STIL II portfolio. However, the Court cannot recharacterize the transactions so as to force them to fit within the terms of the exception to the general rule against loss trading.

[109] Even assuming that the change of control rules could be applied by analogy, the necessary comparison, in my view, would be between Standard and the

l'appelante aurait le droit de se prévaloir de la perte de la Standard. L'appelante fait valoir que dès sa formation, la STIL II exploitait l'entreprise de gestion de portefeuille d'hypothèques et de réalisation de biens saisis. Lorsque l'appelante a acquis sa participation dans la STIL II, celle-ci était une créancière hypothécaire en possession d'un certain nombre de biens saisis avec l'intention de les gérer, de les améliorer, et en fin de compte de les réaliser, et cette activité s'est poursuivie sous la gestion de l'appelante. Selon le juge de la Cour de l'impôt, si l'on ne tenait pas compte de la perte subie en 1993, la STIL II avait le potentiel d'être rentable et a en fait réalisé des bénéfices.

[107] L'appelante avait elle-même pour activité la gestion, l'amélioration et la vente de biens immobiliers saisis, activité semblable à celle de la STIL II. Si les notions de changement de contrôle d'une société et de poursuite de l'entreprise déficitaire s'appliquaient et que la comparaison pertinente était entre la STIL II et l'appelante, cette dernière fait valoir qu'elle tomberait sous le coup de l'exception étroite à la politique générale qui sous-tend la *Loi de l'impôt sur le revenu* et interdit le transfert de pertes entre sociétés.

[108] Toutefois, à mon avis, les règles relatives au changement de contrôle ne sont pas applicables, et même si elles l'étaient, je ne pense pas que la comparaison pertinente soit entre la STIL II et l'appelante. Il ne s'agit pas en l'espèce du changement de contrôle d'une société. Il s'agit plutôt de la vente de certains actifs de la société. Hormis le fait que l'appelante s'est servie du paragraphe 18(13) et des règles relatives aux sociétés de personnes, la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne prévoit aucun mécanisme pour la vente d'une perte par une société à une autre comme s'il s'agissait d'une vente d'actifs. L'appelante demande que les opérations en l'espèce soient traitées comme s'il s'agissait d'une vente d'actions, soit de la Standard elle-même ou d'une filiale constituée pour détenir le portefeuille de STIL II. Toutefois, la Cour ne peut requalifier les opérations de manière à les faire tomber dans le champ d'application de l'exception à la règle générale interdisant l'échange des pertes.

[109] Même en supposant que les règles relatives au changement de contrôle peuvent être appliquées par analogie, à mon avis, la comparaison nécessaire serait

appellant. This is because the tax benefit resulting to the appellant was acquired by the appellant by reason of the series of four transactions which had the effect of transferring Standard's loss to the appellant. The question would be whether the exception in the *Income Tax Act*, allowing for the use of losses from a loss business by another business, would apply as between Standard and the appellant.

[110] I do not think it would. Standard was a money lender on the security of mortgages. The appellant was not. At the time of trial, Eugene Kaulius was the president of Samoth Capital, a public company that lent money to real estate developers and that was also in the hotel business. In 1993, Mr. Kaulius was president of the appellant. He was asked:

Q. What did OSFC do in those years as opposed to Samoth?

A. We typically bought undervalued deals, trying to minimize our risk, then looked to minimize our investment, that we would invest the company's money into typically real estate projects, that was our focus.

It is clear that, while Samoth lent money to real estate developers and its business, at least in part, might be considered to be similar to Standard's, the appellant was not in the money lending business. Instead, its business was purchasing, managing, and improving distressed real properties.

[111] It is true, as the Tax Court Judge pointed out, that Standard's business included dealing with its mortgages and in cases of default, dealing with the mortgaged properties as well. However, the loss which was acquired by the appellant from Standard did not arise from Standard's dealing with distressed properties. It arose from the lending of money on properties whose value fell dramatically in the real estate downturn of the late 1980s and early 1990s.

[112] The appellant did not acquire its STIL II Partnership interest to rehabilitate an unprofitable mortgage-lending business. Standard was in liquidation.

entre la Standard et l'appelante. Il en est ainsi parce que l'avantage fiscal obtenu par l'appelante l'a été par suite de la série de quatre opérations qui a eu pour effet de transférer la perte de la Standard à l'appelante. La question qui se poserait est de savoir si l'exception prévue par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, permettant à une entreprise de se prévaloir des pertes d'une entreprise déficitaire, s'appliquerait entre la Standard et l'appelante.

[110] Je ne le pense pas. La Standard exploitait une entreprise consistant à accorder des prêts garantis par des hypothèques. Pas l'appelante. Au moment du procès, Eugene Kaulius était président de la Samoth Capital, une société publique qui exploitait une entreprise consistant à accorder des prêts à des promoteurs immobiliers et qui exploitait également une entreprise hôtelière. En 1993, M. Kaulius était le président de l'appelante. On lui a demandé:

Q. Que faisait OSFC pendant ces années par opposition à Samoth?

R. Généralement, nous achetions des biens sous-évalués, essayant de minimiser notre risque, puis nous cherchions à minimiser notre investissement; nous investissions l'argent de la société généralement dans des projets immobiliers, c'était ça notre spécialité.

Il est clair que, si Samoth accordait des prêts à des promoteurs immobiliers et que son activité, tout au moins en partie, pourrait être assimilée à celle de la Standard, l'appelante n'exploitait pas une entreprise de prêt d'argent. Elle avait plutôt pour activité d'acheter, de gérer et d'améliorer des biens immobiliers saisis.

[111] Il est vrai que, comme l'a souligné le juge de la Cour de l'impôt, la Standard avait également pour activité de s'occuper de ses prêts hypothécaires et, en cas de défaillance, de s'occuper des biens hypothéqués aussi. Toutefois, la perte que l'appelante a obtenue de la Standard ne provenait pas des activités de la Standard relativement à ces biens saisis. Elle provenait de son activité qui consistait à accorder des prêts garantis par des biens dont la valeur avait subi une baisse radicale dans l'effondrement du marché immobilier à la fin des années 1980 et au début des années 1990.

[112] L'appelante n'a pas acquis sa participation dans la STIL II dans le but de relancer une entreprise de prêts hypothécaires non rentable. La Standard était en

The appellant's sole business purpose (besides the tax benefit purpose) was to acquire its STIL II Partnership interest on terms which would enable it to profit from the management and disposition of distressed properties.

[113] The business of lending money on the security of mortgages may occasionally include disposing of distressed properties. But the business of disposing of distressed properties does not include the business of lending money on mortgages. In these circumstances, I do not think the policy of the Act is such as to allow losses incurred in the business of lending money on mortgages to be used to offset profits in the business of rehabilitating distressed real properties.

[114] Therefore, I am not satisfied that this exception to the general rule against the transfer of losses from one corporation to another would be applicable on policy grounds in this case.

Additional arguments relating to abuse

[115] The appellant makes a number of additional arguments but they do not persuade me to a different conclusion. The appellant says, with reference to a number of the provisions of the Act, that Parliament has comprehensively legislated rules relating to the treatment of losses. I interpret this argument to mean that Parliament has completely addressed the issue of losses and has decided where losses may be transferred and where they may not. The appellant says that its circumstances are those in which losses may be transferred. However, the *Income Tax Act* is complex and the GAAR seems aimed at the unintended application of provisions of the Act by avoidance transactions that are against the policy of the Act. If, by reason of rules and exceptions in the Act, a clear and unambiguous relevant policy could not be ascertained, I would agree with the appellant that the application of the statutory provisions must prevail. However, the policy of the Act, with respect to the loss at issue here, is clear. And it is against that policy that the avoidance transactions must be measured to determine if they constitute an abuse. I have concluded that they do.

liquidation. Le seul objet commercial de l'appelante (hormis celui de tirer un avantage fiscal) était d'acquies sa participation dans la STIL II à des conditions qui lui permettraient de tirer un profit de la gestion et de la disposition des biens saisis.

[113] L'entreprise consistant à accorder des prêts garantis par des hypothèques peut à l'occasion comporter la disposition de biens saisis. Mais l'entreprise consistant à disposer de biens saisis ne comporte pas le prêt d'argent hypothécaire. Dans les circonstances, je n'estime pas que la politique générale qui sous-tend la Loi permet que les pertes subies dans l'entreprise consistant à accorder des prêts garantis par des hypothèques soient utilisées en compensation des bénéfices tirés de l'entreprise consistant à réhabiliter des biens immobiliers saisis.

[114] Par conséquent, je ne suis pas convaincu que cette exception à la règle générale interdisant le transfert des pertes d'une société à une autre serait applicable en l'espèce pour des motifs d'ordre public.

Autres arguments ayant trait à l'abus

[115] L'appelante avance plusieurs autres arguments, mais ils ne me convainquent pas de tirer une conclusion différente. Elle affirme, en invoquant un certain nombre de dispositions de la Loi, que le Parlement a établi un régime complet régissant le traitement des pertes. J'interprète cet argument comme signifiant que le Parlement a complètement réglé la question des pertes et a établi les cas où les pertes peuvent être transférées et les cas où elles ne le peuvent pas. L'appelante affirme que sa situation relève de celles dans lesquelles les pertes peuvent être transférées. Toutefois, la *Loi de l'impôt sur le revenu* est complexe et la RGAÉ semble viser l'application non envisagée des dispositions de la Loi par les opérations d'évitement qui sont contraires à la politique générale qui sous-tend la Loi. Si, par suite des règles et des exceptions prévues par la Loi, on ne peut dégager une politique générale pertinente claire et non ambiguë, j'accepterais l'argument de l'appelante selon lequel l'application des dispositions législatives doit l'emporter. Toutefois, la politique générale qui sous-tend la Loi ayant trait à la perte en question en l'espèce est claire. Et, c'est par rapport à cette politique générale que les opérations d'évitement doivent être évaluées pour

[116] The appellant has referred to paragraph 53(2)(c) which provides for the reduction in the adjusted cost base of a partnership interest with the effect of recapturing, in a capital gain on a future disposition, losses previously deducted by a partner. However, I find paragraph 53(2)(c) somewhat remote from the issue at hand. For one thing, capital gains tax rates are significantly lower than income tax rates. I have difficulty concluding that Parliament considered that possible payment of capital gains taxes some time in the future was an appropriate offset for the immediate reduction of income taxes by the acquisition of a loss not originally incurred by the partnership.

Finding of abuse

[117] I have concluded that the avoidance transactions have resulted in an abuse of the provisions of the Act, other than the GAAR, read as a whole. Notwithstanding this finding, it is important to note that there is no general rule against structuring transactions in a tax effective manner or a requirement that transactions be structured in a manner that maximizes tax. There has been strict compliance with the Act and that should normally be sufficient. However, Parliament has enacted subsection 245(4) and if any meaning is to be given to it, it must be to override the results of strict compliance when abuse of the provisions of the Act, read as a whole, is apparent.

CONCLUSION

[118] The series of transactions which includes the Standard transactions and the appellant's acquisition of its STIL II Partnership interest resulted in a tax benefit to the appellant. The Standard transactions and the transaction whereby the appellant acquired its STIL II Partnership interest were undertaken and arranged primarily to obtain the tax benefit. Accordingly, they were avoidance transactions. While not amounting to a misuse of subsection 18(13) in the narrow sense, these transactions resulted in an abuse, having regard to the

déterminer si elles constituent un abus (*abuse*). J'ai conclu qu'elles constituent un abus.

[116] L'appelante a mentionné l'alinéa 53(2)c qui prévoit la réduction du prix de base rajusté d'une participation dans une société de personnes dans le but de récupérer, sous forme de gains en capital dans une disposition future, des pertes déduites antérieurement par un associé. Toutefois, j'estime que l'alinéa 53(2)c est quelque peu étranger à la question en litige. D'une part, les taux d'imposition des gains en capital sont considérablement inférieurs aux taux d'imposition du revenu. J'ai de la difficulté à conclure que le législateur a estimé que le paiement possible des impôts sur les gains en capital à un certain moment dans l'avenir était une compensation appropriée pour la réduction immédiate des impôts sur le revenu par l'acquisition d'une perte qui n'a pas été subie à l'origine par la société de personnes.

Conclusion quant à l'abus (*abuse*)

[117] J'ai conclu que les opérations d'évitement ont entraîné un abus dans l'application des dispositions de la Loi lue dans son ensemble, abstraction faite de la RGAÉ. Malgré cette conclusion, il importe de remarquer qu'il n'existe aucune règle générale interdisant la structuration d'opérations d'une manière fiscalement efficace ni une exigence que des opérations soient structurées d'une manière qui optimalise l'impôt. Le contribuable s'est strictement conformé à la Loi et cela devrait normalement être suffisant. Toutefois, le Parlement a édicté le paragraphe 245(4) et si on doit lui prêter un sens, c'est qu'il l'emporte sur les résultats d'un respect rigoureux lorsque l'abus dans l'application des dispositions de la Loi lue dans son ensemble est manifeste.

CONCLUSION

[118] La série d'opérations qui comprend les opérations de la Standard et l'acquisition par l'appelante de sa participation dans la STIL II ont entraîné un avantage fiscal pour l'appelante. Les opérations de la Standard et l'opération par laquelle l'appelante a acquis une participation dans la STIL II ont été effectuées principalement dans le but d'obtenir l'avantage fiscal. En conséquence, il s'agissait d'opérations d'évitement. Tout en ne constituant pas un abus (*misuse*) dans l'application du paragraphe 18(13) au sens étroit, ces opérations ont

provisions of the *Income Tax Act*, read as a whole, because they enabled the appellant to access Standard's loss, contrary to the general policy of the Act against the transfer of losses between corporations. Accordingly, the Minister was entitled, under paragraph 245(5)(d), to ignore the tax effects from the application of subsection 18(13) and deny the tax benefit at issue to the appellant under subsection 245(2).

[119] I would dismiss the appeal with costs.

STONE J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[120] LÉTOURNEAU J.A. (*concurring reasons in result only*): This appeal raises the application of the general anti-avoidance rule (GAAR) found in section 245 of the *Income Tax Act* (Act). I need not relate the facts and procedural incidents as my colleague Rothstein J.A. has already done that. However, for ease of reference, I reproduce in both languages the relevant parts of the provision:

245. (1) In this section,

“tax benefit” means a reduction, avoidance or deferral of tax or other amount payable under this Act or an increase in a refund of tax or other amount under this Act;

“tax consequences” to a person means the amount of income, taxable income, or taxable income earned in Canada of, tax or other amount payable by or refundable to the person under this Act, or any other amount that is relevant for the purposes of computing that amount;

“transaction” includes an arrangement or event.

entraîné un abus (*abuse*), compte tenu des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* lue dans son ensemble, parce qu'elles ont permis à l'appelante de se prévaloir de la perte de la Standard en contravention de la politique générale de la Loi interdisant le transfert des pertes entre sociétés. En conséquence, le ministre était fondé, en vertu de l'alinéa 245(5)d), à ignorer les attributs fiscaux découlant de l'application du paragraphe 18(13) et à refuser l'avantage fiscal litigieux à l'appelante en vertu du paragraphe 245(2).

[119] Je rejette l'appel avec dépens.

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

* * *

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

[120] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. (*souscrivant au résultat uniquement*): Le présent appel soulève la question de l'application de la disposition générale anti-évitement (RGAÉ) énoncée à l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Loi). Je n'ai pas besoin de relater les faits et la procédure car mon collègue le juge Rothstein l'a déjà fait. Toutefois, pour faciliter la lecture, je reproduis dans les deux langues les parties pertinentes de la disposition:

245. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

«attribut fiscal» S'agissant des attributs fiscaux d'une personne, revenu, revenu imposable ou revenu imposable gagné au Canada de cette personne, impôt ou autre montant payable par cette personne, ou montant qui lui est remboursable, en application de la présente loi, ainsi que tout montant à prendre en compte pour calculer, en application de la présente loi, le revenu, le revenu imposable, le revenu imposable gagné au Canada de cette personne ou l'impôt ou l'autre montant payable par cette personne ou le montant qui lui est remboursable.

«avantage fiscal» Réduction, évitement ou report d'impôt ou d'un autre montant payable en application de la présente loi ou augmentation d'un remboursement d'impôt ou d'un autre montant visé par la présente loi.

«opération» Sont assimilés à une opération, une convention, un mécanisme ou un événement.

(2) Where a transaction is an avoidance transaction, the tax consequences to a person shall be determined as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that, but for this section, would result, directly or indirectly, from that transaction or from a series of transactions that includes that transaction.

(3) An avoidance transaction means any transaction

(a) that, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit; or

(b) that is part of a series of transactions, which series, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit.

(4) For greater certainty, subsection (2) does not apply to a transaction where it may reasonably be considered that the transaction would not result directly or indirectly in a misuse of the provisions of this Act or an abuse having regard to the provisions of this Act, other than this section, read as a whole.

I also include the text of subsection 18(13) which will be relevant when assessing the nature of the appellant's transaction under review in the present instance.

18. . . .

(13) Subject to subsection 138(5.2) and notwithstanding any other provision of this Act, where a taxpayer

(a) who was a resident of Canada at any time in a taxation year and whose ordinary business during that year included the lending of money, or

(b) who at any time in the year carried on a business of lending money in Canada has sustained a loss on a disposition of property used or held in that business that is a share, or a loan, bond, debenture, mortgage, note, agreement of sale or any other indebtedness, other than a property that is a capital property of the taxpayer, no amount shall be deducted in computing the income of the taxpayer from that business for the year in respect of the loss where

(c) during the period commencing 30 days before and ending 30 days after the disposition, the taxpayer or a person or partnership that does not deal at arm's length with the taxpayer acquired or agreed to acquire the same or identical property (in this subsection referred to as the "substituted property"), and

(d) at the end of the period described in paragraph (c), the taxpayer, person or partnership, as the case may be, owned or had a right to acquire the substituted property,

(2) En cas d'opération d'évitement, les attributs fiscaux d'une personne doivent être déterminés de façon raisonnable dans les circonstances de sorte à supprimer un avantage fiscal qui, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, de cette opération ou d'une série d'opérations dont cette opération fait partie.

(3) L'opération d'évitement s'entend:

a) soit de l'opération dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables—l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable;

b) soit de l'opération qui fait partie d'une série d'opérations dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables—l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable.

(4) Il est entendu que l'opération dont il est raisonnable de considérer qu'elle n'entraîne pas, directement ou indirectement, d'abus dans l'application des dispositions de la présente loi lue dans son ensemble—compte non tenu du présent article—n'est pas visée par le paragraphe (2).

J'inclus également le texte du paragraphe 18(13) qui sera pertinent dans l'évaluation de la nature de l'opération litigieuse de l'appelante en l'espèce.

18. [. .]

(13) Sous réserve du paragraphe 138(5.2) et malgré les autres dispositions de la présente loi, dans le cas où un contribuable—qui, à un moment donné d'une année d'imposition, réside au Canada et dont l'activité d'entreprise habituelle au cours de cette année consiste en partie à prêter de l'argent ou qui, à un moment donné de l'année, exploite une entreprise de prêt d'argent au Canada—subit une perte lors de la disposition d'un bien utilisé ou détenu dans le cadre de l'entreprise qui est une action, ou un prêt, une obligation, un billet, une hypothèque, une convention de vente ou une autre créance mais qui n'est pas une immobilisation du contribuable, aucun montant n'est déductible au titre de la perte dans le calcul de son revenu provenant de cette entreprise pour l'année si:

a) d'une part, au cours de la période commençant 30 jours avant et se terminant 30 jours après la disposition, le contribuable ou une personne ou société de personnes avec laquelle il a un lien de dépendance acquiert ou convient d'acquérir le même bien ou un bien identique—appelés «bien de remplacement» au présent paragraphe;

b) d'autre part, à la fin de cette période, le contribuable ou la personne ou société de personnes, selon le cas, est propriétaire du bien de remplacement ou a le droit de l'acquérir.

and any such loss shall be added in computing the cost to the taxpayer, person or partnership, as the case may be, of the substituted property.

[121] The issue is whether Bowie T.C.J. erred in applying subsection 245(3) of the Act to the transaction whereby the appellant (OSFC) purchased 99% interest in a partnership (STIL II partnership) created by Standard Trust Company (STC). The learned Tax Court Judge found that the appellant's transaction was a transaction that was part of a series of transactions whose primary purpose was to obtain a tax benefit and, therefore, were avoidance transactions within the meaning of paragraph 245(3)(b) of the Act.

[122] It will be recalled that STC arranged a series of three transactions which, it is acknowledged by the parties, created a tax benefit. The appellant's transaction was a fourth transaction whereby it bought the interest in STIL II partnership which contained heavy losses. Speaking of the first three transactions arranged by STC, i.e., the creation and incorporation of the company 1004568, the formation of the partnership STIL II and the sale of its 99% interest in that partnership, the learned Tax Court Judge wrote at paragraph 36 of his decision:

The first three of the transactions alleged by the Respondent to be avoidance transactions are certainly part of a series of pre-ordained steps carried out by the liquidator as part of a deliberate plan.

I shall now determine whether the appellant's transaction was an avoidance transaction as found by the Tax Court Judge.

Whether the appellant's transaction was an avoidance transaction

[123] I readily concede that section 245, and especially subsection 245(3), is not, as is too often the case in income tax matters, a model of clarity. As I understand subsection 245(3), a transaction can be, under paragraph (a), an avoidance transaction if it results in a tax benefit and if it was undertaken or primarily arranged to obtain the tax benefit.

Cette perte doit être ajoutée dans le calcul du coût du bien de remplacement pour le contribuable ou pour la personne ou société de personnes, selon le cas.

[121] La question est de savoir si le juge Bowie, de la Cour canadienne de l'impôt, a commis une erreur dans l'application du paragraphe 245(3) de la Loi à l'opération par laquelle l'appelante (OSFC) a acheté une participation de 99 p. 100 dans une société de personnes (la STIL II) créée par la Compagnie Standard Trust (la STC). Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que l'opération de l'appelante était une opération qui faisait partie d'une série d'opérations dont l'objet principal était d'obtenir un avantage fiscal et qui constituaient par conséquent des opérations d'évitement au sens de l'alinéa 245(3)b) de la Loi.

[122] On se rappellera que la STC a effectué une série de trois opérations, qui, les parties ont-elles reconnu, donnaient lieu à un avantage fiscal. L'opération de l'appelante était une quatrième opération par laquelle elle a acheté une participation dans la société de personnes STIL II qui comportait d'importantes pertes. Parlant des trois premières opérations effectuées par la STC, c'est-à-dire la création et la constitution de la compagnie 1004568, la formation de la STIL II et la vente de sa participation de 99 p. 100 dans cette société de personnes, le juge de la Cour de l'impôt a écrit au paragraphe 36 de sa décision:

Les trois premières des opérations au sujet desquelles l'intimée allègue qu'il s'agit d'opérations d'évitement font assurément partie d'une série de mesures déterminées d'avance que le liquidateur a prises dans le cadre d'un plan délibéré.

Je vais maintenant déterminer si l'opération de l'appelante constituait une opération d'évitement comme l'a conclu le juge de la Cour de l'impôt.

L'opération de l'appelante constituait-elle une opération d'évitement?

[123] Je concède sans hésitation que l'article 245, tout particulièrement le paragraphe 245(3), n'est pas, comme c'est trop souvent le cas en matière d'impôt sur le revenu, un modèle de clarté. Tel que je comprends le paragraphe 245(3), une opération peut, selon l'alinéa a), constituer une opération d'évitement si un avantage fiscal en découle et si elle a été principalement effectuée en vue de l'obtention de l'avantage fiscal.

[124] However, a transaction which is not an avoidance transaction under paragraph (a) because it was undertaken for a *bona fide* purpose may still become an avoidance transaction under paragraph (b) if it is part of a series of transactions, if the series of transactions results in a tax benefit and if “the transaction” was undertaken for no *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit. I have underlined the words “the transaction” because they are source of ambiguity.

[125] Indeed, a literal interpretation of these words, whether taken in French or in English, could lead one to conclude that, in the present instance, they refer to the appellant’s transaction, i.e., the fourth transaction which followed and perfected the three transactions initiated by STC. Such an interpretation would render paragraph (b) completely inoperative and useless. If we accept, for the sake of argument, that the appellant’s transaction had a *bona fide* purpose other than to obtain a tax benefit, that transaction assessed on its own for what it is would have been ruled, under paragraph (a), not to be an avoidance transaction. Then it would not matter, under paragraph (b), that it is part of a series of other transactions which are avoidance transactions because it would be again reassessed on its own as if it were not part of that series of avoidance transactions. Having been ruled not to be an avoidance transaction under paragraph (a) because it had a legitimate business purpose, the transaction would, once again and with no surprise, be ruled not to be an avoidance transaction because it had a legitimate business purpose. Indeed, it would amount to assessing the appellant’s transaction both under paragraphs (a) and (b) as if it were a single transaction, notwithstanding that paragraph (b) defines as an avoidance transaction “any transaction” that is part of the series of transactions which produced the tax benefit and were arranged or undertaken primarily for that purpose.

[126] In my view, each and every transaction which is part of a series of transactions has, under paragraph 245(3)(b), to be assessed on its own to determine whether it has a *bona fide* purpose other than to obtain a tax

[124] Toutefois, une opération qui n’est pas une opération d’évitement au sens de l’alinéa a) parce qu’elle a été effectuée pour un objet véritable peut quand même devenir une opération d’évitement au sens de l’alinéa b) si elle fait partie d’une série d’opérations, si la série d’opérations entraîne un avantage fiscal et si «l’opération» n’a pas été effectuée pour des objets véritables autre que l’obtention de l’avantage fiscal. J’ai souligné les mots «l’opération» parce qu’ils sont source d’ambiguïté.

[125] En effet, l’interprétation littérale de ces mots, que ce soit dans la version française ou dans la version anglaise, pourrait mener à la conclusion selon laquelle, en l’espèce, ils visent l’opération de l’appelante, c’est-à-dire la quatrième opération qui a suivi et complété les trois opérations effectuées par la STC. Une telle interprétation aurait pour effet de rendre l’alinéa b) complètement inopérant et inutile. Si nous acceptons, pour des fins d’argumentation, que l’opération de l’appelante avait été effectuée pour un objet véritable autre que l’obtention d’un avantage fiscal, on aurait jugé que, cette opération, évaluée en tant que tel sous le régime de l’alinéa a), ne constitue pas une opération d’évitement. Alors, sous le régime de l’alinéa b), cela n’aurait aucune importance qu’elle fasse partie d’une série d’autres opérations qui sont des opérations d’évitement parce qu’elle serait de nouveau réévaluée toute seule comme si elle ne faisait pas partie de cette série d’opérations d’évitement. Cette opération, ayant été jugée ne pas constituer une opération d’évitement au sens de l’alinéa a) parce qu’elle avait été effectuée pour un objet véritable, serait, de nouveau et sans surprise, jugée ne pas être une opération d’évitement parce qu’elle avait été effectuée pour un véritable objet commercial. En fait, cela reviendrait à évaluer l’opération de l’appelante à la fois sous le régime des alinéas a) et b) comme s’il s’agissait d’une seule opération, même si l’alinéa b) définit une opération d’évitement comme «l’opération» qui fait partie de la série d’opérations qui ont donné lieu à l’avantage fiscal et qui ont été effectuées principalement dans ce but.

[126] À mon avis, chaque opération qui fait partie d’une série d’opérations doit, en vertu de l’alinéa 245(3)b), être évaluée seule pour déterminer si elle a un objet véritable autre que l’obtention d’un avantage fiscal.

benefit. Once it is found that a transaction in the series is an avoidance transaction, then all the other transactions that are part of the series are coloured or contaminated by that transaction. The appellant agrees with this approach taken by the Department of Finance in its *Technical Notes to Bill C-139, Special Report No. 851*, CCH Canadian Ltd., 1988, at page 315 where it writes:

Thus, where a series of transactions would result in a tax benefit, that tax benefit will be denied unless the primary objective of each transaction in the series is to achieve some legitimate non-tax purposes. Therefore, in order not to fall within the definition of "avoidance transaction" in subsection 245(3), each step in such a series must be carried out primarily for *bona fide* non-tax purpose.

See also the following passage of Brian J. Arnold found in Chapter 7 of the book *Tax Avoidance and The Rule of Law*, Amsterdam: IBFD Publications, 1997, at pages 232-233, dealing with the Canadian general anti-avoidance rule:

Under paragraph 245(3)(b), if a transaction is part of a series of transactions and the series result in a tax benefit, each transaction in the series must be tested to determine whether it was carried out primarily for non-tax purposes. The series of transaction as a whole need not be justified by a non-tax purpose, and there is no attempt to reorder the series or to determine its true character.

[127] In the present instance, as previously mentioned, the Tax Court Judge found that the three transactions arranged and undertaken by STC had no *bona fide* purpose other than to obtain a tax benefit. I see no error in this finding. Quite the reverse, there was overwhelming evidence that the incorporation of company 1004568, the formation of the STIL II partnership as well as the transfer to them of the portfolio assets were not necessary for STC to effectively sell these assets to an arm's length third party such as the appellant.

[128] However, and the evidence so reveals, the transfer of the assets to a non arm's length party prior to the sale to an arm's length party was required to trigger the application of subsection 18(13) of the Act and create, in the hands of the non-arm's length STIL II partnership,

La conclusion ayant été faite qu'une opération qui fait partie de la série est une opération d'évitement, alors toutes les autres opérations qui font partie de la série sont entachées ou contaminées par cette opération. L'appelante est d'accord avec l'approche prise par le ministère des Finances dans ses *Notes techniques au projet de loi C-139: Rapport spécial n° 851*, CCH Canadian Ltd., 1988, à la page 359, où il écrit:

Par conséquent, lorsqu'un avantage fiscal découlera d'une série d'opérations, il sera refusé à moins que l'objet principal de chaque opération de la série ne soit d'atteindre un objet légitime autre que fiscal. Ainsi, pour ne pas tomber sous le coup de la définition d'«opération d'évitement» au paragraphe 245(3), il faudra que chaque étape d'une série d'opérations soit effectuée principalement pour des objets véritables autres que des objets fiscaux.

Voir également le passage suivant tiré du chapitre 7 de l'ouvrage de Brian J. Arnold intitulé *Tax Avoidance and The Rule of Law*, Amsterdam: IBFD Publications, 1997, aux pages 232 et 233, portant sur la directive générale anti-évitement du Canada:

[TRADUCTION] Selon l'alinéa 245(3)b), si une opération fait partie d'une série d'opérations et qu'un avantage fiscal découle de la série, chaque opération faisant partie de la série doit être évaluée pour déterminer si elle a été effectuée principalement pour des objets autres que des objets fiscaux. Il n'est pas nécessaire que la série d'opérations, dans son ensemble, soit justifiée par des objets autres que des objets fiscaux, et aucune tentative n'est faite pour réordonner la série ou pour en déterminer la véritable nature.

[127] En l'espèce, comme je l'ai déjà mentionné, le juge de la Cour de l'impôt a conclu que les trois opérations effectuées par la STC n'avaient aucun objet véritable autre que l'obtention d'un avantage fiscal. Je ne vois aucune erreur dans cette conclusion. Bien au contraire, le juge était saisi d'une preuve abondante que la constitution de la compagnie 1004568, la formation de la STIL II ainsi que le transfert à ces entreprises du portefeuille des actifs n'étaient pas nécessaires pour permettre à la STC de vendre efficacement ces actifs à une partie sans lien de dépendance comme l'appelante.

[128] Toutefois, et la preuve le révèle, le transfert des actifs à une partie avec lien de dépendance avant la vente à une partie sans lien de dépendance était nécessaire pour déclencher l'application du paragraphe 18(13) de la Loi et créer, entre les mains de la STIL II avec laquelle

the pregnant losses by increasing its adjusted cost base. In my considered opinion, there was no valid or legitimate reason for the creation of that partnership and the transfer to it of the portfolio other than to create a tax benefit for future sale.

Whether the appellant's transaction was part of a series of transactions

[129] The appellant contends that it was not privy to or involved in the STC transactions arranged by STC's liquidator. It submits that, even if the STC's transactions were avoidance transactions, its own transaction was not an avoidance transaction because it was not part of the series arranged by STC. In addition, the appellant avers that there was no "reasonable nexus" or interdependence between its transaction and the STC's transactions.

[130] It is obvious to me as it was to the Tax Court Judge that an ultimate sale to an arm's length party was part of the pre-ordained steps carried out by STC's liquidator. The pregnant losses resulting from a transfer of the portfolio to the STIL II partnership needed the interaction of an arm's length third party to come to life. The whole scheme developed and arranged by STC's liquidator was conceived and intended to create and transfer a tax benefit. It was predicated upon an acquisition by a third party whereby the pregnant losses would become real losses in the hands of that third party. In other words, the appellant may not have been a party in conceiving or creating the tax benefit, but it was the missing and necessary link in materializing and actualizing it. The entire sequence of events had to be carried out or all the steps completed for the tax plan to work: see Vern Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 5th ed., at page 1409. The appellant's transaction satisfied, in my view, both the "mutual interdependence" test and the "end result" test under which two or more transactions constitute a series either if they are so interdependent that the results of one transaction would be meaningless in the absence of the completion of the other transactions, or they are in substance component parts of a single transaction which were intended from the outset to be taken for the purpose of reaching the ultimate result: see Brian J. Arnold and

il existait un lien de dépendance, des pertes en gestation en augmentant leur prix de base ajusté. À mon humble avis, aucune raison valide ou légitime ne justifiait la création de cette société de personnes et le transfert à cette dernière du portefeuille si ce n'était pour créer un avantage fiscal qui serait vendu ultérieurement.

L'opération de l'appelante faisait-elle partie d'une série d'opérations?

[129] L'appelante prétend qu'elle n'était pas au courant des opérations de la STC effectuées par le liquidateur de la STC et qu'elle n'y a pas participé. Elle fait valoir que, même si les opérations de la STC constituaient des opérations d'évitement, sa propre opération n'était pas une opération d'évitement parce qu'elle ne faisait pas partie de la série d'opérations effectuées par la STC. En outre, l'appelante affirme qu'il n'y avait aucun «lien raisonnable» ni aucune interdépendance entre son opération et celles de la STC.

[130] Il est évident, à mon sens, comme cela a été le cas pour le juge de la Cour de l'impôt, que cette vente éventuelle à une partie sans lien de dépendance faisait partie des étapes déterminées d'avance qui avaient été effectuées par le liquidateur de la STC. Les pertes en gestation découlant du transfert du portefeuille à la STIL II avaient besoin de l'interaction d'un tiers sans lien de dépendance pour prendre vie. L'ensemble de l'opération élaborée et effectuée par le liquidateur de la STC a été conçu dans le but, et avait pour objet, de créer et de transférer un avantage fiscal. Il était fondé sur l'acquisition par un tiers, au moyen de laquelle les pertes en gestation deviendraient de véritables pertes entre les mains de ce tiers. En d'autres mots, l'appelante peut ne pas avoir été partie à la conception ou à la création de l'avantage fiscal, mais elle constituait le lien manquant et nécessaire pour qu'il se matérialise et se réalise. Pour que le plan fiscal fonctionne, toute la série des événements devait être réalisée ou toutes les étapes devaient être terminées: voir Vern Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 5^e éd., à la page 1409. À mon avis, l'opération de l'appelante satisfaisait à la fois au principe de l'« interdépendance mutuelle » et au principe du « résultat final » d'après lesquels deux ou plusieurs opérations constituent une série, soit lorsqu'elles sont si interdépendantes que les résultats d'une opération seraient inutiles sans la réalisation

James R. Wilson, “The General Anti-Avoidance Rule—Part 2” (1988), 36 *Can. Tax J.* 1123, at page 1162.

[131] The appellant also submitted that subsection 245(3), in relation to the tax benefit, uses the word “obtain” and not “confer”. Had Parliament intended to cover the situation the appellant finds itself involved in, the submission goes, it would have referred to transactions within a series of transactions arranged primarily to “confer” a tax benefit.

[132] As attractive as this argument of the appellant may be, it is not supported by the terms of the general anti-avoidance provision found in subsection 245(2) or the terms of the definition of avoidance transaction in subsection 245(3). A close reading of these provisions reveals that the GAAR is result-oriented and, therefore, it matters little who produced the tax benefit. The fact that the tax benefit could also result indirectly from the transaction or the series of transactions indicates, as the respondent puts it, that “Parliament intended to divorce the author of tax avoidance transactions from the beneficiary of the tax benefits flowing from these transactions”: see respondent’s amended memorandum of fact and law, paragraph 41.

[133] In my view, the Tax Court Judge was right in his conclusion that the appellant’s transaction was part of that series of avoidance transactions which resulted in a substantial tax benefit for the appellant.

Whether the transaction amounted to a misuse of the provisions of the Act or an abuse having regard to the provisions of the Act read as a whole

[134] The Tax Court Judge, as it appears from the following excerpt of his decision, at paragraph 54, concluded that the use of subsection 18(13) of the Act was a misuse of that provision:

Counsel for the Appellant argues that subsection 18(13) is not misused in this case, because the result for which he contends is the very result that the subsection dictates in the circumstances. That will always be the case when a section of

complète des autres opérations, soit qu’elles constituent essentiellement des composantes d’une seule opération dont l’objet initial était d’atteindre le résultat ultime: voir Brian J. Arnold et James R. Wilson, «The General Anti-Avoidance Rule—Part 2» (1988), 36 *Rev. fis. can.* 1123, à la page 1162.

[131] L’appelante a également fait valoir que le paragraphe 245(3) utilise, en rapport avec l’avantage fiscal, le verbe «obtenir» et non le verbe «conférer». Selon l’argument avancé, si le Parlement avait l’intention de régir la situation dans laquelle se trouve l’appelante, il aurait parlé d’opérations faisant partie d’une série d’opérations principalement effectuées en vue de «conférer» un avantage fiscal.

[132] Aussi attrayant que soit cet argument avancé par l’appelante, il n’est pas étayé par le libellé de la directive générale anti-évitement énoncée au paragraphe 245(2) ni par la définition d’opération d’évitement énoncée au paragraphe 245(3). La lecture attentive de ces dispositions révèle que la RGAÉ est axée sur les résultats et, par conséquent, il importe peu qui a produit l’avantage fiscal. Le fait que l’avantage fiscal pourrait également découler indirectement de l’opération ou de la série d’opérations indique, comme l’intimée le souligne, que «de Parlement avait l’intention de séparer l’auteur des opérations d’évitement du bénéficiaire de l’avantage fiscal en découlant:» voir le Mémoire modifié des faits et du droit de l’intimée, paragraphe 41.

[133] À mon avis, le juge de la Cour de l’impôt avait raison de conclure que l’opération de l’appelante faisait partie d’une série d’opérations d’évitement dont l’appelante a tiré un avantage fiscal important.

L’opération constituait-elle un abus dans l’application des dispositions de la Loi lue dans son ensemble?

[134] Le juge de la Cour de l’impôt a conclu, comme il ressort de l’extrait suivant tiré de sa décision, au paragraphe 54, que cette utilisation du paragraphe 18(13) de la Loi constituait un abus (*misuse*) dans l’application de cette disposition:

D’après l’avocat de l’appelante, il n’y a pas d’abus dans l’application du paragraphe 18(13) dans la présente espèce, car le résultat qui selon lui a été obtenu est le résultat même que commande ce paragraphe dans les circonstances. Mais il en

the Act is put to a use for which it was not intended in furtherance of an avoidance transaction, or a series of avoidance transactions. That unintended application of the section is the very mischief at which GAAR is aimed. Subsection 18(13) was enacted as a stop-loss provision, the object of which is to prevent taxpayers who are in the money-lending business from artificially realizing losses on assets which have declined in market value by transferring them to a person with whom they do not deal at arm's length, while maintaining control of the assets through the non-arm's length nature of their relationship with the transferee. The use of that provision to effect the transfer of unrealized losses from a taxpayer who has no income against which to offset those losses to a taxpayer which does have such income is clearly a misuse.

I agree. Subsection 18(13) was not intended to be used by a corporation to increase the adjusted cost base of a related corporation or partnership for the purpose of selling its losses to an arm length corporation.

[135] I also share his view that the transaction was an abuse of the Act as a whole whereby STC's losses were made a marketable commodity and transferred from one corporation to another corporation through the artifice of a partnership (the STIL II partnership) which had never incurred the losses and acted as a conduit.

[136] The appellant relied upon two decisions of Associate Chief Justice Bowman of the Tax Court of Canada for the principle that it is no misuse or abuse of the Act for a taxpayer to structure a transaction in a tax effective way or not structure it in a manner that maximizes the tax: see *Jabs Constuction Ltd. v. Canada*, [1999] 3 C.T.C. 2556 (T.C.C.), at paragraph 46; *Geransky v. Canada* (2001), 2001 DTC 243 (T.C.C.), at paragraph 42.

[137] I do not quarrel with the principle enunciated by Associate Chief Justice Bowman. However, this is not what took place in the present instance and, for that reason, these two cases relied upon by the appellant are easily distinguishable from our case.

[138] In *Jabs Construction Ltd.*, the owners of the company, Mr. and Mrs. Jabs, were known philanthropists. The company that they controlled owned

sera toujours ainsi lorsqu'un article de la Loi est utilisé d'une manière non voulue par le législateur pour effectuer une opération d'évitement ou une série d'opérations d'évitement. Cette application non voulue de l'article de la Loi est le mal même que vise à empêcher la DGAE. Le paragraphe 18(13) a été adopté comme disposition visant à empêcher des contribuables qui exploitent une entreprise consistant à prêter de l'argent de réaliser artificiellement des pertes sur des actifs dont la valeur marchande a baissé, en les transférant à une personne avec qui ils ont un lien de dépendance, tout en gardant le contrôle des actifs grâce au lien de dépendance existant dans leur relation avec le bénéficiaire du transfert. L'utilisation de cette disposition de manière à ce que des pertes non réalisées soient transférées d'un contribuable n'ayant aucun revenu duquel déduire ces pertes à un contribuable ayant un tel revenu est nettement un abus.

Je suis d'accord. Le paragraphe 18(13) n'était pas destiné à permettre aux sociétés d'augmenter le prix de base ajusté d'une société ou d'une société de personnes liée dans le but de vendre ses pertes à une société sans lien de dépendance.

[135] Je partage également son avis que l'opération était un abus (*abuse*) dans l'application de la Loi lue dans son ensemble par laquelle les pertes de la STC ont été transformées en un produit vendable et transférées d'une société à une autre par l'artifice d'une société de personnes (la STIL II) qui n'avait jamais subi les pertes et a agi comme intermédiaire.

[136] L'appelante s'est fondée sur deux décisions du juge en chef adjoint Bowman, de la Cour canadienne de l'impôt, pour avancer le principe selon lequel il n'y a pas d'abus dans l'application de la Loi lorsqu'un contribuable structure une opération d'une manière fiscalement efficace ou ne structure pas une opération d'une manière qui optimise l'impôt: voir *Jabs Constuction Ltd. c. Canada*, [1999] 3 C.T.C. 2556 (C.C.I.), au paragraphe 46; *Geransky c. Canada* (2001), 2001 DTC 243 (C.C.I.), au paragraphe 42.

[137] Je ne conteste pas le principe énoncé par le juge en chef adjoint Bowman. Toutefois, ce n'est pas ce qui s'est passé en l'espèce et, pour cette raison, il est facile d'établir une distinction entre les deux arrêts invoqués par l'appelante et la présente espèce.

[138] Dans l'affaire *Jabs Construction Ltd.*, les propriétaires de la compagnie, M. et M^{me} Jabs, étaient des mécènes bien connus. La compagnie qu'ils

50% interest in 13 properties. That interest had to be sold to a partner in a joint venture after the joint venture was terminated in a bitter dispute. The company had two options. On its own, it could sell the properties to the partner or it could donate them to a charity and have them sold by the charity. Mr. and Mrs. Jabs took the second option and made gifts to a charity according to subsection 110.1(3) of the Act.

[139] The Tax Court found that there was no misuse of subsection 110.1(3) of the Act as the tax mitigation resulting from such gifts is precisely what the section contemplates: see decision at paragraph 46. In addition, the Tax Court also found that it would have been financially more advantageous for the company to sell the properties rather than have them sold by the charity. However, it would not have been as advantageous for the charity if the company had proceeded to the sale itself: see decision at paragraph 13. Thus, the Tax Court concluded that there was no avoidance transactions in these circumstances.

[140] The *Geransky* case is on appeal to our Court and I will simply say this in order not to pre-empt the appeal. The case involves a finding by the Tax Court that the tax assessor had made an erroneous assessment and qualification of the transaction which he saw as an avoidance transaction as well as an erroneous assessment of the tax benefit. There is no such thing in our case.

[141] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

contrôlaient détenait un intérêt de 50 p. 100 dans 13 biens. Cet intérêt devait être vendu à un associé dans une coentreprise après la dissolution de la coentreprise par suite d'un conflit acrimonieux. La compagnie avait deux options. Elle pouvait, de son propre chef, vendre les biens à l'associé ou les donner à un organisme de bienfaisance qui s'occuperait de les vendre. M. et M^{me} Jabs ont choisi la deuxième solution et ont fait des dons à un organisme de bienfaisance conformément au paragraphe 110.1(3) de la Loi.

[139] La Cour de l'impôt a conclu qu'il n'y avait pas eu d'abus dans l'application du paragraphe 110.1(3) de la Loi car cet article envisage précisément la minimisation des attributs fiscaux découlant de telles donations: voir la décision au paragraphe 46. En outre, la Cour de l'impôt a également conclu qu'il était financièrement plus avantageux pour la compagnie de vendre les biens plutôt que de les faire vendre par l'organisme de bienfaisance. Toutefois, cela n'aurait pas été aussi avantageux pour l'organisme de bienfaisance si la compagnie les avait vendus elle-même: voir la décision, au paragraphe 13. Aussi, la Cour de l'impôt a-t-elle conclu qu'il n'y avait pas eu d'opérations d'évitement dans les circonstances.

[140] La présente Cour est saisie de l'appel de la décision rendue dans l'affaire *Geransky* et je vais tout simplement dire ceci de manière à ne pas préjuger de l'appel. Dans cette affaire, la Cour de l'impôt a conclu que le répartiteur avait fait une évaluation et une qualification erronées de l'opération qu'il avait considérée comme une opération d'évitement ainsi qu'une évaluation erronée de l'avantage fiscal. Il y a rien de tel en l'espèce.

[141] Pour ces motifs, je rejette l'appel avec dépens.