

A-286-11
2012 FCA 258

A-286-11
2012 CAF 258

Triad Gestco Ltd. (Appellant)

Triad Gestco Ltd. (appelante)

v.

c.

Her Majesty the Queen (Respondent)

Sa Majesté la Reine (intimée)

INDEXED AS: TRIAD GESTCO LTD. v. CANADA

RÉPERTORIÉ : TRIAD GESTCO LTD. c. CANADA

Federal Court of Appeal, Noël, Sharlow and Mainville
JJ.A.—Ottawa, September 25 and October 15, 2012.

Cour d'appel fédérale, juges Noël, Sharlow et Mainville
—Ottawa, 25 septembre et 15 octobre 2012.

Income Tax — Income Calculation — Capital Gains and Losses — Appeal from Tax Court of Canada decision dismissing appellant's appeal from reassessments regarding 2001, 2002 taxation years — Reassessments relying on general anti-avoidance rule (GAAR) set out in Income Tax Act, s. 245 to disallow deduction of capital loss claimed by appellant — Appellant realizing capital gain in excess of \$7 million — Number of transactions taking place thereafter representing planning technique known tax-wise as “value shift” — Appellant claiming capital losses but those losses denied on basis that no economic loss actually incurred, GAAR applying to deny tax benefit claimed — Tax Court holding that transactions at issue constituting “avoidance transactions”; that result achieved defeating underlying rationale of provisions relied upon — Whether avoidance transactions giving rise to misuse, abuse of provisions relied upon to achieve tax benefit — Loss generated by appellant herein loss on paper only in that no economic loss suffered — In appeal's companion case, Tax Court correctly concluding that provisions at issue, in particular Act, 38(b), providing relief as offset against capital gain where taxpayer having suffered economic loss on disposition of property; that offsetting capital gain with paper loss claimed resulting in abuse, misuse of relevant provisions, specifically Act, ss. 38(b), 39(1)(b), 40(1)(b) — In present case, not necessary to rely on former Act, s. 55(1) to decipher existence of policy preventing deduction of loss claimed given publication of technical notes when s. 55(1) removed — Appeal dismissed.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Gains et pertes en capital — Appel d'une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a rejeté l'appel interjeté par l'appelante visant les nouvelles cotisations établies à l'égard de ses années d'imposition 2001 et 2002 — Les nouvelles cotisations étaient fondées sur la règle générale anti-évitement (la RGAÉ) énoncée à l'art. 245 de la Loi de l'impôt sur le revenu et refusaient la déduction de la perte en capital réclamée par l'appelante — L'appelante a réalisé un gain en capital de plus de sept millions de dollars — Les nombreuses opérations qui ont eu lieu par la suite représentaient une technique de planification désignée « transfert de valeur » par les fiscalistes — L'appelante a fait valoir des pertes en capital, mais ces pertes ont été refusées au motif qu'aucune perte économique n'avait été subie, et que la RGAÉ s'appliquait de manière à faire obstacle à l'avantage fiscal demandé — La Cour canadienne de l'impôt a statué que les opérations en cause étaient des « opérations d'évitement » et que le résultat atteint n'était pas conforme à la raison d'être des dispositions sur lesquelles se fondait l'appelante — Il s'agissait de savoir si les opérations d'évitement ont donné lieu à un abus dans l'application des dispositions invoquées pour obtenir l'avantage fiscal en cause — La perte subie par l'appelante en l'espèce était une perte uniquement théorique, en ce sens qu'il n'y a eu aucune perte économique — Dans l'affaire connexe à l'appel, la Cour de l'impôt a correctement conclu que l'objet des dispositions en litige, particulièrement de l'art. 38b), est d'accorder un allègement d'impôt, dans la mesure où il y a compensation avec un gain en capital, dans le cas où le contribuable a subi une perte économique par suite de la disposition d'un bien; cette compensation d'un gain en capital par la perte théorique déclarée a donné lieu à un recours abusif aux dispositions pertinentes, plus particulièrement aux art. 38b), 39(1)b) et 40(1)b) de la Loi — En l'espèce, il n'était pas nécessaire de se fonder sur l'ancien art. 55(1) pour constater l'existence d'une politique empêchant la déduction de la perte déclarée compte tenu de la publication au moment de l'abrogation de l'art. 55(1) de notes techniques — Appel rejeté.

This was an appeal from a Tax Court of Canada decision dismissing the appellant's appeal from reassessments regarding its 2001 and 2002 taxation years. In issuing the reassessments, the Minister of National Revenue relied on the general anti-avoidance rule (GAAR) set out in section 245 of the *Income Tax Act* to disallow the deduction of a capital loss claimed by the appellant.

In 2001, the appellant realized a capital gain in excess of \$7 million further to the disposition of a commercial building in an arm's length sale. A number of subsequent transactions took place at the instigation of the appellant's majority shareholder, including an incorporation, the purchase and sale by the appellant of the corporation's common shares, the issue of stock dividends prior to the share sale, and the settlement of a trust. The transactions represented a planning technique known tax-wise as a "value shift". In filing its tax return for the 2002 taxation year, the appellant claimed an allowable capital loss of \$3 932 998, which resulted in a net capital loss of \$143 063 that the appellant applied to reduce its tax liability for its 2001 taxation year. The losses were denied by the Minister on the basis that no economic loss was incurred and the GAAR applied to deny the tax benefit claimed by the appellant.

The Tax Court held that the transactions at issue were "avoidance transactions" and that the result achieved defeated the underlying rationale of the provisions relied upon. In particular, the Tax Court was of the view that the repeal of former subsection 55(1) of the Act in 1988 upon the introduction of the GAAR did not represent a policy shift but confirmed the continued intention of Parliament that capital losses not be deducted where the loss is created artificially and that the anti-avoidance rules in subparagraph 40(2)(g)(i) revealed the existence of a policy against the deduction of capital losses on dispositions "within an economic unit". It further concluded that the amendment brought to the definition of "affiliated persons" to include trusts was a clear indication that the results achieved by the appellant were contrary to the object, spirit and purpose of the Act when read as a whole. The appellant argued that the capital loss should be given effect to despite the fact that no economic loss was suffered. While the issues raised herein were common to those in a companion case before the Tax Court, the losses claimed were denied but for partly diverging reasons.

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt, qui a rejeté l'appel interjeté par l'appelante visant les nouvelles cotisations établies à l'égard de ses années d'imposition 2001 et 2002. Lorsqu'il a établi ces nouvelles cotisations, le ministre du Revenu national s'est fondé sur la règle générale anti-évitement (la RGAÉ) énoncée à l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour refuser la déduction de la perte en capital réclamée par l'appelante.

En 2001, l'appelante a réalisé un gain en capital de plus de sept millions de dollars lors de la disposition d'un immeuble commercial dans le cadre d'une vente à distance ou sans lien de dépendance. Un certain nombre d'opérations ultérieures ont eu lieu à l'instigation de l'actionnaire majoritaire de l'appelante, y compris une constitution en personne morale, l'achat et la vente par l'appelante des actions ordinaires de la personne morale, le paiement de dividendes en actions avant la vente des actions et la constitution d'une fiducie. Ces opérations représentaient une technique de planification désignée « transfert de valeur » par les fiscalistes. Lorsqu'elle a produit sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition 2002, l'appelante a déclaré une perte en capital déductible de 3 932 998 \$, ce qui donnait lieu à une perte en capital nette de 143 063 \$ que l'appelante a inclus dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition 2001. Le ministre a refusé ces pertes au motif qu'aucune perte économique n'avait été subie, et que la RGAÉ s'appliquait de manière à faire obstacle à l'avantage fiscal demandé par l'appelante.

La Cour de l'impôt a statué que les opérations en cause étaient des « opérations d'évitement » et que le résultat atteint n'était pas conforme à la raison d'être des dispositions sur lesquelles se fondait l'appelante. Plus particulièrement, la Cour de l'impôt était d'avis que l'abrogation de l'ancien paragraphe 55(1) en 1988 lorsque la RGAÉ a été édictée n'indiquait pas un changement de politique; cela confirmait au contraire l'intention continue du législateur que les pertes en capital ne soient pas déduites lorsqu'elles ont été créées artificiellement et que les règles anti-évitement du sous-alinéa 40(2)(g)(i) révélaient l'existence d'une politique excluant la déduction des pertes en capital subies lors de dispositions « au sein de la même unité économique ». La Cour a conclu en outre que la modification apportée à la définition de l'expression « personnes affiliées » pour y inclure les fiducies indiquait clairement que les résultats obtenus par l'appelante étaient contraires à l'objet et à l'esprit de la Loi lue dans son ensemble. L'appelante a soutenu qu'il faudrait prendre en compte sa perte en capital même s'il n'y a eu aucune perte économique. Même si les questions faisant l'objet du présent litige étaient semblables aux questions qui étaient également en jeu dans l'appel d'une affaire connexe devant la Cour de l'impôt, par des motifs toutefois partiellement différents, la Cour a refusé les pertes déclarées.

The main issue was whether the avoidance transactions gave rise to a misuse or abuse of the provisions relied upon to achieve the tax benefit.

Held, the appeal should be dismissed.

The loss generated by the appellant as a result of the value shift in shares was a loss on paper only in that no economic loss was suffered; rather, all that happened was that the high inherent value of the common shares was moved to the preferred shares with the result that the common shares were left with a nominal value and a high cost thereby allowing for the loss to be realized on the disposition of these shares to the trust at issue. The appellant was neither richer nor poorer after the disposition. In this appeal's companion case, the Tax Court correctly concluded that the provisions at issue, in particular paragraph 38(b) of the Act, provide relief as an offset against capital gain where a taxpayer has suffered an economic loss on the disposition of property. It also correctly found that offsetting a capital gain with the paper loss that was claimed resulted in an abuse and a misuse of the relevant provisions, specifically paragraphs 38(b), 39(1)(b) and 40(1)(b) of the Act.

The reliance on former subsection 55(1) to establish an overarching policy aimed at defeating "artificial transactions" despite its removal was debated. The removal of that subsection was accompanied by the publication of technical notes indicating that subsection 55(1) was abrogated because the void created by its removal was filled by the implementation of the GAAR. Thus, it was not necessary to rely on former subsection 55(1) to decipher the existence of a policy that prevents the deduction of the loss claimed in this case. Nevertheless, that former subsection forms part of the legislative history and, since the paper loss claimed in this case would have "artificially" reduced the appellant's tax liability under that provision, the fact that Department of Finance officials believed that the GAAR would fill the void was consistent with the continued existence of the overarching policy in question.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 3, 13(2), 38, 39, 40, 45(1), 53, 54 "adjusted cost base", "proceeds of disposition", 66.1, 66.3, 111(1)(b), (8) "net capital loss", 245 "tax benefit", 251.1 "affiliated persons".
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 55(1) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 24).

Il s'agissait de savoir principalement si les opérations d'évitement ont donné lieu à un abus dans l'application des dispositions invoquées pour obtenir l'avantage fiscal en cause.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

La perte subie par l'appelante lors du transfert de valeur était une perte uniquement théorique, en ce sens qu'il n'y a eu aucune perte économique. Tout ce qui s'est produit en fait a été un transfert de la valeur inhérente élevée des actions ordinaires aux actions privilégiées, ce qui a eu pour résultat d'enlever aux actions ordinaires toute la valeur tout en préservant leur coût élevé, permettant ainsi qu'une perte soit subie lors de leur disposition en faveur de la fiducie en cause. L'appelante n'était toutefois ni plus riche ni plus pauvre une fois la disposition effectuée. Dans l'affaire connexe à l'appel, la Cour de l'impôt a conclu à bon droit que l'objet des dispositions en litige, particulièrement de l'alinéa 38b), est d'accorder un allègement d'impôt, dans la mesure où il y a compensation avec un gain en capital, dans le cas où le contribuable a subi une perte économique par suite de la disposition d'un bien. Elle a également conclu à juste titre que la compensation d'un gain en capital par la perte théorique déclarée a donné lieu à un recours abusif aux dispositions pertinentes, plus particulièrement aux alinéas 38b), 39(1)b) et 40(1)b) de la Loi.

On a débattu la question de savoir si le paragraphe 55(1) pouvait servir à établir, malgré son abrogation, l'existence d'une politique globale visant à contrer les « opérations artificielles ». On a publié au moment de l'abrogation du paragraphe des notes techniques précisant qu'on avait procédé à l'abrogation du paragraphe 55(1) parce que le vide créé était comblé par l'instauration de la RGAÉ. Par conséquent, il n'était pas nécessaire de se fonder sur l'ancien paragraphe 55(1) pour constater l'existence d'une politique empêchant la déduction de la perte déclarée en l'espèce. Néanmoins, l'ancien paragraphe 55(1) est un élément de l'historique de la Loi et, puisque la perte théorique déclarée en l'espèce aurait manifestement réduit « artificiellement » la dette fiscale de l'appelante aux termes de ce paragraphe, le fait que les fonctionnaires du ministère des Finances aient estimé que la RGAÉ comblerait le vide laissé par son abrogation confirme le maintien de la politique globale en question.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 3, 13(2), 38, 39, 40, 53, 54 « prix de base rajusté », « produit de disposition », 66.1, 66.3, 111(1)(b), (8) « perte en capital nette », 245 « avantage fiscal », 251.1 « personnes affiliées ».
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 55(1) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 24).

CASES CITED

APPLIED:

1207192 Ontario Limited v. The Queen, 2011 TCC 383, [2012] 1 C.T.C. 2085; *W.T. Ramsay Ltd. v. Inland Revenue Commissioners*, [1981] UKHL 1 (BAILII), [1981] 1 All E.R. 865.

CONSIDERED:

Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Mathew v. Canada*, 2005 SCC 55, [2005] 2 S.C.R. 643; *Water's Edge Village Estates (Phase II) Ltd. v. Canada*, 2002 FCA 291, [2003] 2 F.C. 25.

REFERRED TO:

Lipson v. Canada, 2009 SCC 1, [2009] 1 S.C.R. 3; *Cophorne Holdings Ltd. v. Canada*, 2011 SCC 63, [2011] 3 S.C.R. 721.

AUTHORS CITED

Canada. *Report of the Royal Commission on Taxation*. Ottawa: Queen's Printer, 1966-67 (Chair: K. M. Carter).

Sherman, David M. *Income Tax Act, Department of Finance Technical Notes: A consolidation of technical notes and other income tax commentary from the Department of Finance*. Don Mills, Ont.: R. De Boo, 1989.

APPEAL from a Tax Court of Canada decision (2011 TCC 259, [2011] 6 C.T.C. 2302) dismissing the appellant's appeal from reassessments regarding its 2001 and 2002 taxation years whereby the general anti-avoidance rule set out in section 245 of the *Income Tax Act* was relied on to disallow the deduction of a capital loss claimed by the appellant. Appeal dismissed.

APPEARANCES

Guy Du Pont, Ad. E., Michael N. Kandev and Olivier Fournier for appellant.

Justine Malone and Marie-Andrée Legault for respondent.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

1207192 Ontario Limited c. La Reine, 2011 CCI 383; *W.T. Ramsay Ltd. v. Inland Revenue Commissioners*, [1981] UKHL 1 (BAILII), [1981] 1 All E.R. 865.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Hypothèques Trustco Canada c. Canada, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Mathew c. Canada*, 2005 CSC 55, [2005] 2 R.C.S. 643; *Water's Edge Village Estates (Phase II) Ltd. c. Canada*, 2002 CAF 291, [2003] 2 C.F. 25.

DÉCISIONS CITÉES :

Lipson c. Canada, 2009 CSC 1, [2009] 1 R.C.S. 3; *Cophorne Holdings Ltd. c. Canada*, 2011 CSC 63, [2011] 3 R.C.S. 721.

DOCTRINE CITÉE

Canada. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1966-67 (président : K. M. Carter).

Sherman, David M. *Income Tax Act, Department of Finance Technical Notes: A consolidation of technical notes and other income tax commentary from the Department of Finance*. Don Mills, Ont. : R. De Boo, 1989.

APPEL interjeté à l'encontre d'une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt (2011 CCI 259) a rejeté l'appel interjeté par l'appelante visant les nouvelles cotisations établies à l'égard de ses années d'imposition 2001 et 2002, qui étaient fondées sur la règle générale anti-évitement énoncée à l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qui refusaient la déduction de la perte en capital réclamée par l'appelante. Appel rejeté.

ONT COMPARU

Guy Du Pont, Ad. E., Michael N. Kandev et Olivier Fournier pour l'appelante.

Justine Malone et Marie-Andrée Legault pour l'intimée.

SOLICITORS OF RECORD

Davies Ward Phillips & Vineberg LLP, Montréal,
for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] NOËL J.A.: This is an appeal by Triad Gestco Ltd. (the appellant) from a decision rendered by Justice Favreau of the Tax Court of Canada (the Tax Court Judge) [2011 TCC 259, [2011] 6 C.T.C. 2302] dismissing its appeal from reassessments in respect to its 2001 and 2002 taxation years. In issuing these reassessments, the Minister of National Revenue (the Minister) relied on the general anti-avoidance rule (GAAR) set out in section 245 of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (the Act) to disallow the deduction of a capital loss claimed by the appellant.

[2] This appeal raises questions which are common to the appeal in a companion case (*1207192 Ontario Limited v. The Queen*, 2011 TCC 383, [2012] 1 C.T.C. 2085 (*1207192 Ontario Limited*)) which was heard together with the present appeal and which decision is also being released today. The common issue is whether the deduction of a capital loss which arises from the implementation of a planning technique known in the tax community as a “value shift” results in a misuse or abuse of the provisions relied upon within the meaning of subsection 245(4). Both Tax Court judges answered this question in the affirmative and denied the claimed loss but for partly diverging reasons.

[3] For the reasons that follow, I am of the view that the Tax Court Judge came to the correct conclusion, but I come to that result for reasons that more closely resemble those given by Justice Paris in the companion appeal.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Davies Ward Phillips & Vineberg, S.E.N.C.R.L., s.r.l., Montréal, 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

[1] LE JUGE NOËL, J.C.A. : La Cour est saisie de l'appel interjeté par Triad Gestco Ltd. (l'appelante) de la décision par laquelle le juge Favreau de la Cour canadienne de l'impôt (le juge de la C.C.I.) [2011 CCI 259] a rejeté son appel visant les nouvelles cotisations établies à l'égard de ses années d'imposition 2001 et 2002. Lorsqu'il a établi ces nouvelles cotisations, le ministre du Revenu national (le ministre) s'est fondé sur la règle générale anti-évitement (la RGAÉ) énoncée à l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 (la Loi) pour refuser la déduction de la perte en capital réclamée par l'appelante.

[2] Le présent appel soulève des questions qui sont également en jeu dans l'appel d'une affaire connexe, *1207192 Ontario Limited c. La Reine*, 2011 CCI 383 (*1207192 Ontario Limited*); les deux appels ont été instruits ensemble et la décision dans cette autre affaire a aussi été rendue aujourd'hui. La question en litige commune est de savoir si la déduction d'une perte en capital découlant de la mise en œuvre d'une technique de planification désignée « transfert de valeur » (« *value shift* » selon l'expression anglaise) par les fiscalistes donne lieu à un abus dans l'application des dispositions invoquées au sens du paragraphe 245(4). Les deux juges concernés de la C.C.I. ont répondu par l'affirmative à cette question et, par des motifs toutefois partiellement différents, ont refusé la perte déclarée.

[3] Par les motifs que j'exposerai, je suis d'avis que le juge de la C.C.I. est arrivé à la bonne conclusion, mais je tire cette conclusion en suivant un raisonnement plus proche de celui du juge Paris dans l'affaire connexe.

CONTEXT AND FACTS

[4] The provisions of the Act that are relevant to the analysis appear in the annex to this decision. The facts are fully set out in the decision under appeal and need not be repeated. It suffices for present purposes to set out the following brief summary.

[5] During its 2001 taxation year (which ends August 31) the appellant realized a capital gain in the amount of \$7 799 545 further to the disposition of a commercial building in an arm's length sale for a selling price of \$32 650 000.

[6] Subsequently, the following transactions were entered in at the instigation of Peter Cohen, the appellant's majority shareholder:

- the incorporation on July 25, 2002 of Rcongold Systems Inc. (Rcongold) whose sole director was Peter Cohen;

- the settlement on August 20, 2002 of the Peter Cohen Trust for the benefit of Peter Cohen by a person not related to him;

- the subscription by the appellant on August 27, 2002 for 8,000 common shares of Rcongold for a consideration of \$8,000,000;

- the declaration of a stock dividend by Rcongold on August 28, 2002 of \$1 payable to the appellant as the shareholder holding all common shares issued or outstanding by the issuance of 80,000 preferred shares with a redemption price of \$100 each; and

- the sale by the appellant to the Peter Cohen Trust on August 29, 2002 of the 8,000 common shares which it held in Rcongold for the amount of \$65 thereby resulting in a capital loss of \$7,999,935.

[7] In filing its tax return for the 2002 taxation year, the appellant claimed an allowable capital loss of \$3 932 998 which resulted in a net capital loss of \$143 063 that the appellant applied to reduce its tax liability for its 2001 taxation year.

[8] By reassessments issued on March 8, 2006, these losses were denied by the Minister on the basis that no economic loss was incurred and the GAAR applied to

FAITS ET PROCÉDURES

[4] Les dispositions de la Loi utiles à mon analyse sont reproduites à l'annexe de la présente décision. Les faits de l'affaire sont exposés en détail par le juge de la C.C.I. et je n'ai donc pas à les répéter. Il suffit, aux fins de la présente procédure, de présenter le bref résumé suivant.

[5] Pendant son année d'imposition 2001, qui a pris fin le 31 août, l'appelante a réalisé un gain en capital de 7 799 545 \$ lors de la disposition d'un immeuble commercial au prix de 32 650 000 \$ dans le cadre d'une vente à distance ou sans lien de dépendance.

[6] À l'instigation de Peter Cohen, l'actionnaire majoritaire de l'appelante, les opérations suivantes ont ensuite été effectuées :

- le 25 juillet 2002, Rcongold Systems Inc. (Rcongold), comptant Peter Cohen comme seul administrateur, a été constituée en personne morale;

- le 20 août 2002, la fiducie Peter Cohen a été constituée au bénéfice de Peter Cohen par une personne non liée à ce dernier;

- le 27 août 2002, l'appelante a souscrit à 8 000 actions ordinaires de Rcongold pour une contrepartie de 8 000 000 \$;

- le 28 août 2002, Rcongold a déclaré un dividende en actions de 1 \$ payable à l'appelante, en tant qu'actionnaire détenant toutes les actions ordinaires émises ou en circulation, au moyen de l'émission de 80 000 actions privilégiées ayant un prix de rachat de 100 \$ chacune;

- le 29 août 2002, l'appelante a vendu à la fiducie Peter Cohen les 8 000 actions ordinaires de Rcongold qu'elle détenait au prix de 65 \$, ce qui a donné lieu à une perte en capital de 7 999 935 \$.

[7] Lorsqu'elle a produit sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition 2002, l'appelante a déclaré une perte en capital déductible de 3 932 998 \$, ce qui donnait lieu à une perte en capital nette de 143 063 \$ que l'appelante a inclus dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition 2001.

[8] En établissant les nouvelles cotisations le 8 mars 2006, le ministre a refusé ces pertes au motif qu'aucune perte économique n'avait été subie, et que la RGAÉ

deny the tax benefit claimed by the appellant, i.e. the capital loss and the carryover to the preceding year.

DECISION OF THE TAX COURT JUDGE

[9] It was conceded before the Tax Court Judge that the transactions in issue gave rise to a tax benefit within the meaning of subsection 245(1). At issue was whether the transactions which led to the claimed loss were “avoidance transaction[s]” within the meaning of subsection 245(3) and whether there was a misuse or abuse of the provisions relied upon to achieve the tax benefit.

[10] The Tax Court Judge held that the transactions in issue were “avoidance transaction[s]” (reasons, paragraphs 70 to 83) and that the result achieved defeats the underlying rationale of the provisions relied upon (reasons, paragraphs 84 to 102). This last conclusion is the only one being challenged on appeal.

[11] In coming to this conclusion, the Tax Court Judge reviewed the history of the legislation beginning with the introduction of the capital gains system back in 1972. He also considered specific anti-avoidance provisions relating to capital losses, namely former subsection 55(1) [of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 24)], paragraph 40(2)(g) and section 54 (reasons, paragraphs 85 to 94).

[12] According to the Tax Court Judge, the repeal of former subsection 55(1) in 1988 upon the introduction of the GAAR “did not signal a policy shift” but “confirmed the continued intention of Parliament” that capital losses not be deducted where the loss is created artificially (reasons, paragraph 89). He relied in particular on the Technical Notes issued in conjunction with the enactment of the GAAR back in 1988 which state that “Because the scope of the [GAAR] is broad enough to cover the transactions to which subsection 55(1) was intended to apply, that subsection is no longer necessary” (reasons, paragraph 88).

s’appliquait de manière à faire obstacle à l’avantage fiscal demandé par l’appelante, c.-à-d. la perte en capital et le report sur l’année antérieure.

DÉCISION DU JUGE DE LA COUR DE L’IMPÔT

[9] Il n’était pas controversé entre les parties devant le juge de la C.C.I. que les opérations en cause donnaient lieu à un avantage fiscal au sens du paragraphe 245(1). La question en litige était de savoir si les opérations ayant donné lieu à la perte déclarée étaient des « opérations d’évitement » au sens du paragraphe 245(3), et s’il y avait eu abus dans l’application des dispositions invoquées pour obtenir l’avantage fiscal en cause.

[10] Le juge de la C.C.I. a statué que les opérations en cause étaient des « opérations d’évitement » (paragraphes 70 à 83 des motifs) et que le résultat atteint n’était pas conforme à la raison d’être des dispositions sur lesquelles se fondait l’appelante (paragraphes 84 à 102 des motifs). Cette dernière conclusion est la seule contestée en appel.

[11] Pour tirer sa conclusion, le juge de la C.C.I. a passé en revue l’historique des dispositions législatives applicables depuis l’instauration en 1972 du régime des gains en capital. Il a également examiné des dispositions anti-évitement se rapportant précisément aux pertes en capital, à savoir l’ancien paragraphe 55(1) [de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 24)], l’alinéa 40(2)(g) et l’article 54 (paragraphes 85 à 94 des motifs).

[12] D’après le juge de la C.C.I., l’abrogation de l’ancien paragraphe 55(1) en 1988 lorsque la RGAÉ a été édictée n’indiquait « pas un changement de politique »; au contraire, « cela confirmait l’intention continue du législateur » que les pertes en capital ne soient pas déduites lorsqu’elles ont été créées artificiellement (paragraphe 89 des motifs). Le juge de la C.C.I. s’est particulièrement appuyé sur les Notes techniques publiées lors de l’adoption de la RGAÉ en 1988, qui précisaient : « Comme [la RGAÉ] a un champ d’application suffisamment large pour englober les opérations visées au paragraphe 55(1), celui-ci n’est plus nécessaire » (paragraphe 88 des motifs).

[13] The Tax Court Judge further held that a reading of the relevant provisions show that there is an overarching policy preventing the deduction of artificial capital losses realized “within the same economic unit”, and that this policy was being abused by the appellant (reasons, paragraph 98). According to the Tax Court Judge, the amendment of section 251.1 in 2005 [S.C. 2005, c. 19, s. 54] which brought trusts within the definition of “affiliated persons” is a clear indication that the result achieved by the appellant was contrary to the object, spirit and purpose of the Act (reasons, paragraph 97).

[14] The essence of the Tax Court Judge’s reasoning for dismissing the appeal is captured by the following paragraph (reasons, paragraph 100):

The transactions undertaken by the appellant amount to abusive tax avoidance because they defeat the underlying rationale of the capital loss provisions in the *Act*. Through the manipulation of the fiscal “amount” of the Rcongold common shares, the appellant created artificially devalued property that was transferred to a person within the same economic unit to create an artificial capital loss without incurring any real economic loss. On August 27, 2002, the appellant owned shares of Rcongold which had a fair market value of \$8 million (the common shares). On August 28, 2002, the appellant continued to own shares of Rcongold which had a fair market value of \$8 million (the Class “E” shares) and after the disposition of the common shares of Rcongold to the [Peter Cohen Trust], the appellant continued to own shares in Rcongold having a fair market value of \$8 million.

POSITION OF THE PARTIES ON APPEAL

– *The appellant*

[15] The appellant argues that the relevant provisions of the Act operate in a purely mechanical fashion (appellant’s memorandum, paragraphs 19 and 31). It submits that upon the application of sections 3, 38, 39 and 40 of the Act, there can be no doubt that the capital loss is deductible. The requirement that this loss be a “true” or “real” economic loss is nowhere to be found in the Act and cannot be inferred from the statutory context

[13] Le juge de la C.C.I. a en outre conclu que l’on pouvait constater, à la lecture des dispositions pertinentes, l’existence d’une politique globale empêchant la déduction des pertes en capital artificielles subies « au sein de la même unité économique », et que l’appelante avait contourné abusivement cette politique (paragraphe 98 des motifs). Selon le juge de la C.C.I., la modification apportée en 2005 à l’article 251.1 [L.C. 2005, ch. 19, art. 54] — pour inclure les fiducies dans la définition de l’expression « personnes affiliées » — révèle clairement que les résultats obtenus par l’appelante étaient contraires à l’objet et à l’esprit de la Loi (paragraphe 97 des motifs).

[14] Le paragraphe suivant (paragraphe 100 des motifs) saisit l’essence du raisonnement adopté par le juge de la C.C.I. pour rejeter l’appel :

Les opérations que l’appelante a effectuées constituent un évitement fiscal abusif parce qu’elles contrecarrent les motifs sous-tendant les dispositions de la Loi concernant les pertes en capital. En manipulant le « montant » comptable des actions ordinaires de Rcongold, l’appelante a créé un bien artificiellement dévalué qui a été transféré à une personne au sein de la même unité économique en vue de créer une perte en capital artificielle sans subir de perte économique réelle. Le 27 août 2002, l’appelante détenait des actions de Rcongold dont la juste valeur marchande était de huit millions de dollars (les actions ordinaires). Le 28 août 2002, l’appelante détenait encore des actions de Rcongold, dont la juste valeur marchande était de huit millions de dollars (les actions de la catégorie E) et, après la disposition des actions ordinaires de Rcongold [en faveur de la Fiducie Peter Cohen], l’appelante a continué à posséder des actions de Rcongold dont la juste valeur marchande était de huit millions de dollars.

THÈSES DES PARTIES EN APPEL

– *L’appelante*

[15] L’appelante soutient que les dispositions pertinentes de la Loi sont d’application purement mécanique (paragraphe 19 et 31 du mémoire de l’appelante). Si l’on applique les articles 3, 38, 39 et 40 de la Loi, il ne fait aucun doute que la perte en capital subie est déductible. La Loi ne requiert nulle part que cette perte soit une perte économique « véritable », et l’on ne peut déduire une telle obligation du contexte législatif,

especially in light of the fact that the Act itself produces results that can be labeled as “artificial” but which are nevertheless given effect to (appellant’s memorandum, paragraph 32). For example, the appellant points to the rules governing flow-through shares in section 66.3 of the Act.

[16] The appellant also contends that the Tax Court Judge did not follow the proper interpretative approach under section 245 of the Act as established in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601 (*Canada Trustco*) and *Lipson v. Canada*, 2009 SCC 1, [2009] 1 S.C.R. 3. *Canada Trustco* clearly stands for the proposition that any overarching policy must be rooted in specific provisions of the Act. It contends that it is not possible to find such an overarching policy in the provisions referred to by the Tax Court Judge.

[17] Specifically, the appellant contends that it was not possible to ground an overarching policy against “artificial capital loss” on former subsection 55(1), as it was repealed [by S.C. 1985, c. 45, s. 141]. It submits that it would be incongruous if Parliament had sought to retain this concept while repealing the provision providing for it (appellant’s memorandum, paragraphs 37 and 38). With regard to the Technical Notes which were central to the analysis of the Tax Court Judge, the appellant submits that the fact that they were drafted a decade before the transactions in issue took place and that the relevant provisions have since been the subject of numerous amendments, diminishes their relevance.

[18] The appellant further contends that the Tax Court Judge erred in holding that the Act embodies a general policy against the deduction of capital losses on dispositions within an “economic unit”. The appellant points out that neither the stop-loss rules in subparagraph 40(2)(g)(i) or subsection 40(3.4) refer to that concept. Rather, they refer to the term “affiliated persons” as defined in section 251.1 to suspend, but not deny, capital losses realized between affiliated persons (appellant’s memorandum, paragraphs 48 and 49).

compte tenu particulièrement du fait que la Loi elle-même produit des résultats qu’on pourrait qualifier d’« artificiels », mais auxquels on donne néanmoins effet (paragraphe 32 du mémoire de l’appelante). L’appelante donne comme exemple les règles régissant les actions accréditives prévues à l’article 66.3 de la Loi.

[16] L’appelante soutient également que le juge de la C.C.I. n’a pas respecté la méthode d’interprétation qu’il convenait d’utiliser pour l’article 245 de la Loi consacrée par les arrêts *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601 (*Trustco Canada*) et *Lipson c. Canada*, 2009 CSC 1, [2009] 1 R.C.S. 3. La jurisprudence *Trustco Canada* enseigne clairement que toute politique globale doit s’appuyer sur des dispositions précises de la Loi. Or, soutient l’appelante, il n’est pas possible de dégager une telle politique globale des dispositions auxquelles le juge de la C.C.I. a renvoyé.

[17] L’appelante soutient plus particulièrement qu’il n’était pas possible de se fonder sur l’ancien paragraphe 55(1), celui-ci ayant été abrogé [par L.C. 1985, ch. 45, art. 141], pour faire valoir l’existence d’une politique globale contre les « pertes en capital artificielles ». Il serait incongru que le législateur ait voulu conserver ce principe tout en abrogeant la disposition qui la concrétisait (paragraphes 37 et 38 du mémoire de l’appelante). Pour ce qui est des Notes techniques au centre même de l’analyse du juge de la C.C.I., l’appelante estime qu’elles ont perdu de leur pertinence vu qu’on les a rédigées une décennie avant le déroulement des opérations en cause et que les dispositions pertinentes ont depuis fait l’objet de nombreuses modifications.

[18] L’appelante ajoute que le juge de la C.C.I. a décidé incorrectement que la Loi concrétise une politique générale défavorable à la déduction des pertes en capital subies lors de dispositions de biens au sein d’une même « unité économique ». L’appelante souligne ainsi que les règles sur la minimisation des pertes prévues tant au sous-alinéa 40(2)(g)(i) qu’au paragraphe 40(3.4) ne renvoient pas à une telle notion. C’est plutôt à l’expression « personnes affiliées » définie à l’article 251.1 qu’elles renvoient pour suspendre, et non

[19] Furthermore, the definition of “affiliated persons” as introduced in 1985 does not to this day apply to siblings, or to parents, or their children. According to the appellant, the reasoning of the Tax Court Judge if it goes unchecked would result in the suspension of capital losses realized between siblings and between parent and child even though they were deliberately excluded from the definition of “affiliated persons” (appellant’s memorandum, paragraphs 50 to 54).

[20] The appellant also takes issue with the Tax Court Judge’s reliance on the 2005 amendment to the definition of “affiliated persons” at section 251.1 of the Act. It contends that the fact that trusts were added to the definition in 2005 shows that Parliament had made a deliberate policy decision not to include trusts in the definition before hand. Had Parliament rather sought to correct or revise a statutory misstatement, it would have made the 2005 retroactive (appellant’s memorandum, paragraphs 56 and 57).

[21] Finally, the appellant relies on the decision of the Tax Court in the companion’s case in which Justice Paris “respectfully disagreed” with the conclusion reached by the Tax Court Judge based on the notion of “economic unit”.

– *The respondent*

[22] The respondent for her part supports the conclusion reached by the Tax Court Judge relying essentially on the reasons that he gave. She rejects the contention that the computation of capital losses (or gains) under the Act gives rise to a purely mechanical exercise. According to the respondent, the question whether a loss has in fact occurred is central to the computation of capital losses under the Act (respondent’s memorandum, paragraph 31).

[23] The respondent also relies on former subsection 55(1) of the Act and the case law which interpreted

pour refuser, les pertes en capital subies lors d’opérations entre des personnes affiliées (paragraphes 48 et 49 du mémoire de l’appelante).

[19] En outre, la définition de l’expression « personnes affiliées » ajoutée en 1985 ne vise toujours pas les frères et sœurs, les parents ou leurs enfants. Selon l’appelante, si on laissait libre cours au raisonnement du juge de la C.C.I., on arriverait à suspendre les pertes en capital subies lors d’opérations entre des frères et sœurs, ou entre un parent et son enfant, même si l’on a délibérément exclu ceux-ci de la définition de l’expression « personnes affiliées » (paragraphes 50 à 54 du mémoire de l’appelante).

[20] L’appelante fait également grief au juge de la C.C.I. de s’être fondé sur la modification apportée en 2005 à la définition de l’expression « personnes affiliées » à l’article 251.1 de la Loi. Si le législateur a ajouté les fiducies à cette définition en 2005, soutient l’appelante, cela montre qu’auparavant il avait délibérément pour politique de ne pas les y inclure. S’il avait plutôt voulu corriger une inexactitude dans la loi, le législateur aurait rendu rétroactive la modification de 2005 (paragraphes 56 et 57 du mémoire de l’appelante).

[21] Enfin, l’appelante invoque la décision rendue par la C.C.I. dans l’affaire connexe, où le juge Paris a déclaré qu’il ne retenait pas « avec égards » la conclusion du juge de la C.C.I. fondée sur la notion d’« unité économique ».

– *L’intimée*

[22] L’intimée appuie pour sa part la conclusion du juge de la C.C.I., essentiellement en retenant les motifs exposés par lui. Elle rejette la thèse portant que le calcul des pertes (ou des gains) en capital aux fins de la Loi constitue une opération purement mécanique. Selon l’intimée, la question de savoir s’il y a bien eu ou non une perte joue au contraire un rôle central dans le calcul des pertes en capital prévu par la Loi (paragraphe 31 du mémoire de l’intimée).

[23] L’intimée fonde également son argumentation sur l’ancien paragraphe 55(1) de la Loi et sur la

it in a way that disallowed the deduction of losses that were considered to have been artificially or unduly created by the taxpayer. She points to the 1988 Technical Notes for the proposition that the repeal of subsection 55(1) was simply a reflection of the fact that it was no longer necessary, as the new section 245 of the Act was broad enough to cover the transactions contemplated by former subsection 55(1). The respondent squarely challenges the appellant's argument that the repeal of subsection 55(1) signaled a change in legislative intent against artificial capital losses (respondent's memorandum, paragraphs 43 to 46).

[24] The respondent further submits that the Tax Court Judge properly referred to the stop-loss rules—although she recognizes that the applicable provision was subsection 40(3.4) rather than subparagraph 40(2)(g)(i)—as evidencing an overarching policy to deny losses where the economic interest in property disposed of is not truly relinquished.

[25] Finally, the respondent points to the decision of the Supreme Court in *Mathew v. Canada*, 2005 SCC 55, [2005] 2 S.C.R. 643, which confirmed the abusive nature of a transaction by reference to its artificial nature. The concept of artificiality as discussed in *Copthorne Holdings Ltd. v. Canada*, 2011 SCC 63, [2011] 3 S.C.R. 721 (*Copthorne Holdings*), is also relied upon.

ANALYSIS AND DECISION

– Statutory context

[26] Before embarking on the analysis, it is useful to briefly review the provisions of the Act which deal with treatment of capital losses.

[27] Capital gains and losses are the subject of a lengthy and complex statutory scheme. The original version of these provisions came into effect in 1972. Before that time, capital gains were not subject to tax and capital losses were not recognized for income tax purposes.

jurisprudence qui l'a interprété de sorte que ne soit pas admise la déduction des pertes jugées avoir été artificiellement ou indûment créées par le contribuable. Selon elle, il ressort des Notes techniques de 1988 que le paragraphe 55(1) a été abrogé simplement parce qu'il n'était plus nécessaire, le nouvel article 245 de la Loi ayant une portée assez large pour englober les opérations visées par l'ancien paragraphe 55(1). L'intimée conteste entièrement la thèse de l'appelante portant que l'abrogation du paragraphe 55(1) traduit un changement dans l'intention du législateur de rejeter les pertes en capital artificielles (paragraphes 43 à 46 du mémoire de l'intimée).

[24] L'intimée ajoute que c'est avec raison que le juge de la C.C.I. a signalé les règles de minimisation des pertes — en reconnaissant toutefois que la disposition applicable était le paragraphe 40(3.4) et non le sous-alinéa 40(2)(g)(i) — comme preuve de l'existence d'une politique globale de refus des pertes lorsque la personne disposant d'un bien ne se départit pas véritablement de sa participation économique dans celui-ci.

[25] Enfin, l'intimée invoque l'arrêt *Mathew c. Canada*, 2005 CSC 55, [2005] 2 R.C.S. 643, par lequel la Cour suprême du Canada a déclaré que le caractère abusif d'une opération était confirmé par sa nature factice. Elle fait également valoir les observations sur le caractère artificiel exposées dans l'arrêt *Copthorne Holdings Ltd. c. Canada*, 2011 CSC 63, [2011] 3 R.C.S. 721 (*Copthorne Holdings*).

ANALYSE ET DÉCISION

– Les textes législatifs pertinents

[26] Avant de procéder à l'analyse, il est utile de passer brièvement en revue les dispositions de la Loi sur le traitement fiscal des pertes en capital.

[27] Un régime législatif élaboré et complexe encadre les gains et pertes en capital. Les dispositions en cause, en leur version originale, sont entrées en vigueur en 1972. Auparavant, les gains en capital n'étaient pas assujettis à l'impôt et les pertes en capital n'étaient pas reconnues aux fins de l'impôt sur le revenu.

[28] It has always been the case that capital gains are taxed at a lower rate than income. That result is achieved by means of a statutory inclusion rate. The taxable portion of a capital gain (or the deductible portion of a capital loss) is determined by multiplying the inclusion rate by the amount of the capital gain (or capital loss). The inclusion rate for the period relevant to this appeal was 50 percent. Thus, a taxpayer who realized a \$100 capital gain during that period would include only \$50 in income, and a taxpayer who suffered a \$100 capital loss during that period would be entitled to tax relief for only \$50.

[29] The determination for income tax purposes of the capital gain or loss on the disposition of property is dictated by the interaction of numerous specific provisions in Part I, Division B, Subdivision c [sections 38–55] of the Act. Many of those provisions are definitions that include or consist of a mathematical formula, which can be difficult to follow. Fortunately, there is in this case no dispute as to the computation of the capital loss in issue. Therefore, the application of the Act to the facts can be sufficiently understood by reference to only a few general provisions.

[30] Generally, a capital loss arises for income tax purposes when capital property is sold for “proceeds of disposition” that are less than the “adjusted cost base” of the property sold (paragraphs 39(1)(b) and 40(1)(b) of the Act).

[31] The terms “proceeds of disposition” and “adjusted cost base” are defined in section 54 of the Act. The definitions are long and complex, but for the purposes of this appeal only the most general part of each definition is relevant. As mentioned above, the capital losses in issue in this appeal arose from the sale of corporate shares. The “proceeds of disposition” of those sales should be understood to mean the sale price of the shares as determined under the contract of sale, and the “adjusted cost base” of the shares should be understood to mean the amount originally laid out by the corporate taxpayer to acquire the shares that were sold. Section 53 of the Act lists a large number of potential positive and negative adjustments to that original cost that must be

[28] Le taux d'imposition des gains en capital a toujours été inférieur à celui du revenu. La loi y parvient en fixant un taux d'inclusion. On établit la partie imposable d'un gain en capital (ou déductible d'une perte en capital) en multipliant ce taux d'inclusion par le montant du gain (ou de la perte) en capital. Le taux d'inclusion pour la période visée par l'appel était de 50 p. 100. Ainsi, le contribuable ayant réalisé un gain en capital de 100 \$ pendant cette période ajoute seulement 50 \$ dans le calcul de son revenu, tandis que le contribuable ayant subi une perte en capital de 100 \$ n'a droit à un allègement fiscal que pour 50 \$.

[29] Il faut appliquer concurremment plusieurs dispositions précises de la partie I, section B, sous-section c [articles 38 à 55] de la Loi pour établir, aux fins de l'impôt, le gain ou la perte en capital qui découle de la disposition d'un bien. Bon nombre de ces dispositions sont des définitions qui consistent en une formule mathématique, ou qui comprennent une telle formule, souvent difficile à comprendre. Heureusement, il n'y a pas de controverse en l'espèce quant au calcul de la perte en capital. Par conséquent, on peut avoir une compréhension suffisante de la façon dont la Loi s'applique aux faits de l'affaire en ne renvoyant qu'à quelques dispositions générales.

[30] Habituellement, une perte en capital est subie, aux fins de l'impôt, lorsqu'une immobilisation est vendue pour un « produit de disposition » inférieur à son « prix de base rajusté » (alinéas 39(1)b) et 40(1)b) de la Loi).

[31] Les expressions « produit de disposition » et « prix de base rajusté » sont définies à l'article 54 de la Loi. Ces définitions sont longues et complexes, mais pour chacune seul l'élément le plus général est utile à nos fins. Comme nous l'avons vu, les pertes en capital en cause dans le présent appel ont découlé de la vente d'actions de la société. Le « produit de disposition » pour ces ventes est le prix de vente des actions prévu au contrat de vente, et que le « prix de base rajusté » des actions est le montant versé à l'origine par la société pour acquérir les actions vendues. On dresse à l'article 53 de la Loi une liste importante d'éventuels rajustements à ajouter ou à soustraire au prix initial pour en arriver au « prix de base rajusté », mais il ne ressort

made in determining “adjusted cost base”, but the record in this case does not indicate that any such adjustments are required.

[32] A capital loss is not, *per se*, deductible in computing income. Rather, paragraph 38(b) provides that ½ of capital losses realized in a particular taxation year (referred to as the “allowable capital loss”) may be applied to offset taxable capital gains (generally, ½ of capital gains) realized in the same year, or in a subsequent taxation year or any of the previous three taxation years (see paragraph 111(1)(b) and the definition of “net capital loss” in subsection 111(8)).

[33] Numerous specific anti-avoidance provisions in the Act preclude a taxpayer from claiming tax relief for a capital loss. They are referred to colloquially as “stop-loss rules”. Generally, a stop-loss rule deems a particular loss to be nil. For example, subparagraph 40(2)(g)(iii) of the Act provides that with certain exceptions, a loss from the disposition of personal use property is deemed to be nil.

[34] Some stop-loss rules are paired with relieving provisions that, in effect, result only in the suspension of a capital loss arising on a particular disposition of property. For example, subsection 40(3.4) of the Act provides (among other things) that a corporation’s loss on the disposition of capital property is deemed to be nil if the corporation or an affiliated person acquires the same or an identical property within 30 days before or after the disposition, and at the end of that period the corporation or an affiliated person owns the substituted property. However, the same provision specifies that the loss may be recognized by the corporation later if, for example, the property ceases to be owned by the corporation or an affiliated person.

[35] Similarly, subparagraph 40(2)(g)(i) of the Act deems a capital loss to be nil if it meets the statutory definition of “superficial loss” (generally, a loss arising on the disposition of property where the same taxpayer or an affiliated person acquires the same or an identical

pas du dossier que de tels rajustements sont nécessaires en l’espèce.

[32] Une perte en capital n’est pas, en soi, déductible dans le calcul du revenu. L’alinéa 38b) prévoit plutôt que la moitié de la perte en capital subie lors d’une année d’imposition donnée (la « perte en capital déductible ») peut servir à compenser les gains en capital imposables (généralement la moitié des gains en capital) réalisés la même année, ou encore lors d’une année d’imposition postérieure ou d’une des trois années d’imposition antérieures (voir l’alinéa 111(1)b) et la définition de « perte en capital nette » au paragraphe 111(8)).

[33] De nombreuses dispositions anti-évitement précises de la Loi empêchent le contribuable d’obtenir un allègement en raison d’une perte en capital. Ces dispositions sont communément appelées les « règles sur la minimisation des pertes ». Ces règles prévoient généralement qu’une perte donnée est réputée nulle. Le sous-alinéa 40(2)g)(iii) de la Loi prévoit par exemple, sous réserve de certaines exceptions, qu’est nulle la perte résultant de la disposition d’un bien à usage personnel.

[34] Certaines règles sur la minimisation des pertes sont associées à des dispositions d’allègement et ont pour résultat la simple suspension de la perte en capital qui découle de la disposition d’un bien particulier. Par exemple, le paragraphe 40(3.4) de la Loi prévoit (notamment) que la perte subie par une société lors de la disposition d’une immobilisation est réputée nulle si la société ou une personne affiliée acquiert le même bien ou un bien identique dans les 30 jours précédant ou suivant la disposition, et si à la fin de cette période la société ou la personne affiliée détient le bien de remplacement. Le même paragraphe prévoit toutefois que la société peut se prévaloir plus tard de la perte si, par exemple, le bien cesse d’être sa propriété ou celle de la personne affiliée.

[35] De même, une perte en capital est réputée nulle, en vertu du sous-alinéa 40(2)g)(i), si elle répond à la définition dans la Loi de « perte apparente » (généralement une perte résultant de la disposition d’un bien dans le cas où le même contribuable ou une personne affiliée

property—the “substituted property”—within 30 days and the taxpayer or an affiliated person owns the substituted property at the end of the 30-day period). Subject to certain conditions, paragraph 53(1)(f) of the Act may apply to add the amount of the disallowed loss to the adjusted cost base of the substituted property. The result would be that the previously disallowed loss is recognized in the computation of any gain or loss on the disposition of the substituted property. This could be a deferral of a capital loss, or it could be a transfer of a capital loss from the original transferor of the property to the affiliated person who acquired it.

[36] Of significance for our purpose is the amendment to the definition of “affiliated persons” in 2005 to include trusts. This amendment, had it been applicable when the transactions in issue took place, would have resulted in the suspension of the capital loss claimed by the appellant. It is useful to point out that the definition of “affiliated persons” to this date does not operate to suspend losses resulting from transactions between parent and child or between siblings. It follows that subject to the application of the GAAR, the loss resulting from a value shift could still be claimed if triggered by a sale between such persons.

– *The GAAR analysis*

[37] As noted, the appellant conceded before the Tax Court Judge that the claimed loss results in a “tax benefit” within the meaning of subsection 245(1). Before us, the appellant does not challenge the Tax Court Judge’s conclusion that the transactions, including the payment of the stock dividend, the creation of the Peter Cohen Trust and the sale of the common shares to this trust, were “avoidance transaction[s]” within the meaning of subsection 245(3).

[38] The remaining issue is whether the avoidance transactions give rise to misuse or abuse. This in turn depends on whether the transactions, if given effect to,

acquiert le même bien ou un bien identique — le « bien de remplacement » — dans un délai de 30 jours et où le contribuable ou la personne affiliée est propriétaire du bien de remplacement à la fin de la période de 30 jours). L’alinéa 53(1)f) de la Loi pourrait alors donner lieu, si certaines conditions sont respectées, à la prise en compte de la perte refusée dans le calcul du prix de base rajusté du bien de remplacement. Ceci équivaudrait à la reconnaissance de la perte précédemment refusée dans le calcul du gain réalisé ou de la perte subie à la disposition du bien de remplacement. Il pourrait s’agir au final du report d’une perte en capital, ou encore du transfert d’une perte en capital du cédant initial du bien à la personne affiliée qui l’a acquis.

[36] La modification de la définition de « personnes affiliées » en 2005 pour y inclure les fiducies est importante en l’espèce. Si cette modification avait été en vigueur lorsque les opérations en cause ont été effectuées, il y aurait eu suspension de la perte en capital déclarée par l’appelante. Il convient de noter que, à l’heure actuelle, l’application de la définition de « personnes affiliées » ne donne pas toujours lieu à la suspension des pertes découlant d’opérations entre un parent et son enfant ou entre des frères et sœurs. Il s’ensuit que, sous réserve de l’application de la RGAÉ, la perte résultant d’un transfert de valeur pourrait toujours être déclarée si elle découlait d’une vente effectuée entre de telles personnes.

– *L’analyse relative à la RGAÉ*

[37] Comme nous l’avons vu, l’appelante a concédé devant le juge de la C.C.I. que les pertes déclarées résultaient d’un « avantage fiscal » au sens du paragraphe 245(1). L’appelante n’attaque pas devant nous la conclusion du juge de la C.C.I. selon laquelle les opérations effectuées, y compris le paiement du dividende en actions, la constitution de la fiducie Peter Cohen et la vente des actions ordinaires à cette fiducie étaient des « opérations d’évitement » au sens du paragraphe 245(3).

[38] Il reste à rechercher si ces opérations d’évitement ont donné lieu ou non à un abus. Il faut rechercher si ces opérations, si on leur donne effet, contrecarreraient

would defeat the underlying rationale of the provisions relied upon to obtain the tax benefit (i.e. subparagraph 3(b)(ii), paragraph 38(b), paragraph 39(1)(b), subparagraph 40(1)(b)(ii) and section 54). The burden of establishing the existence of this underlying rationale rests on the respondent.

[39] It is common ground that the loss generated by the appellant as a result of the value shift is a loss on paper only in the sense that no economic loss was suffered (the term “paper loss” is used in that sense throughout these reasons). All that happened is that the high inherent value of the common shares was moved to the preferred shares—because they are paid in priority—with the result that the common shares were left with a nominal value and a high cost, thereby allowing for the loss to be realized on the disposition of these shares to the Peter Cohen Trust. The appellant was neither richer nor poorer after this disposition.

[40] According to the appellant, the loss should be given effect to despite the fact that no economic loss was suffered. It maintains that the application of the provisions of the Act on which it relied to trigger this loss gives rise to a mechanical exercise and that their effect, when so applied, is to recognize the claimed loss despite the fact that no economic loss was suffered and no dollars were lost.

[41] The result proposed by the appellant is fundamentally counter-intuitive as the capital gain system is generally understood to apply to real gains and real losses. In this regard, the comment of the House of Lords in *W.T. Ramsay Ltd. v. Inland Revenue Commissioners*, [1981] UKHL 1 (BAILII), [1981] 1 All E.R. 865, although it was made by reference to capital gain under U.K. Law, is entirely apposite (page 873):

The capital gains tax was created to operate in the real world, not that of make-believe. As I said in *Aberdeen Construction Ltd. v. Inland Revenue Comrs*, [1978] 1 All ER 962 at 996, [1978] AC 885 at 893, [1978] STC 127 at 131, it is a tax on gains (or, I might have added, gains less losses), it is not a tax on arithmetical differences.

l’objet des dispositions invoquées pour obtenir l’avantage fiscal (c.-à-d. le sous-alinéa 3b)(ii), l’alinéa 38b), l’alinéa 39(1)b), le sous-alinéa 40(1)b)(ii) et l’article 54). C’est à l’intimée qu’il incombe de démontrer la réalité de cet objet.

[39] Il n’est pas controversé entre les parties que la perte subie par l’appelante lors du transfert de valeur est une perte uniquement théorique, en ce sens qu’il n’y a eu aucune perte économique (l’expression « perte théorique » a cette acception tout au long des présents motifs). Tout ce qui s’est produit en fait a été un transfert de la valeur inhérente élevée des actions ordinaires aux actions privilégiées (en raison de leur priorité de paiement), ce qui a eu pour résultat d’enlever aux actions ordinaires toute la valeur tout en préservant leur coût élevé, permettant ainsi qu’une perte soit subie lors de leur disposition en faveur de la fiducie Peter Cohen. L’appelante n’était toutefois ni plus riche ni plus pauvre une fois la disposition effectuée.

[40] L’appelante soutient qu’il faudrait prendre en compte sa perte même s’il n’y a eu aucune perte économique. Selon elle, il convient d’appliquer de manière mécanique les dispositions de la Loi dont elle s’est prévaluée pour arriver à cette perte. L’effet de ces dispositions, si on les appliquait ainsi, serait la reconnaissance de l’existence de la perte déclarée bien qu’aucune perte économique n’ait été subie et qu’aucune somme d’argent n’ait été perdue.

[41] La solution défendue par l’appelante semble fondamentalement troublante, étant donné qu’il est généralement admis que le régime des gains en capital s’applique aux gains et aux pertes véritables. Les observations suivantes formulées par la Chambre des lords par l’arrêt *W.T. Ramsay Ltd. v. Inland Revenue Commissioners*, [1981] UKHL 1 (BAILII), [1981] 1 All E.R. 865, même s’ils avaient trait aux gains en capital en droit britannique, sont à cet égard tout à fait à propos (à la page 873) :

[TRADUCTION] L’impôt sur les gains en capital a été institué pour s’appliquer dans un monde réel et non dans un monde fictif. Comme je l’ai dit dans l’arrêt *Aberdeen Construction Ltd. c. Inland Revenue Comrs*, [1978] 1 All ER 962, à la page 996, [1978] AC 885, à la page 893, [1978] STC 127, à la page 131, il s’agit d’un impôt sur les gains (j’aurais pu ajouter

[42] In Canada, the capital gain system has been understood, since a time that pre-dates its creation, to be aimed at taxing increases in “economic power” (Carter Commission Report, 1966 [*Report of the Royal Commission on Taxation*], page 325) and “economic power” is unaffected by paper losses.

[43] Nevertheless, the appellant submits that the matter is not so simple. It points to the fact that the Act does contemplate, in some instances, that tax be paid on capital gains when no economic gain is realized and losses be allowed when no economic loss is incurred.

[44] The most apt illustration is subsection 45(1) of the Act—under Subdivision c “Taxable Capital Gains and Allowable Capital Losses”—which provides that when property is acquired for the purpose of earning income, and begins to be used for some other purpose (or vice versa), it is deemed to be disposed of at that time for an amount equal to its fair market value, and to be reacquired at a cost equal to that amount. Subsection 13(2) of the Act operates much the same way with respect to depreciable property. The effect of these provisions is that paper gains or losses may be made or incurred, and when that happens, they are treated to as though they are real.

[45] The appellant also points to the flow-through share regime which permits corporations to renounce “Canadian exploration expense” for the benefit of the holders of the flow-through shares. The cost to a shareholder of a flow-through share is deemed to be nil by virtue of subsection 66.3(3) of the Act. On a sale of the flow-through share, the deemed cost is picked up by the definition of “adjusted cost base” in section 54 to arrive at the relevant gain or loss. This again can lead to a capital gain being imposed when no economic gain has been realized.

sur les gains moins les pertes), il ne s’agit pas d’un impôt sur des différences mathématiques.

[42] Au Canada, on a toujours considéré que le régime des gains en capital, même avant qu’il ne soit créé, visait à assujettir à l’impôt l’accroissement du « pouvoir économique » (Rapport de la Commission Carter, 1966 [*Rapport de la Commission royale d’enquête sur la fiscalité*], à la page 325) et que les pertes théoriques n’ont aucune incidence sur ce pouvoir.

[43] L’appelante soutient néanmoins que la question n’est pas si simple. Elle relève le fait que la Loi prévoit, dans certains cas, que les gains en capital sont imposables même en l’absence de gain économique, et que certaines pertes en capital sont déductibles même en l’absence de perte économique.

[44] L’illustration la plus claire est donnée au paragraphe 45(1) de la Loi (à la sous-section c — « Gains en capital imposables et pertes en capital déductibles »), lequel dispose que lorsqu’un bien est acquis en vue de gagner un revenu, et commence plus tard à être utilisé à une autre fin, ou inversement, le contribuable est réputé en avoir disposé à ce moment postérieur pour un montant égal à sa juste valeur marchande, et l’avoir acquis de nouveau à un coût égal à ce montant. Le paragraphe 13(2) de la Loi vise les biens amortissables de manière assez semblable. Il résulte de ces dispositions que les gains ou pertes théoriques peuvent être générés ou encourues auxquels cas, ils sont assimilés à des gains ou pertes véritables.

[45] L’appelante fait également état du régime des actions accréditatives qui autorise les sociétés à renoncer aux « frais d’exploration au Canada » au profit de détenteurs d’actions accréditatives. Le coût d’une action accréditative est réputé être nul pour son détenteur selon le paragraphe 66.3(3) de la Loi. Lors de la vente de l’action accréditative, le coût réputé est pris en compte dans le calcul du « prix de base rajusté », défini à l’article 54, en vue de la détermination de la perte ou du gain pertinent, ce qui peut encore une fois rendre un gain en capital imposable alors qu’aucun gain économique n’a en fait été réalisé.

[46] In weighing the impact of provisions such as subsection 45(1) and section 66.1—there are other similar provisions—it is important to understand that they are policy oriented and that the treatment which they provide is dictated solely by the policy objective which they seek to achieve.

[47] The change of use provisions are intended to facilitate the transition when a taxpayer ceases to use property for one purpose and begins to use it for another. They do so by deeming a disposition and an immediate reacquisition at a price that is tracked until the asset is actually disposed of. In the meantime, this provides flexibility from a taxpayer perspective while insuring the integrity of the tax system.

[48] Flow-through shares are intended to encourage oil and mineral exploration. The cost of these shares is fully deducted in computing income while the shares get capital gain treatment when they are sold. This is a highly advantageous treatment which explains why the adjusted cost base of these shares is set at 0.

[49] While these provisions are of interest, I do not believe that they detract from the underlying policy preventing the deduction of paper losses if indeed such a policy can be gleaned from the provisions relied upon by the appellant to obtain the tax benefit.

[50] Addressing this question, Justice Paris in the companion case conducted a textual, contextual and purposive analysis of the provisions relied upon by the appellant in order to obtain the tax benefit (*1207192 Ontario Limited*, paragraphs 63 to 68 and 84 to 93). He properly identified each of the relevant provisions and their reason for being. I agree with his conclusion that these provisions, in particular paragraph 38(b), provide relief as an offset against capital gain where a taxpayer has suffered an economic loss on the disposition of property. I also agree with his further conclusion that offsetting a capital gain with the paper loss that was claimed results in an abuse and a misuse of the relevant provisions, specifically paragraphs 38(b),

[46] Lorsqu'on apprécie l'incidence de dispositions telles que le paragraphe 45(1) et l'article 66.1 — et il en existe d'autres semblables —, il importe de bien comprendre que celles-ci sont axées sur un objectif de politique et que le traitement qu'elles prévoient vise uniquement l'atteinte de cet objectif.

[47] Les dispositions relatives au changement d'utilisation visent à faciliter la transition qui s'opère lorsque le contribuable cesse d'utiliser un bien pour une fin et commence à l'utiliser pour une autre. On y parvient par le recours à la disposition et à la réacquisition immédiates réputées d'un bien, selon un prix qu'on suit jusqu'à la disposition véritable du bien. Dans l'intervalle, cela offre la souplesse requise au contribuable tout en assurant l'intégrité du système fiscal.

[48] L'objet des actions accréditatives est d'encourager l'exploration pétrolière et minière. Le coût de ces actions est déduit intégralement dans le calcul du revenu, alors que la plus-value qui découle de leur vente éventuelle est traitée comme gain en capital. Ce traitement est très avantageux, ce qui explique pourquoi le prix de base rajusté de ces actions est réputé nul.

[49] Bien que ces dispositions ne soient pas dépourvues d'intérêt, je ne crois pas qu'elles dévient de la politique du législateur, laquelle exclut la déduction de pertes théoriques, si tant est qu'on puisse dégager une telle politique des dispositions invoquées par l'appelante pour obtenir l'avantage fiscal.

[50] Lorsqu'il a abordé cette question dans l'affaire connexe, le juge Paris a procédé à une analyse textuelle, contextuelle et téléologique des dispositions invoquées par l'appelante en vue d'obtenir un avantage fiscal (*1207192 Ontario Limited*, paragraphes 63 à 68 et 84 à 93). Il a correctement précisé quelles étaient les dispositions pertinentes ainsi que leur philosophie. Je retiens la conclusion du juge Paris selon laquelle l'objet de ces dispositions, particulièrement de l'alinéa 38b), est d'accorder un allègement d'impôt, dans la mesure où il y a compensation avec un gain en capital, dans le cas où le contribuable a subi une perte économique par suite de la disposition d'un bien. Je retiens également sa conclusion selon laquelle la compensation d'un gain en capital

39(1)(b) and 40(1)(b) (*1207192 Ontario Limited*, paragraphs 92 and 93).

[51] The appellant correctly points out that the words “economic loss” on which Justice Paris relied in identifying the underlying rationale do not appear in any of the relevant provisions. However, there is no objection at this stage of the analysis to departing from the bare meaning of the words provided that the reading proposed is supported by a textual, contextual and purposive reading of the relevant provisions (*Copthorne Holdings*, paragraph 70). Given their purpose—i.e. to tax the net realized increase in the value of capital assets—it is not possible, in my view, to read the relevant provisions otherwise.

– *Former subsection 55(1)*

[52] There was a lengthy debate before us about whether subsection 55(1) can be relied upon to establish an overarching policy aimed at defeating “artificial transactions” despite its removal. As noted earlier the removal of this provision was accompanied by the publication of Technical Notes indicating that subsection 55(1) was abrogated because the void created by the removal of that provision was filled by the implementation of the GAAR.

[53] For the reasons already given, it is not necessary to rely on former subsection 55(1) to decipher the existence of a policy which prevents the deduction of the loss claimed in this case. That said, former subsection 55(1) forms part of the legislative history and as it is clear that the paper loss that was claimed in this case would have “artificially” or “unduly” reduced the appellant’s tax liability under that provision, the fact that Department of Finance officials believed that the GAAR would fill the void is consistent with the continued existence of the overarching policy that I have identified.

par la perte théorique déclarée donne lieu au recours abusif aux dispositions pertinentes, plus particulièrement des alinéas 38b), 39(1)b) et 40(1)b) de la Loi (*1207192 Ontario Limited*, paragraphes 92 et 93).

[51] L’appelante souligne à juste titre que les mots « perte économique » utilisés par le juge Paris pour désigner la raison d’être des dispositions pertinentes ne figurent dans aucune de celles-ci. À ce stade de l’analyse, rien ne s’oppose toutefois à ce qu’on s’écarte de la seule signification des mots eux-mêmes, dans la mesure où l’interprétation proposée s’appuie sur l’analyse textuelle, contextuelle et téléologique des dispositions en cause (*Copthorne Holdings*, paragraphe 70). Étant donné l’objet des dispositions pertinentes — c.-à-d. assujettir à l’impôt l’augmentation nette de la valeur d’immobilisations —, il n’est pas possible selon moi de les interpréter autrement.

– *Ancien paragraphe 55(1)*

[52] On a longuement débattu devant nous la question de savoir si le paragraphe 55(1) pouvait servir à établir, malgré son abrogation, l’existence d’une politique globale visant à contrer les « opérations artificielles ». Comme il a déjà été dit, on a publié au moment de l’abrogation du paragraphe des Notes techniques précisant qu’on avait procédé à celle-ci parce que le vide créé était comblé par l’instauration de la RGAÉ.

[53] Pour les motifs déjà exposés, il n’est pas nécessaire de se fonder sur l’ancien paragraphe 55(1) pour constater l’existence d’une politique empêchant la déduction de la perte déclarée en l’espèce. Cela dit, l’ancien paragraphe 55(1) est un élément de l’historique de la Loi et, puisque la perte théorique déclarée en l’espèce aurait manifestement réduit « artificiellement » ou « indûment » la dette fiscale de l’appelante aux termes de ce paragraphe, le fait que les fonctionnaires du ministère des Finances aient estimé que la RGAÉ comblerait le vide laissé par son abrogation confirme le maintien de la politique globale que j’ai mentionnée.

– Alternative conclusion

[54] I now turn to the Tax Court Judge’s conclusion in the present case that the transactions in issue also defeat the object, spirit and purpose of the anti-avoidance rules in subparagraph 40(2)(g)(i). In his view, this provision reveals the existence of a policy against the deduction of capital losses on dispositions “within an economic unit”. Furthermore, the amendment brought to the definition of “affiliated persons” in 2005 to include trusts is “a clear indication that the results achieved by the appellant were contrary to the object, spirit and purpose of the *Act* when read as a whole” (reasons, paragraph 97).

[55] Justice Paris disagreed with the conclusion reached by the Tax Court Judge in this regard (*1207192 Ontario Limited*, paragraphs 73 to 83).

[56] I agree with Justice Paris that a reading of the relevant provisions does not support the existence of the policy identified by the Tax Court Judge essentially for the reasons that he gave. When Parliament introduced the notion of “affiliated persons” back in 1995, it had to be aware that trusts could be used to counter the operation of subparagraph 40(2)(g)(i) and subsection 40(3.4). It is therefore reasonable to infer that a deliberate choice was made not to bring trusts within the definition. The fact that Parliament decided to alter this policy by including trusts on a prospective basis in 2005 cannot be relied on to infer that a policy to that effect was in place before the amendment (compare *Water’s Edge Village Estates (Phase II) Ltd. v. Canada*, 2002 FCA 291, [2003] 2 F.C. 25, paragraph 47, where in contrast an amendment was held to be relevant because it had been enacted in order to close a blatant loophole).

– Novel argument

[57] The appellant argued for the first time during the course of the hearing of the appeal that the disallowance of the claimed loss gives rise to a form of unfairness given that it remains the holder of the preferred shares.

– Autre conclusion

[54] Je vais maintenant examiner la conclusion tirée par le juge de la C.C.I. dans la présente affaire selon laquelle les opérations en cause sont également contraires à l’objet et à l’esprit des règles anti-évitement du sous-alinéa 40(2)g(i). À son avis, cette disposition révèle l’existence d’une politique excluant la déduction des pertes en capital subies lors de dispositions « au sein de la même unité économique ». En outre, la modification apportée en 2005 à la définition de l’expression « personnes affiliées » pour y inclure les fiducies « indique clairement que les résultats obtenus par l’appelante étaient contraires à l’objet et à l’esprit de la Loi lue dans son ensemble » (paragraphe 97 des motifs).

[55] Le juge Paris a rejeté la conclusion tirée par le juge de la C.C.I. sur ce point (*1207192 Ontario Limited*, paragraphes 73 à 83).

[56] J’estime, comme le juge Paris, essentiellement pour les mêmes motifs que lui, que la lecture des dispositions pertinentes ne démontre pas l’existence de la politique dégagée par le juge de la C.C.I. Lorsque le législateur a introduit la notion de « personnes affiliées » en 1995, il devait être conscient de la possibilité d’un recours aux fiducies pour échapper à l’application du sous-alinéa 40(2)g(i) et du paragraphe 40(3.4). Il est donc raisonnable d’inférer que le législateur a fait le choix délibéré de ne pas inclure les fiducies dans la définition. On ne peut par ailleurs déduire de la décision prise par le législateur de modifier la politique par l’ajout de manière prospective des fiducies, en 2005, l’existence avant cette modification d’une politique allant déjà en ce sens (voir l’affaire *Water’s Edge Village Estates (Phase II) Ltd. c. Canada*, 2002 CAF 291, [2003] 2 C.F. 25, paragraphe 47, où on a plutôt statué qu’une modification était pertinente parce qu’on l’avait adoptée afin de supprimer une échappatoire flagrante).

– Nouvelle thèse

[57] Lors de l’audience, l’appelante a soutenu pour la première fois que refuser la perte déclarée était d’une certaine manière inéquitable parce qu’elle était toujours détentrice des actions privilégiées. Elle fait ainsi valoir

It points out that since these shares have tax characteristics which inversely mirror those of the common shares—i.e. a correspondingly high value and low cost—their disposition would trigger a gain tantamount to the loss claimed.

[58] I need only observe that many years have passed since the loss was claimed, and there is no suggestion that the preferred shares have been sold. This is not surprising since the purpose of the transactions was to avoid paying taxes on the gain resulting from the sale of the commercial building back in 2001. I note in this respect that contrary to individuals, a corporation can maintain ownership of capital assets without any time limitation.

[59] That said, had the appellant been able to put forth a credible scenario indicating that the preferred shares were to be sold, thereby reducing the extent of the tax benefit obtained, it would have been open to it to request that the tax consequences resulting from the application of the GAAR be adjusted pursuant to subsection 245(5). No such request was made.

[60] I would dismiss the appeal with costs.

SHARLOW J.A.: I agree.

MAINVILLE J.A.: I agree.

ANNEX

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1

– Paragraph 3(b)(ii) of the Act:

Income for taxation year

3. The income of a taxpayer for a taxation year for the purposes of this Part is the taxpayer's income for the year determined by the following rules:

...

(b) determine the amount, if any, by which

que, puisque ces actions sont dotées de caractéristiques fiscales qui sont l'image miroir inverse de celles des actions ordinaires — c.-à-d., en proportion inverse, une valeur élevée et un faible coût —, leur disposition entraînerait un gain équivalent à la perte déclarée.

[58] Je dois simplement constater que bien des années ont passé depuis que la perte a été déclarée, et que rien ne laisse croire que les actions privilégiées ont été vendues. On ne saurait s'en surprendre puisque le but des opérations était d'éviter de payer de l'impôt sur le gain réalisé lors de la vente, en 2001, de l'immeuble commercial. Je relève à cet égard que, contrairement aux particuliers, une société commerciale peut conserver indéfiniment la propriété d'immobilisations.

[59] Cela dit, si l'appelante avait pu présenter un scénario crédible de vente des actions privilégiées, laquelle vente aurait réduit l'avantage fiscal obtenu, il lui aurait été loisible de demander que les attributs fiscaux découlant de l'application de la RGAÉ soient rajustés conformément aux dispositions du paragraphe 245(5). Or, elle n'a pas fait une telle demande.

[60] Je rejetterais l'appel avec dépens.

LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE MAINVILLE, J.C.A. : Je suis d'accord.

ANNEXE

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1

– Sous-alinéa 3b)(ii) de la Loi :

Revenu pour l'année d'imposition

3. Pour déterminer le revenu d'un contribuable pour une année d'imposition, pour l'application de la présente partie, les calculs suivants sont à effectuer :

[...]

b) le calcul de l'excédent éventuel du montant visé au sous-alinéa (i) sur le montant visé au sous-alinéa (ii):

...

(ii) the amount, if any, by which the taxpayer's allowable capital losses for the year from dispositions of property other than listed personal property exceed the taxpayer's allowable business investment losses for the year,

– Section 38 of the Act:

Taxable
capital gain
and
allowable
capital loss

38. For the purposes of this Act,

(a) [taxable capital gain—general]—subject to paragraphs (a.1) to (a.3), a taxpayer's taxable capital gain for a taxation year from the disposition of any property is $\frac{1}{2}$ of the taxpayer's capital gain for the year from the disposition of the property;

...

(b) [allowable capital loss]—a taxpayer's allowable capital loss for a taxation year from the disposition of any property is $\frac{1}{2}$ of the taxpayer's capital loss for the year from the disposition of that property; and

– Paragraph 39(1)(b) of the Act:

Meaning of
capital gain
and capital
loss [and
business
investment
loss]

39. (1) For the purposes of this Act,

...

(b) a taxpayer's capital loss for a taxation year from the disposition of any property is the taxpayer's loss for the year determined under this subdivision (to the extent of the amount thereof that would not, if section 3 were read in the manner described in paragraph (a) of this subsection and without reference to the expression "or the taxpayer's allowable business investment loss for the year" in paragraph 3(d), be deductible in computing the taxpayer's income for the year or any other taxation year) from the disposition of any property of the taxpayer other than

[...]

(ii) l'excédent éventuel de ses pertes en capital déductibles pour l'année, résultant de la disposition de biens autres que des biens meubles déterminés sur les pertes déductibles au titre d'un placement d'entreprise pour l'année, subies par le contribuable;

– Article 38 de la Loi :

38. Pour l'application de la présente loi :

Sens de gain
en capital
imposable et
de perte en
capital
déductible

a) [Gain en capital imposable — général] — sous réserve des alinéas a.1) à a.3), le gain en capital imposable d'un contribuable pour une année d'imposition, tiré de la disposition d'un bien, est égal à la moitié du gain en capital qu'il a réalisé pour l'année à la disposition du bien;

[...]

b) [Perte en capital déductible] — la perte en capital déductible d'un contribuable, pour une année d'imposition, résultant de la disposition d'un bien est égale à la moitié de la perte en capital que le contribuable a subie, pour l'année, à la disposition du bien;

– Alinéa 39(1)(b) de la Loi :

39. (1) Pour l'application de la présente loi :

Sens de gain
en capital
et de perte
en capital
[et des pertes
au titre d'un
placement
d'entreprise]

[...]

b) une perte en capital subie par un contribuable, pour une année d'imposition, du fait de la disposition d'un bien quelconque est la perte qu'il a subie au cours de l'année, déterminée conformément à la présente sous-section (jusqu'à concurrence du montant de cette perte qui ne serait pas déductible, si l'article 3 était lu de la manière indiquée à l'alinéa a) du présent paragraphe et compte non tenu du passage « et des pertes déductibles au titre d'un placement d'entreprise subies par le contribuable pour l'année » à l'alinéa 3d), dans le calcul de son revenu pour l'année ou pour toute autre année d'imposition) du fait de la disposition d'un bien quelconque de ce contribuable, à l'exception :

(i) depreciable property, or

(ii) property described in any of subparagraphs (a)(i), (ii) to (iii) and (v); and

– Subsection 40(b) of the Act:

General
rules [gain
and loss
calculation]

40. (1) Except as otherwise expressly provided in this Part

...

(b) a taxpayer's loss for a taxation year from the disposition of any property is,

(i) if the property was disposed of in the year, the amount, if any, by which the total of the adjusted cost base to the taxpayer of the property immediately before the disposition and any outlays and expenses to the extent that they were made or incurred by the taxpayer for the purpose of making the disposition, exceeds the taxpayer's proceeds of disposition of the property, and

(ii) in any other case, nil.

– Former subsection 55(1) of the Act was repealed upon the enactment of section 245 of the Act. Prior to the repeal, it provided as follows:

Avoidance

55. (1) For the purposes of this subdivision, where the result of one or more sales, exchanges, declarations of trust, or other transactions of any kind whatever is that a taxpayer has disposed of property under circumstances such that he may reasonably be considered to have artificially or unduly

(a) reduced the amount of his gain from the disposition,

(b) created a loss from the disposition, or

(c) increased the amount of his loss from the disposition,

the taxpayer's gain or loss, as the case may be, from the disposition of the property shall be computed as if such reduction, creation or increase, as the case may be, had not occurred.

(i) d'un bien amortissable,

(ii) d'un bien visé à l'un des sous-alinéas a)(i), (ii) à (iii) et (v);

– Alinéa 40b) de la Loi :

40. (1) Sauf indication contraire expresse de la présente partie :

[...]

b) la perte d'un contribuable résultant, pour une année d'imposition, de la disposition d'un bien est :

(i) en cas de disposition du bien au cours de l'année, l'excédent éventuel du total du prix de base rajusté du bien, pour le contribuable, immédiatement avant la disposition, et des dépenses dans la mesure où celles-ci ont été engagées ou effectuées par lui en vue de réaliser la disposition sur le produit de disposition du bien qu'il en a tiré,

(ii) dans les autres cas, nulle

– L'ancien paragraphe 55(1) de la Loi a été abrogé lors de l'édiction de l'article 245 de la Loi. Avant son abrogation il prévoyait ce qui suit :

55. (1) Aux fins de la présente sous-section, lorsque les circonstances dans lesquelles ont été effectuées une ou plusieurs opérations de vente ou d'échange, ou autres transactions de quelque nature que ce soit, permettent de croire raisonnablement que le contribuable a disposé d'un bien de façon à artificiellement ou indûment

a) réduire le montant de son gain résultant de la disposition,

b) occasionner une perte résultant de la disposition, ou

c) augmenter le montant de sa perte résultant de la disposition,

le gain ou la perte du contribuable, selon le cas, résultant de la disposition du bien, est calculée comme si une telle réduction, perte ou augmentation, selon le cas, ne s'était pas produite.

Règles
générales
[calcul du
gain et de
la perte]

Fait d'évaluer
l'impôt

– Section 245 of the Act:

Definitions	245. (1) In this section,
“tax benefit” « <i>avantage fiscal</i> »	“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, and includes a reduction, avoidance or deferral of tax or other amount that would be payable under this Act but for a tax treaty or an increase in a refund of tax or other amount under this Act as a result of a tax treaty;
“tax consequences” « <i>attribut fiscal</i> »	“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” « <i>opération</i> »	“transaction” includes an arrangement or event.
General anti-avoidance provision	(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.
Avoidance 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 <i>bona fide</i> purposes other than to obtain the tax benefit; or

– Article 245 de la Loi :

Definitions	245. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.	Définitions
« <i>attribut fiscal</i> »	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.	« <i>attribut fiscal</i> » “ <i>tax consequences</i> ”
« <i>avantage fiscal</i> »	Réduction, évitement ou report d’impôt ou d’un autre montant exigible en application de la présente loi ou augmentation d’un remboursement d’impôt ou d’un autre montant visé par la présente loi. Y sont assimilés la réduction, l’évitement ou le report d’impôt ou d’un autre montant qui serait exigible en application de la présente loi en l’absence d’un traité fiscal ainsi que l’augmentation d’un remboursement d’impôt ou d’un autre montant visé par la présente loi qui découle d’un traité fiscal.	« <i>avantage fiscal</i> » “ <i>tax benefit</i> ”
« <i>opération</i> »	Sont assimilés à une opération une convention, un mécanisme ou un événement.	« <i>opération</i> » “ <i>transaction</i> ”
Disposition générale anti-évitement	(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.	Disposition générale anti-évitement
Opération d’évitement	(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;	Opération d’évitement

	<p>(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 <i>bona fide</i> purposes other than to obtain the tax benefit.</p>	<p>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.</p>	
<p>Application of subsection (2)</p>	<p>(4) Subsection (2) applies to a transaction only if it may reasonably be considered that the transaction</p> <p>(a) would, if this Act were read without reference to this section, result directly or indirectly in a misuse of the provisions of any one or more of</p> <p>(i) this Act,</p> <p>(ii) the <i>Income Tax Regulations</i>,</p> <p>(iii) the <i>Income Tax Application Rules</i>,</p> <p>(iv) a tax treaty, or</p> <p>(v) any other enactment that is relevant in computing tax or any other amount payable by or refundable to a person under this Act or in determining any amount that is relevant for the purposes of that computation; or</p> <p>(b) would result directly or indirectly in an abuse having regard to those provisions, other than this section, read as a whole.</p>	<p>(4) Le paragraphe (2) ne s'applique qu'à l'opération dont il est raisonnable de considérer, selon le cas :</p> <p>a) qu'elle entraînerait, directement ou indirectement, s'il n'était pas tenu compte du présent article, un abus dans l'application des dispositions d'un ou de plusieurs des textes suivants :</p> <p>(i) la présente loi,</p> <p>(ii) le <i>Règlement de l'impôt sur le revenu</i>,</p> <p>(iii) les <i>Règles concernant l'application de l'impôt sur le revenu</i>,</p> <p>(iv) un traité fiscal,</p> <p>(v) tout autre texte législatif qui est utile soit pour le calcul d'un impôt ou de toute autre somme exigible ou remboursable sous le régime de la présente loi, soit pour la détermination de toute somme à prendre en compte dans ce calcul;</p> <p>b) qu'elle entraînerait, directement ou indirectement, un abus dans l'application de ces dispositions compte non tenu du présent article lues dans leur ensemble.</p>	<p>Application du par. (2)</p>
<p>Determination of tax consequences</p>	<p>(5) Without restricting the generality of subsection (2), and notwithstanding any other enactment,</p> <p>(a) any deduction, exemption or exclusion 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,</p>	<p>(5) Sans préjudice de la portée générale du paragraphe (2) et malgré tout autre texte législatif, dans le cadre de la détermination des attributs fiscaux d'une personne de façon raisonnable dans les circonstances de façon à supprimer l'avantage fiscal qui, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, d'une opération d'évitement :</p> <p>a) toute déduction, exemption ou exclusion 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;</p>	<p>Attributs fiscaux à déterminer</p>

(b) any such deduction, exemption or exclusion, 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.]

b) tout ou partie de cette déduction, exemption ou exclusion 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.]