

**Eugene Kaulius, Steven M. Cook, Charles E. Beil, Craig C. Sturrock, Amalio De Cotiis, John N. Gregory, 347059 B.C. Ltd., Frank Mayer, John R. Owen, Verlaan Investments Inc., William John Millar, NSFC Holdings Ltd., TFTI Holdings Limited, Douglas H. Mathew, Ian H. Pitfield, Estate of the late Lorne A. Green and Innocenzo De Cotiis** *Appellants*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: MATHEW v. CANADA**

**Neutral citation: 2005 SCC 55.**

File No.: 30067.

2005: March 8; 2005: October 19.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Income tax — Tax avoidance — Interpretation and application of general anti-avoidance rule — Company transferring unrealized losses to arm's length taxpayers through series of transactions involving partnerships — Taxpayers deducting those losses against their own income — Whether general anti-avoidance rule applicable to deny tax benefit — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 18(13), 96(1), 245(4).*

STC carried on a business which included the lending of money on the security of mortgages on real property. STC became insolvent and a liquidator was appointed. At that time, STC owned a portfolio of 17 non-performing loans with 9 underlying real estate properties having a fair market value of approximately \$33 million. The cost to STC of these “Portfolio Assets” was approximately \$85 million. Since STC was being liquidated, it could not use the approximately \$52 million in unrealized losses from the Portfolio Assets. The liquidator devised and oversaw the execution of a series of transactions to realize maximum returns on the disposal of

**Eugene Kaulius, Steven M. Cook, Charles E. Beil, Craig C. Sturrock, Amalio De Cotiis, John N. Gregory, 347059 B.C. Ltd., Frank Mayer, John R. Owen, Verlaan Investments Inc., William John Millar, NSFC Holdings Ltd., TFTI Holdings Limited, Douglas H. Mathew, Ian H. Pitfield, la succession de feu Lorne A. Green et Innocenzo De Cotiis** *Appellants*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : MATHEW c. CANADA**

**Référence neutre : 2005 CSC 55.**

N° du greffe : 30067.

2005 : 8 mars; 2005 : 19 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Impôt sur le revenu — Évitement fiscal — Interprétation et application de la règle générale anti-évitement — Compagnie transférant des pertes non réalisées à des contribuables sans lien de dépendance au moyen d'une série d'opérations mettant en cause des sociétés de personnes — Contribuables déduisant ces pertes de leur propre revenu — La règle générale anti-évitement permet-elle de supprimer l'avantage fiscal? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 18(13), 96(1), 245(4).*

La CST exploitait une entreprise consistant notamment à accorder des prêts garantis par des hypothèques sur des biens immeubles. Elle est devenue insolvable et un liquidateur a été nommé. À cette époque, la CST possédait un portefeuille de 17 prêts improductifs liés à 9 biens immobiliers sous-jacents ayant une juste valeur marchande d'environ 33 millions de dollars. Le coût d'acquisition de ces « actifs au portefeuille » pour la CST était d'environ 85 millions de dollars. Parce qu'elle était en liquidation, la CST ne pouvait pas utiliser les pertes non réalisées des actifs au portefeuille, qui s'élevaient à environ 52 millions de dollars. Le liquidateur a mis

the Portfolio Assets. The overall arrangement involved three stages. At the first stage, STC transferred a portfolio of mortgages with unrealized losses to a non-arm's length partnership, Partnership A, thereby acquiring a 99 percent interest in it. At the second stage, STC relied on s. 18(13) of the *Income Tax Act* to transfer the unrealized losses to Partnership A and then sold its 99 percent interest in it to an arm's length party. At the third stage, Partnership B was formed to acquire the 99 percent interest in Partnership A. The appellant taxpayers joined Partnership B and claimed their proportionate shares of the losses from the eventual sale or write-down of the mortgaged properties. Relying on a combination of s. 18(13) and the partnership provisions of the Act, they deducted over \$10 million of STC's losses against their own incomes. The Minister of National Revenue reassessed the taxpayers, applied the general anti-avoidance rule ("GAAR") of the *Income Tax Act* and disallowed the deduction. Both the Tax Court of Canada and the Federal Court of Appeal upheld the Minister's decision.

*Held:* The appeal should be dismissed.

Three requirements must be met to permit application of the GAAR. The first two requirements, that there be a tax benefit and an avoidance transaction, were conceded. The only issue in this case is whether the transactions result in abusive tax avoidance under s. 245(4) of the *Income Tax Act*. [31-32] [35]

In light of the principles set out in the companion case *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 601, 2005 SCC 54, the Minister properly disallowed the taxpayers' deductions under the GAAR. To allow the taxpayers to claim the losses in this case would defeat the purposes of s. 18(13) and the partnership provisions. Interpreted textually, contextually and purposively, s. 18(13) and s. 96 of the *Income Tax Act* do not permit arm's length parties to purchase the tax losses preserved by s. 18(13) and claim them as their own. The purpose of s. 18(13) is to transfer a loss to a non-arm's length party in order to prevent a taxpayer who carries on a business of lending money from realizing a superficial loss. The purpose of the broad treatment of loss sharing between partners is to promote an organizational structure that allows partners to carry on a business in common, in a non-arm's length

au point et supervisé une série d'opérations destinées à obtenir la meilleure réalisation possible de la disposition des actifs au portefeuille. Le tout s'est déroulé en trois étapes. À la première étape, la CST a cédé un portefeuille hypothécaire comportant des pertes non réalisées à la société A avec laquelle elle avait un lien de dépendance, acquérant ainsi une participation de 99 pour 100 dans celle-ci. À la deuxième étape, la CST s'est fondée sur le par. 18(13) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour transférer les pertes non réalisées à la société A, puis a vendu sa participation de 99 pour 100 dans celle-ci à une partie avec laquelle elle n'avait aucun lien de dépendance. À la troisième étape, la société B a été formée en vue d'acquiescer la participation de 99 pour 100 dans la société A. Les contribuables appelants se sont joints à la société B et ont demandé la déduction au prorata de leurs parts des pertes résultant de la vente ou de la réduction de valeur des biens hypothéqués qui s'est ensuivie. Invoquant l'effet combiné du par. 18(13) et des dispositions relatives aux sociétés de personnes contenues dans la Loi, ils ont déduit de leurs propres revenus plus de 10 millions de dollars des pertes de la CST. Le ministre du Revenu national a établi une nouvelle cotisation pour les contribuables, a appliqué la règle générale anti-évitement (« RGAÉ ») de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et a refusé la déduction. La Cour canadienne de l'impôt et la Cour d'appel fédérale ont toutes les deux confirmé la décision du ministre.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Trois conditions sont nécessaires pour que la RGAÉ s'applique. Il a été admis que les deux premières conditions, celles qu'il y ait un avantage fiscal et une opération d'évitement, étaient remplies. La seule question qui se pose en l'espèce est de savoir si ces opérations donnent lieu à un évitement fiscal abusif au sens du par. 245(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. [31-32] [35]

Compte tenu des principes énoncés dans le pourvoi connexe *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601, 2005 CSC 54, le ministre a eu raison de refuser les déductions des contribuables en application de la RGAÉ. Permettre aux contribuables de demander la déduction des pertes en l'espèce contrecarrerait les objets du par. 18(13) et des dispositions relatives aux sociétés de personnes. Lorsqu'ils sont interprétés de manière textuelle, contextuelle et téléologique, le par. 18(13) et l'art. 96 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne permettent pas aux parties sans lien de dépendance d'acheter les pertes fiscales maintenues par le par. 18(13) et d'en demander la déduction comme s'il s'agissait de leurs propres pertes. Le paragraphe 18(13) a pour objet de transférer une perte à une partie avec lien de dépendance, afin d'empêcher le contribuable qui exploite une entreprise de prêt d'argent de réaliser une perte apparente. Le traitement général du

relationship. Section 18(13) preserves and transfers a loss under the assumption that it will be realized by a taxpayer who does not deal at arm's length with the transferor. Parliament could not have intended that the combined effect of the partnership rules and s. 18(13) would preserve and transfer a loss to be realized by a taxpayer who deals at arm's length with the transferor. To use, as here, these provisions to preserve and sell an unrealized loss to an arm's length party results in abusive tax avoidance under s. 245(4). [58]

### Cases Cited

**Followed:** *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 601, 2005 SCC 54; **not followed:** *OSFC Holdings Ltd. v. Canada*, [2002] 2 F.C. 288, 2001 FCA 260.

### Statutes and Regulations Cited

*Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 18(13), 96, 245(1) to (4), 248(10).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Linden, Rothstein and Sexton JJ.A.), [2004] 1 C.T.C. 115, 311 N.R. 172 (*sub nom. Kaulius v. Minister of National Revenue*), 2003 D.T.C. 5644 (*sub nom. Kaulius v. The Queen*), [2003] F.C.J. No. 1470 (QL), 2003 FCA 371, affirming a decision of Dussault J.T.C.C., [2003] 1 C.T.C. 2045, 2002 D.T.C. 1637, [2002] T.C.J. No. 222 (QL). Appeal dismissed.

*Kim Hansen*, for the appellants.

*Graham Garton, Q.C., Anne-Marie Lévesque and Alexandra K. Brown*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND MAJOR J. —

### 1. Introduction

This appeal, like its companion case *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 601, 2005 SCC 54 (“*Canada Trustco*”) (released

partage de pertes entre associés a pour objet de favoriser la mise en place d'une structure organisationnelle permettant à ces derniers d'exploiter ensemble une entreprise dans le cadre de rapports avec lien de dépendance. Le paragraphe 18(13) permet le maintien et le transfert d'une perte en tenant pour acquis qu'elle sera réalisée par un contribuable ayant un lien de dépendance avec l'auteur du transfert. Le législateur ne peut pas avoir voulu que les règles relatives aux sociétés de personnes et le par. 18(13) aient pour effet combiné de maintenir et de transférer une perte devant être réalisée par un contribuable n'ayant aucun lien de dépendance avec l'auteur du transfert. Utiliser, comme on l'a fait en l'espèce, ces dispositions pour maintenir et vendre une perte non réalisée à une partie sans lien de dépendance donne lieu à un évitement fiscal abusif au sens du par. 245(4). [58]

### Jurisprudence

**Arrêt suivi :** *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601, 2005 CSC 54; **arrêt non suivi :** *OSFC Holdings Ltd. c. Canada*, [2002] 2 C.F. 288, 2001 CAF 260.

### Lois et règlements cités

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 18(13), 96, 245(1) à (4), 248(10).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Linden, Rothstein et Sexton), [2004] 1 C.T.C. 115, 311 N.R. 172 (*sub nom. Kaulius c. Minister of National Revenue*), 2003 D.T.C. 5644 (*sub nom. Kaulius c. The Queen*), [2003] A.C.F. n<sup>o</sup> 1470 (QL), 2003 CAF 371, confirmant une décision du juge Dussault, [2003] 1 C.T.C. 2045, 2002 D.T.C. 1637, [2002] A.C.I. n<sup>o</sup> 222 (QL). Pourvoi rejeté.

*Kim Hansen*, pour les appelants.

*Graham Garton, c.r., Anne-Marie Lévesque et Alexandra K. Brown*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE MAJOR —

### 1. Introduction

Le présent pourvoi, comme le pourvoi connexe *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601, 2005 CSC 54 (« *Trustco Canada* »)

concurrently), raises the issue of the interplay between the general anti-avoidance rule (“GAAR”) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), and specific provisions of the Act conferring tax benefits.

2 As discussed more fully in *Canada Trustco*, a tax benefit may be denied under the GAAR if allowing the tax benefit would frustrate or defeat the object, spirit or purpose of the provisions that are relied upon for the tax benefit. The central issue in this appeal is the proper interpretation of s. 18(13) and the provision that allows for loss sharing among partners under s. 96(1). For the reasons that follow, the appeal is dismissed with costs.

## 2. Facts

3 As a result of a series of transactions, the appellants lowered their incomes by deducting losses from the sale of mortgaged properties originally belonging to Standard Trust Company (“STC”). The overall arrangement involved three stages. At the first stage, STC transferred a portfolio of mortgages with unrealized losses to a non-arm’s length partnership, Partnership A, thereby acquiring a 99 percent interest in it. At the second stage, STC relied on s. 18(13) to transfer the unrealized losses to Partnership A and then sold its 99 percent interest in it to an arm’s length party. At the third stage, Partnership B was formed to acquire the 99 percent interest in Partnership A. The appellants joined Partnership B and were thus able to claim their proportionate shares of the losses from the eventual sale or write-down of the mortgaged properties. In this way, STC’s losses were transferred through s. 18(13) and the partnership vehicle to arm’s length taxpayers who offset them against their own incomes, while STC recovered a portion of the losses associated with the defaulted mortgages.

(dont les motifs sont déposés simultanément), soulève la question de l’interaction entre la règle générale anti-évitement (« RGAÉ ») de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), et certaines dispositions de cette loi qui confèrent des avantages fiscaux.

Comme nous l’avons vu plus en détail dans l’arrêt *Trustco Canada*, la RGAÉ permet de supprimer un avantage fiscal dans le cas où l’attribution de cet avantage contrecarrerait l’objet ou l’esprit des dispositions invoquées pour l’obtenir. La question de l’interprétation correcte du par. 18(13) et de la disposition qui permet le partage de pertes entre associés au sens du par. 96(1) est au cœur du présent pourvoi. Pour les motifs qui suivent, le pourvoi est rejeté avec dépens.

## 2. Faits

Une série d’opérations a permis aux appelants de diminuer leurs revenus en déduisant les pertes résultant de la vente de biens hypothéqués ayant initialement appartenu à la Compagnie Standard Trust (« CST »). Le tout s’est déroulé en trois étapes. À la première étape, la CST a cédé un portefeuille hypothécaire comportant des pertes non réalisées à la société A avec laquelle elle avait un lien de dépendance, acquérant ainsi une participation de 99 pour 100 dans celle-ci. À la deuxième étape, la CST s’est fondée sur le par. 18(13) pour transférer les pertes non réalisées à la société A, puis a vendu sa participation de 99 pour 100 dans celle-ci à une partie avec laquelle elle n’avait aucun lien de dépendance. À la troisième étape, la société B a été formée en vue d’acquérir la participation de 99 pour 100 dans la société A. Les appelants se sont joints à la société B et ont pu ainsi demander la déduction au prorata de leurs parts des pertes résultant de la vente ou de la réduction de valeur des biens hypothéqués qui s’est ensuivie. C’est ainsi que les pertes de la CST ont été cédées, par le mécanisme du par. 18(13) et d’une société de personnes, à des contribuables sans lien de dépendance qui les ont appliquées à leurs propres revenus, alors que la CST a recouvré une partie des pertes liées aux hypothèques non remboursées.

STC carried on a business which included the lending of money on the security of mortgages on real property. By May 1991, STC was insolvent and Ernst & Young was appointed as its liquidator. At that time, STC owned a portfolio of 17 non-performing loans with 9 underlying real estate properties having a fair market value of approximately \$33 million, the “Portfolio Assets”. The cost to STC of the Portfolio Assets was approximately \$85 million. Since STC was being liquidated, it could not use the approximately \$52 million in unrealized losses from the Portfolio Assets.

The liquidator devised and oversaw the execution of a series of transactions to realize maximum returns on the disposal of the Portfolio Assets. The transactions are described in greater detail in a statement of admitted facts, which is reproduced at para. 5 of the decision of the Tax Court of Canada ([2003] 1 C.T.C. 2045). In sum, the appellants who are partners in a relatively passive partnership that dealt with STC at arm’s length deducted over \$10 million of STC’s losses against their own incomes.

On October 21, 1992, STC incorporated a wholly owned subsidiary, 1004568 (the “subsidiary”). On October 23, 1992, STC and its subsidiary entered into a partnership agreement to create the STIL II Partnership (“Partnership A”). On that date, STC contributed the Portfolio Assets as capital for a 99 percent interest in Partnership A and the subsidiary borrowed \$417,318 from STC to make its capital contribution for a 1 percent interest. At its inception, Partnership A did not deal with STC at arm’s length.

Section 18(13) of the *Income Tax Act* prohibits a taxpayer whose ordinary business includes the lending of money from deducting a loss on the disposition of a mortgage if at the end of a specified period, the mortgage is owned by a partnership that does not deal at arm’s length with the transferor. Under such circumstances, the loss

La CST exploitait une entreprise consistant notamment à accorder des prêts garantis par des hypothèques sur des biens immeubles. En mai 1991, la CST était insolvable et Ernst & Young a été nommée comme liquidateur. À cette époque, la CST possédait un portefeuille de 17 prêts improductifs liés à 9 biens immobiliers sous-jacents ayant une juste valeur marchande d’environ 33 millions de dollars (les « actifs au portefeuille »). Le coût d’acquisition des actifs au portefeuille pour la CST était d’environ 85 millions de dollars. Parce qu’elle était en liquidation, la CST ne pouvait pas utiliser les pertes non réalisées des actifs au portefeuille, qui s’élevaient à environ 52 millions de dollars.

Le liquidateur a mis au point et supervisé une série d’opérations destinées à obtenir la meilleure réalisation possible de la disposition des actifs au portefeuille. Ces opérations sont décrites en détail dans l’exposé des faits admis reproduit au par. 5 de la décision de la Cour canadienne de l’impôt ([2002] A.C.I. n° 222 (QL)). Somme toute, les appelants, qui sont les associés d’une société de personnes relativement peu active n’ayant aucun lien de dépendance avec la CST, ont déduit de leurs propres revenus plus de 10 millions de dollars de pertes de la CST.

Le 21 octobre 1992, la CST a constitué sa filiale en propriété exclusive 1004568 (la « filiale »). Le 23 octobre 1992, la CST et sa filiale ont conclu un contrat de société en vue de former la société de personnes STIL II (« société A »). À cette date, la CST a cédé, à titre d’apport de capital, les actifs au portefeuille en échange d’une participation de 99 pour 100 dans la société A, et la filiale a emprunté à la CST la somme de 417 318 \$ destinée à servir d’apport de capital en échange d’une participation de 1 pour 100. Lors de sa formation, la société A avait un lien de dépendance avec la CST.

Le paragraphe 18(13) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* interdit au contribuable dont l’entreprise habituelle consiste en partie à prêter de l’argent de déduire un montant au titre de la perte subie lors de la disposition d’une hypothèque si, à la fin d’une période donnée, cette hypothèque appartient à une société ayant un lien de dépendance avec le cédant.

4

5

6

7

is added to the cost of the mortgage to the partnership.

8 STC relied on s. 18(13) to transfer the Portfolio Assets into Partnership A at their historical cost of \$85 million. From the outset, it was STC's goal to use this transaction to preserve the unrealized losses of the Portfolio Assets of \$52 million and to transfer them into Partnership A so that STC could eventually sell its 99 percent interest in Partnership A to an arm's length party.

9 The partnership rules under s. 96 of the Act provide that a partnership's income or losses flow through to its partners at the end of the taxation year. Partners are entitled to claim their proportionate shares of partnership losses, provided they are partners at the end of the taxation year, regardless of when they joined the partnership.

10 It was STC's plan to sell its 99 percent interest in Partnership A to an arm's length party so that Partnership A would dispose of the Portfolio Assets and realize losses of up to \$52 million, and the new partner would rely on s. 96 of the Act to claim 99 percent of the losses. Between August 1992 and January 1993, STC contacted 38 prospective purchasers for its 99 percent interest in Partnership A.

11 In January 1993, STC began negotiations with OSFC Holdings Ltd. ("OSFC"), an arm's length corporation. On May 31, 1993, STC and OSFC agreed on the purchase and sale of the 99 percent interest in Partnership A. One of the terms of the purchase agreement was that OSFC would pay to STC an adjustable "Additional Payment" of up to \$5 million if Partnership A realized losses from the disposition of the Portfolio Assets for income tax purposes. The result of this term was to convert STC's \$52 million in

Dans ces circonstances, la perte est ajoutée dans le calcul du coût de l'hypothèque pour la société en question.

La CST s'est fondée sur le par. 18(13) pour céder les actifs au portefeuille à la société A à leur coût d'origine de 85 millions de dollars. Dès le départ, la CST voulait se servir de cette opération pour maintenir les pertes non réalisées des actifs au portefeuille, qui s'élevaient à 52 millions de dollars, et les céder à la société A afin de pouvoir éventuellement vendre sa participation de 99 pour 100 dans cette société à une partie n'ayant aucun lien de dépendance avec elle.

Les règles relatives aux sociétés de personnes édictées à l'art. 96 de la Loi prévoient que le revenu ou les pertes d'une société sont transmis à ses associés à la fin de l'année d'imposition. Pourvu qu'ils soient encore des associés à la fin de l'année d'imposition, les associés ont le droit de demander la déduction au prorata de leurs parts des pertes de la société, peu importe le moment où ils se sont joints à celle-ci.

La CST projetait de vendre sa participation de 99 pour 100 dans la société A à une partie n'ayant aucun lien de dépendance avec elle, afin que la société A puisse disposer des actifs au portefeuille et réaliser des pertes pouvant atteindre 52 millions de dollars, et que le nouvel associé puisse se fonder sur l'art. 96 de la Loi pour demander la déduction de 99 pour 100 des pertes. Entre août 1992 et janvier 1993, la CST a communiqué avec 38 acheteurs potentiels de sa participation de 99 pour 100 dans la société A.

En janvier 1993, la CST a entrepris des négociations avec OSFC Holdings Ltd. (« OSFC »), une société avec laquelle elle n'avait aucun lien de dépendance. Le 31 mai 1993, la CST a convenu de vendre, et OSFC d'acheter, la participation de 99 pour 100 dans la société A. L'une des clauses du contrat d'achat obligeait OSFC à faire à la CST un « versement supplémentaire » d'un montant maximal de 5 millions de dollars si, sur le plan fiscal, la société A réalisait des pertes découlant de la disposition des actifs au portefeuille. Cette

unrealized losses into up to \$5 million in cash for STC.

OSFC had planned from the outset to syndicate its interest in Partnership A. Before describing the remaining transactions, it is useful to describe the 4 corporate and 13 individual appellants.

TFTI Holdings Ltd. (“TFTI”) and NSFC Holdings Ltd. (“NSFC”), are controlled by Peter Thomas, who also controlled OSFC. Mr. Thomas, who is not a party to this appeal, is very experienced in real estate, having founded the Century 21 real estate firm in Canada.

Mr. Kaulius is a chartered accountant by training and was, from 1992 until 1998, president of OSFC, NSFC and TFTI.

Verlaan Investments Inc. and 347059 B.C. Ltd. are real estate development companies.

Messrs. Amalio and Innocenzo De Cotiis are brothers who are heavily involved in the real estate business.

Mr. Mayer is an investment analyst who has been specializing in real estate for over 28 years.

Mr. Gregory, Mr. Cook, and the seven remaining appellants were all lawyers with the firm of Thorsteinssons. Mr. Gregory testified that he was fairly experienced in the real estate business and Mr. Cook testified that he was familiar with real estate through his training.

On July 5, 1993, OSFC and TFTI formed the SRMP Realty & Mortgage Partnership (“Partnership B”), to acquire and manage OSFC’s 99 percent interest in Partnership A. The capital of Partnership B was divided into 35 class A units and 15 class B units. The class B units were allocated as follows:

clause devait permettre à la CST de convertir des pertes non réalisées de 52 millions de dollars en une somme d’argent pouvant atteindre 5 millions de dollars.

OSFC avait, dès le départ, prévu de céder à un consortium sa participation dans la société A. Avant de passer à la description des autres opérations, il est utile de présenter les 4 personnes morales et 13 personnes physiques appelantes.

TFTI Holdings Ltd. (« TFTI ») et NSFC Holdings Ltd. (« NSFC ») sont contrôlées par Peter Thomas, qui contrôlait également OSFC. M. Thomas, qui n’est pas partie au présent pourvoi, possède une grande expérience dans l’immobilier puisqu’il a fondé la société immobilière Century 21 au Canada.

M. Kaulius a une formation de comptable agréé et a été, de 1992 jusqu’en 1998, le président des sociétés OSFC, NSFC et TFTI.

Verlaan Investments Inc. et 347059 B.C. Ltd. sont des sociétés de promotion immobilière.

Les frères Amalio et Innocenzo De Cotiis exercent de nombreuses activités dans le secteur de l’immobilier.

M. Mayer est un analyste en placements qui se spécialise dans le domaine de l’immobilier depuis plus de 28 ans.

M. Gregory, M. Cook et les sept autres appelants étaient tous des avocats du cabinet Thorsteinssons. M. Gregory a témoigné qu’il avait une bonne expérience de l’immobilier, et M. Cook a témoigné qu’il connaissait bien ce domaine en raison de sa formation.

Le 5 juillet 1993, OSFC et TFTI ont formé la SRMP Realty & Mortgage Partnership (« société B ») en vue d’acquérir et de gérer la participation de 99 pour 100 d’OSFC dans la société A. Les capitaux propres de la société B se composaient de 35 unités de catégorie A et de 15 unités de catégorie B. Les unités de catégorie B étaient réparties ainsi :

12

13

14

15

16

17

18

19

<u>Class B unitholder</u>	<u>No. of class B units</u>	<u>Détenteur d'unités de catégorie B</u>	<u>Nombre d'unités de catégorie B</u>
OSFC	12.0	OSFC	12
TFTI	2.0	TFTI	2
NSFC	0.5	NSFC	0,5
Eugene Kaulius	0.5	Eugene Kaulius	0,5

20 TFTI, NSFC and Eugene Kaulius were issued their class B units for \$1 per class B unit. OSFC was issued 12 class B units as part of its consideration for transferring its 99 percent interest in Partnership A to Partnership B. OSFC was managing partner for Partnership B and was authorized to raise capital for Partnership B in order to purchase OSFC's 99 percent interest in Partnership A by offering and selling class A units. OSFC approached a number of potential investors to participate as partners in Partnership B, including the appellants.

Les unités de catégorie B ont été émises à TFTI, à NSFC et à Eugene Kaulius en contrepartie de 1 \$ par unité. OSFC a reçu 12 unités de catégorie B en contrepartie de la cession à la société B de sa participation de 99 pour 100 dans la société A. OSFC était l'associée directrice générale de la société B et était autorisée à mobiliser des capitaux pour celle-ci dans le but d'acheter la participation de 99 pour 100 d'OSFC dans la société A en offrant et en vendant des unités de catégorie A. OSFC a invité un certain nombre d'investisseurs potentiels, dont les appelants, à devenir associés de la société B.

21 On July 7, 1993, OSFC sold its 99 percent interest in Partnership A to Partnership B for cash, 12 class B units in Partnership B, and other consideration. Partnership B also assumed the obligation to pay the "Additional Payment" for realized losses to STC.

Le 7 juillet 1993, OSFC a vendu à la société B sa participation de 99 pour 100 dans la société A moyennant une somme en espèces, 12 unités de catégorie B de la société B, et d'autres contreparties. La société B a également assumé l'obligation de faire à la CST un « versement supplémentaire » pour des pertes réalisées.

22 On or about July 9, 1993, the class A unit holders described in Appendix A (see para. 5 of the Tax Court decision) subscribed for the stated number of class A units, for \$110,000 per class A unit plus additional subscription proceeds to Partnership B to fund their proportionate shares of the "Additional Payment".

Le 9 juillet 1993 ou vers cette date, les détenteurs d'unités de catégorie A dont les noms figurent à l'annexe A (voir par. 5 de la décision de la Cour de l'impôt) se sont engagés à acheter le nombre indiqué d'unités de catégorie A au prix de 110 000 \$ par unité, et à payer à la société B un produit de souscription supplémentaire pour financer au prorata leurs parts du « versement supplémentaire ».

23 The appellants are class A and class B unit holders in Partnership B and their shares are set out in the following table:

Les appelants détiennent des unités de catégories A et B de la société B, et leurs parts sont exposées dans le tableau ci-dessous :

	Contribution	Closing Balance		Apport	Solde de clôture
Class A			Catégorie A		
TFTI	\$ 110,000	-\$ 937,689	TFTI	110 000 \$	-937 689 \$
NSFC	\$ 110,000	-\$ 937,689	NSFC	110 000 \$	-937 689 \$
A. De Cotiis	\$ 36,667	-\$ 312,528	A. De Cotiis	36 667 \$	-312 528 \$
I. De Cotiis	\$ 36,667	-\$ 312,528	I. De Cotiis	36 667 \$	-312 528 \$
F. B. Mayer	\$ 330,000	-\$ 2,813,068	F. B. Mayer	330 000 \$	-2 813 068 \$
347059 B.C. Ltd. and Verlaan Investments Inc.	\$ 330,000	-\$ 2,813,068	347059 B.C. Ltd. et Verlaan Investments Inc.	330 000 \$	-2 813 068 \$
C. E. Beil	\$ 88,000	-\$ 750,152	C. E. Beil	88 000 \$	-750 152 \$
S. M. Cook	\$ 77,000	-\$ 656,383	S. M. Cook	77 000 \$	-656 383 \$
L. A. Green	\$ 44,000	-\$ 375,076	L. A. Green	44 000 \$	-375 076 \$
J. N. Gregory	\$ 55,000	-\$ 468,845	J. N. Gregory	55 000 \$	-468 845 \$
D. H. Mathew	\$ 44,000	-\$ 375,076	D. H. Mathew	44 000 \$	-375 076 \$
W. J. Millar	\$ 55,000	-\$ 468,845	W. J. Millar	55 000 \$	-468 845 \$
J. R. Owen	\$ 44,000	-\$ 375,076	J. R. Owen	44 000 \$	-375 076 \$
I. H. Pitfield	\$ 55,000	-\$ 468,845	I. H. Pitfield	55 000 \$	-468 845 \$
C. C. Sturrock	\$ 88,000	-\$ 750,152	C. C. Sturrock	88 000 \$	-750 152 \$
Total Class A	\$ 1,503,334	-\$ 12,815,020	Total — catégorie A	1 503 334 \$	-12 815 020 \$
Class B			Catégorie B		
TFTI	\$ 2	-\$ 2,095,377	TFTI	2 \$	-2 095 377 \$
NSFC	\$ 1	-\$ 523,844	NSFC	1 \$	-523 844 \$
Kaulius	\$ 1	-\$ 523,844	Kaulius	1 \$	-523 844 \$
Total Class B	\$ 4	-\$ 3,143,065	Total — catégorie B	4 \$	-3 143 065 \$
Total Class A and B	\$ 1,503,338	-\$ 15,958,085	Total — catégories A et B	1 503 338 \$	-15 958 085 \$

During the relevant period, neither Partnerships A nor B ever acquired or sold any property other than the Portfolio Assets.

By September 30, 1993, as a result of the sale of some of the Portfolio Assets and the write-down of the remaining assets to fair market value,

Durant la période pertinente, ni la société A ni la société B n'a jamais acheté ou vendu des biens autres que les actifs au portefeuille.

Dès le 30 septembre 1993, à la suite de la vente de certains actifs au portefeuille et de la réduction de la valeur des autres actifs à leur juste valeur

Partnership A realized losses in excess of \$52 million. Partnership A allocated 99 percent of its losses to Partnership B which then allocated these losses to its partners, including the appellants.

26 The appellants together deducted over \$10 million of the Partnership B losses against their own incomes in 1993 or 1994. Some of the appellants, in addition to reducing their taxable incomes for the relevant year to NIL, also computed non-capital losses to be carried forward or back.

27 The Minister of National Revenue reassessed the appellants, applied the GAAR, and disallowed the deduction of their share of the Partnership B losses.

### 3. Legislative Provisions

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

#### 18. . . .

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

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

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

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

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

marchande, la société A a réalisé des pertes de plus de 52 millions de dollars. La société A a attribué 99 pour 100 de ses pertes à la société B, qui a ensuite réparti ces pertes parmi ses associés, dont les appelants.

Les appelants ont déduit ensemble, de leurs propres revenus pour l'année 1993 ou 1994, plus de 10 millions de dollars des pertes de la société B. Certains d'entre eux, en plus de réduire à néant leur revenu imposable pour l'année en question, ont également calculé des pertes autres que des pertes en capital qui feraient l'objet d'un report prospectif ou rétrospectif.

Le ministre du Revenu national a établi une nouvelle cotisation pour les appelants, a appliqué la RGAÉ et a refusé la déduction de leur part des pertes de la société B.

### 3. Dispositions législatives

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.)

#### 18. . . .

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

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

b) d'autre part, à la fin de cette période, le contribuable ou la personne ou société de personnes, selon le

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

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

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

. . .

(g) the amount, if any, by which

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

exceeds

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

(iii) in any other case, nil

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

**245.** (1) [Definitions] In this section, "tax benefit" means a reduction, avoidance or deferral of tax or other amount payable under this Act or an increase in a refund of tax or other amount under this Act;

. . .

cas, est propriétaire du bien de remplacement ou a le droit de l'acquérir.

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

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

. . .

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

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

sur :

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

(iii) dans les autres cas, zéro.

**245.** (1) [Définitions] Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

. . .

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

“transaction” includes an arrangement or event.

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

(3) [Avoidance transaction] An avoidance transaction means any transaction

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

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

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

#### 4. Judicial Decisions

4.1 *Tax Court of Canada*, [2003] 1 C.T.C. 2045

remboursement d'impôt ou d'un autre montant visé par la présente loi.

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

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

(3) [Opération d'évitement] L'opération d'évitement s'entend :

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

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

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

#### 4. Décisions judiciaires

4.1 *Cour canadienne de l'impôt*, [2002] A.C.I. n° 222 (QL)

L'appel devant la Cour canadienne de l'impôt (« Cour de l'impôt ») a porté uniquement sur la question de savoir si la RGAÉ permettait de supprimer l'avantage fiscal. Le juge de la Cour de l'impôt a conclu (au par. 233) que les opérations en cause étaient « essentiellement [...] les mêmes » que celles examinées dans l'affaire *OSFC Holdings*

The appeal before the Tax Court of Canada proceeded solely on the issue of whether the GAAR could be applied to deny the tax benefit. The Tax Court judge found (at para. 233) that the transactions at issue were “basically the same” as those that were considered in *OSFC Holdings Ltd. v. Canada*, [2002] 2 F.C. 288, 2001 FCA

260 (“*OSFC*”). The Tax Court judge followed the decision of the majority in *OSFC* and dismissed the appeal.

4.2 *Federal Court of Appeal*, [2004] 1 C.T.C. 115, 2003 FCA 371

The Federal Court of Appeal agreed that the facts in this case were essentially the same as those in *OSFC*; it followed the decision of the majority in *OSFC* and dismissed the appeal. In *OSFC*, the Federal Court of Appeal applied a two-step approach to the GAAR: it held at the first step that s. 18(13) and s. 96 allowed the appellants to claim the losses at issue, but held at the second step that the appellants should be denied those losses because allowing the tax benefit would contravene the overriding policy of the *Income Tax Act* against the trading of losses between taxpayers.

## 5. Analysis

### 5.1 *The Interpretation and Application of the GAAR*

Our conclusions on the interpretation and application of the GAAR are summarized at para. 66 of the *Canada Trustco* appeal, released concurrently.

1. Three requirements must be established to permit application of the GAAR:
  - (1) A tax benefit resulting from a transaction or part of a series of transactions (s. 245(1) and (2));
  - (2) that the transaction is an *avoidance transaction* in the sense that it cannot be said to have been reasonably undertaken or arranged primarily for a *bona fide* purpose other than to obtain a tax benefit; and
  - (3) that there was *abusive tax avoidance* in the sense that it cannot be reasonably concluded that a tax benefit would be consistent with the object, spirit or purpose of the provisions relied upon by the taxpayer.

*Ltd. c. Canada*, [2002] 2 C.F. 288, 2001 CAF 260 (« *OSFC* »). Il a suivi la décision majoritaire dans l'affaire *OSFC* et a rejeté l'appel.

4.2 *Cour d'appel fédérale*, [2003] A.C.F. n° 1470 (QL), 2003 CAF 371

La Cour d'appel fédérale a convenu que les faits du présent pourvoi étaient essentiellement les mêmes que ceux en cause dans l'affaire *OSFC*; elle a suivi la décision majoritaire dans l'affaire *OSFC* et a rejeté l'appel. Dans l'arrêt *OSFC*, la Cour d'appel fédérale a utilisé une méthode en deux étapes pour appliquer la RGAÉ : elle a estimé, à la première étape, que le par. 18(13) et l'art. 96 permettaient aux appelants de demander la déduction des pertes en question, mais a conclu, à la deuxième étape, que la déduction de ces pertes devait leur être refusée parce que l'attribution de l'avantage fiscal irait à l'encontre de la politique prépondérante de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui interdit l'échange de pertes entre contribuables.

## 5. Analyse

### 5.1 *L'interprétation et l'application de la RGAÉ*

Nos conclusions concernant l'interprétation et l'application de la RGAÉ sont résumées au par. 66 de l'arrêt *Trustco Canada*, dont les motifs sont déposés simultanément.

1. Trois conditions sont nécessaires pour que la RGAÉ s'applique :
  - (1) il doit exister un *avantage fiscal découlant d'une opération* ou d'une série d'opérations dont l'opération fait partie (par. 245(1) et (2));
  - (2) l'opération doit être une *opération d'évitement* en ce sens qu'il n'est pas raisonnable d'affirmer qu'elle est principalement effectuée pour un objet véritable — l'obtention d'un avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable;
  - (3) il doit y avoir eu *évitement fiscal abusif* en ce sens qu'il n'est pas raisonnable de conclure qu'un avantage fiscal serait conforme à l'objet ou à l'esprit des dispositions invoquées par le contribuable.

30

31

- |  |  |
|--|--|
| <p>2. The burden is on the taxpayer to refute (1) and (2), and on the Minister to establish (3).</p> <p>3. If the existence of abusive tax avoidance is unclear, the benefit of the doubt goes to the taxpayer.</p> <p>4. The courts proceed by conducting a unified textual, contextual and purposive analysis of the provisions giving rise to the tax benefit in order to determine why they were put in place and why the benefit was conferred. The goal is to arrive at a purposive interpretation that is harmonious with the provisions of the Act that confer the tax benefit, read in the context of the whole Act.</p> <p>5. Whether the transactions were motivated by any economic, commercial, family or other non-tax purpose may form part of the factual context that the courts may consider in the analysis of abusive tax avoidance allegations under s. 245(4). However, any finding in this respect would form only one part of the underlying facts of a case, and would be insufficient by itself to establish abusive tax avoidance. The central issue is the proper interpretation of the relevant provisions in light of their context and purpose.</p> <p>6. Abusive tax avoidance may be found where the relationships and transactions as expressed in the relevant documentation lack a proper basis relative to the object, spirit or purpose of the provisions that are purported to confer the tax benefit, or where they are wholly dissimilar to the relationships or transactions that are contemplated by the provisions.</p> <p>7. Where the Tax Court judge has proceeded on a proper construction of the provisions of the <i>Income Tax Act</i> and on findings supported by the evidence, appellate tribunals should not interfere, absent a palpable and overriding error.</p> | <p>2. Il incombe au contribuable de démontrer l'inexistence des deux premières conditions, et au ministre d'établir l'existence de la troisième condition.</p> <p>3. S'il n'est pas certain qu'il y a eu évitement fiscal abusif, il faut laisser le bénéfice du doute au contribuable.</p> <p>4. Les tribunaux doivent effectuer une analyse textuelle, contextuelle et téléologique unifiée des dispositions qui génèrent l'avantage fiscal afin de déterminer pourquoi elles ont été édictées et pourquoi l'avantage a été conféré. Le but est d'en arriver à une interprétation téléologique qui s'harmonise avec les dispositions de la Loi conférant l'avantage fiscal, lorsque ces dispositions sont lues dans le contexte de l'ensemble de la Loi.</p> <p>5. La question de savoir si les opérations obéissent à des motivations économiques, commerciales, familiales ou à d'autres motivations non fiscales peut faire partie du contexte factuel dont les tribunaux peuvent tenir compte en analysant des allégations d'évitement fiscal abusif fondées sur le par. 245(4). Cependant, toute conclusion à cet égard ne constituerait qu'un élément des faits qui sous-tendent l'affaire et serait insuffisante en soi pour établir l'existence d'un évitement fiscal abusif. La question centrale est celle de l'interprétation que les dispositions pertinentes doivent recevoir à la lumière de leur contexte et de leur objet.</p> <p>6. On peut conclure à l'existence d'un évitement fiscal abusif si les rapports et les opérations décrits dans la documentation pertinente sont dénués de fondement légitime relativement à l'objet ou à l'esprit des dispositions censées conférer l'avantage fiscal, ou si ces rapports et opérations diffèrent complètement de ceux prévus par les dispositions.</p> <p>7. Si le juge de la Cour de l'impôt s'est fondé sur une interprétation correcte des dispositions de la <i>Loi de l'impôt sur le revenu</i> et sur des conclusions étayées par la preuve, les tribunaux d'appel ne doivent pas intervenir en l'absence d'erreur manifeste et dominante.</p> |
|--|--|

(Emphasis in original.)

(En italique dans l'original.)

32

As in the *Canada Trustco* appeal, the first two requirements, that there be a tax benefit and an avoidance transaction, were conceded. The tax

Comme dans le pourvoi *Trustco Canada*, il a été admis que les deux premières conditions, celles qu'il y ait un avantage fiscal et une opération

benefits are the losses, in excess of \$10 million, that were deducted by the appellants, who are unitholders in Partnership B (the “tax benefit”).

A “series of transactions” is explained at paras. 25 and 26 of *Canada Trustco*. The GAAR may apply to a tax benefit that is the result of a “series of transactions” which includes events “completed in contemplation of the series” (s. 248(10) of the *Income Tax Act*). In the instant appeal, the series of transactions includes all the transactions, as described earlier, from the transfer of losses by STC into Partnership A to the losses claimed by the unitholders in Partnership B. The Tax Court judge found that the primary purpose of each transaction in the series was to obtain a tax benefit.

## 5.2 *The Issue*

As stated, the primary purpose of each transaction in the series was to transfer STC’s losses into Partnership A so that Partnership A could serve as a vehicle to sell the losses to arm’s length taxpayers. Ultimately, the appellants, who dealt with STC at arm’s length, purchased the tax losses through the use of Partnership B. The appellants deducted those losses against other income and some also computed non-capital losses to be carried forward or back. In return they provided funds which found their way back to STC, which thus recovered a portion of its loss on the non-performing mortgages. The appellants relied on a combination of s. 18(13) and the partnership provisions of the *Income Tax Act* to claim the losses. This was essentially a series of transactions aimed at transferring unrealized losses from one arm’s length taxpayer to another. The tax consequences of the transactions are the issue, not the status of the partnerships.

d’évitement, étaient remplies. Les avantages fiscaux tiennent aux pertes de plus de 10 millions de dollars qui ont été déduites par les appelants, qui sont détenteurs d’unités de la société B (l’« avantage fiscal »).

Le sens de l’expression « série d’opérations » est expliqué aux par. 25-26 de l’arrêt *Trustco Canada*. La RGAÉ peut s’appliquer à un avantage fiscal qui découle d’une « série d’opérations », incluant des événements « terminés en vue de réaliser la série » (par. 248(10) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*). Dans le présent pourvoi, la série d’opérations s’entend de toutes les opérations décrites plus haut, qui vont du transfert des pertes de la CST à la société A à la déduction de ces pertes par les détenteurs d’unités de la société B. Le juge de la Cour de l’impôt a conclu que chaque opération de la série avait principalement pour objet l’obtention d’un avantage fiscal.

## 5.2 *La question en litige*

Comme nous l’avons vu, l’objet principal de chaque opération de la série était de transférer les pertes de la CST à la société A pour qu’elle puisse servir à vendre ces pertes à des contribuables sans lien de dépendance. En définitive, les appelants, qui n’avaient aucun lien de dépendance avec la CST, ont acheté les pertes fiscales par l’intermédiaire de la société B. Ils ont déduit ces pertes d’autres revenus, et certains d’entre eux ont également calculé des pertes autres que des pertes en capital qui feraient l’objet d’un report prospectif ou rétrospectif. En contrepartie, ces derniers ont fourni des fonds qui ont été retournés à la CST, qui a ainsi recouvré une partie de ses pertes liées aux hypothèques improductives. Les appelants ont invoqué l’effet combiné du par. 18(13) et des dispositions relatives aux sociétés de personnes contenues dans la *Loi de l’impôt sur le revenu* pour demander la déduction des pertes en question. Il s’agissait essentiellement d’une série d’opérations visant le transfert de pertes non réalisées d’un contribuable sans lien de dépendance à un autre. Le différend porte sur les conséquences fiscales des opérations et non sur la situation des sociétés de personnes.

33

34

35 The question is whether these transactions, which it is agreed are avoidance transactions giving rise to a tax benefit, result in abusive tax avoidance within s. 245(4). More specifically, in the context of this series of transactions, would allowing the appellants to deduct these losses frustrate the object, spirit or purpose of s. 18(13) and the partnership provisions of the Act? As stated at para. 44 of *Canada Trustco*, “[t]he heart of the analysis . . . lies in a contextual and purposive interpretation of the provisions of the Act that are relied on by the taxpayer, and the application of the properly interpreted provisions to the facts.”

36 Section 18(13) will apply to a partnership if the following conditions are met: (1) a taxpayer in the money-lending business disposes of a mortgage (or similar non-capital property); (2) a partnership owns or has a right to acquire the property at the end of the prescribed period; and (3) the partnership does not deal at arm’s length with the taxpayer.

37 When s. 18(13) applies, it produces two tax consequences. First, the transferor cannot deduct the loss from the disposition. Second, the loss is added to the cost of the property to the transferee.

38 The effect of the first result is to prevent the transferor from claiming the loss that would ordinarily result from the transfer. This result is not at issue in this case, since *STC* did not claim the losses on this transaction. The second result, however, is at issue.

39 The appellants, who ultimately claimed the losses, seek to rely in part on the loss-preservation aspect of s. 18(13). They argue that all the conditions under s. 18(13) were met and that in particular, since Partnership A did not deal at arm’s length with *STC* at the end of the period prescribed, the unrealized losses were properly transferred to

La question est de savoir si ces opérations, qui, convient-on, constituent des opérations d’évitement générant un avantage fiscal, donnent lieu à un évitement fiscal abusif au sens du par. 245(4). Plus précisément, dans le contexte de cette série d’opérations, permettre aux appelants de déduire ces pertes contrecarrerait-il l’objet ou l’esprit du par. 18(13) et des dispositions relatives aux sociétés de personnes contenues dans la Loi? Comme l’indique le par. 44 de l’arrêt *Trustco Canada*, « [l]’interprétation contextuelle et téléologique des dispositions de la Loi invoquées par le contribuable et l’application des dispositions interprétées correctement aux faits [. . .] sont au cœur de l’analyse. »

Le paragraphe 18(13) s’applique à une société de personnes si les conditions suivantes sont remplies : (1) un contribuable qui exploite une entreprise de prêt d’argent dispose d’une hypothèque (ou d’un bien semblable autre qu’une immobilisation); (2) une société de personnes est propriétaire de ce bien ou a le droit de l’acquérir à la fin de la période prescrite; (3) la société de personnes a un lien de dépendance avec le contribuable.

Dans les cas où il s’applique, le par. 18(13) engendre deux conséquences fiscales. Premièrement, l’auteur du transfert ne peut déduire la perte résultant de la disposition du bien. Deuxièmement, la perte est ajoutée au coût du bien pour le bénéficiaire du transfert.

La première conséquence a pour effet d’empêcher l’auteur du transfert de demander la déduction de la perte qui résulterait normalement du transfert. Cette conséquence n’est pas en cause en l’espèce, étant donné que la *CST* n’a pas demandé la déduction des pertes résultant de cette opération. Toutefois, la deuxième conséquence est en cause.

Les appelants, qui ont, en fin de compte, demandé la déduction des pertes, tentent de s’appuyer en partie sur l’aspect « maintien des pertes » du par. 18(13). Ils font valoir que toutes les conditions prescrites par le par. 18(13) ont été remplies et notamment que, puisque la société A avait un lien de dépendance avec la *CST* à la fin de la période

Partnership A. Further, once the losses were preserved for the benefit of Partnership A under s. 18(13), they were entitled to claim losses in proportion to their interest in Partnership B, under the partnership provisions. The Minister, on the other hand, argues that the series of transactions results in abusive tax avoidance and should be precluded under the GAAR.

### 5.3 *Interpretation of Section 18(13) and Section 96(1) of the Income Tax Act*

#### 5.3.1 The Proper Interpretive Approach

To resolve the dispute arising from the combined operation of s. 18(13) and s. 96 of the *Income Tax Act*, it is necessary to determine Parliament's intention in enacting these provisions by interpreting them purposively, in light of their context.

The majority of the Federal Court of Appeal in the related case of *OSFC* interpreted s. 18(13) and s. 96 of the Act in a literal manner at the first stage of its two-part test. It concluded that since s. 18(13) does not on its face restrict the losses once they are transferred, the losses may be subsequently transferred to an arm's length taxpayer. Similarly, it reasoned that the partnership rules in s. 96 of the Act would allow the appellants to claim the losses on the basis that they provide for a distribution of income and losses from the partnership to the partners at the end of the partnership's fiscal year, without any further restriction. The Federal Court of Appeal then went on to disallow the benefits under the GAAR at the second stage of its analysis, where it considered the policy of the Act as a whole.

In effect, the majority conducted a narrow textual analysis of the specific provisions at issue, s. 18(13) and s. 96 (stage 1), and supplemented this by a broad purposive analysis having regard to

prescrite, les pertes non réalisées lui ont été transférées à bon droit. De plus, une fois que les pertes non réalisées étaient maintenues au profit de la société A en application du par. 18(13), ils avaient, en vertu des dispositions relatives aux sociétés de personnes, le droit de demander la déduction au prorata de leur participation dans la société B. Le ministre soutient, pour sa part, que la série d'opérations donne lieu à un évitement fiscal abusif et qu'elle devrait être interdite en vertu de la RGAÉ.

### 5.3 *Interprétation des par. 18(13) et 96(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu*

#### 5.3.1 La méthode d'interprétation appropriée

Pour résoudre le litige découlant de l'effet combiné du par. 18(13) et de l'art. 96 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il faut déterminer l'intention qu'avait le législateur au moment où il a adopté ces dispositions en leur donnant une interprétation téléologique à la lumière de leur contexte.

Dans l'affaire connexe *OSFC*, à la première étape de l'analyse en deux étapes qu'ils ont effectuée, les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont interprété de manière littérale le par. 18(13) et l'art. 96 de la Loi. Ils ont conclu que, puisque le par. 18(13) ne restreint pas, à première vue, l'utilisation des pertes une fois qu'elles sont transférées, celles-ci peuvent ultérieurement être transférées à un contribuable sans lien de dépendance. De même, ils ont estimé que les règles relatives aux sociétés de personnes édictées à l'art. 96 de la Loi permettraient aux appelants de demander la déduction des pertes du fait qu'elles prescrivent la distribution du revenu et des pertes de la société aux associés à la clôture de son exercice, et ce, sans aucune autre réserve. Ensuite, à la deuxième étape de son analyse, lorsqu'elle a examiné la politique générale de la Loi dans son ensemble, la Cour d'appel fédérale a supprimé les avantages en application de la RGAÉ.

En fait, les juges majoritaires ont procédé à une analyse textuelle restrictive des dispositions en cause, à savoir le par. 18(13) et l'art. 96 (étape 1), qu'ils ont complétée par une analyse

40

41

42

what it considered to be a policy of the Act as a whole (stage 2). While it reached the correct result, we reject its two-stage method in favour of a unified textual, contextual and purposive approach to interpretation. There is an abiding principle of interpretation: to determine the intention of the legislator by considering the text, context and purpose of the provisions at issue. This applies to the *Income Tax Act* and the GAAR as much as to any other legislation.

téléologique approfondie de ce qu'ils considéraient comme une politique générale de la Loi dans son ensemble (étape 2). Bien qu'ils soient parvenus au bon résultat, nous préférons une méthode d'interprétation textuelle, contextuelle et téléologique unifiée à la méthode en deux étapes qu'ils ont appliquée. Il existe un principe d'interprétation constant : il faut dégager l'intention du législateur en tenant compte du libellé, du contexte et de l'objet des dispositions en cause. Ce principe s'applique autant à la *Loi de l'impôt sur le revenu* et à la RGAÉ qu'à toute autre mesure législative.

43

We add this. While it is useful to consider the three elements of statutory interpretation separately to ensure each has received its due, they inevitably intertwine. For example, statutory context involves consideration of the purposes and policy of the provisions examined. And while factors indicating legislative purpose are usefully examined individually, legislative purpose is at the same time the ultimate issue — what the legislator intended.

Nous tenons à ajouter que, bien qu'il soit utile d'examiner séparément les trois éléments d'interprétation législative de manière à ce que chacun reçoive l'attention qu'il mérite, force est de constater que ces éléments sont inextricablement liés. Par exemple, en analysant le contexte législatif, il faut tenir compte des objets et de la politique générale des dispositions examinées. Et bien qu'il soit utile d'examiner individuellement les facteurs indiquant un objectif législatif, cet objectif législatif représente en même temps la question à laquelle il faut répondre en définitive, à savoir ce qu'a voulu le législateur.

### 5.3.2 The Text of the Provisions

### 5.3.2 Le texte des dispositions

44

As outlined above, the appellants submit that they are entitled to deduct the losses because of the wording of s. 18(13) and s. 96. It is clear that the preservation of the loss under s. 18(13) is for the benefit of a person or partnership who does not deal at arm's length with the transferor. Since the words of s. 18(13) do not expressly restrict the ability to claim the loss to the immediate non-arm's length transferee, the appellants argue that they may use the partnership provisions to claim it. The Minister, on the other hand, argues that the section addresses a non-arm's length relationship and an arm's length taxpayer cannot use the partnership provisions to claim the loss preserved by that section.

Comme nous l'avons déjà indiqué, les appelants soutiennent que le libellé du par. 18(13) et de l'art. 96 leur permet de déduire les pertes en question. Il est évident que le maintien de la perte visé au par. 18(13) est au profit d'une personne ou d'une société de personnes ayant un lien de dépendance avec l'auteur du transfert. Étant donné que le libellé du par. 18(13) ne réserve pas expressément la capacité de demander la déduction de la perte au bénéficiaire immédiat du transfert ayant un lien de dépendance, les appelants prétendent qu'ils peuvent se servir des dispositions relatives aux sociétés de personnes pour demander cette déduction. Le ministre, quant à lui, fait valoir que la disposition vise des rapports avec lien de dépendance et qu'un contribuable sans lien de dépendance ne peut se servir des dispositions relatives aux sociétés de personnes pour demander la déduction de la perte maintenue par cette disposition.

On their face, the partnership provisions found in s. 96 of the Act impose no restrictions on loss sharing between partners, except for foreign partnerships under s. 96(8). Accumulated losses are available to all partners, provided they entered the partnership before the end of the taxation year. It is agreed that the appellants claimed losses in proportion to their interests in Partnership B. Nevertheless, a question arises as to whether these provisions can apply in conjunction with s. 18(13) to allow the appellants to claim losses that originated with the original transferor, STC.

The requirement that a partnership “not deal at arm’s length with the taxpayer” under s. 18(13) and the partnership rules must be purposively construed in relation to each other and in the context of other provisions of the *Income Tax Act* that address the transfer of losses. The task is to determine, in light of the series of transactions, whether to allow the appellants to claim the losses would frustrate or defeat the object, spirit or purpose of the treatment of losses under s. 18(13) and the partnership rules, notwithstanding that the tax benefit might arise from the application of a literal interpretation of these provisions.

### 5.3.3 The Context of the Provisions

The basic rules of statutory interpretation require that the larger legislative context be considered in determining the meaning of statutory provisions. This is confirmed by s. 245(4), which requires that the question of abusive tax avoidance be determined having regard to the provisions of the Act, read as a whole.

The question is whether other provisions of the *Income Tax Act* shed light on whether Parliament intended s. 18(13) and s. 96 to be used to preserve an unrealized loss for future sale to an arm’s length party. The government argues that other provisions of the Act show that the transfer of losses to arm’s length parties is generally against the policy of the

À première vue, les dispositions relatives aux sociétés de personnes édictées à l’art. 96 de la Loi n’imposent aucune restriction au partage de pertes entre associés, sauf en ce qui concerne les sociétés de personnes étrangères visées au par. 96(8). Tous les associés qui se sont joints à la société avant la fin de l’année d’imposition peuvent utiliser les pertes accumulées. Il est admis que les appelants ont demandé la déduction des pertes au prorata de leur participation dans la société B. Il faut néanmoins se demander si ces dispositions peuvent s’appliquer conjointement avec le par. 18(13) de manière à permettre aux appelants de demander la déduction de pertes qui provenaient de la CST, l’auteur initial du transfert.

L’exigence du par. 18(13) que la société de personnes ait un lien de dépendance avec le contribuable et les règles relatives aux sociétés de personnes doivent être interprétées de manière téléologique, l’une par rapport à l’autre et dans le contexte des autres dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu* qui traitent du transfert de pertes. Il s’agit de déterminer, à la lumière de la série d’opérations, si permettre aux appelants de demander la déduction des pertes contrecarrerait l’objet ou l’esprit du traitement des pertes visé au par. 18(13) et les règles relatives aux sociétés de personnes, peu importe que l’avantage fiscal puisse découler d’une interprétation littérale de ces dispositions.

### 5.3.3 Le contexte des dispositions

Selon les règles fondamentales d’interprétation législative, il faut tenir compte du contexte législatif général pour déterminer le sens des dispositions législatives, ce que confirme le par. 245(4), qui exige que la question de l’évitement fiscal abusif soit tranchée à la lumière des dispositions de la Loi lue dans son ensemble.

La question est de savoir si les autres dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu* aident à déterminer si le législateur a voulu que le par. 18(13) et l’art. 96 servent à maintenir une perte non réalisée en vue de sa vente future à une partie sans lien de dépendance. Le gouvernement fait valoir que les autres dispositions de la Loi démontrent

45

46

47

48

Act. It is allowed only exceptionally in specific circumstances for specific purposes. The appellants counter that where Parliament wished to prevent the transfer of losses to arm's length parties, it did so explicitly, and that the absence of explicit prohibitions in s. 18(13) and s. 96 permits the inference that Parliament intended to allow such transfers.

49

The Federal Court of Appeal considered other provisions of the *Income Tax Act* that address the transfer or sharing of losses between taxpayers. It properly concluded that the general policy of the *Income Tax Act* is to prohibit the transfer of losses between taxpayers, subject to specific exceptions. It also correctly concluded that under such exceptions, Parliament intended to promote a particular purpose concerning a distinct relationship between the transferor and the transferee under specifically described circumstances. However, we note that it cannot be automatically inferred from the general policy against the transfer of losses between taxpayers that s. 18(13) must be read as preventing the appellants from claiming the losses in this case. This policy is but one consideration to be taken into account in determining Parliament's intent with respect to s. 18(13) and s. 96.

50

In summary, the legislative context surrounding s. 18(13) and s. 96 of the *Income Tax Act*, while perhaps not in itself conclusive, suggests that Parliament would not likely have intended arm's length parties to be able to buy losses generated by s. 18(13) transfers.

#### 5.3.4 The Purpose of Section 18(13) and Section 96 of the *Income Tax Act* and Parliament's Intent

51

The partnership rules under s. 96 are predicated on the requirement that partners in a

que le transfert de pertes à des parties sans lien de dépendance va généralement à l'encontre de la politique générale de la Loi. Ce transfert n'est permis qu'exceptionnellement dans des circonstances particulières et à des fins précises. Les appelants prétendent au contraire que, lorsque le législateur a voulu empêcher le transfert de pertes à des parties sans lien de dépendance, il l'a fait expressément, et que l'absence d'interdictions expresses, au par. 18(13) et à l'art. 96, permet d'inférer que le législateur entendait permettre ces transferts.

La Cour d'appel fédérale a examiné les autres dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui traitent du transfert ou du partage de pertes entre contribuables. Elle a conclu, à juste titre, que la *Loi de l'impôt sur le revenu* a comme politique générale d'interdire le transfert de pertes entre contribuables, sous réserve d'exceptions précises. Elle a également eu raison de conclure qu'en établissant ces exceptions le législateur a voulu favoriser la réalisation d'un objectif particulier à l'égard de certains rapports qui existent entre l'auteur et le bénéficiaire du transfert dans des circonstances précises. Toutefois, nous soulignons qu'on ne saurait automatiquement inférer de la politique générale d'interdiction du transfert de pertes entre contribuables qu'il faut considérer que le par. 18(13) empêche les appelants de demander la déduction des pertes en l'espèce. Cette politique n'est qu'un seul des facteurs à considérer pour déterminer l'intention du législateur en ce qui concerne le par. 18(13) et l'art. 96.

En résumé, bien qu'il ne soit peut-être pas déterminant en soi, le contexte législatif du par. 18(13) et de l'art. 96 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* indique qu'il est peu probable que le législateur ait voulu que les parties sans lien de dépendance puissent acheter les pertes découlant de transferts visés par le par. 18(13).

#### 5.3.4 L'objet du par. 18(13) et de l'art. 96 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et l'intention du législateur

Les règles relatives aux sociétés de personnes édictées à l'art. 96 reposent sur l'exigence que les

partnership pursue a common interest in the business activities of the partnership, in a non-arm's length relationship. Although, on its face, s. 96(1) imposes no restriction on the flow of losses to its partners, except for the treatment of foreign partnerships under s. 96(8), it is implicit that the rules are applied when partners in a partnership carry on a business in common, in a non-arm's length relationship.

The purpose for the broad treatment of loss sharing between partners is to promote an organizational structure that allows partners to carry on a business in common, in a non-arm's length relationship.

The purpose of s. 18(13) in particular is to prevent a taxpayer who is in the business of lending money from claiming a loss upon the superficial disposition of a mortgage or similar non-capital property. This purpose is achieved by confining the loss that would ordinarily be claimed by the transferor to a non-arm's length transferee. Where s. 18(13) does not apply, only the transferor may claim the loss on the disposition, which would be consistent with the general policy of the Act against the transfer of losses.

Under s. 18(13), the loss is generally under the control of the transferor or traceable to the business of the transferor and *is preserved because of its special relationship with the transferee partnership*. The section in effect denies the loss to the transferor because it originated and remains in the transferor's control before and after the transfer. To allow a new arm's length partner to buy into the transferee partnership and thus to benefit from the loss would violate the fundamental premise underlying s. 18(13) that the loss is preserved because it essentially remains in the transferor's control. It would contradict the main purpose of s. 18(13) and the premise on which it operates. Section 18(13) allows the preservation and transfer

associés d'une société de personnes aient un intérêt commun dans les activités commerciales de la société, et ce, dans le cadre de rapports avec lien de dépendance. Bien qu'à première vue le par. 96(1) n'apporte aucune restriction à la transmission des pertes aux associés, sauf en ce qui concerne le traitement des sociétés de personnes étrangères visées au par. 96(8), il est implicite que les règles s'appliquent dans le cas où les associés d'une société de personnes exploitent ensemble une entreprise dans le cadre de rapports avec lien de dépendance.

Le traitement général du partage de pertes entre associés a pour objet de favoriser la mise en place d'une structure organisationnelle permettant à ces derniers d'exploiter ensemble une entreprise dans le cadre de rapports avec lien de dépendance.

Le paragraphe 18(13) a notamment pour objet d'empêcher le contribuable qui exploite une entreprise de prêt d'argent de demander la déduction d'une perte résultant de la disposition apparente d'une hypothèque ou d'un bien semblable autre qu'une immobilisation. Le fait de réserver au bénéficiaire d'un transfert avec lien de dépendance la perte dont la déduction serait normalement demandée par l'auteur du transfert permet de réaliser cet objectif. Dans les cas où le par. 18(13) ne s'applique pas, seul l'auteur du transfert peut demander la déduction de la perte résultant de la disposition, ce qui serait conforme à la politique générale de la Loi qui interdit le transfert de pertes.

Sous le régime du par. 18(13), la perte relève habituellement de l'auteur du transfert ou trouve son origine dans l'entreprise de ce dernier et *est maintenue en raison des rapports particuliers qu'il a avec la société bénéficiaire du transfert*. En fait, cette disposition empêche l'auteur du transfert de demander la déduction de la perte parce qu'il est à l'origine de la perte et que celle-ci continue de relever de lui avant et après le transfert. Permettre à un nouvel associé sans lien de dépendance de prendre une participation dans la société bénéficiaire du transfert et de profiter ainsi de la perte irait à l'encontre du principe fondamental qui sous-tend le par. 18(13) et qui veut que la perte soit maintenue parce qu'elle continue, pour l'essentiel,

52

53

54

of a loss because of the non-arm's length relationship between transferor and transferee. Absent that relationship, there is no reason for the provision to apply.

### 5.3.5 Conclusion on Interpretation of Section 18(13) and Section 96 of the Act

55 These observations suggest that the combined effect of s. 18(13) and the partnership provisions do not allow taxpayers to preserve and transfer unrealized losses to arm's length parties. Section 18(13) relies on the premise that the partners in the transferee partnership pursue a business activity in common other than to transfer the loss and that the partnership and the transferor deal in a non-arm's length relationship with respect to the property.

### 5.4 *Application*

56 This brings us to the ultimate question of whether the only reasonable conclusion is that the series of transactions on which the appellants rely for the tax benefits they claim results in abusive tax avoidance when s. 18(13) and s. 96(1) are interpreted purposively, in the context of the Act as a whole.

57 As stated at para. 59 of *Canada Trustco*, a determination of whether there was abusive tax avoidance under s. 245(4) requires a close examination of the facts in order to determine whether allowing a tax benefit would be within the object, spirit or purpose of the provisions relied upon by the taxpayer. Although no single factual element is in itself determinative of whether there was abusive tax avoidance, the GAAR may be applied to deny a tax benefit "where the relationships and transactions as expressed in the relevant documentation lack a proper basis relative to the object, spirit

de relever de l'auteur du transfert. Cela irait à l'encontre de l'objet principal du par. 18(13) et du principe qui le sous-tend. Le paragraphe 18(13) permet de maintenir et de transférer une perte à cause des rapports avec lien de dépendance qui existent entre l'auteur et le bénéficiaire du transfert. En l'absence de ces rapports, il n'y a aucune raison d'appliquer la disposition.

### 5.3.5 Conclusion sur l'interprétation du par. 18(13) et de l'art. 96 de la Loi

Ces observations indiquent que le par. 18(13) et les dispositions relatives aux sociétés de personnes n'ont pas pour effet combiné de permettre aux contribuables de maintenir des pertes non réalisées et de les transférer à des parties sans lien de dépendance. Le paragraphe 18(13) part du principe que les associés de la société bénéficiaire du transfert exercent ensemble une activité commerciale autre qu'une activité visant le transfert de la perte et qu'il existe un lien de dépendance entre la société et l'auteur du transfert en ce qui concerne le bien en question.

### 5.4 *Application*

Cela nous amène à la question fondamentale de savoir si la seule conclusion raisonnable possible est que la série d'opérations sur laquelle les appellants se fondent pour obtenir les avantages fiscaux en cause donne lieu à un évitement fiscal abusif lorsque les par. 18(13) et 96(1) sont interprétés de manière téléologique dans le contexte de l'ensemble de la Loi.

Comme l'indique le par. 59 de l'arrêt *Trustco Canada*, pour savoir s'il y a eu évitement fiscal abusif au sens du par. 245(4), il faut examiner attentivement les faits pour décider si l'attribution d'un avantage fiscal serait conforme à l'objet ou à l'esprit des dispositions invoquées par le contribuable. Bien qu'aucun élément factuel ne soit déterminant en soi quant à la question de savoir s'il y a eu évitement fiscal abusif, la RGAÉ permet de supprimer un avantage fiscal « si les rapports et les opérations décrits dans la documentation pertinente sont dénués de fondement légitime relativement à

or purpose of the provisions that are purported to confer the tax benefit, or where they are wholly dissimilar to the relationships or transactions that are contemplated by the provisions” (*Canada Trustco*, at para. 60).

We are of the view that to allow the appellants to claim the losses in the present appeal would defeat the purposes of s. 18(13) and the partnership provisions, and that the Minister properly denied the appellants the losses under the GAAR. Interpreted textually, contextually and purposively, s. 18(13) and s. 96 do not permit arm’s length parties to purchase the tax losses preserved by s. 18(13) and claim them as their own. The purpose of s. 18(13) is to transfer a loss to a non-arm’s length party in order to prevent a taxpayer who carries on a business of lending money from realizing a superficial loss. The purpose for the broad treatment of loss sharing between partners is to promote an organizational structure that allows partners to carry on a business in common, in a non-arm’s length relationship. Section 18(13) preserves and transfers a loss under the assumption that it will be realized by a taxpayer who does not deal at arm’s length with the transferor. Parliament could not have intended that the combined effect of the partnership rules and s. 18(13) would preserve and transfer a loss to be realized by a taxpayer who deals at arm’s length with the transferor. To use these provisions to preserve and sell an unrealized loss to an arm’s length party results in abusive tax avoidance under s. 245(4). Such transactions do not fall within the spirit and purpose of s. 18(13) and s. 96, properly construed.

The appellants’ submission that nothing in s. 18(13) limits subsequent dispositions of the property to arm’s length parties depends on a literal interpretation of the section and fails to address the main inquiry under the GAAR, which rests on

l’objet ou à l’esprit des dispositions censées conférer l’avantage fiscal, ou si ces rapports et opérations diffèrent complètement de ceux prévus par les dispositions » (*Trustco Canada*, par. 60).

Nous sommes d’avis que permettre aux appelants de demander la déduction des pertes en l’espèce contrecarrerait les objets du par. 18(13) et des dispositions relatives aux sociétés de personnes, et que le ministre a eu raison de leur refuser cette déduction en application de la RGAÉ. Lorsqu’ils sont interprétés de manière textuelle, contextuelle et téléologique, le par. 18(13) et l’art. 96 ne permettent pas aux parties sans lien de dépendance d’acheter les pertes fiscales maintenues par le par. 18(13) et d’en demander la déduction comme s’il s’agissait de leurs propres pertes. Le paragraphe 18(13) a pour objet de transférer une perte à une partie avec lien de dépendance, afin d’empêcher le contribuable qui exploite une entreprise de prêt d’argent de réaliser une perte apparente. Le traitement général du partage de pertes entre associés a pour objet de favoriser la mise en place d’une structure organisationnelle permettant à ces derniers d’exploiter ensemble une entreprise dans le cadre de rapports avec lien de dépendance. Le paragraphe 18(13) permet le maintien et le transfert d’une perte en tenant pour acquis qu’elle sera réalisée par un contribuable ayant un lien de dépendance avec l’auteur du transfert. Le législateur ne peut pas avoir voulu que les règles relatives aux sociétés de personnes et le par. 18(13) aient pour effet combiné de maintenir et de transférer une perte devant être réalisée par un contribuable n’ayant aucun lien de dépendance avec l’auteur du transfert. Utiliser ces dispositions pour maintenir et vendre une perte non réalisée à une partie sans lien de dépendance donne lieu à un évitement fiscal abusif au sens du par. 245(4). De telles opérations ne sont pas conformes à l’esprit et à l’objet du par. 18(13) et de l’art. 96 interprétés correctement.

L’argument des appelants selon lequel rien dans le par. 18(13) ne limite les dispositions ultérieures du bien à des parties sans lien de dépendance repose sur une interprétation littérale de la disposition et passe outre au principal examen qui doit

a contextual and purposive interpretation of the provisions at issue. As discussed above, the text of the provision is open to a competing interpretation offered by the Minister and does not itself resolve the dispute. To do so, we must refer to the purposive construction of the provisions. The interplay of s. 18(13) and s. 96 requires us to look at the entire factual context of the series of transactions to determine whether it frustrates the object and spirit of these provisions.

60

The backdrop to the impugned transactions was the failure of STC, leaving non-performing mortgages in its wake. STC transferred \$52 million in unrealized losses to Partnership A in a notionally non-arm's length transaction. Partnership A was to serve as a holding tank for the unrealized losses and STC planned from the outset to sell its interest in Partnership A after the application of s. 18(13) so that the losses preserved in Partnership A could be transferred to arm's length parties through a substitution of partners in Partnership A. The subsequent transactions involving Partnership B were executed "in contemplation of" the transactions between STC and Partnership A.

61

By these subsequent transactions, the losses preserved in Partnership A were transferred to Partnership B which sold units to the appellants, who dealt with STC at arm's length. The new partnership, Partnership B, was relatively passive. From its inception, the purpose of Partnership B was simply to realize and allocate the tax losses, without any other significant partnership activity. Nor are these conclusions negated by the fact that (1) the underlying properties to the mortgages were appraised and sold or written off, (2) the appellants paid substantial amounts in order to acquire their interests in Partnership B, or (3) the appellants sought to minimize their exposure to risk, should the tax losses not be accepted by the authorities.

être effectué en vertu de la RGAÉ, lequel repose sur une interprétation contextuelle et téléologique des dispositions en cause. Comme nous l'avons vu plus haut, le texte de la disposition se prête à une interprétation différente proposée par le ministre et ne règle pas en soi le différend. Pour ce faire, nous devons recourir à une interprétation téléologique des dispositions. L'interaction du par. 18(13) et de l'art. 96 nous oblige à examiner tout le contexte factuel de la série d'opérations pour déterminer si elle contrecarre l'objet et l'esprit de ces dispositions.

Les opérations contestées avaient pour toile de fond la faillite de la CST, qui a laissé dans son sillage des hypothèques improductives. La CST a transféré des pertes non réalisées de 52 millions de dollars à la société A, en principe dans le cadre d'une opération avec lien de dépendance. La société A devait servir à maintenir des pertes non réalisées, et la CST avait, dès le départ, prévu de vendre sa participation dans la société A après l'application du par. 18(13) de manière à ce que les pertes maintenues dans la société A puissent être transférées à des parties sans lien de dépendance au moyen d'un remplacement d'associés de la société A. Les opérations ultérieures mettant en cause la société B ont été effectuées « en vue » des opérations entre la CST et la société A.

Par ces opérations ultérieures, les pertes maintenues dans la société A ont été transférées à la société B qui a vendu des unités aux appelants qui n'avaient aucun lien de dépendance avec la CST. La nouvelle société, la société B, était relativement peu active. Dès sa formation, la société B avait pour seul objectif de réaliser et de répartir les pertes fiscales sans se livrer à aucune autre activité importante. Ces conclusions ne sont pas non plus contredites par le fait (1) que les biens sous-jacents des hypothèques ont été évalués et vendus ou radiés, (2) que les appelants ont versé des sommes importantes pour acquérir leurs participations dans la société B, ou (3) que les appelants ont tenté de réduire au minimum le risque auquel ils pourraient être exposés en cas de refus des pertes fiscales par les autorités.

The abusive nature of the transactions is confirmed by the vacuity and artificiality of the non-arm's length aspect of the initial relationship between Partnership A and STC. A purposive interpretation of the interplay between s. 18(13) and s. 96(1) indicates that they allow the preservation and sharing of losses on the basis of shared control of the assets in a common business activity. In this case, the absence of such a basis leads to an inference of abuse. Neither Partnership A nor Partnership B ever dealt with real property, apart from STC's original mortgage portfolio. Nor was STC ever in a partnership relation with either OSFC or any of the appellants, having sold its entire interest to OSFC. The only reasonable conclusion is that the series of transactions frustrated Parliament's purpose of confining the transfer of losses such as these to a non-arm's length partnership.

As discussed in the companion case of *Canada Trustco*, where the Tax Court judge has applied the law correctly and made findings and inferences supported by the evidence, an appellate court should not interfere. Here the Tax Court judge, Dussault J.T.C.C., was obliged to apply the two-step approach mandated by the Federal Court of Appeal in *OSFC*. He was also obliged, at the first step, to accept the majority's conclusion that the avoidance transactions at issue did not violate the spirit and purpose of s. 18(13). However, he went on to state at para. 304 that he preferred the minority view in *OSFC* that Parliament could not have intended for s. 18(13) to permit the transfer of losses between arm's length taxpayers. In the result, had it been open to him, he would have applied the GAAR to disallow the losses on the basis of his interpretation of s. 18(13). We agree with these conclusions and endorse them.

## 6. Conclusion

We would dismiss the appeal with costs.

Le caractère abusif des opérations est confirmé par la vacuité et la facticité de l'aspect « avec lien de dépendance » des rapports initiaux entre la société A et la CST. Une interprétation téléologique de l'interaction entre les par. 18(13) et 96(1) indique qu'ils autorisent le maintien et le partage de pertes sur le fondement d'un contrôle partagé des actifs dans le cadre d'une activité commerciale commune. En l'espèce, l'absence d'un tel fondement mène à une inférence d'abus. Ni la société A ni la société B ne s'est jamais occupée de biens immobiliers, mis à part le portefeuille hypothécaire initial de la CST. La CST, qui a vendu toute sa participation à OSFC, n'a jamais été associée à celle-ci ou avec l'un ou l'autre des appelants. La seule conclusion raisonnable est que la série d'opérations contrecarrait l'objectif du législateur qui est de réserver le transfert de ce type de pertes aux sociétés ayant un lien de dépendance.

Comme nous l'avons vu dans l'affaire connexe *Trustco Canada*, une cour d'appel doit s'abstenir d'intervenir dans le cas où le juge de la Cour de l'impôt a bien appliqué le droit et a tiré des conclusions et fait des inférences étayées par la preuve. En l'espèce, le juge Dussault de la Cour de l'impôt était tenu d'appliquer la méthode en deux étapes prescrite par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *OSFC*. Il était également tenu, à la première étape, de souscrire à la conclusion des juges majoritaires selon laquelle les opérations d'évitement en cause ne contrevenaient ni à l'esprit ni à l'objet du par. 18(13). Il a toutefois ajouté, au par. 304, qu'il préférerait l'opinion dissidente exprimée dans l'arrêt *OSFC*, selon laquelle le législateur ne peut pas avoir voulu que le par. 18(13) permette le transfert de pertes entre des contribuables sans lien de dépendance. En définitive, s'il lui avait été loisible de le faire, il aurait appliqué la RGAÉ pour refuser la déduction des pertes en se fondant sur son interprétation du par. 18(13). Nous sommes d'accord avec ces conclusions et nous y souscrivons.

## 6. Conclusion

Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Appeal dismissed with costs.*

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Solicitor for the appellants: Kim Hansen, Vancouver.*

*Procureur des appelants : Kim Hansen, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.*

*Procureur de l'intimée : Sous-procureur général du Canada, Ottawa.*