
	2008 FCA 105 A-151-07		2008 CAF 105 A-151-07
Her Majesty the Queen (<i>Appellant</i>)		Sa Majesté la Reine (<i>appelante</i>)	
v.		c.	
John MacKay (<i>Respondent</i>)		John MacKay (<i>intimé</i>)	
	A-149-07		A-149-07
Her Majesty the Queen (<i>Appellant</i>)		Sa Majesté la Reine (<i>appelante</i>)	
v.		c.	
Derek Ross Lee (<i>Respondent</i>)		Derek Ross Lee (<i>intimé</i>)	
	A-150-7		A-150-7
Her Majesty the Queen (<i>Appellant</i>)		Sa Majesté la Reine (<i>appelante</i>)	
v.		c.	
Robert MacDonald (<i>Respondent</i>)		Robert MacDonald (<i>intimé</i>)	
	A-152-07		A-152-07
Her Majesty the Queen (<i>Appellant</i>)		Sa Majesté la Reine (<i>appelante</i>)	
v.		c.	
Beach Avenue Holdings Company Ltd. (<i>Respondent</i>)		Beach Avenue Holdings Company Ltd. (<i>intimé</i>)	
	A-153-07		A-153-07
Her Majesty the Queen (<i>Appellant</i>)		Sa Majesté la Reine (<i>appelante</i>)	
v.		c.	
Timothy Wallace (<i>Respondent</i>)		Timothy Wallace (<i>intimé</i>)	
	A-154-07		A-154-07
Her Majesty the Queen (<i>Appellant</i>)		Sa Majesté la Reine (<i>appelante</i>)	
v.		c.	

John Cassils (<i>Respondent</i>)		John Cassils (<i>intimé</i>)	
	A-155-07		A-155-07
Her Majesty the Queen (<i>Appellant</i>)		Sa Majesté la Reine (<i>appelante</i>)	
v.		c.	
Maria Wong (<i>Respondent</i>)		Maria Wong (<i>intimé</i>)	
	A-156-07		A-156-07
Her Majesty the Queen (<i>Appellant</i>)		Sa Majesté la Reine (<i>appelante</i>)	
v.		c.	
Robert Glass (<i>Respondent</i>)		Robert Glass (<i>intimé</i>)	
	A-157-07		A-157-07
Her Majesty the Queen (<i>Appellant</i>)		Sa Majesté la Reine (<i>appelante</i>)	
v.		c.	
John Zaytsoff (<i>Respondent</i>)		John Zaytsoff (<i>intimé</i>)	
	A-158-07		A-158-07
Her Majesty the Queen (<i>Appellant</i>)		Sa Majesté la Reine (<i>appelante</i>)	
v.		c.	
Brian McGavin (<i>Respondent</i>)		Brian McGavin (<i>intimé</i>)	
	A-159-07		A-159-07
Her Majesty the Queen (<i>Appellant</i>)		Sa Majesté la Reine (<i>appelante</i>)	
v.		c.	
Aebag Holdings Ltd. (<i>Respondent</i>)		Aebag Holdings Ltd. (<i>intimé</i>)	
	A-160-07		A-160-07
Her Majesty the Queen (<i>Appellant</i>)		Sa Majesté la Reine (<i>appelante</i>)	

v.

Robert Lee Ltd. (Respondent)**INDEXED AS: MACKAY v. CANADA (F.C.A.)**

Federal Court of Appeal, Décary, Sharlow and Trudel JJ.A.—Vancouver, February 7; Ottawa, March 19, 2008.

Income Tax — Income Calculation — Deductions — Consolidated appeals from Tax Court of Canada judgment general anti-avoidance rule (GAAR) in Income Tax Act, s. 245 not applying to transactions resulting in transfer of losses from National Bank of Canada to respondents — Bank selling shopping centre to respondents for \$10 million while amount receivable on loan approximately \$16 million — By series of transactions, Bank's \$6 million loss transferred to respondents who claimed deductions thereof in income tax returns — Minister applying GAAR to reassess respondents, disallowing deduction — Tax Court of Canada determination, i.e. no avoidance transaction because respondents' primary purpose of entire series of transactions bona fide, incorrect — Tax Court should have considered whether any transaction within series of transactions that occurred undertaken primarily to obtain tax benefit — Primary purpose of transactions involving Bank, respondents to transfer \$6 million loss from Bank thereto, i.e. avoidance transaction — Tax avoidance considered abusive within meaning of Act, s. 245(4) — Appeals allowed.

Construction of Statutes — Tax Court of Canada judgment general anti-avoidance rule (GAAR) in Income Tax Act, s. 245(3) not applicable because primary purpose of entire series of transactions bona fide inconsistent with language, purpose of that section — S. 245(3)(b) requiring determination of primary purpose of any transaction within series of transactions resulting in tax benefit if GAAR not applicable — Therefore possible for subset of transactions within series to comprise avoidance transaction.

This was a consolidation of 12 appeals from a Tax Court of Canada judgment determining that the general anti-avoidance rule (GAAR) in section 245 of the *Income Tax Act* did not apply to the transactions involved, which resulted in a transfer of losses from a corporation to taxpayers unrelated thereto. Before 1992, the National Bank of Canada made a loan to the then owners of Northhills Shopping Centre in British Columbia secured by a mortgage on the shopping centre. By 1992, the

c.

Robert Lee Ltd. (intimée)**RÉPERTORIÉ : MACKAY c. CANADA (C.A.F.)**

Cour d'appel fédérale, juges Décary, Sharlow et Trudel, J.C.A.—Vancouver, 7 février; Ottawa, 19 mars 2008.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Appels regroupés à l'encontre d'un jugement de la Cour canadienne de l'impôt portant que la règle générale anti-évitement (la RGAÉ) énoncée à l'art. 245 de la Loi de l'impôt sur le revenu ne s'appliquait pas aux opérations donnant lieu au transfert de pertes de la Banque nationale du Canada aux intimés — La Banque a vendu le centre commercial aux intimés en contrepartie de 10 millions de dollars alors que la créance était d'environ 16 millions de dollars — Dans le cadre d'une série d'opérations, la perte de 6 millions de dollars de la Banque a été transférée aux intimés, qui ont demandé des déductions dans leurs déclarations de revenus — Le ministre a invoqué la RGAÉ pour établir de nouvelles cotisations pour les intimés et les priver de la déduction — La décision de la Cour canadienne de l'impôt, soit qu'il n'y avait pas eu d'opération d'évitement parce que l'objet principal de toute la série d'opérations des intimés était véritable, était erronée — La Cour de l'impôt aurait dû établir si une des opérations de la série avait été effectuée principalement afin d'obtenir un avantage fiscal — L'objet principal des opérations entre la Banque et les intimés était de transférer de la Banque aux intimés la perte subie de 6 millions de dollars; il s'agissait donc d'une opération d'évitement — L'évitement fiscal était abusif au sens de l'art. 245(4) de la Loi — Appels accueillis.

Interprétation des lois — Le jugement de la Cour canadienne de l'impôt, portant que la règle générale anti-évitement (la RGAÉ) énoncée à l'art. 245(3) de la Loi de l'impôt sur le revenu était inapplicable parce que l'objet principal de la série d'opérations était véritable, était erronée parce qu'elle n'était pas compatible avec le libellé ou l'objet de la disposition — L'art. 245(3)(b) exige que l'on détermine l'objet principal de toute opération d'une série d'opérations qui donnerait lieu à un avantage fiscal si la RGAÉ est inapplicable — Par conséquent, un sous-ensemble d'opérations dans une série d'opérations peut constituer une opération d'évitement.

Il s'agissait d'un regroupement de 12 appels d'un jugement de la Cour canadienne de l'impôt établissant que la règle générale anti-évitement (la RGAÉ) énoncée à l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne s'appliquait pas aux opérations en cause, qui ont donné lieu au transfert de pertes d'une entreprise à des contribuables n'ayant aucun rapport avec cette entreprise. Avant 1992, la Banque nationale du Canada a consenti un prêt aux propriétaires de l'époque du Centre

amount receivable on the loan was approximately \$16 million and the loan was in default. The Bank commenced foreclosure proceedings and sold the shopping centre to the respondents for \$10 million. The acquisition of the shopping centre was structured in a way that would enable the respondents to obtain the benefit of the \$6 million loss that had accrued on the Bank's mortgage receivable by transferring the loss to the respondents. Therefore, a limited partnership was formed with the Bank and its newly incorporated subsidiary, Northhills Shopping Centre Ltd., called Northhills Shopping Centre Limited Partnership. The new subsidiary was the general partner while the Bank was a limited partner. The partnership acquired the shopping centre by completing the foreclosure, which resulted, for income tax purposes, in the partnership's \$16 million cost of the mortgage receivable becoming the partnership's cost of the shopping centre. The Bank's limited partnership units were eventually redeemed and the Bank ceased to be a partner. At the end of its first fiscal year, the partnership wrote down the cost of the shopping centre to its then fair market value (\$10 million), resulting in a \$6 million loss.

The tax treatment of partnership profits and losses is governed by section 96 of the *Income Tax Act*. Under that provision, the \$6 million loss from the write-down of the cost of the shopping centre, less the operating profit, was allocated to the persons (including the respondents) who were partners of the partnership at the end of the fiscal year. The respondents then claimed deductions for their allocated portions of the net loss of the partnership in their income tax returns. In some cases, the deduction resulted in a non-capital loss that was carried over to another year. The Minister applied the GAAR to reassess the respondents and to disallow the deduction of the partnership loss and any resulting loss carryovers.

The Tax Court of Canada focussed its analysis on the definition of "avoidance transaction" in subsection 245(3) of the Act. It concluded that there was no avoidance transaction because the respondents' primary purpose of the entire series of transactions was to realize a profit from the acquisition and sale of the Northhills Shopping Centre, which was a *bona fide* purpose other than to obtain a tax benefit.

The issue was whether the Tax Court of Canada erred in concluding that the GAAR did not apply to the transactions that gave the respondents access to the loss because they were not avoidance transactions.

Held, the appeals should be allowed.

The Tax Court's interpretation of subsection 245(3) of the Act was incorrect because it was not consistent with the

commercial Northhills en Colombie-Britannique; ce prêt était garanti par une hypothèque grevant le centre commercial. En 1992, la créance était d'environ 16 millions de dollars et il y avait défaut de paiement. La Banque a pris une mesure de forclusion et a vendu le centre commercial aux intimés en contrepartie de 10 millions de dollars. L'acquisition du centre commercial a été structurée de façon à permettre aux intimés de tirer parti de la perte comptabilisée de 6 millions de dollars sur la créance hypothécaire de la Banque en transférant la perte aux intimés. En conséquence, la Banque et sa nouvelle filiale constituée en société, Northhills Shopping Centre Ltd., ont formé une société en commandite du nom de Northhills Shopping Centre Limited Partnership. La nouvelle filiale était le commandité, tandis que la Banque était le commanditaire. La société a acheté le centre commercial par le biais de la forclusion de sorte que, aux fins de l'impôt sur le revenu, le coût de 16 millions de dollars de la créance hypothécaire de la société est devenu le coût, pour elle, du centre commercial. Les parts de la société en commandite détenues par la Banque ont, en fin de compte, été rachetées et la Banque a cessé d'être une associée. Au terme de son premier exercice, la Société a réduit le coût du centre commercial à sa juste valeur marchande de l'époque (10 millions de dollars), ce qui a entraîné une perte de 6 millions de dollars.

Le traitement fiscal des profits et pertes d'une société en commandite est régi par l'article 96 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Selon cette disposition, la perte de 6 millions de dollars résultant de la dépréciation du coût du centre commercial, moins les profits d'exploitation, a été attribuée aux personnes (dont les intimés) qui étaient associées de la société à la fin de l'exercice. Les intimés ont alors demandé des déductions pour leur part respective de la perte nette de la société dans leurs déclarations de revenus. Dans certains cas, la déduction a donné lieu à une perte autre qu'en capital, qui a été reportée à une autre année. Le ministre a invoqué la RGAÉ pour établir de nouvelles cotisations pour les intimés et les priver de la déduction de la perte de la société et de tout report de perte qui s'ensuivrait.

L'analyse de la Cour canadienne de l'impôt était axée sur la définition d'« opération d'évitement » du paragraphe 245(3) de la Loi. Elle a conclu qu'il n'y avait pas eu d'opération d'évitement parce que l'objet principal de toute la série d'opérations des intimés était de leur permettre de réaliser un profit sur l'acquisition et la vente du centre commercial Northhills, ce qui constituait un objet véritable autre que l'obtention d'un avantage fiscal.

Il s'agissait de savoir si la Cour canadienne de l'impôt avait commis une erreur en concluant que la RGAÉ ne s'appliquait pas aux opérations ayant permis aux intimés de réaliser cette perte parce qu'il ne s'agissait pas d'opérations d'évitement.

Arrêt : les appels doivent être accueillis.

L'interprétation que la Cour de l'impôt a donnée au paragraphe 245(3) de la Loi était erronée parce qu'elle n'était

language or the purpose of subsection 245(3), particularly paragraph 245(3)(b). That paragraph requires a determination of the primary purpose of any transaction (or transactions) within a series of transactions that would result in a tax benefit if the GAAR does not apply. Therefore, a subset of transactions within a series of transactions is an avoidance transaction unless the subset of transactions may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit. The conclusion that a series of transactions was undertaken primarily for *bona fide* non-tax purposes does not preclude a finding that the primary purpose of one or more steps within the series was to obtain a tax benefit. The Tax Court should have continued its analysis by considering whether, within the series of transactions, there were one or more that were undertaken primarily to obtain the tax benefit. Therefore, the transactions by which the Bank became a partner of the partnership, transferred the mortgage receivable to the partnership and maintained its status as a partner of the partnership for at least 30 days after the transfer comprised an avoidance transaction. The primary purpose of those transactions was to transfer the \$6 million accrued loss on the mortgage receivable from the Bank to the Partnership so that the loss could be deducted by the respondents in computing their income.

Finally, the tax avoidance at issue was abusive within the meaning of subsection 245(4) of the Act. The transactions in the present instance were similar to those at issue in *Mathew v. Canada*. That judgment, wherein the Supreme Court of Canada held that transactions that were intended to allow the transfer of a loss were abusive tax avoidance, was applied.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 10(1), 18(13) (as am. by S.C. 1998, c. 19, s. 79), 96 (as am. by S.C. 1994, c. 21, s. 44; 1996, c. 21, s. 17; 1997, c. 25, s. 21; 1998, c. 19, s. 123), 245(1) “tax benefit” (as am. by S.C. 2005, c. 19, s. 52), “tax consequences”, “transaction”, (2), (3), (4) (as am. *idem*), (5) (as am. *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Mathew v. Canada, [2005] 2 S.C.R. 643; (2005), 259 D.L.R. (4th) 225; [2005] 5 C.T.C. 244; 2005 DTC 5538; 339 N.R. 323; 2005 SCC 55; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 601; (2005), 259 D.L.R. (4th) 193; [2005] 5 C.T.C. 215; 2005 DTC 5523; 340 N.R. 1; 2005 SCC 54.

CONSIDERED:

OSFC Holdings Ltd. v. Canada, [2002] 2 F.C. 288; (2001), 17 B.L.R. (3d) 212; 29 C.B.R. (4th) 105; [2001] 4 C.T.C.

pas compatible avec le libellé ou l’objet de la disposition, plus particulièrement avec l’alinéa 245(3)(b). Cet alinéa exige que l’on détermine l’objet principal de toute opération (ou des opérations) d’une série d’opérations qui donnerait lieu à un avantage fiscal si la RGAÉ n’est pas applicable. Par conséquent, un sous-ensemble d’opérations dans une série d’opérations constitue une opération d’évitement, sauf s’il est raisonnable de considérer que les opérations du sous-ensemble en question ont été effectuées principalement pour des objets véritables autres que l’obtention d’un avantage fiscal. La conclusion qu’une série d’opérations a été principalement effectuée pour de véritables objets non fiscaux n’interdit pas de conclure que l’objet principal d’une ou de plusieurs mesures intermédiaires était l’obtention d’un avantage fiscal. La Cour de l’impôt aurait dû poursuivre son analyse pour examiner l’allégation selon laquelle une ou plusieurs des opérations de la série avaient été effectuées principalement aux fins d’obtention d’un avantage fiscal. Par conséquent, les opérations dans le cadre desquelles la Banque est devenue une associée de la Société, a transféré la créance hypothécaire à la Société et est restée associée de celle-ci pendant au moins 30 jours après le transfert constituaient une opération d’évitement. L’objet principal de ces opérations était de transférer de la Banque à la Société la perte subie de 6 millions de dollars sur la créance hypothécaire pour que cette somme puisse être déduite par les intimés dans le calcul de leur revenu.

Enfin, l’évitement fiscal en cause en l’espèce était abusif au sens du paragraphe 245(4) de la Loi. Les opérations en l’espèce étaient semblables à celles en cause dans l’arrêt *Mathew c. Canada*. Cet arrêt, où la Cour suprême du Canada a conclu que les opérations destinées à permettre le transfert de la perte constituaient un évitement fiscal abusif, a été appliqué.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi de l’impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 10(1), 18(13) (mod. par L.C. 1998, ch. 19, art. 79), 96 (mod. par L.C. 1994, ch. 21, art. 44; 1996, ch. 21, art. 17; 1997, ch. 25, art. 21; 1998, ch. 19, art. 123), 245(1) « attribut fiscal », « avantage fiscal » (mod. par L.C. 2005, ch. 19, art. 52), « opération », (2), (3), (4) (mod., *idem*), (5) (mod., *idem*).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Mathew c. Canada, [2005] 2 R.C.S. 643; 2005 DTC 5563; 2005 CSC 55; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601; 2005 DTC 5547; 2005 CSC 54.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

OSFC Holdings Ltd. c. Canada, [2002] 2 C.F. 288; 2001 CAF 260; *Canada c. Canadien Pacifique Ltée*, [2002] 3

82; 2001 DTC 5471; 275 N.R. 238; 2001 FCA 260; *Canada v. Canadian Pacific Ltd.*, [2002] 3 F.C. 170; (2001), 2002 DTC 6742; 284 N.R. 216; 2001 FCA 398; *Lipson v. Canada*, [2007] 4 F.C.R. 641; (2007), 280 D.L.R. (4th) 714; [2007] 3 C.T.C. 110; 2007 DTC 5172; 361 N.R. 191; 2007 FCA 113.

APPEALS from a judgment of the Tax Court of Canada ([2007] 3 C.T.C. 2051; 2007 DTC 425; 2007 TCC 94) determining that the general anti-avoidance rule in section 245 of the *Income Tax Act* did not apply to the transactions involved, which resulted in a transfer of losses from a corporation to taxpayers unrelated thereto. Appeals allowed.

APPEARANCES:

Robert Carvalho and *Ron D. F. Wilhelm* for appellant.
Edwin G. Kroft, Elizabeth A. Junkin and *Laura Zumpano* for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
McCarthy Tétrault LLP, Vancouver, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] SHARLOW J.A.: This appeal is a consolidation of 12 appeals from a judgment of Justice Campbell of the Tax Court of Canada ([2007] 3 C.T.C. 2051) involving transactions similar to those considered in *Mathew v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 643 and *OSFC Holdings Ltd. v. Canada*, [2002] 2 F.C. 288 (C.A.). In those cases, the Minister of National Revenue was held to have been correct to use the general anti-avoidance rule (the GAAR) in section 245 [s. 245(1) “tax benefit” (as am. by S.C. 2005, c. 19, s. 52), (4) (as am. *idem*), (5) (as am. *idem*)] of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 to disallow the transfer of losses from a corporation to taxpayers unrelated to that corporation. The transactions in issue in these 12 cases resulted in a similar transfer of losses, but Justice Campbell held that the GAAR did not apply. The issue is whether Justice Campbell erred in law in reaching that conclusion.

C.F. 170; 2001 CAF 398; *Lipson c. Canada*, [2007] 4 R.C.F. 641; 2007 CAF 113.

APPELS d’un jugement de la Cour canadienne de l’impôt ([2007] 3 C.T.C. 2051; 2007 DTC 425; 2007 CCI 94) établissant que la règle générale anti-évitement énoncée à l’article 245 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* ne s’appliquait pas aux opérations en cause, qui ont donné lieu au transfert de pertes d’une entreprise à des contribuables n’ayant aucun rapport avec cette entreprise. Appels accueillis.

ONT COMPARU :

Robert Carvalho et *Ron D. F. Wilhelm* pour l’appelante.
Edwin G. Kroft, Elizabeth A. Junkin et *Laura Zumpano* pour les intimés.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Le sous-procureur général du Canada pour l’appelante.
McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l., Vancouver, pour les intimés.

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

[1] LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Le présent appel regroupe 12 appels d’un jugement rendu par la juge Campbell de la Cour canadienne de l’impôt ([2007] 3 C.T.C. 2051) concernant des opérations semblables à celles qui ont été examinées dans *Mathew c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 643 et dans *OSFC Holdings Ltd. c. Canada*, [2002] 2 C.F. 288 (C.A.). Dans ces affaires, on a jugé que le ministre du Revenu national avait eu raison d’appliquer la règle générale anti-évitement (la RGAÉ) énoncée à l’article 245 [art. 245(1) « avantage fiscal » (mod. par L.C. 2005, ch. 19, art. 52), (4) (mod., *idem*), (5) (mod., *idem*)] de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 pour ne pas autoriser le transfert de pertes d’une entreprise à des contribuables n’ayant aucun rapport avec cette entreprise. Les opérations en cause dans les 12 affaires qui nous occupent ont donné lieu au même genre de transfert des

pertes, mais la juge Campbell a estimé que la RGAÉ n'était pas applicable. La question est de savoir si, en parvenant à cette conclusion, la juge Campbell a commis une erreur de droit.

The general anti-avoidance rule

[2] Section 245 of the *Income Tax Act* reads in relevant part as follows:

245. (1) In this section,

“tax benefit” means a reduction, avoidance or deferral of tax or other amount payable under this Act or an increase in a refund of tax or other amount under this Act, and includes a reduction, avoidance or deferral of tax or other amount that would be payable under this Act but for a tax treaty or an increase in a refund of tax or other amount under this Act as a result of a tax treaty;

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

“transaction” includes an arrangement or event.

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

(3) An avoidance transaction means any transaction

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

(b) that is part of a series of transactions, which series, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered

La règle générale anti-évitement

[2] Les parties pertinentes de l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sont libellées comme suit :

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

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

« avantage fiscal » Réduction, évitement ou report d'impôt ou d'un autre montant exigible en application de la présente loi ou augmentation d'un remboursement d'impôt ou d'un autre montant visé par la présente loi. Y sont assimilés la réduction, l'évitement ou le report d'impôt ou d'un autre montant qui serait exigible en application de la présente loi en l'absence d'un traité fiscal ainsi que l'augmentation d'un remboursement d'impôt ou d'un autre montant visé par la présente loi qui découle d'un traité fiscal.

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

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

(3) L'opération d'évitement s'entend:

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

b) soit de l'opération qui fait partie d'une série d'opérations dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable

to have been undertaken or arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit.

(4) Subsection (2) applies to a transaction only if it may reasonably be considered that the transaction

(a) would, if this Act were read without reference to this section, result directly or indirectly in a misuse of the provisions of any one or more of

(i) this Act,

(ii) the *Income Tax Regulations*,

(iii) the *Income Tax Application Rules*,

(iv) a tax treaty, or

(v) any other enactment that is relevant in computing tax or any other amount payable by or refundable to a person under this Act or in determining any amount that is relevant for the purposes of that computation; or

(b) would result directly or indirectly in an abuse having regard to those provisions, other than this section, read as a whole.

(5) Without restricting the generality of subsection (2), and notwithstanding any other enactment,

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

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

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

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

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

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) Le paragraphe (2) ne s'applique qu'à l'opération dont il est raisonnable de considérer, selon le cas :

a) qu'elle entraînerait, directement ou indirectement, s'il n'était pas tenu compte du présent article, un abus dans l'application des dispositions d'un ou de plusieurs des textes suivants :

(i) la présente loi,

(ii) le *Règlement de l'impôt sur le revenu*,

(iii) les *Règles concernant l'application de l'impôt sur le revenu*,

(iv) un traité fiscal,

(v) tout autre texte législatif qui est utile soit pour le calcul d'un impôt ou de toute autre somme exigible ou remboursable sous le régime de la présente loi, soit pour la détermination de toute somme à prendre en compte dans ce calcul;

b) qu'elle entraînerait, directement ou indirectement, un abus dans l'application de ces dispositions compte non tenu du présent article lues dans leur ensemble.

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

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

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

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

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

[3] In *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 66, Chief Justice McLachlin and Justice Major, writing for the Court, set out the following analytical framework for determining when to apply the GAAR (emphasis in original):

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.

2. The burden is on the taxpayer to refute (1) and (2), and on the Minister to establish (3).

3. If the existence of abusive tax avoidance is unclear, the benefit of the doubt goes to the taxpayer.

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.

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.

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

[3] Dans *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 66, la juge en chef McLachlin et le juge Major, s'exprimant au nom de la Cour, dressent le cadre analytique suivant pour déterminer quand il y a lieu d'appliquer la RGAÉ (italique dans l'original) :

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.

2. Il incombe au contribuable de démontrer l'inexistence des deux premières conditions, et au ministre d'établir l'existence de la troisième condition.

3. S'il n'est pas certain qu'il y a eu évitement fiscal abusif, il faut laisser le bénéfice du doute au contribuable.

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.

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.

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

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.

7. Where the Tax Court judge has proceeded on a proper construction of the provisions of the *Income Tax Act* and on findings supported by the evidence, appellate tribunals should not interfere, absent a palpable and overriding error.

[4] In *Mathew* and *OSFC*, it was conceded that there was a tax benefit and an avoidance transaction. The dispute related to the third requirement of the GAAR, namely whether the tax avoidance was abusive. In this case, it was conceded in the Tax Court that there was a tax benefit, but not that there was an avoidance transaction. Justice Campbell concluded that there was no avoidance transaction, making it unnecessary for her to go further in the analysis.

[5] In this Court, the principal issue is whether Justice Campbell erred in law in concluding that there was no avoidance transaction. The question of whether the tax avoidance is abusive arises only if Justice Campbell erred in finding no avoidance transaction.

The facts

[6] The facts are not in dispute and are fully stated in the reasons of Justice Campbell. For the purposes of this appeal, only a summary is necessary.

[7] In this summary I use the term “respondents” to refer to the respondents collectively. The reasons of Justice Campbell set out in detail which respondents were involved in various aspects of the transactions that are the subject of these appeals. As all of the respondents finally agreed to all of the transactions, I have not considered it necessary for the purposes of this appeal to identify the role of particular individuals.

[8] At some point before 1992, National Bank of Canada (the Bank) made a loan to the then owners of the Northhills Shopping Centre in Kamloops, British Columbia, secured by a mortgage on the shopping centre. By 1992 the amount receivable on the loan was approximately \$16 million, and the loan was in default. The Bank commenced foreclosure proceedings in 1992.

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.

7. Si le juge de la Cour de l’impôt s’est fondé sur une interprétation correcte des dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et sur des conclusions étayées par la preuve, les tribunaux d’appel ne doivent pas intervenir en l’absence d’erreur manifeste et dominante.

[4] Dans *Mathew* comme dans *OSFC*, on a concédé qu’il y avait eu un avantage fiscal et une opération d’évitement. Le litige concernait la troisième exigence de la RGAÉ, à savoir si l’évitement fiscal était abusif. En l’espèce, il a été admis devant la Cour de l’impôt qu’il y avait eu un avantage fiscal, mais pas qu’il y avait eu une opération d’évitement. La juge Campbell a conclu qu’il n’y avait pas eu d’opération d’évitement, ce qui a rendu inutile la poursuite de l’analyse.

[5] La principale question en litige est de savoir si la juge Campbell a commis une erreur de droit en concluant qu’il n’y avait pas eu d’opération d’évitement. La question de l’abus ne se pose que si la juge a effectivement commis une erreur en concluant à l’inexistence de l’opération d’évitement.

Les faits

[6] Les faits ne sont pas contestés et sont énoncés de façon complète dans les motifs de la juge Campbell. Pour les fins qui nous occupent, un résumé suffit.

[7] Dans le présent résumé, j’emploie le terme «intimés» pour désigner l’ensemble des intimés. Dans ses motifs, la juge Campbell énonce en détail quels intimés ont participé aux différents aspects des opérations visées par le présent appel. Comme tous les intimés ont finalement accepté toutes les opérations, je n’ai pas jugé nécessaire d’indiquer le rôle de chacun pour les besoins du présent appel.

[8] À un certain moment antérieur à 1992, la Banque nationale du Canada (ci-après la Banque) a prêté de l’argent aux propriétaires de l’époque du Centre commercial Northhills de Kamloops, en Colombie-Britannique. Ce prêt était garanti par une hypothèque sur le centre commercial. En 1992, la créance était d’environ 16 millions de dollars, et il y avait défaut de paiement. La

A receiver manager was appointed and the Bank was given the right to conduct the sale of the Northhills Shopping Centre. It was listed for sale for \$12.5 million.

[9] The respondents were all involved in some manner in the business of investing in, developing and selling real estate. In August of 1993, the respondents learned of the opportunity to purchase the Northhills Shopping Centre. After some negotiations, the Bank agreed in principle to transfer the Northhills Shopping Centre to the respondents for \$10 million. The respondents were satisfied that, with that purchase price, they would be able to sell the Northhills Shopping Centre at a profit after investing in some improvements.

[10] There was evidence, which Justice Campbell accepted, that the respondents wished to hold the Northhills Shopping Centre in partnership, that they wished to have the partnership acquire the property through mortgage foreclosure proceedings, and that both of those business arrangements were common in commercial property acquisitions. For the purposes of this appeal, I will assume that the respondents made those choices for valid business reasons, other than for tax reasons, although it is not clear from the record what those business reasons were.

[11] At some point after the respondents had identified the acquisition of the Northhills Shopping Centre as a feasible business opportunity, it occurred to them that the acquisition could be structured in a way that would permit the respondents to obtain the benefit of the \$6 million loss that had accrued on the mortgage receivable while it was held by the Bank. For the purposes of this appeal, I will assume that the respondents would have agreed to acquire the Northhills Shopping Centre for \$10 million even without the opportunity to acquire the \$6 million accrued loss on the mortgage receivable. That assumption seems reasonable because it appears from the record that the respondents' business plan for the Northhills Shopping Centre, based on a \$10 million acquisition cost, was developed before any thought was given to income tax issues. In addition, the parties had agreed to the \$10 million price some days before engaging in discussions as to how the acquisition

Banque a intenté une action en forclusion cette année-là. Un administrateur-séquestre a été désigné, et la Banque a été autorisée à vendre le Centre commercial Northhills. Le Centre a été mis en vente au prix de 12,5 millions de dollars.

[9] Les intimés participaient tous d'une façon ou d'une autre à des activités d'investissement, d'aménagement ou de vente d'immeubles. En août 1993, ils ont été informés de la possibilité d'acheter le Centre commercial Northhills. Après négociations, la Banque a accepté en principe de céder le Centre aux intimés pour la somme de 10 millions de dollars. Les intimés étaient convaincus qu'à ce prix, ils pourraient vendre le Centre commercial Northhills en faisant un bénéfice après y avoir apporté certaines améliorations.

[10] Certains éléments de preuve, acceptés par la juge Campbell, attestaient que les intimés souhaitaient détenir le Centre commercial Northhills par l'entremise d'une société de personnes et que cette société acquière le centre commercial au moyen d'une action en forclusion hypothécaire: ces deux mécanismes commerciaux sont courants lors d'acquisition de biens commerciaux. Pour les besoins de l'appel, je supposerai que les intimés ont fait ces choix pour des raisons commerciales valables et non pour des raisons fiscales, quoique le dossier ne permette pas de savoir clairement quelles étaient ces raisons commerciales.

[11] Quelque temps après que les intimés ont estimé que l'achat du Centre commercial Northhills était une occasion commerciale réalisable, il leur est venu à l'esprit que l'acquisition pourrait être structurée de façon à leur permettre de tirer parti de la perte comptabilisée de 6 millions de dollars sur la créance hypothécaire pendant que celle-ci était détenue par la Banque. Pour les fins qui nous occupent, je supposerai que les intimés auraient accepté d'acheter le Centre commercial Northhills pour 10 millions de dollars même s'il n'avait pas été possible de tirer parti de la perte de 6 millions de dollars sur la créance hypothécaire. Cette hypothèse semble raisonnable, car il semble, d'après le dossier, que le plan d'entreprise dressé par les intimés pour le Centre commercial Northhills, fondé sur un coût d'acquisition de 10 millions de dollars, a été préparé avant qu'ils ne pensent aux questions d'ordre fiscal. Par ailleurs, les parties avaient accepté le prix de 10 millions de dollars

would be structured to accomplish the transfer of the \$6 million loss.

[12] The transactions that are the subject of these appeals were devised by the respondents and proposed to the Bank, which accepted them. The Bank and the respondents agreed in advance to the sequence and timing of the transactions. They were all aware that the transactions were intended to accomplish the acquisition of the Northhills Shopping Centre by the respondents, through a structure that met the respondents' business objectives, and also to permit the transfer to the respondents of the accrued \$6 million loss on the mortgage receivable.

[13] I summarize as follows the transactions in issue in this case and their intended income tax consequences (assuming the GAAR does not apply):

(a) On November 5, 1993, the Bank and its newly incorporated subsidiary, Northhills Shopping Centre Ltd., formed a limited partnership (the partnership) named Northhills Shopping Centre Limited Partnership. The new subsidiary was the general partner. The Bank was a limited partner. The partnership's first fiscal year would end on December 31, 1993. For the purposes of issues raised in this appeal, it is not significant that the Bank was a limited partner rather than a general partner. For income tax purposes, a limited partner and a general partner are treated alike, with certain exceptions that do not apply in this case.

(b) On November 23, 1993, the Bank assigned to the partnership the mortgage receivable and its interest in the foreclosure proceedings, taking as consideration 10 000 limited partnership units of the partnership at \$1 000 each, for a total of \$10 million. The Bank agreed to remain a partner of the partnership for at least 30 days.

(c) For income tax purposes, the Bank's cost of the mortgage receivable was \$16 million. But for subsection 18(13) [as am. by S.C. 1998, c. 19, s. 79] of the *Income Tax Act*, the Bank would have been entitled to claim a deduction for the \$6 million loss from the disposition of the mortgage receivable for \$10 million. However, because the Bank and the partnership did not deal with

quelques jours avant d'entamer des discussions sur la façon de structurer l'acquisition pour réaliser le transfert de la perte de 6 millions de dollars.

[12] Les opérations visées par les présents appels ont été conçues par les intimés et proposées à la Banque, qui les a acceptées. La Banque et les intimés ont convenu à l'avance de l'ordre et des dates des opérations. Ils savaient tous que les opérations avaient pour but de concrétiser l'acquisition du Centre commercial Northhills par les intimés au moyen d'une structure permettant à ces derniers de réaliser leurs objectifs commerciaux et de transférer la perte comptabilisée de 6 millions de dollars sur la créance hypothécaire.

[13] Je résume comme suit les opérations en cause en l'espèce et leurs attributs fiscaux recherchés (à supposer que la RGAÉ ne soit pas applicable) :

a) Le 5 novembre 1993, la Banque et sa nouvelle filiale constituée en société, Northhills Shopping Centre Ltd., ont formé une société en commandite (la société) du nom de Northhills Shopping Centre Limited Partnership. La nouvelle filiale était le commandité, tandis que la Banque était le commanditaire. Le premier exercice de la société devait se terminer le 31 décembre 1993. Compte tenu des questions soulevées dans le présent appel, il importe peu que la Banque ait été le commanditaire plutôt que le commandité. Aux fins de l'impôt sur le revenu, le commanditaire et le commandité sont traités de la même façon, à quelques exceptions qui ne s'appliquent pas en l'espèce.

b) Le 23 novembre 1993, la Banque a cédé à la société la créance hypothécaire et ses intérêts dans l'action en forclusion, s'attribuant en contrepartie 10 000 actions de la société à raison de 1 000 dollars l'action, pour un total de 10 millions de dollars. La Banque a accepté de rester associée de la société pendant au moins 30 jours.

c) Aux fins de l'impôt sur le revenu, le coût de la créance hypothécaire de la Banque s'élevait à 16 millions de dollars, mais, selon le paragraphe 18(13) [mod. par L.C. 1998, ch. 19, art. 79] de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la Banque aurait eu le droit de demander une déduction pour la perte de 6 millions de dollars subie lors de la disposition de la créance hypothécaire pour 10 millions

each other at arm's length at the time of the transfer and for a further 30 days, subsection 18(13) applied to deny the Bank the right to deduct the loss. At the same time, subsection 18(13) permitted the partnership to add the loss to its cost of the mortgage receivable, as determined for tax purposes, increasing the cost from \$10 million to \$16 million. In effect, subsection 18(13) resulted in the transfer of the accrued \$6 million loss on the mortgage receivable from the Bank to the partnership.

(d) On December 29, 1993, the following transactions occurred:

(i) The respondents (and two others who are not parties to this appeal) became general partners of the partnership. They acquired a total of 2 000 general partnership units for which they paid a total of \$2 million.

(ii) The Bank made loans to the partnership totalling approximately \$9.7 million. Of that amount, \$8.6 million was to be used to finance part of the redemption of the Bank's limited partnership units. The remainder was to be used to finance improvements to the Northhills Shopping Centre.

(iii) The Partnership was formally substituted for the Bank in the foreclosure proceedings, and the partnership acquired the Northhills Shopping Centre by completing the foreclosure. For income tax purposes, the foreclosure resulted in the partnership's \$16 million cost of the mortgage receivable becoming the partnership's cost of the Northhills Shopping Centre.

(e) On December 30, 1993, the partnership redeemed 8 600 of the Bank's limited partnership units for \$8.6 million, using the money the Bank had lent to the partnership. On December 31, 1993, the partnership redeemed the Bank's remaining 1 400 limited partnership units for \$1.4 million, using \$1.4 million of the \$2 million provided by the respondents to acquire their general partnership units. Upon the redemption of the Bank's limited partnership units, the Bank ceased to be a partner of the partnership.

de dollars. Cependant, comme la Banque et la société avaient un lien de dépendance au moment du transfert et durant les 30 jours suivants, le paragraphe 18(13) était applicable, interdisant à la Banque de déduire la perte. Par ailleurs, ce même paragraphe permettait à la société d'ajouter le montant de la perte au coût de sa créance hypothécaire, calculée aux fins de l'impôt sur le revenu, faisant passer ce coût de 10 à 16 millions de dollars. Le paragraphe 18(13) a effectivement permis le transfert de la perte comptabilisée de 6 millions de dollars sur la créance hypothécaire de la Banque à la société.

d) Les opérations suivantes ont eu lieu le 29 décembre 1993:

i) Les intimés (et deux autres qui ne sont pas parties à l'appel) sont devenus des commandités de la société. Ils ont acheté 2 000 parts de commandités de la société pour un total de 2 millions de dollars.

ii) La Banque a prêté environ 9,7 millions de dollars à la société, dont 8,6 millions devaient servir à financer une partie du rachat des parts de la société en commandite de la Banque. Le reste de l'argent devait servir à financer les améliorations apportées au Centre commercial Northhills.

iii) La société a été officiellement substituée à la Banque dans l'action en forclusion, et la société a acheté le Centre commercial Northhills par le biais de la forclusion. Aux fins de l'impôt sur le revenu, cette forclusion s'est soldée par le coût de 16 millions de dollars de la créance hypothécaire de la société, devenant le coût du Centre commercial Northhills pour la société.

e) Le 30 décembre 1993, la société a racheté 8 600 des parts de la société en commandite de la Banque pour 8,6 millions de dollars en se servant de l'argent que la Banque lui a prêté. Le 31 décembre 1993, la société a racheté les 1 400 autres parts de la société en commandite de la Banque pour 1,4 million de dollars en prélevant cette somme sur les 2 millions fournis par les intimés pour acheter leurs parts de commandités. Au moment du rachat des actions de la Banque, celle-ci a cessé d'être une associée de la société.

(f) On December 31, 1993, the Bank sold its shares of Northhills Shopping Centre Ltd. to two of the respondents. At that point the Bank's only interest in the partnership was as a creditor.

[14] The partnership earned an operating profit in its first fiscal year ending December 31, 1993. As of the end of that year, the partnership was permitted by subsection 10(1) of the *Income Tax Act* to write down the cost of the shopping centre to its then fair market value (\$10 million). The Partnership took that write-down, resulting in a \$6 million loss.

[15] The tax treatment of partnership profits and losses is governed by section 96 [as am. by S.C. 1994, c. 21, s. 44; 1996, c. 21, s. 17; 1997, c. 25, s. 21; 1998, c. 19, s. 123] of the *Income Tax Act*. Under that provision, the \$6 million loss from the write-down of the cost of the shopping centre, less the operating profit, was allocated to the persons (including the respondents) who were partners of the partnership at the end of December 31, 1993.

[16] The respondents, when filing their income tax returns for the taxation year that included December 31, 1993, claimed deductions for their allocated portions of the net loss of the partnership. In some cases the deduction resulted in a non-capital loss that was carried over to another year. The Minister applied the GAAR to reassess the respondents and to disallow the deduction of the partnership loss and any resulting loss carryovers.

Discussion

[17] It is undisputed that the respondents derived a tax benefit from the deduction of the \$6 million loss that had been transferred from the Bank to the partnership. The question before Justice Campbell was whether the series of transactions that gave the respondents access to that loss was an avoidance transaction. For that reason, the focus of Justice Campbell's analysis was the definition of "avoidance transaction" in subsection 245(3) of the *Income Tax Act*. That definition is quoted above, but I repeat it here for ease of reference.

f) Le 31 décembre 1993, la Banque a vendu ses actions du Centre commercial à deux des intimés. À ce stade, le seul intérêt de la Banque dans la société était à titre de créancière.

[14] La société a enregistré un profit d'exploitation au cours de son premier exercice, qui se terminait le 31 décembre 1993. Au terme de cet exercice, la société a été autorisée, en vertu du paragraphe 10(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, à réduire le coût du centre commercial à sa juste valeur marchande de l'époque, soit 10 millions de dollars. La société a donc exécuté cette mesure, qui a donné lieu à l'enregistrement d'une perte de 6 millions de dollars.

[15] Le traitement fiscal des profits et pertes d'une société en commandite est régi par l'article 96 [mod. par L.C. 1994, ch. 21, art. 44; 1996, ch. 21, art. 17; 1997, ch. 25, art. 21; 1998, ch. 19, art. 123] de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Selon cette disposition, la perte de 6 millions résultant de la dépréciation du coût du centre commercial, moins les profits d'exploitation, a été attribuée aux personnes (dont les intimés) qui étaient associées de la société au 31 décembre 1993.

[16] Lorsqu'ils ont remis leurs déclarations de revenus pour l'année incluant le 31 décembre 1993, les intimés ont demandé des déductions pour leur part respective de la perte nette de la société. Dans certains cas, cette déduction a donné lieu à une perte autre qu'une perte en capital, qui a été reportée à une autre année. Le ministre a invoqué la RGAÉ pour établir de nouvelles cotisations pour les intimés et les priver de la déduction de la perte de la société et de tout report de perte qui s'ensuivrait.

Analyse

[17] Nul ne conteste que les intimés ont tiré un avantage fiscal de la déduction de la perte de 6 millions de dollars transférée de la Banque à la société. La question à laquelle devait répondre la juge Campbell était de savoir si la série d'opérations ayant permis aux intimés de réaliser cette perte était une opération d'évitement. C'est pourquoi l'analyse de la juge a été axée sur la définition d'« opération d'évitement » du paragraphe 245(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La définition est citée plus haut, mais je la reproduis à nouveau pour plus de commodité.

245. (1) ...

(3) An avoidance transaction means any transaction

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

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

[18] Justice Campbell, after discussing the portion of *Canada Trustco* that deals with subsection 245(3) (see *Canada Trustco*, paragraphs 27 to 35), concluded that there was no avoidance transaction because the respondents' primary purpose of the entire series of transactions was to permit the respondents to realize a profit from the acquisition and sale of the Northhills Shopping Centre, which was a *bona fide* purpose other than to obtain the tax benefit.

[19] Justice Campbell reasoned that subsection 245(3) of the *Income Tax Act* requires a determination of the purpose of each transaction within a series of transactions, but only as part of the analysis that must be undertaken to determine the primary purpose of the series. She concluded that each transaction within the series of transactions in this case was undertaken primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit. However, she did not reach that conclusion by determining separately the purpose of each transaction within the series. Rather, she determined the primary purpose of the series of transactions and attributed that purpose to each transaction within the series. She considered that any other approach would undermine the object of subsection 245(3).

[20] The Crown argues that Justice Campbell erred in law when she failed to identify, within the entire series of transactions, the specific transactions that gave rise to the tax benefit, and then to determine whether those transactions were undertaken or arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the

245. (1) [...]

(3) L'opération d'évitement s'entend:

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

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

[18] Après avoir analysé la partie du jugement *Trustco Canada* ayant trait au paragraphe 245(3) (voir les paragraphes 27 à 35 de *Trustco Canada*), la juge Campbell a conclu qu'il n'y avait pas eu d'opération d'évitement parce que l'objet principal de toute la série d'opérations des intimés était de leur permettre de réaliser un profit sur l'acquisition et la vente du Centre commercial Northhills, ce qui constitue un objet véritable autre que l'obtention d'un avantage fiscal.

[19] La juge Campbell a expliqué que le paragraphe 245(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* suppose que l'on détermine l'objet de chaque opération d'une série d'opérations, mais seulement dans le cadre de l'analyse qui doit être effectuée pour déterminer l'objet principal de la série. Elle a conclu que chaque opération de la série d'opérations en l'espèce avait eu un objet véritable autre que l'obtention d'un avantage fiscal. Elle n'a cependant pas tiré cette conclusion en déterminant séparément l'objet de chaque opération de la série. Elle a plutôt établi l'objet principal de la série d'opérations et l'a attribué à chacune des opérations, estimant que toute autre méthode aurait compromis l'objet du paragraphe 245(3).

[20] Selon la Couronne, la juge Campbell a commis une erreur de droit en omettant de circonscrire, dans toute la série d'opérations, les opérations précises qui ont donné lieu à l'avantage fiscal, puis de déterminer si ces opérations-là avaient été effectuées principalement pour un objet véritable autre que l'obtention d'un

tax benefit. The respondents defend Justice Campbell's interpretation on the basis that it is mandated by the jurisprudence.

[21] I must respectfully disagree with Justice Campbell's interpretation of subsection 245(3). In my view, her interpretation is incorrect because it is not consistent with the language or the purpose of subsection 245(3), particularly paragraph 245(3)(b). As I read paragraph 245(3)(b), it requires a determination of the primary purpose of any transaction (or transactions) within a series of transactions that would result in a tax benefit if the GAAR does not apply. It follows that a subset of transactions within a series of transactions is an avoidance transaction unless the subset of transactions may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit. In my view, the conclusion that a series of transactions was undertaken primarily for *bona fide* non-tax purposes does not preclude a finding that the primary purpose of one or more steps within the series was to obtain a tax benefit. It seems to me that this is what Chief Justice McLachlin and Justice Major had in mind when they wrote the following in *Canada Trustco* (at paragraph 34):

If at least one transaction in a series of transactions is an "avoidance transaction", then the tax benefit that results from the series may be denied under the GAAR. This is apparent from the wording of s. 245(3). Conversely, if each transaction in a series was carried out primarily for *bona fide* non-tax purposes, the GAAR cannot be applied to deny a tax benefit.

[22] I agree with the Crown that Justice Campbell should have determined the primary purpose of the transactions by which the Bank became a partner of the partnership at the outset, transferred the mortgage receivable to the partnership before any of the respondents became partners, and remained a partner for more than 30 days after the transfer. Nothing in the record suggests that the non-tax business objectives of the respondents required those steps to be taken. If Justice Campbell had considered this point, she would have been compelled to conclude that the primary purpose of those transactions was to obtain the tax benefit.

avantage fiscal. Les intimés défendent l'interprétation adoptée par la juge Campbell au motif qu'elle est imposée par la jurisprudence.

[21] Avec égards, je ne partage pas l'interprétation de la juge Campbell du paragraphe 245(3). À mon avis, cette interprétation est erronée parce qu'elle n'est pas compatible avec le libellé ou l'objet de la disposition, plus particulièrement avec l'alinéa 245(3)b). Selon la lecture que j'en fais, l'alinéa 245(3)b) exige que l'on détermine l'objet principal de toute opération (ou des opérations) d'une série d'opérations qui donnerait lieu à un avantage fiscal si la RGAÉ n'est pas applicable. Il s'ensuit qu'un sous-ensemble d'opérations dans une série d'opérations constitue une opération d'évitement, sauf s'il est raisonnable de considérer que les opérations du sous-ensemble en question ont été effectuées principalement pour des objets véritables autres que l'obtention d'un avantage fiscal. Selon moi, la conclusion qu'une série d'opérations a été principalement effectuée pour de véritables objets non fiscaux n'interdit pas de conclure que l'objet principal d'une ou de plusieurs mesures intermédiaires était l'obtention d'un avantage fiscal. Il me semble que c'est ce que la juge en chef McLachlin et le juge Major avaient à l'esprit lorsqu'ils ont écrit ce qui suit dans *Trustco Canada* (au paragraphe 34) :

Si au moins une opération qui fait partie d'une série d'opérations constitue une « opération d'évitement », la RGAÉ permet alors de supprimer l'avantage fiscal qui découle de la série. C'est ce qui ressort du libellé du par. 245(3). À l'inverse, si chaque opération de la série a été principalement effectuée pour de véritables objets non fiscaux, la RGAÉ ne permet pas de supprimer un avantage fiscal.

[22] Je suis d'accord avec la Couronne pour dire que la juge Campbell aurait dû déterminer l'objet principal des opérations par lesquelles la Banque s'est associée à la société au départ, a transféré la créance hypothécaire à la société avant que les intimés deviennent eux-mêmes associés et est restée associée à la société pendant une durée de plus de 30 jours après le transfert. Rien dans le dossier ne permet de conclure que les objets commerciaux non fiscaux des intimés exigeaient que l'on prenne ces mesures. Si la juge Campbell avait tenu compte de ce point, elle aurait été contrainte de conclure que l'objet principal de ces opérations était l'obtention d'un avantage fiscal.

[23] The respondents cite a number of cases in support of Justice Campbell's interpretation of subsection 245(3). In my view, none of them support the approach Justice Campbell took in this case. I will comment on two of the cases.

[24] The first case is *Canada v. Canadian Pacific Limited*, [2002] 3 F.C. 170 (C.A.). The issue in that case was whether the GAAR could be applied to disallow the tax benefit derived from borrowing foreign currency rather than Canadian currency. The Crown had argued in that case that the designation of the foreign currency was itself a "transaction", the purpose of which could be assessed under subsection 245(3) separately from the purpose of the loan itself. This Court rejected that approach. The respondents quote the underlined portion of the reasons of Justice Sexton, writing for the Court, at paragraph 26:

The words of the Act require consideration of a transaction in its entirety and it is not open to the Crown artificially to split off various aspects of it in order to create an avoidance transaction. In the present case, the Australian dollar borrowing was one complete transaction and cannot be separated into two transactions by labelling the designation in Australian dollars as a separate transaction. [Emphasis added.]

I see nothing in the *Canadian Pacific* case that precludes the possibility that, within a particular series of transactions, there may be one or more transactions undertaken primarily to obtain a tax benefit, even if the series as a whole is undertaken for a *bona fide* purpose other than to obtain the tax benefit. On the contrary, that possibility is recognized in paragraphs 16 and 17 of that case.

[25] The second case is *Lipson v. Canada*, [2007] 4 F.C.R. 641 (F.C.A.), cited by the respondents as authority for the proposition that the primary purpose of a series of transactions is relevant in determining whether an avoidance transaction is abusive. The respondents argue that by the same reasoning, the primary purpose of a series of transactions is relevant in determining whether there is an avoidance transaction. I agree that it is always relevant to determine the primary purpose of a series of transactions. If the primary purpose of the entire series is to obtain a tax benefit, then the entire series is an avoidance transaction. However, the converse is not

[23] Les intimés ont cité un certain nombre de décisions à l'appui de l'interprétation de la juge Campbell du paragraphe 245(3). À mon avis, aucune d'entre elles n'étaye la position adoptée par la juge en l'espèce. Je commenterai deux de ces décisions.

[24] La première est *Canada c. Canadien Pacifique Ltée*, [2002] 3 C.F. 170 (C.A.). La question dans cette affaire était de savoir si la RGAÉ était applicable pour priver l'intéressé de l'avantage fiscal tiré d'un emprunt en devises étrangères plutôt qu'en dollars canadiens. La Couronne avait fait valoir que le choix de devises étrangères était en soi une « opération », dont l'objet pouvait être évalué en fonction du paragraphe 245(3) en dehors de l'objet de l'emprunt en soi. La Cour a rejeté cette interprétation. Les intimés ont cité la partie soulignée ci-dessous du paragraphe 26 des motifs rédigés par le juge Sexton au nom de la Cour :

Le libellé de la Loi requiert l'examen d'une opération dans son intégralité et il n'est pas loisible à la Couronne d'en détacher artificiellement les divers aspects afin de produire une opération d'évitement. En l'espèce, l'emprunt en dollars australiens était une opération complète, qu'il est impossible de séparer en deux opérations pour ensuite appeler « opération distincte » l'action de libeller cet emprunt en dollars australiens. [Non souligné dans l'original.]

Je ne trouve rien dans *Canadien Pacifique* qui interdise la possibilité qu'il y ait, dans une série d'opérations donnée, une ou plusieurs opérations effectuées principalement aux fins d'obtention d'un avantage fiscal, même si l'ensemble de la série est effectué pour un objet véritable autre que l'obtention d'un avantage fiscal. Tout au contraire, cette possibilité est reconnue aux paragraphes 16 et 17 de cette décision.

[25] La deuxième décision est *Lipson c. Canada*, [2007] 4 R.C.F. 641 (C.A.F.), citée par les intimés à l'appui de la proposition selon laquelle l'objet principal d'une série d'opérations est pertinent pour déterminer si une opération d'évitement est abusive. Les intimés font valoir que, selon le même raisonnement, l'objet principal d'une série d'opérations est pertinent pour déterminer s'il y a eu une opération d'évitement. Je suis d'accord pour dire qu'il est toujours utile de déterminer l'objet principal d'une série d'opérations. Si cet objet principal est l'obtention d'un avantage fiscal, toute la série est une opération d'évitement. L'inverse n'est cependant pas

necessarily true. The existence of a *bona fide* non-tax purpose for a series of transactions does not exclude the possibility that the primary purpose of one or more transactions within the series is to obtain a tax benefit.

[26] The respondents argue that it was reasonable for Justice Campbell to conclude that the entire series of transaction was undertaken primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit represented by the transfer of the \$6 million accrued loss on the mortgage receivable from the Bank to the respondents. I agree. Indeed, the Crown does not challenge that conclusion. However, Justice Campbell's erroneous interpretation of subsection 245(3) led her to stop the analysis at that point, when she should have gone on to consider the Crown's allegation that within the series of transactions there were one or more transactions that were undertaken primarily to obtain the tax benefit.

[27] To summarize, I conclude that the transactions by which the Bank became a partner of the partnership, transferred the mortgage receivable to the partnership, and maintained its status as a partner of the partnership for at least 30 days after the transfer, comprised an avoidance transaction. The primary purpose of those transactions was to transfer the \$6 million accrued loss on the mortgage receivable from the Bank to the partnership so that the loss could be deducted by the respondents in computing their income.

[28] It remains only to consider whether the tax avoidance was abusive within the meaning of subsection 245(4). According to *Canada Trustco*, the Crown has the onus of establishing that an avoidance transaction is abusive (see No. 1, item 2 of paragraph 66 of *Canada Trustco*). In this case, the Minister made the necessary allegations in its Tax Court pleadings, and the respondents did not allege the contrary. The respondents argue that they did not concede that point—they simply did not dispute it because they chose to challenge the reassessments on the basis that there was no avoidance transaction. The result is the same in either case. The Crown wins that point by default.

nécessairement vrai. L'existence d'un objet commercial véritable non fiscal pour la série d'opérations n'exclut pas la possibilité qu'une ou plusieurs opérations de la série aient pour objet l'obtention d'un avantage fiscal.

[26] Les intimés soutiennent qu'il était raisonnable que la juge Campbell conclue que la série complète des opérations en cause avait été effectuée principalement pour un objet véritable autre que l'obtention de l'avantage fiscal représenté par le transfert des 6 millions de dollars de perte subie sur la créance hypothécaire de la Banque aux intimés. J'en conviens. En fait, la Couronne ne conteste pas cette conclusion. Mais l'interprétation erronée que la juge Campbell a donnée au paragraphe 245(3) l'a incitée à mettre un terme à son analyse à ce stade, alors qu'elle aurait dû aller plus loin pour examiner l'allégation de la Couronne selon laquelle une ou plusieurs des opérations de la série avaient été effectuées principalement aux fins d'obtention d'un avantage fiscal.

[27] Pour résumer, je conclus que constituent une opération d'évitement les opérations par lesquelles la Banque est devenue une associée de la société, a transféré la créance hypothécaire à la société et est restée associée de celle-ci pendant au moins 30 jours après le transfert. L'objet principal de ces opérations était de transférer de la Banque à la société la perte subie de 6 millions de dollars sur la créance hypothécaire pour que cette somme puisse être déduite par les intimés dans le calcul de leur impôt sur le revenu.

[28] Il ne reste qu'à examiner la question de savoir si l'évitement fiscal était abusif au sens du paragraphe 245(4). Selon *Canada Trustco*, c'est à la Couronne qu'il incombe de démontrer que l'opération d'évitement est abusive (voir le n° 1, point 2 du paragraphe 66 de *Trustco Canada*). En l'espèce, le ministre a formulé les allégations nécessaires dans ses actes de procédure devant la Cour canadienne de l'impôt, et les intimés ne les ont pas réfutées. Les intimés ont fait valoir qu'ils n'avaient rien concédé à cet égard; ils ne les avaient pas contestées simplement parce qu'ils ont préféré contester les nouvelles cotisations au motif qu'il ne s'agissait pas d'une opération d'évitement. Le résultat est le même dans l'un ou l'autre cas. La Couronne obtient gain de cause par défaut.

[29] Even if the respondents had contested the Crown's allegation that the avoidance transaction was not abusive, their arguments would have failed in light of the decision of the Supreme Court of Canada in *Mathew*. As mentioned above, that case involved a loss transfer by means of a series of transactions that was similar to the series of transactions in this case. The Supreme Court of Canada held that the transactions that were intended to permit the loss transfer were abusive tax avoidance. The reasons for that conclusion are summarized as follows in paragraph 58 (my emphasis):

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.

[30] The same can be said in this case. I conclude that the avoidance transaction in this case was abusive within the meaning of subsection 245(4) of the GAAR. It follows that the Minister was correct to reassess the respondents to disallow the deduction of the transferred losses.

Conclusion

[29] Même si les intimés avaient contesté l'allégation de la Couronne concernant le caractère abusif de l'opération d'évitement, leurs arguments n'auraient pas tenu étant donné l'arrêt *Mathew* de la Cour suprême du Canada. Comme nous l'avons vu, il s'agissait, dans cette affaire, du transfert d'une perte au moyen d'une série d'opérations semblables à celle de l'espèce. La Cour suprême du Canada a conclu que les opérations destinées à permettre le transfert de la perte constituaient un évitement fiscal abusif. Les motifs de cette conclusion sont résumés comme suit au paragraphe 58 (non souligné dans l'original) :

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.

[30] On peut dire la même chose de l'espèce. Je conclus que l'opération d'évitement était abusive au sens du paragraphe 245(4) de la RGAÉ. Il s'ensuit que le ministre a eu raison d'établir de nouvelles cotisations pour priver les intimés de la déduction des pertes transférées.

Conclusion

[31] For these reasons, I would allow each of the 12 appeals with costs in this Court and in the Tax Court of Canada. I would set aside the judgments of the Tax Court of Canada in each case, and dismiss each of the appeals from the income tax reassessments.

DÉCARY J.A.: I agree.

TRUDEL J.A.: I agree.

[31] Pour ces motifs, j'accueillerais les 12 appels avec dépens en cette Cour et devant la Cour canadienne de l'impôt. J'annulerais les jugements de la Cour canadienne de l'impôt dans chaque affaire et rejetterais chacun des appels relatifs aux nouvelles cotisations de l'impôt sur le revenu.

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

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