

A-564-98

A-564-98

**Her Majesty the Queen** (*Appellant*)**Sa Majesté la Reine** (*appelante*)

v.

c.

**Hollinger Inc.** (*Respondent*)**Hollinger Inc.** (*intimée*)**INDEXED AS: CANADA v. HOLLINGER INC. (C.A.)****RÉPERTORIÉ: CANADA c. HOLLINGER INC. (C.A.)**

Court of Appeal, Isaac C.J., Létourneau and Rothstein J.J.A.—St. John's, July 6; Ottawa, July 22, 1999.

Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Létourneau et Rothstein, J.C.A.—St. John's, 6 juillet; Ottawa, 22 juillet 1999.

*Income tax — Income calculation — Capital losses — Appeal from T.C.C. decision allowing appeal from reassessment disallowing, pursuant to Income Tax Act, s. 55(1), capital losses claimed in 1986 tax return — Respondent incurring substantial capital losses on disposition of worthless shares through series of planned transactions, executed over short time period — Minister arguing loss shares neither capital property nor inventory — Friesen v. Canada holding Act recognizing two categories of property: inventory, capital property — Appellant's proposal would create third category not contemplated by Act, unrelated to type of income, sources of revenue envisaged by Act — Would create unwarranted vacuum, uncertainty with respect to characterization of items of property — Shares capital asset, sale of which giving rise to capital gain or loss.*

*Impôt sur le revenu — Calcul de l'impôt — Pertes en capital — Appel d'une décision de la C.C.I. accueillant l'appel interjeté à l'égard d'une nouvelle cotisation refusant, en vertu de l'art. 55(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu, des pertes en capital demandées dans la déclaration d'impôt de 1986 — L'intimée a subi d'importantes pertes en capital, par le truchement d'une suite planifiée d'opérations intervenues au cours d'une très brève période, lors de la vente d'actions sans valeur — Le ministre a soutenu que les actions dépréciées ne sont ni des biens en immobilisation ni des stocks — Selon Friesen c. Canada, la Loi ne reconnaît que deux catégories de biens: les stocks et les biens en immobilisation — La thèse de l'appelante donnerait naissance à une troisième catégorie non envisagée par la Loi ni reliée au genre de revenu ou de sources de revenu visées par la Loi — Elle entraînerait un vide injustifié et de l'incertitude quant à la qualification des différents biens — Les actions constituent des immobilisations dont la vente donne lieu à un gain ou à une perte en capital.*

*Income tax — Practice — Appeal from T.C.C. decision allowing appeal from reassessment disallowing, pursuant to Income Tax Act, s. 55(1), capital losses claimed in 1986 tax return — Taxpayer incurring substantial capital losses on disposition of worthless shares through series of planned transactions, executed over short time period — Minister arguing loss shares neither capital property nor inventory for first time before T.C.C. — Continental Bank holding Crown not permitted to advance new basis for reassessment after limitation period expired — Not applicable as limitation date not in evidence — Continental Bank addressing possible unfairness to taxpayer when notification of new basis inadequate, thus depriving taxpayer of opportunity to respond — View supported by recent legislative amendment permitting alternative argument in support of assessment to be advanced at any time after normal reassessment period, subject to Court's discretion to refuse it if resulting in prejudice to taxpayer — Crown entitled to argue new basis advanced.*

*Impôt sur le revenu — Pratique — Appel d'une décision de la C.C.I. accueillant l'appel interjeté à l'égard d'une nouvelle cotisation refusant, en vertu de l'art. 55(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu, des pertes en capital demandées dans la déclaration d'impôt de 1986 — Le contribuable a subi d'importantes pertes en capital, par le truchement d'une suite planifiée d'opérations intervenues au cours d'une très brève période, lors de la vente d'actions sans valeur — Le ministre a soutenu pour la première fois devant la C.C.I. que les actions dépréciées ne sont ni des biens en immobilisation ni des stocks — Selon l'affaire Banque Continentale, la Couronne n'est pas autorisée à invoquer un nouveau motif pour étayer sa nouvelle cotisation après l'expiration du délai de prescription — Non applicable en l'espèce parce que la date d'expiration du délai n'a pas été mise en preuve — L'affaire Banque Continentale portait sur l'éventuelle iniquité que subirait le contribuable si l'avis qui lui est donné du nouveau fondement est inadéquat et s'il est privé de l'occasion de répondre — Point de vue étayé par la récente modification législative permettant d'avancer un nouvel argument à l'appui d'une cotisation après l'expiration de la période normale de nouvelle cotisation, sous*

*Judges and Courts — Stare decisis — Appeal from T.C.C. decision allowing taxpayer's appeal from reassessment regarding capital loss where worthless shares of U.S. subsidiary acquired, sold over short period in scheme to reduce Canadian tax liability — Though Court disturbed by result, case to be decided according to legality of transaction, not its morality and bound by judicial comity, stare decisis to follow F.C.A. decision in Nova Corp. of Alberta v. R., which could not be distinguished from instant case.*

This was an appeal from a Tax Court decision allowing an appeal from a reassessment disallowing the capital losses claimed by the respondent in its 1986 tax return based on *Income Tax Act*, subsection 55(1). The respondent acquired worthless shares of a U.S.-based subsidiary of a Canadian company through a series of planned transactions, executed over a short time period. By reason of the adjusted cost base of the acquired shares, and the negligible amount for which it disposed of the shares, the respondent realized a substantial capital loss which offset substantial capital gains of its own. Subsection 55(1) then provided that where the result of any transaction is that a taxpayer has disposed of property under circumstances such that he may reasonably be considered to have artificially or unduly created a loss or increased the amount of his loss from the disposition, the loss shall be computed as if such reduction had not occurred. On appeal to the Tax Court of Canada, the Minister raised the argument for the first time that the loss shares were neither capital nor inventory. Although no sham was involved, the scheme had no business purpose and was set up only to gain a tax advantage.

The issues were: (1) whether, in view of *Continental Bank of Canada v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 358, wherein it was held that the Crown was not permitted to advance a new basis for reassessment after the limitation period had expired, the appellant was entitled to raise for the first time before the Tax Court an argument which, in effect, after the limitation period for reassessing had expired, completely changed the basis of its earlier reassessment of the taxpayer; (2) whether *Nova Corp. of Alberta v. R.*, [1997] 3 C.T.C. 291 (F.C.A.) was distinguishable; and, (3) whether the loss shares were capital property.

*réserve du pouvoir discrétionnaire de la Cour de refuser d'entendre ce nouveau moyen s'il risque de causer un préjudice au contribuable — La Couronne a le droit de faire valoir le nouveau fondement avancé.*

*Juges et tribunaux — Stare decisis — Appel d'une décision de la C.C.I. accueillant l'appel du contribuable interjeté à l'égard d'une nouvelle cotisation ayant trait à la perte en capital occasionnée lorsque des actions sans valeur ont été acquises puis vendues au cours d'une brève période dans le cadre d'un stratagème visant à réduire les impôts à payer au Canada — Bien que préoccupée par l'issue, la Cour doit trancher l'affaire en fonction de la légalité et non de la moralité de l'opération; elle est obligée, tant par la courtoisie entre juges que par la doctrine du stare decisis, de suivre l'arrêt de la C.A.F. dans Nova Corp. of Alberta c. R. qui ne peut faire l'objet d'une distinction avec la présente affaire.*

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la C.C.I. accueillant l'appel formé à l'égard d'une nouvelle cotisation refusant, en vertu du paragraphe 55(1), les pertes en capital demandées par l'intimée dans sa déclaration de revenu de 1986. L'intimée a acquis des actions sans valeur d'une filiale établie aux États-Unis d'une société canadienne par le truchement d'une suite planifiée d'opérations intervenues au cours d'une brève période. En raison du prix de base rajusté des actions acquises et de la somme négligeable pour laquelle elle a vendu ces actions, l'intimée a subi une perte en capital considérable qui lui a permis de réduire ses propres gains en capital dont le montant était fort élevé. Selon le paragraphe 55(1) alors en vigueur, lorsque les circonstances dans lesquelles une opération a été effectuée permettent de croire raisonnablement que le contribuable a disposé d'un bien de façon à artificiellement ou indûment occasionner une perte ou augmenter le montant de sa perte résultant de la disposition, la perte est alors calculée comme si cette réduction ne s'était pas produite. En appel à la Cour canadienne de l'impôt, le ministre a pour la première fois soulevé l'argument suivant lequel les actions dépréciées ne constituaient ni un bien en immobilisation ni des stocks. Bien qu'aucune opération fictive n'ait eu lieu, le stratagème n'avait pas d'objet commercial et avait été mis sur pied uniquement en vue d'obtenir un avantage fiscal.

Voici les questions en litige: 1) si, à la lumière de l'arrêt *Banque Continentale du Canada c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 358, dans lequel on a conclu que la Couronne n'est pas autorisée à invoquer un nouveau motif pour étayer sa nouvelle cotisation après l'expiration du délai de prescription, l'appelante pouvait faire valoir pour la première fois devant la Cour de l'impôt un argument ayant pour effet, après l'expiration du délai applicable en matière de nouvelle cotisation, de changer du tout au tout le fondement de la nouvelle cotisation dont le contribuable a déjà fait l'objet; 2) si les faits de l'arrêt *Nova Corp. of Alberta c. R.*, [1997] 3 C.T.C. 291 (C.A.F.), peuvent être distingués de ceux en l'espèce; et 3) si les actions dépréciées constituaient un bien en immobilisation.

*Held*, the appeal should be dismissed.

*Per* Létourneau J.A. (Rothstein J.A. concurring): (1) It was impossible to determine whether the four-year limitation period for reassessing had expired when the new basis for reassessment was first raised because the record did not reveal when the original assessment was made. Because the limitation date was not in evidence, the *Continental Bank* principle could not be applied.

Bastarache J. stated in *Continental Bank* that “The Crown is not permitted to advance a new basis for reassessment after the limitation period has expired”. This did not impose a formal procedure or a procedural restriction when a new basis for reassessment is being advanced. The statement refers to the Crown, not the Minister. It speaks of “advanc[ing] a new basis for reassessment”, thereby referring to the Crown’s actual practice of advancing a new argument in its pleadings in support of the assessment. Bastarache J. was concerned with the possible unfairness to the taxpayer when notification of the new basis, whatever form it may take, is either inadequate or given too late thus depriving the taxpayer of a proper opportunity to respond. This view was supported by the recent amendment to section 152 to overrule *Continental Bank*, which permits an alternative argument in support of an assessment to be advanced at any time after the normal reassessment period, subject to the Court’s discretion to refuse it if the late change would prejudice the taxpayer. That amendment did not apply herein because it was not in force when the matter was argued before the Tax Court. But it was indicative of the philosophy that ought to prevail. It would introduce an unnecessary measure of formalism, unwarranted by *Continental Bank* and the subsequent amendment to section 152 to require that proper notification to the taxpayer of an alternative argument in support of an assessment can only be achieved by the ministerial issuance of a new reassessment. The Minister may not change the amount of an assessment in pleadings, but may make arguments in support of an assessment in pleadings, even if not included in a notice of assessment. The Crown was entitled to argue, as it did before the Tax Court, the new basis advanced in its reply.

(2) The transactions executed to transfer the loss to the taxpayer in *Nova Corp.* were similar to those herein. *Nova Corp.* concluded that the claimed loss on disposition had occurred purely by operation of the Act, and that the taxpayer had done nothing which influenced the proceeds of disposition in the transactions or increased the adjusted cost

*Arrêt*: l’appel est rejeté.

Le juge Létourneau, J.C.A. (le juge Rothstein, J.C.A., souscrivant à ces motifs): 1) Il était impossible de déterminer si le délai de quatre ans fixé en matière de nouvelle cotisation avait expiré lorsque le nouveau fondement de la nouvelle cotisation a d’abord été soulevé parce que le dossier ne révélait pas quand la cotisation initiale a été établie. Comme le délai de prescription n’a pas été mis en preuve, le principe énoncé dans l’affaire *Banque Continentale* ne pouvait s’appliquer.

Le juge Bastarache a affirmé dans l’arrêt *Banque Continentale* que «[l]a Couronne n’est pas autorisée à invoquer un nouveau fondement pour justifier une nouvelle cotisation après l’expiration du délai prévu à cette fin». Cet énoncé n’a pas pour effet d’imposer une procédure formelle à suivre ou une limite procédurale lorsqu’on fait valoir un nouveau fondement. Ce passage fait mention de la Couronne, non du ministre. On y parle d’«invoquer un nouveau fondement», ce qui renvoie à la pratique actuelle de la Couronne qui consiste à invoquer, dans ses actes de procédure, un nouvel argument au soutien de la cotisation. Le juge Bastarache se préoccupait de l’éventuelle iniquité dont le contribuable serait victime si l’avis qui lui est donné du nouveau fondement, peu importe sa forme, est inadéquat ou donné trop tard et que le contribuable se voit privé d’une occasion suffisante de répondre. Cette opinion est étayée par la récente modification de l’article 152 qui a pour effet d’écarter l’arrêt *Banque Continentale* et d’autoriser la présentation d’un nouvel argument à l’appui d’une cotisation après l’expiration de la période normale de nouvelle cotisation, sous réserve du pouvoir discrétionnaire de la Cour de refuser d’entendre ce nouveau moyen s’il est susceptible de causer un préjudice au contribuable en raison du changement tardif. La modification n’était pas applicable en l’espèce puisqu’elle n’était pas en vigueur lorsque la question a été débattue devant la Cour canadienne de l’impôt. Mais, elle donnait une idée de l’orientation qu’il faut suivre. Exiger que l’avis approprié à donner au contribuable concernant l’existence d’un nouvel argument à l’appui de la cotisation doive nécessairement prendre la forme d’une nouvelle cotisation établie par le ministre entraînerait un formalisme inutile que ne justifiaient ni l’arrêt *Banque Continentale* ni la modification subséquente de l’article 152. Le ministre ne peut changer le montant d’une cotisation dans ses actes de procédure, mais il peut y invoquer des arguments au soutien de la cotisation, même s’ils ne font pas l’objet d’un avis de nouvelle cotisation. La Couronne était autorisée à débattre, comme elle l’avait fait devant la Cour de l’impôt, du nouveau fondement avancé dans sa réponse.

2) Les opérations effectuées pour transférer la perte au contribuable dans l’affaire *Nova Corp.* étaient analogues à celles intervenues en l’espèce. La Cour y a conclu que la perte découlant de la disposition demandée par le contribuable était purement attribuable à l’application de la Loi et que le contribuable n’avait rien fait pour influencer sur le produit de

base of the shares. While the respondent herein may have had a greater involvement in orchestrating the transactions than did the taxpayer in *Nova Corp.*, in view of the conclusion reached on capital property herein, the facts of this case were not distinguishable from *Nova Corp.* Both the doctrine of *stare decisis*, and that of judicial comity required that *Nova Corp.* be followed, in the absence of any overriding error or failure to consider relevant legislation in that case, or binding authorities which, in the interest of justice, would either require or justify departure from the interpretation previously given by this Court to subsection 55(1).

(3) Acceptance of the Crown's submission that the loss shares were neither capital nor inventory would require not following *Friesen v. Canada*, wherein the Supreme Court of Canada held that the Act creates a simple system which recognizes only two broad categories of property: inventory or capital property, and that under the Act, the characterization of an item of property is linked to the type of income that such property will produce i.e. business income or capital gain. The Crown's proposal would create an undefined third category of property not contemplated by the Act and unrelated to the type of income or sources of revenues envisaged by the Act. It was not clear on what basis then the profits resulting from the disposition of the shares could be taxed in the hands of the seller or the losses deducted. It would create in the Act an unwarranted vacuum as well as uncertainty with respect to the characterization of items of property. The characterization of the loss shares must be decided by reference to the two income-related categories established by the Act. The Tax Court correctly held that the shares were a capital asset, the sale of which would have normally given rise to a capital gain or a capital loss. As it turned out, the shares were a bad investment. The decision to sell their bad investment on terms as favourable as possible did not change the nature of that investment or of its use. The Crown's submission that the shares were not capital property throughout the transactions was rejected.

While the fact that a corporation was able to repatriate huge losses incurred in the United States, thereby reducing its Canadian tax liability, was disturbing, the legality, not morality, of the transaction was at issue.

*Per* Isaac C.J. (concurring in the result only): The appeal should be dismissed (i) for the reasons given by Marceau J.A. in *Nova Corp. of Alberta v. R.*; (ii) for reasons of judicial comity; and (iii) because *Income Tax Act*, paragraph

la disposition dans le cadre des opérations ou pour augmenter le prix de base rajusté des actions. Bien que la participation de l'intimée dans l'organisation des opérations en l'espèce ait peut-être été plus grande que celle du contribuable dans l'arrêt *Nova Corp.*, les faits de la présente affaire ne pouvaient, à la lumière de la conclusion tirée relativement aux biens en immobilisation, être distingués de ceux de l'affaire *Nova Corp.* Tant la doctrine du *stare decisis* que celle de la courtoisie entre juges exigeaient que l'arrêt *Nova Corp.* soit suivi puisqu'il n'y avait pas d'erreur fondamentale ni d'omission manifeste de tenir compte des dispositions législatives pertinentes ou de la jurisprudence obligatoire, ce qui, dans l'intérêt de la justice, aurait obligé le tribunal à s'écarter de l'interprétation antérieurement donnée par la présente Cour du paragraphe 55(1) ou aurait justifié une telle mesure.

3) Le fait d'accepter la thèse de la Couronne selon laquelle les actions dépréciées ne constituaient pas des biens en immobilisation ni des stocks aurait forcé la Cour à s'écarter de l'arrêt *Friesen c. Canada* où la Cour suprême du Canada a statué d'une part que la Loi mettait en place un régime simple ne reconnaissant que deux catégories de biens: les biens en immobilisation et les stocks, et de l'autre que la qualification d'un bien était liée au genre de revenu que celui-ci produira, savoir un revenu d'entreprise ou un gain en capital. La thèse de la Couronne donnerait naissance à une troisième catégorie de biens indéterminée non envisagée par la Loi ni reliée au genre de revenu ou de sources de revenu visés par la Loi. Il était difficile de savoir sur quelle base il serait alors possible de déduire les pertes ou d'imposer le vendeur pour les profits réalisés par suite de la disposition des actions. Cette situation aurait entraîné un vide injustifié dans la Loi de même que de l'incertitude quant à la qualification des différents biens. Il faut décider de la qualification des actions dépréciées en fonction des deux catégories fondées sur le revenu établies par la Loi. La Cour de l'impôt a à juste titre conclu que les actions constituaient des immobilisations puisque leur vente aurait normalement donné lieu à un gain en capital ou à une perte en capital. Le placement s'était finalement révélé infructueux. La décision de vendre un mauvais placement aux conditions les plus avantageuses possible ne changeait pas la nature de ce placement ou de son utilisation. L'argument de la Couronne voulant que les actions n'aient pas constitué des biens en immobilisation lors de toutes les opérations a été rejeté.

Même si le fait qu'une société ait été en mesure de rapatrier une énorme perte subie aux États-Unis et d'ainsi réduire sa responsabilité fiscale au Canada était préoccupant, il s'agissait en l'espèce d'examiner la légalité et non la moralité de l'opération.

Le juge en chef Isaac (souscrivant au dispositif seulement): Je suis d'avis de rejeter l'appel (i) pour les motifs prononcés par le juge Marceau, J.C.A. dans l'arrêt *Nova Corp of Alberta c. R.*; (ii) pour des raisons de courtoisie

55(1)(c) has been repealed and replaced by provisions which prohibit the conduct that the appellant and others engaged in.

entre juges; et (iii) parce que l'alinéa 55(1)c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* a été abrogé et remplacé par des dispositions qui prohibent les agissements auxquels l'appelante et d'autres personnes se sont livrées.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 152 (as am. by S.C. 1999, c. 22, s. 63.1).

*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 53(1)(f.1) (as enacted by S.C. 1977-78, c. 1, s. 21; 1979, c. 5, s. 14), 55(1) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 24; rep. by S.C. 1988, c. 55, s. 33), 85(4) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 48), 245(1) (as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 185).

*Income Tax Act, 1952* (U.K.), 15 & 16 Geo. 6, c. 10, s. 526.

*Income Tax Amendments Act, 1998*, S.C. 1999, c. 22, s. 63.1(2),(3).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### FOLLOWED:

*Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; (1995), 127 D.L.R. (4th) 193; [1995] 2 C.T.C. 369; 95 DTC 5551; 186 N.R. 243.

##### APPLIED:

*Nova Corp. of Alberta v. R.*, [1997] 3 C.T.C. 291; (1997), 97 DTC 5229; 212 N.R. 321 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [1997] 3 S.C.R. xiii; (1997), 228 N.R. 94.

##### DISTINGUISHED:

*Continental Bank of Canada v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 358; (1998), 163 D.L.R. (4th) 430; 98 DTC 6501; 229 N.R. 44.

##### CONSIDERED:

*Bishop (Inspector of Taxes) v. Finsbury Securities, Ltd.*, [1966] 3 All E.R. 105 (H.L.); *McLeod (C.) v. M.N.R.*, [1990] 1 C.T.C. 433; (1990), 90 DTC 6281; 33 F.T.R. 306 (F.C.T.D.).

##### REFERRED TO:

*Wiebe (J.E.) v. M.N.R.*, [1989] 1 C.T.C. 411; (1989), 89 DTC 5179; 98 N.R. 159 (F.C.A.); *Wiebe (J.E.) v. M.N.R.*, [1988] 1 C.T.C. 2308; (1988), 88 DTC 1234 (T.C.C.); *Camp Kahquah Corp. v. Canada*, [1998] T.C.J. No. 397 (T.C.C.) (QL); *Bowens v. R.* (1994), 5 C.C.P.B. 47; [1994] 2 C.T.C. 2404; 94 DTC 1853

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Income Tax Act, 1952*, (R.-U.), 15 & 16 Geo. 6, ch. 10, art. 526.

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 152 (mod. par L.C. 1999, ch. 22, art. 63.1).

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 53(1)f.1) (édicte. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 21; 1979, ch. 5, art. 14), 55(1) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 24; abrogé par L.C. 1988, ch. 55, art. 33), 85(4) (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 48), 245(1) (mod. par L.C. 1988, ch. 55, art. 185).

*Loi de 1998 modifiant l'impôt sur le revenu*, L.C. 1999, ch. 22, art. 63.1(2),(3).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION SUIVIE:

*Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; (1995), 127 D.L.R. (4th) 193; [1995] 2 C.T.C. 369; 95 DTC 5551; 186 N.R. 243.

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Nova Corp. of Alberta c. R.*, [1997] 3 C.T.C. 291; (1997), 97 DTC 5229; 212 N.R. 321 (C.A.F.); demande d'autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [1997] 3 R.C.S. xiii; (1997), 228 N.R. 94.

##### DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Banque Continentale du Canada c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 358; (1998), 163 D.L.R. (4th) 430; 98 DTC 6501; 229 N.R. 44.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Bishop (Inspector of Taxes) v. Finsbury Securities, Ltd.*, [1966] 3 All E.R. 105 (H.L.); *McLeod (C.) c. M.R.N.*, [1990] 1 C.T.C. 433; (1990), 90 DTC 6281; 33 F.T.R. 306 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Wiebe (J.E.) c. M.R.N.*, [1989] 1 C.T.C. 411; (1989), 89 DTC 5179; 98 N.R. 159 (C.A.F.); *Wiebe (J.E.) c. M.R.N.*, [1988] 1 C.T.C. 2308; (1988), 88 DTC 1234 (C.C.I.); *Camp Kahquah Corp. c. Canada*, [1998] A.C.I. n° 397 (C.C.I.) (QL); *Bowens c. R.* (1994), 5 C.C.P.B. 47; [1994] 2 C.T.C. 2404; 94 DTC 1853

(T.C.C.); *McKervey A. v. M.N.R.*, [1992] 2 C.T.C. 2015; (1992), 92 DTC 1570 (T.C.C.); *Bell v. Cessna Aircraft Co.* (1983), 149 D.L.R. (3d) 509; [1983] 6 W.W.R. 178; 46 B.C.L.R. 145; 36 C.P.C. 115 (B.C.C.A.); *Janssen Pharmaceutica Inc. v. Apotex Inc.* (1997), 72 C.P.R. (3d) 179; 208 N.R. 395 (F.C.A.).

APPEAL from a Tax Court decision allowing an appeal from a reassessment disallowing the capital losses claimed by the respondent in its 1986 tax return based on *Income Tax Act*, subsection 55(1) (*Hollinger Inc. v. R.*, [1998] 4 C.T.C. 2424; (1998), 98 DTC 1913 (T.C.C.)). Appeal dismissed.

APPEARANCES:

*John R. Shipley and Jag S. Gill* for appellant.  
*Warren J.A. Mitchell, Q.C.* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Thorsteinssons, Vancouver*, for respondent.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

[1] ISAAC C.J.: I have had the advantage of reading the reasons for judgment that Mr. Justice Létourneau proposes to deliver in this appeal.

[2] Like Mr. Justice Létourneau, I have reached the conclusion that this appeal should be dismissed; but, I do so for three reasons: first, for the reasons given by Marceau J.A. in his lament in *Nova Corp. of Alberta v. R.*;<sup>1</sup> secondly, for reasons of judicial comity; and, thirdly and most importantly, because paragraph 55(1)(c) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 24; rep. by S.C. 1988, c. 55, s. 33)] has been repealed and replaced by provisions which prohibit the conduct that the appellant and others engaged in the transactions described in the reasons of Mr. Justice Létourneau.

(C.C.I.); *McKervey A. c. M.R.N.*, [1992] 2 C.T.C. 2015; (1992), 92 DTC 1570 (C.C.I.); *Bell v. Cessna Aircraft Co.* (1983), 149 D.L.R. (3d) 509; [1983] 6 W.W.R. 178; 46 B.C.L.R. 145; 36 C.P.C. 115 (C.A.C.-B.); *Janssen Pharmaceutica Inc. c. Apotex Inc.* (1997), 72 C.P.R. (3d) 179; 208 N.R. 395 (C.A.F.).

APPEL d'une décision de la Cour de l'impôt accueillant un appel interjeté à l'égard d'une nouvelle cotisation refusant, en vertu du paragraphe 55(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les pertes en capital demandées par l'intimée dans sa déclaration de revenu de 1986 (*Hollinger Inc. c. R.*, [1998] 4 C.T.C. 2424; (1998), 98 DTC 1913 (C.C.I.)). Appel rejeté.

ONT COMPARU:

*John R. Shipley et Jag S. Gill*, pour l'appelante.  
*Warren J.A. Mitchell, c.r.*, pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada*, pour l'appelante.  
*Thorsteinssons, Vancouver*, pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE EN CHEF ISAAC: J'ai eu l'avantage de lire les motifs du jugement que M. le juge Létourneau propose de prononcer dans le cadre du présent appel.

[2] Comme M. le juge Létourneau, j'estime que le présent appel devrait être rejeté, mais j'arrive à cette conclusion pour trois raisons: premièrement, pour les motifs exposés par le juge Marceau, J.C.A. dans les regrets qu'il formule dans l'arrêt *Nova Corp. of Alberta c. R.*<sup>1</sup>; deuxièmement, pour des raisons de courtoisie judiciaire; troisièmement, et c'est le plus important, parce que l'alinéa 55(1)c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 24; abrogé par L.C. 1988, ch. 55, art. 33)] a été abrogé et remplacé par des dispositions qui prohibent les agissements auxquels l'appelante et d'autres personnes se sont livrées dans le cadre des opérations décrites dans les motifs de M. le juge Létourneau.

[3] I would, therefore, dismiss the appeal with costs.

\* \* \*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

[4] LÉTOURNEAU J.A.: This is an appeal from a decision of Bowman T.C.J. [[1998] 4 C.T.C. 2424] which upheld an ingenious scheme devised by the respondent whereby through a series of planned transactions, executed over a very short span of time (November 5, 1986 to December 22, 1986), it acquired worthless shares of a U.S.-based subsidiary, Coseka Resources (U.S.A.) Ltd. (Coseka U.S.), of a Canadian company, Coseka Resources Ltd. (Coseka). By reason of the high adjusted cost base of the shares which the respondent acquired and the negligible amount for which it disposed of the shares, it realized a substantial capital loss which offset substantial capital gains of its own.

[5] As a matter of fact, in filing its 1986 tax return, the respondent claimed a capital loss of \$113,723,980 and an allowable capital loss of \$56,861,990. The amount of the capital loss was based on the adjusted cost base of approximately 52% of the Coseka U.S. shares it had acquired (\$113,724,000) minus the proceeds of the disposition of these worthless shares, i.e., \$20. The Minister of National Revenue (Minister) disallowed the respondent's loss claim on the sole basis of subsection 55(1) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 24] of the *Income Tax Act* (the Act) which existed at the time as an anti-avoidance provision applicable to capital losses and gains. It read:

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

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

[3] Par conséquent, je rejetterais l'appel avec dépens.

\* \* \*

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

[4] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Il s'agit d'un appel interjeté à l'égard d'une décision du juge Bowman de la Cour canadienne de l'impôt [[1998] 4 C.T.C. 2424] par laquelle ce dernier a confirmé la validité d'un ingénieux stratagème conçu par l'intimée. Grâce à celui-ci, l'intimée, par le truchement d'une suite planifiée d'opérations qui sont intervenues au cours d'une très brève période (du 5 novembre 1986 au 22 décembre 1986), a acquis des actions sans valeur d'une filiale établie aux États-Unis, Coseka Resources (U.S.A.) Ltd. (Coseka U.S.) d'une société canadienne, Coseka Resources Ltd. (Coseka). En raison du prix de base rajusté élevé des actions qu'elle a acquises et de la somme négligeable pour laquelle elle a vendu ces actions, l'intimée a subi une perte en capital considérable qui lui a permis de réduire ses propres gains en capital dont le montant était fort élevé.

[5] De fait, lorsqu'elle a déposé sa déclaration de revenus de 1986, l'intimée s'est prévaluée d'une perte en capital de 113 723 980 \$ et d'une perte en capital déductible de 56 861 990 \$. Le montant de la perte en capital se fondait sur le prix de base rajusté d'environ 52 p. 100 des actions de Coseka U.S. qu'elle avait acquises (113 724 000 \$) moins le produit de la disposition de ces actions sans valeur, c.-à-d. 20 \$. S'appuyant uniquement sur le paragraphe 55(1) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 24] de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la Loi) en vigueur à l'époque (paragraphe anti-évitement applicable aux pertes et aux gains en capital), le ministre du Revenu national (ministre) a refusé la perte en capital demandée par l'intimée. Voici le texte de cette disposition:

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

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

- (b) created a loss from the disposition, or  
 (c) increased the amount of his loss from the disposition,

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

[6] Subsection 55(1) was repealed in September 1988 [S.C. 1988, c. 55, s. 33] and then replaced by subsection 245(1) [S.C. 1970-71-72, c. 63] (which itself has now been replaced [S.C. 1988, c. 55, s. 185]) which sought to attain the same objective, but was broader in scope and had a significantly different wording:

**245. (1)** In computing income for the purpose of this Act, no deduction may be made in respect of a disbursement or expense made or incurred in respect of a transaction or operation that, if allowed, would unduly or artificially reduce the income.

[7] The respondent appealed the decision of the Minister to the Tax Court of Canada. In his reply to the respondent's notice of appeal, the Minister raised for the first time a new argument which has now, before us, become the chief argument, thereby relegating the initial subsection 55(1) reassessment to the role of subsidiary argument.

[8] Basically, the Minister now argues that, for the purposes of subsection 85(4) [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 48] and paragraph 53(1)(f.1) [as enacted by S.C. 1977-78, c. 1, s. 21; 1979, c. 5, s. 14] of the Act, the Coseka U.S. shares (the loss shares) bought by the respondent were no longer capital property as the loss shares had no value as an investment to anyone. To the Minister, they were neither a source of income themselves nor a part of an income-producing structure of another source of income. They were incapable of producing income and they were sold only as carriers of a tax loss.

[9] Moreover, as Coseka had been promoting the sale of its losses, this, according to the Minister,

- b) occasionner une perte résultant de la disposition, ou  
 c) augmenter le montant de sa perte résultant de la disposition,

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

[6] Le paragraphe 55(1) a été abrogé en septembre 1988 [L.C. 1988, ch. 55, art. 33] puis remplacé par le paragraphe 245(1) [S.C. 1970-71-72, ch. 63] (lui-même remplacé depuis [L.C. 1988, ch. 55, art. 185]) qui avait un objectif identique au paragraphe 55(1), mais dont la portée était plus large et le libellé sensiblement différent:

**245. (1)** Dans le calcul du revenu aux fins de la présente loi, aucune déduction ne peut être faite à l'égard d'un débours fait ou d'une dépense faite ou engagée, relativement à une affaire ou opération qui, si elle était permise, réduirait indûment ou de façon factice le revenu.

[7] L'intimée a interjeté appel de la décision du ministre à la Cour canadienne de l'impôt. Dans sa réponse à l'avis d'appel donné par l'intimée, le ministre a pour la première fois soulevé un nouvel argument qui, devant nous, constitue maintenant son principal moyen, ce qui relègue le fondement initial de la nouvelle cotisation, savoir le paragraphe 55(1), au rôle d'argument subsidiaire.

[8] De façon générale, le ministre fait maintenant valoir que, pour l'application du paragraphe 85(4) [mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 48] et de l'alinéa 53(1)(f.1) [édicte par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 21; 1979, ch. 5, art. 14] de la Loi, les actions de Coseka U.S. (les actions dépréciées) achetées par l'intimée ne constituaient plus des biens en immobilisation puisqu'elles n'avaient plus aucune valeur comme placement, quel que soit leur propriétaire. De l'avis du ministre, ces actions ne constituaient pas une source de revenu en soi et elles ne faisaient pas partie d'une structure productive de revenu intégrée à une autre source de revenu. Elles ne pouvaient permettre de réaliser un revenu et n'ont été vendues que pour donner lieu à une perte fiscale.

[9] En outre, comme Coseka a favorisé la vente de ses pertes, le ministre estime qu'il s'agit d'un geste

amounted to a clear and positive act indicating a change of intention regarding the purpose for which the shares were held by Coseka. They were no longer held as an investment and, consequently, they did not qualify as capital property. Relying upon the decision of the House of Lords in *Bishop (Inspector of Taxes) v. Finsbury Securities, Ltd.*,<sup>2</sup> he submitted in his memorandum of fact and law that the loss shares that were the subject of the transactions were neither capital nor stock-in-trade because the whole transaction stood outside the ambit of the taxpayer's business and was a purely artificial device remote from trade to secure a tax advantage.

[10] A brief description of the scheme whereby the respondent acquired the loss shares is necessary for a proper understanding of the arguments made by the parties. The main features of that scheme were usefully and succinctly described by the learned Tax Court Judge and I am content to reproduce this excerpt from pages 2426 and 2427 of his decision:

The Coseka U.S. shares had only a nominal value. If Coseka sold those shares it would have sustained a substantial capital loss equal, roughly, to its ACB [Adjusted Cost Base]. This loss would have been of no value to it because it had no capital gains against which the loss could be offset. Therefore a means had to be found whereby the potential loss could be turned to account.

Hollinger had ample capital gains and so the following series of steps was devised and implemented to enable Hollinger to utilize Coseka's potential losses. Counsel for the respondent described the steps as "preordained" and indeed they were. They were orchestrated by the appellant's solicitors.

1. Coseka caused 346045 Alberta Limited ("346045") to be incorporated of which it held all the shares.
2. Coseka caused 353380 Alberta Ltd. ("353380") to be incorporated. Its shares were all owned by 346045.
3. Coseka entered into a written option agreement with an arm's length company, 341063 Alberta Ltd. ("341063") whereby in consideration of \$15,000 it gave 341063 an option exercisable prior to December 30, 1986 to purchase all of the issued and outstanding 2,050 common,

manifeste et concret montrant un changement d'intention quant aux raisons pour lesquelles les actions étaient détenues par Coseka. Les actions n'étaient plus détenues à titre de placement et, par conséquent, ne pouvaient plus être considérées comme des biens en immobilisation. S'appuyant sur la décision rendue par la Chambre des lords dans l'affaire *Bishop (Inspector of Taxes) v. Finsbury Securities, Ltd.*,<sup>2</sup> le ministre a soutenu dans son mémoire des faits et du droit que les actions dépréciées faisant l'objet des opérations ne sont ni des biens en immobilisation ni des stocks parce que l'ensemble de l'opération va au-delà de la sphère d'activité de l'entreprise du contribuable et qu'il constitue un mécanisme purement fictive étranger au commerce et visant à obtenir un avantage fiscal.

[10] Pour bien comprendre les arguments présentés par les parties, il est nécessaire de donner une brève description du stratagème par lequel l'intimée a acquis les actions dépréciées. Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a utilement et succinctement exposé les principales caractéristiques de ce stratagème et je reproduis donc le passage suivant qui se trouve aux pages 2426 et 2427 de sa décision:

Les actions de Coseka U.S. n'avaient qu'une valeur symbolique. Si elle les avait vendues, Coseka aurait subi une perte en capital importante équivalant à peu près à leur PBR [prix de base rajusté]. Cette perte n'aurait eu pour elle aucune valeur car elle n'avait aucun gain en capital duquel elle aurait pu déduire la perte. Il fallait donc trouver un moyen de tirer profit de la perte éventuelle.

Les gains en capital de Hollinger étant élevés, les mesures suivantes ont été élaborées et mises en œuvre dans le but de lui permettre d'utiliser les pertes éventuelles de Coseka. L'avocat de l'intimée a dit de ces mesures qu'elles avaient été «arrêtées d'avance», ce qui est juste. Elles ont été orchestrées par les procureurs de l'appelante.

1. Coseka a fait constituer en société 346045 Alberta Limited («346045»), dont elle détenait la totalité des actions.
2. Coseka a fait constituer en société 353380 Alberta Ltd. («353380»), dont toutes les actions étaient détenues par 346045.
3. Coseka a conclu avec 341063 Alberta Ltd. («341063»), une compagnie avec laquelle elle n'avait pas de lien de dépendance, une convention écrite d'option aux termes de laquelle, en contrepartie de 15 000 \$, elle accordait à 341063 une option, qui

240 preferred, 150 preferred series B and 1,396 preferred series C shares of Coseka U.S. for a purchase price of \$0.01 per share.

4. 341063 was owned by Phelps Drilling International Limited ("Phelps"), which was owned to the extent of 24% by Bramalea Limited. Bramalea was a 68% shareholder of Coseka.
  5. By an agreement of purchase and sale dated November 24, 1986, which followed substantially a letter of intent of November 7, 1986, the appellant agreed to purchase from Coseka the 10 issued and outstanding shares of 346045 for \$4,000,000 with a closing time of 2:00 p.m. on December 16, 1986.
  6. In that agreement, Coseka warranted that at closing the only assets of 346045 were the shares of 353380, and that 353380's only assets would be 1,068 common, 125 preferred, 79 preferred series B, and 728 preferred series C shares of Coseka U.S. (about 52% of all of its issued and outstanding shares) which were subject to the option to 341063.
  7. In the agreement there was a condition that the appellant would satisfy itself that the ACB of the Coseka U.S. shares held by 353380 was at least \$100,000,000.
  8. The Coseka U.S. shares had been pledged and hypothecated to the Royal Bank of Canada. The bank released them on December 9, 1986 in consideration of Coseka's agreement to pay it one-half of the net amount received by Coseka for the shares of 346045 as well as one half of the amount received under a similar transaction with Westbridge Capital Corporation relating to the rest of the shares of Coseka U.S.
  9. On December 12, 1986 Coseka sold and transferred to 353380 the 1,068 common, 125 preferred, 79 preferred series B and 728 preferred series C, shares of Coseka U.S. referred to in paragraph 6. 353380 acknowledged that the shares were subject to the option to 341063 and entered into a similar option agreement with 341063.
  10. On December 18, 1986, 346045 was dissolved and its shares of 353380 were transferred to the appellant. The certificate of dissolution of 346045 is dated December 18, 1986. Following the dissolution of 346045, the
4. 341063 appartenait à Phelps Drilling International Limited («Phelps»), dont Bramalea Limited détenait 24 p. 100 des actions. Bramalea détenait 68 p. 100 des actions de Coseka.
  5. Par une convention d'achat datée du 24 novembre 1986, qui reprenait pour l'essentiel une lettre d'intention du 7 novembre 1986, l'appelante s'est engagée à acheter à Coseka pour 4 000 000 \$ les 10 actions émises et en circulation de 346045, la conclusion de l'opération étant prévue pour 14 h le 16 décembre 1986.
  6. Dans cette convention, Coseka garantissait qu'à la date de conclusion de l'opération les seuls éléments d'actif de 346045 seraient les actions de 353380 et les seuls éléments d'actif de 353380 seraient 1 068 actions ordinaires, 125 actions privilégiées, 79 actions privilégiées de série B et 728 actions privilégiées de série C de Coseka U.S. (environ 52 p. 100 de la totalité de ses actions émises et en circulation), qui faisaient l'objet de l'option accordée à 341063.
  7. La convention comportait une condition selon laquelle l'appelante devait s'assurer que le PBR des actions de Coseka U.S. détenues par 353380 était d'au moins 100 000 000 \$.
  8. Les actions de Coseka U.S. avaient fait l'objet d'un nantissement et d'une hypothèque en faveur de la Banque Royale du Canada. Le 9 décembre 1986, la banque a accordé la libération à l'égard de ceux-ci en contrepartie de la promesse de Coseka de lui verser la moitié du montant net que Coseka toucherait pour les actions de 346045 de même que la moitié du montant qu'elle toucherait par suite d'une opération semblable conclue avec Westbridge Capital Corporation relativement au reste des actions de Coseka U.S.
  9. Le 12 décembre 1986, Coseka a vendu et transféré à 353380 les 1 068 actions ordinaires, les 125 actions privilégiées, les 79 actions privilégiées de série B et les 728 actions privilégiées de série C de Coseka U.S. mentionnées au paragraphe 6. 353380 a reconnu que ces actions étaient visées par l'option accordée à 341063 et elle a conclu une convention d'option semblable avec 341063.
  10. Le 18 décembre 1986, 346045 a été dissoute et les actions de 353380 qu'elle détenait ont été transférées à l'appelante. Le certificat de dissolution de 346045 est daté du 18 décembre 1986. À la suite de la dissolution

Appellant caused 353350 to be dissolved and its assets, which consisted of approximately 52% of the issued shares of Coseka U.S., were transferred to the appellant.

11. On December 19, 1986, 341063 gave notice to the appellant that it was exercising its option to purchase the Coseka U.S. shares and on December 22, 1986, the Appellant sold them to 341063 for \$20.00.

[11] It is undisputed that the whole scheme had no business purpose and was set up only to gain a tax advantage under the Act. However, no sham was involved as there were a series of transactions legally binding and culminating in the acquisition of the loss shares by the respondent.

[12] The learned Tax Court Judge allowed the respondent's appeal. However, on the evidence that was available to him, he reduced the adjusted cost base of the shares to \$92,000,000. This finding is not in dispute before us.

[13] He also ruled that the shares had not ceased to be capital property because of Coseka's decision to sell an unproductive investment. Furthermore, he dismissed the Minister's argument based on paragraphs 85(4)(b) and 53(1)(f.1) of the Act as he was of the view that these paragraphs did not apply in the circumstances since Coseka owned no shares of the corporation to which the property was disposed.

[14] It is against this factual and legal background that this appeal stands to be decided.

[15] The respondent raised two preliminary issues in its memorandum and, at the hearing, it was agreed that it would be convenient that these two issues be argued first. The Court reserved its decision and I shall dispose of them now.

#### The preliminary issues raised by the respondent

[16] The respondent submitted that, in view of the decision of the Supreme Court of Canada in *Continental Bank of Canada v. Canada*,<sup>3</sup> the appellant was not

de 346045, l'appelante a fait dissoudre 353350, et les actifs de celle-ci, soit approximativement 52 p. 100 des actions émises de Coseka U.S., ont été transférés à l'appelante.

11. Le 19 décembre 1986, 341063 a avisé l'appelante qu'elle levait son option d'acheter les actions de Coseka U.S. et, le 22 décembre 1986, l'appelante a vendu ces actions à 341063 pour 20 \$.

[11] Il n'est pas contesté que l'ensemble du strata-gème n'avait aucun objet commercial et qu'il a été mis sur pied uniquement en vue d'obtenir un avantage fiscal sous le régime de la Loi. Cependant, aucune opération fictive n'a eu lieu puisqu'il s'agit d'une série d'opérations ayant force obligatoire et ayant mené à l'acquisition des actions dépréciées par l'intimée.

[12] Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a accueilli l'appel de l'intimée. Toutefois, à la lumière de la preuve dont il était saisi, il a réduit le prix de base rajusté des actions à 92 000 000 \$. Cette conclusion n'est pas en litige devant nous.

[13] Le juge a également conclu que les actions n'avaient pas cessé de constituer des biens en immobilisation parce que Coseka avait décidé de vendre un placement improductif. De plus, il a rejeté l'argument du ministre fondé sur les alinéas 85(4)(b) et 53(1)(f.1) de la Loi parce que selon lui, comme Coseka n'était propriétaire d'aucune action de la société qui s'est portée acquéreur du bien, ces dispositions ne s'appliquaient pas en l'espèce.

[14] C'est à la lumière de ces faits et de ce contexte juridique que le présent appel doit être tranché.

[15] Dans son mémoire, l'intimée a soulevé deux questions préliminaires et, lors de l'audience, il a été convenu qu'il serait opportun de débattre de ces deux points en premier. La Cour a décidé de surseoir à sa décision et je me prononcerai maintenant sur ces points préliminaires.

#### Questions préliminaires soulevées par l'intimée

[16] L'intimée a fait valoir que, compte tenu de la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Banque Continentale du Canada c. Canada*<sup>3</sup>,

entitled to raise for the first time before the Tax Court an argument which, in effect, after the limitation period for reassessing had expired, completely changed the basis of its earlier reassessment of the taxpayer.

[17] In addition, it submitted that, with respect to the anti-avoidance provision contained in subsection 55(1) of the Act, this panel was bound by the earlier decision of this Court in *Nova Corp. of Alberta v. R.*<sup>4</sup> Not to follow the *stare decisis* rule and the principle of judicial comity would, according to the respondent, create nothing less than a judicial lottery whereby one could expect different decisions from this Court depending upon the composition of its panels from time to time.

#### The Continental Bank issue

[18] The Minister's reassessment pursuant to subsection 55(1) was based on the assumption that the loss shares acquired by the respondent were capital property throughout, but that the respondent's conduct was abusive in that it artificially or unduly increased its loss from the disposition of that property. It is clear from the Minister's reply to the respondent's notice of appeal that the Minister assumed that the adjusted cost base of the loss shares was transferred by Coseka.<sup>5</sup> In addition, subsection 55(1) applied only to capital losses and capital gains and the assessor who caused the reassessment to be issued confirmed in his testimony that he treated the loss shares as capital property.<sup>6</sup>

[19] The position now taken by the appellant that the loss shares were not capital property is obviously a revocation of its prior unsuccessful assumption. From the evidence before us and before the Tax Court Judge, it is impossible, however, to determine whether the limitation period for reassessing had expired when this new basis was first raised by the Minister. We

l'appelante n'était pas autorisée à invoquer pour la première fois devant la Cour canadienne de l'impôt un argument qui a pour effet, après l'expiration du délai de prescription applicable en matière de nouvelle cotisation, de changer du tout au tout le fondement de la nouvelle cotisation dont le contribuable a déjà fait l'objet.

[17] Elle a également soutenu, en ce qui concerne les dispositions anti-évitement prévues au paragraphe 55(1) de la Loi, que le présent tribunal était lié par l'arrêt antérieur *Nova Corp. of Alberta c. R.* de la présente Cour<sup>4</sup>. Suivant l'intimée, le fait de ne pas suivre la règle du *stare decisis* et le principe de la courtoisie entre juges donnerait naissance à rien de moins qu'une loterie judiciaire dans le cadre de laquelle on pourrait s'attendre à ce que la présente Cour rende des décisions différentes selon la composition du tribunal.

#### Arrêt Banque Continentale

[18] La nouvelle cotisation établie par le ministre en application du paragraphe 55(1) se fondait sur l'hypothèse suivant laquelle les actions dépréciées acquises par l'intimée avaient toujours constitué des biens en immobilisation, mais que l'intimée s'était livrée à des agissements abusifs en augmentant artificiellement ou indûment le montant de sa perte découlant de la disposition de ce bien. Il ne fait aucun doute à la lecture de la réponse donnée par le ministre à l'avis d'appel de l'intimée qu'il allègue que le prix de base rajusté des actions dépréciées a été transféré par Coseka<sup>5</sup>. De plus, le paragraphe 55(1) s'appliquait uniquement aux pertes et aux gains en capital, et le contrôleur des contributions ayant établi la nouvelle cotisation a confirmé dans son témoignage qu'il avait traité les actions dépréciées comme des biens en immobilisation<sup>6</sup>.

[19] La thèse maintenant soutenue par l'appelante voulant que les actions dépréciées ne soient pas des biens en immobilisation constitue de toute évidence une révocation de son allégation antérieure mal fondée. Il est toutefois impossible, sur la foi de la preuve déposée devant nous et devant le juge de la Cour canadienne de l'impôt, de décider si le délai de

know that a notice of reassessment was issued on February 4, 1993, but the record does not reveal when the original assessment of the respondent was made from which to calculate the four-year limitation period.

[20] On the other hand, the Minister did raise for the first time on September 12, 1994, in his reply to the respondent's notice of appeal, that Coseka did not hold the loss shares as capital property on December 12, 1986<sup>7</sup> and that the transfer of these shares to the second subsidiary company (353380 Alberta Ltd.) on that date was not a transfer of capital property.<sup>8</sup> Instead, he submitted that the loss shares had become trading assets utilized by Coseka in a business operation or venture of profit-making by which it intended to sell for gain its tax loss. Thus, the issue was as early as September 1994 before the Tax Court and it is still impossible to establish whether by then the limitation period for reassessment had expired. Because the limitation date is not in evidence, I am of the view that the *Continental Bank* principle relied upon by the respondent, namely that the Crown is not permitted to advance a new basis for reassessment after the limitation period has expired, cannot be applied in this instance.

[21] However, counsel for the respondent contended that the *Continental Bank* decision of the Supreme Court stands for more. In his view, it also determined the procedure to be followed when a new basis for reassessment is being advanced. Under the existing law at the time, if the Minister was entitled to change the basis of the reassessment within the limitation period, counsel claimed, he could only do that formally by either issuing a new reassessment or amending the existing reassessment. Consequently, the mere pleading of such new basis in the reply is not sufficient to validly raise the issue and prevent the limitation period from expiring. He relied to sustain his

prescription fixé en matière d'établissement de nouvelles cotisations était expiré lorsque ce nouveau fondement a d'abord été soulevé par le ministre. Nous savons qu'un avis de nouvelle cotisation a été donné le 4 février 1993, mais le dossier ne révèle pas quand la cotisation initiale de l'intimée a été établie, moment à partir duquel le délai de prescription de quatre ans commence à courir.

[20] D'un autre côté, le ministre a fait valoir pour la première fois le 12 septembre 1994, dans sa réponse à l'avis d'appel de l'intimée, que Coseka ne détenait pas les actions dépréciées à titre de biens en immobilisation le 12 décembre 1986<sup>7</sup> et que le transfert de ces actions à la filiale de deuxième rang (353380 Alberta Ltd.) à cette date ne constituait pas un transfert de biens en immobilisation<sup>8</sup>. Il affirme plutôt que les actions dépréciées sont devenues un actif engagé dont Coseka se serait servie lors d'une opération commerciale ou d'une entreprise à but lucratif par laquelle elle avait l'intention de vendre sa perte fiscale en vue d'en tirer profit. Par conséquent, la Cour canadienne de l'impôt était saisie de la question depuis au moins septembre 1994 et il est toujours impossible de déterminer si, à ce moment, le délai de prescription pour l'établissement d'une nouvelle cotisation était expiré. Comme la date d'échéance du délai n'a pas été mise en preuve, j'estime que le principe énoncé dans l'arrêt *Banque Continentale* sur lequel se fonde l'intimée, savoir que la Couronne n'est pas autorisée à invoquer un nouveau motif pour étayer sa nouvelle cotisation après l'expiration du délai de prescription, ne peut être appliqué en l'espèce.

[21] Cependant, l'avocat de l'intimée fait valoir que l'arrêt de la Cour suprême *Banque Continentale* va plus loin. À son avis, il fixe également la marche à suivre lorsqu'un nouveau fondement est avancé à l'appui d'une nouvelle cotisation. L'avocat soutient en effet que si le ministre était autorisé, sous le régime des dispositions législatives en vigueur à l'époque, à changer le fondement de la nouvelle cotisation dans le délai de prescription applicable, il pouvait uniquement procéder de manière officielle soit en délivrant à nouveau une nouvelle cotisation soit en modifiant la nouvelle cotisation existante. Par conséquent, le simple fait d'alléguer ce nouveau fondement dans la réponse

claim upon the following passage from Bastarache J.:<sup>9</sup>

The Crown is not permitted to advance a new basis for reassessment after the limitation period has expired.

[22] With respect, I do not read this statement of Bastarache J. as imposing a formal procedure or a procedural restriction of the kind suggested by the respondent.

[23] First, the quoted passage refers to the Crown, not the Minister. Had Bastarache J. mentioned the Minister, it could have been a possible indication that he had in mind the procedure of reassessment itself. Second, it speaks of “advanc[ing] a new basis for reassessment”, thereby referring to the Crown’s actual practice of advancing a new argument in its pleadings in support of the assessment.<sup>10</sup> Indeed, immediately after his statement, Bastarache J. refers with approval to the case of *McLeod (C.) v. M.N.R.*<sup>11</sup> in which the Crown was refused leave to amend its pleadings to advance a new basis for reassessment because the limitation period had expired. While Collier J. in *McLeod* refused the amendment on account of the expiry of the limitation period, he never questioned the Crown’s right to make new assumptions at trial or advance a new argument in support of the assessment.

[24] It is obvious at pages 367-368 of his reasons that what Bastarache J. is concerned with is the possible unfairness to the taxpayer when notification of the new basis, whatever form it may take, is either inadequate or given too late and, as a result, the taxpayer is not afforded a proper opportunity to respond:

Taxpayers must know the basis upon which they are being assessed so that they may advance the proper evidence to challenge the assessment. . . To allow the appellant to proceed with its new assessment without the benefit of findings of fact made at trial would require this Court to

ne peut suffire à valablement soulever la question ni à éviter l’expiration du délai de prescription. Le ministre s’est appuyé sur l’affirmation suivante du juge Bastarache<sup>9</sup>:

La Couronne n’est pas autorisée à invoquer un nouveau fondement pour justifier une nouvelle cotisation après l’expiration du délai prévu à cette fin.

[22] Avec égards, je ne partage pas cette prétention que le juge Bastarache a voulu imposer une procédure formelle à suivre ou une limite procédurale du genre de celle soumise par l’intimée.

[23] En premier lieu, le passage cité fait mention de la Couronne, non du ministre. Si le juge Bastarache avait mentionné le ministre, il aurait été possible d’en déduire qu’il visait le processus d’établissement d’une nouvelle cotisation en soi. En second lieu, on y parle d’«invoquer un nouveau fondement pour justifier la nouvelle cotisation», ce qui renvoie à la pratique actuelle de la Couronne qui consiste à invoquer, dans ses actes de procédure, un nouvel argument au soutien de la cotisation<sup>10</sup>. De fait, immédiatement après cette affirmation, le juge Bastarache cite et approuve l’affaire *McLeod (C.) c. M.R.N.*<sup>11</sup> dans laquelle la Couronne s’est vue refuser l’autorisation de modifier ses actes de procédure pour invoquer un nouveau fondement justifiant une nouvelle cotisation parce que le délai de prescription était expiré. Bien que, dans cette affaire, le juge Collier ait refusé la modification parce que le délai prévu était expiré, il n’a jamais mis en doute le droit de la Couronne de présenter de nouvelles allégations à l’instruction ni de faire valoir un nouveau moyen pour justifier la cotisation.

[24] Il ressort sans équivoque des pages 367 et 368 de ses motifs que le juge Bastarache se préoccupait de l’éventuelle iniquité dont le contribuable serait victime si l’avis qui lui est donné du nouveau fondement, peu importe sa forme, est inadéquat ou donné trop tard et que, par conséquent, le contribuable ne bénéficie pas d’une occasion suffisante de répondre:

Les contribuables doivent savoir sur quelle base repose la cotisation qui leur est transmise afin de pouvoir présenter les éléments de preuve appropriés pour la contester [. . .] Pour pouvoir permettre à l’appelante d’établir une nouvelle cotisation en l’absence de conclusions de fait tirées en

become a court of first instance with regard to the new claim.

[25] I am comforted in this view by the recent legislative amendment in Bill C-72 [*Income Tax Amendments Act, 1998*, S.C. 1999, c. 22, s. 63.1 (2)] brought to section 152 of the Act [R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1] to overrule the decision of the Supreme Court in *Continental Bank* on this point. Subsection 152(9) assented to on June 17, 1999 allows for an alternative argument in support of an assessment to be advanced at any time after the normal reassessment period, subject to a discretion given to the Court to refuse it if prejudice could result to the taxpayer from the late change. The subsection reads:

63.1 . . .

(2) Section 152 of the Act is amended by adding the following after subsection (8):

(9) The Minister may advance an alternative argument in support of an assessment at any time after the normal reassessment period unless, on an appeal under this Act

(a) there is relevant evidence that the taxpayer is no longer able to adduce without the leave of the court; and

(b) it is not appropriate in the circumstances for the court to order that the evidence be adduced.

[26] The amendment has no application in the present proceedings because it was not in force when the matter was argued before the Tax Court.<sup>12</sup> But it is indicative of the philosophy that ought to prevail in these matters. It would introduce an unnecessary measure of formalism, unwarranted by the decision of the Supreme Court and the subsequent amendment to section 152, if we were to require that proper notification to the taxpayer of an alternative argument in support of an assessment can only be achieved by the ministerial issuance of a new reassessment. This is not to say that the Minister may change the amount of an assessment in pleadings, but only that arguments in support of an assessment can be made in pleadings,

première instance, notre Cour devrait se transformer en tribunal de première instance à l'égard de la nouvelle demande.

[25] Je suis conforté dans cette opinion par la récente modification législative apportée par le projet de loi C-72 [*Loi de 1998 modifiant l'impôt sur le revenu*, L.C. 1999, ch. 22, art. 63.1(2)] à l'article 152 de la Loi [L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1], modification qui écarte, à cet égard, l'arrêt *Banque Continentale* de la Cour suprême. Le paragraphe 152(9), sanctionné le 17 juin 1999, prévoit la possibilité d'avancer un nouvel argument à l'appui d'une cotisation après l'expiration de la période normale de nouvelle cotisation, sous réserve du pouvoir discrétionnaire conféré à la Cour de refuser d'entendre ce nouveau moyen s'il est susceptible de causer un préjudice au contribuable en raison du changement tardif. Ce paragraphe est ainsi rédigé:

63.1 [. . .]

(2) L'article 152 de la même loi est modifié par adjonction, après le paragraphe (8), de ce qui suit:

(9) Le ministre peut avancer un nouvel argument à l'appui d'une cotisation après l'expiration de la période normale de nouvelle cotisation, sauf si, sur appel interjeté en vertu de la présente loi:

a) d'une part, il existe des éléments de preuve que le contribuable n'est plus en mesure de produire sans l'autorisation du tribunal;

b) d'autre part, il ne convient pas que le tribunal ordonne la production des éléments de preuve dans les circonstances.

[26] La modification n'est pas applicable dans la présente instance puisqu'elle n'était pas en vigueur lorsque la question a été débattue devant la Cour canadienne de l'impôt<sup>12</sup>. Mais, elle donne une idée de l'orientation qu'il faut suivre dans ce genre d'affaires. Exiger que l'avis approprié à donner au contribuable concernant l'existence d'un nouvel argument à l'appui de la cotisation doive nécessairement prendre la forme d'une nouvelle cotisation établie par le ministre entraînerait un formalisme inutile que ne justifient ni la décision de la Cour suprême ni la modification subséquente de l'article 152. Cela ne signifie pas que le ministre peut changer le montant d'une cotisation dans ses actes de procédure, mais seulement que les

even if not included in a notice of reassessment. Changing the amount of an assessment in pleadings is tantamount to the Minister appealing his own assessment, an avenue which has been clearly rejected by the Courts.<sup>13</sup>

[27] In conclusion, I think the preliminary objection of the respondent grounded on the *Continental Bank* case has no merit in this instance and, accordingly, the appellant was entitled to argue, as it did before the Tax Court, the new basis advanced in its reply. The respondent was fully and timely informed of it and had ample time to prepare as the hearing of the appeal took place more than three and a half years later. All the relevant evidence was before the Tax Court Judge. Not only was there no objection made by the respondent at the time, but submissions were made to the Judge by both parties with respect to the new basis for reassessment. The Tax Court Judge dealt with the issue on its merits and the appellant's ground of appeal relating to that aspect of the Tax Court Judge's decision is properly before us. I shall deal with it after consideration of the second preliminary objection.

The *Nova Corp.* case and the applicability of the doctrine of *stare decisis* and judicial comity

[28] Before the Tax Court as well as before us, counsel for the appellant sought to distinguish the facts of the present case from the facts of the *Nova Corp.* case.<sup>14</sup> He forcefully argued that, unlike in *Nova Corp.*, the solicitors for the respondent were instrumental in initiating, orchestrating, directing and implementing the transactions. I carefully reviewed the decision of this Court in *Nova Corp.* where the transactions executed to transfer the loss to *Nova Corp.* were similar to those in the present instance. In that case, the majority concluded that the loss on disposition claimed by *Nova Corp.* had come about purely by operation of the provisions of the Act and that *Nova Corp.* had done nothing which influenced

arguments étayant la cotisation peuvent être invoqués dans ces actes, même s'ils ne font pas l'objet d'un avis de nouvelle cotisation. Reconnaître au ministre le droit de modifier le montant d'une cotisation dans un acte de procédure reviendrait à lui permettre d'interjeter appel de sa propre cotisation, notion qui a été expressément rejetée par les tribunaux<sup>13</sup>.

[27] En conclusion, je crois que l'objection préliminaire de l'intimée fondée sur l'arrêt *Banque Continentale* n'a aucune valeur en l'espèce et que l'appelante est donc autorisée à débattre, comme elle l'a fait devant la Cour canadienne de l'impôt, du nouveau fondement avancé dans sa réponse. L'intimée a été informée de manière complète et en temps opportun de ce nouveau moyen et elle a eu amplement le temps de se préparer puisque l'audition de l'appel s'est tenue plus de trois ans et demi plus tard. Tous les éléments de preuve pertinents avaient été déposés devant le juge de la Cour canadienne de l'impôt. Non seulement l'intimée n'a-t-elle formulé aucune objection à ce moment, mais les deux parties ont même présenté au juge leurs conclusions relatives au nouveau fondement de la nouvelle cotisation. Le juge de la Cour canadienne de l'impôt s'est prononcé sur le fond de la question et nous sommes à bon droit saisis du motif d'appel invoqué par l'appelante à l'égard de cet aspect de la décision du juge. Je vais examiner ce motif après avoir traité de la seconde objection préliminaire.

Affaire *Nova Corp.* et applicabilité de la doctrine du *stare decisis* et de la courtoisie entre juges

[28] L'avocat de l'appelante a cherché, tant devant la Cour canadienne de l'impôt que devant la présente Cour, à établir une distinction entre les faits de l'espèce et ceux de l'arrêt *Nova Corp.*<sup>14</sup>. Il soutient avec insistance que, au contraire de ce qui s'est passé dans l'affaire *Nova Corp.*, les avocats de l'intimée avaient pris part dès le début à la série d'opérations et avaient contribué à l'organisation, à la direction et à l'exécution des opérations. J'ai minutieusement examiné la décision *Nova Corp.* de la présente Cour. Dans cette affaire, les opérations effectuées pour transférer la perte à *Nova Corp.* étaient analogues à celles intervenues en l'espèce. La Cour à la majorité y a conclu que la perte découlant de la disposition

the proceeds of disposition in the transactions or increased the adjusted cost base of the shares.<sup>15</sup>

[29] There is no doubt that, in the present instance, the respondent through its solicitors was active in aiding and abetting the transactions completed or caused to be completed by Coseka. Counsel for the appellant perhaps is right in asserting that there was a greater involvement of the taxpayer here than in the *Nova Corp.* case. But I agree with the Tax Court Judge that the respondent's involvement "did nothing to create or increase the inherent loss or the loss ultimately sustained. That loss existed independently of the [respondent], and its solicitors' activities were directed to ensuring that the formal steps necessary to implement the specific rules laid down by Parliament were followed".<sup>16</sup> To use the words of our colleague McDonald J.A. in the *Nova Corp.* case, the respondent "cannot be punished for taking full advantage of the operation of the Act while it so existed"<sup>17</sup> and, in my view, there is even less ground to be punished if a party actually ensures that the requirements of the Act are fully complied with, so as to allow some particular provisions of the Act to operate as they are intended to.

[30] In view of the conclusion that I have come to on capital property *infra*, the facts of this case are not distinguishable from those of the *Nova Corp.* case. In these circumstances, both the doctrine of *stare decisis*, premised on the need for certainty in the law,<sup>18</sup> and that of judicial comity require that we follow the judicial precedent established in the *Nova Corp.* case. The appellant has been unable to point out in that case any overriding error or failure to consider relevant legislation or binding authorities which, in the interest of justice, would either require or justify us departing from the interpretation previously given by this Court to subsection 55(1) of the Act.

demandée par Nova Corp. était purement attribuable à l'application des dispositions de la Loi et que Nova Corp. n'avait rien fait pour influencer sur le produit de la disposition dans le cadre des opérations ou pour augmenter le prix de base rajusté des actions<sup>15</sup>.

[29] Dans la présente affaire, il ne fait aucun doute que l'intimée a, par l'entremise de ses avocats, joué un rôle actif en favorisant, ou en faisant en sorte de favoriser, la conclusion des opérations par Coseka. L'avocat de l'appelante a peut-être raison d'affirmer que la participation du contribuable a été plus grande en l'espèce que dans l'affaire *Nova Corp.* Je conviens toutefois avec le juge de la Cour canadienne de l'impôt que la contribution de l'intimée «n'a pas créé ni accru la perte inhérente ou la perte qui a finalement été subie. La perte existait indépendamment de [l'intimée], et les activités de ses procureurs visaient à faire en sorte que soient respectées les exigences de forme qui conditionnent l'application des règles précises établies par le législateur<sup>16</sup>». Pour reprendre les termes employés par notre collègue le juge d'appel McDonald dans l'arrêt *Nova Corp.*, l'intimée ne peut être punie «pour avoir tiré pleinement parti de l'application de la Loi, dans la forme où elle existait à ce moment<sup>17</sup>». J'estime en outre qu'une partie mérite encore moins d'être punie si elle veille réellement à ce que les exigences de la Loi soient en tout point respectées de manière que certaines dispositions particulières de la Loi puissent s'appliquer conformément à l'intention du législateur.

[30] Compte tenu de la conclusion que j'ai tirée plus haut en ce qui a trait aux biens en immobilisation, les faits de la présente affaire ne peuvent faire l'objet d'une distinction avec ceux de l'affaire *Nova Corp.* Dans cette situation, tant la doctrine du *stare decisis*, fondée sur la nécessité que les règles de droit soient d'une certitude absolue<sup>18</sup>, que celle de la courtoisie entre juges nous obligent à suivre le précédent jurisprudentiel établi par l'arrêt *Nova Corp.* L'appelante n'a pas réussi à montrer que, dans cette affaire, le tribunal s'était rendu coupable d'une erreur fondamentale ou d'une omission manifeste de tenir compte des dispositions législatives pertinentes ou de la jurisprudence obligatoire, ce qui, dans l'intérêt de la justice, nous aurait obligés à nous écarter de l'interprétation

[31] I am now left to determine whether or not the loss shares were capital property in the hands of Coseka and its subsidiary company 353380 Alberta Ltd.

Whether or not the loss shares were capital property throughout the transactions

[32] As previously mentioned, counsel for the appellant relies upon the *Bishop* case, a 1966 decision of the House of Lords, to contend that, in the present instance, the loss shares acquired by the respondent were neither capital property nor stock-in-trade.

[33] In the *Bishop* case, Finsbury Securities Ltd. (Finsbury), a company which carried on the trade of dealing in shares and securities, entered into some 15 sets of transactions with other companies which amounted to “forward stripping operations” whereby Finsbury acquired from these companies preference shares carrying special rights. Under the scheme devised to avoid payment of taxes, the preference shares would have to be kept for a period of five years while the available profits of the companies would be distributed as dividends on these shares with the result that the value of the shares would diminish year by year to a nominal value.

[34] The question of law which was submitted to the House of Lords by way of stated case was whether the commissioners erred in law when they held that the shares were part of the stock-in-trade of Finsbury. However, at page 108 of the decision, Lord Morris of Borth-y-Gest defined instead the question to be answered as one which required the Court to determine whether the transactions entered into by Finsbury should be regarded as trading transactions of a kind undertaken by a dealer in shares and securities.

[35] The Crown submitted that the shares were capital assets and were not stock-in-trade or trading

antérieurement donnée par la présente Cour du paragraphe 55(1) de la Loi ou aurait justifié une telle mesure.

[31] Il me reste maintenant à décider si les actions dépréciées constituaient des biens en immobilisation pour Coseka et sa filiale 353380 Alberta Ltd.

Les actions dépréciées constituaient-elles des biens en immobilisation lors de toutes les opérations?

[32] Comme il a déjà été mentionné, l’avocat de l’appelante s’appuie sur l’arrêt *Bishop*, rendu en 1966 par la Chambre des lords, pour affirmer qu’en l’espèce, les actions dépréciées acquises par l’intimée ne sont ni des biens en immobilisation ni des stocks.

[33] Dans l’affaire *Bishop*, Finsbury Securities Ltd. (Finsbury), société dont l’activité consistait dans des opérations sur valeurs mobilières, avait conclu avec d’autres sociétés quelque 15 séries d’opérations équivalant à des «opérations de démembrement à terme» («*forward stripping operations*») par lesquelles Finsbury avait acquis de ces sociétés des actions privilégiées conférant des droits particuliers. Dans le cadre du stratagème conçu pour éviter le paiement d’impôts, les actions privilégiées devaient être conservées pour une période de cinq ans tandis que l’actif disponible des sociétés serait distribué à titre de dividendes sur ces actions, entraînant, année après année, la diminution de la valeur des actions jusqu’à ce qu’elles atteignent une valeur insignifiante.

[34] On a donc soumis à la Chambre des lords, par voie d’exposé de cause, la question de droit suivante: les commissaires ont-ils commis une erreur de droit lorsqu’ils ont conclu que les actions faisaient partie des stocks de Finsbury? Cependant, à la page 108 de la décision, lord Morris of Borth-y-Gest a plutôt affirmé que la question à résoudre était de savoir si les opérations de Finsbury devaient être considérées comme des opérations commerciales de la nature de celles entreprises par un courtier en valeurs mobilières.

[35] La Couronne a allégué que les actions constituaient des immobilisations et non des stocks ou un

assets because Finsbury had acquired them for five years as part of the capital structure of its company from which an income could be earned. Finsbury argued on the contrary that the shares had been acquired as part of their stock-in-trade.

[36] His Lordship expressly found that neither argument raised by the parties was correct. Rather, he concluded that the one transaction that he had examined which was typical of the others, on its particular facts, was not, within the definition of section 526 of the British *Income Tax Act, 1952* [(U.K.), 15 & 16 Geo. 6, c. 10], an adventure or concern in the nature of trade at all, but was a wholly artificial device remote from trade to secure a tax advantage.

[37] With respect, I do not read the conclusion reached by his Lordship as a finding that the preference shares were neither capital nor stock-in-trade. His conclusion related not to the shares, but to the transactions themselves which he found to be lacking the ordinary features of the trade of share dealing. In other words, he answered in the negative the question that he had defined at page 108, that is to say that the transactions should not be regarded as trading transactions of a kind undertaken by a dealer in shares and securities which, because of the definition of “trade” in section 526, included every adventure or concern in the nature of trade. Consequently, the shares were not acquired by Finsbury for the purpose of dealing with them and were not part of its trading business.

[38] To accept the appellant’s submission in the present instance that the loss shares were neither capital nor inventory would first require that we not follow the decision of the Supreme Court of Canada in *Friesen v. Canada*<sup>19</sup> and then would lead to an unfortunate and undesirable result.

[39] In *Friesen*, Major J. for a unanimous Court on this point<sup>20</sup> ruled that the Act creates a simple system

actif engagé puisque Finsbury avait acquis ces actions pour une période de cinq ans pour les intégrer à la structure du capital de la société et en tirer un revenu. Finsbury a au contraire soutenu que les actions faisaient partie de ses stocks.

[36] Lord Morris of Borth-y-Gest a expressément conclu que ni l’un ni l’autre des arguments soulevés par les parties n’était fondé. Il a plutôt affirmé que la seule opération qu’il avait examinée, qui était représentative des autres, n’était nullement, à la lumière des faits particuliers, une initiative ou une entreprise à caractère commercial au sens de la définition prévue à l’article 526 de la *Income Tax Act, 1952* [(R.-U.), 15 & 16 Geo. 6, ch. 10] britannique, mais bien un mécanisme totalement artificiel, étranger au commerce, élaboré pour obtenir un avantage fiscal.

[37] Je me trouve malheureusement dans l’obligation d’exprimer mon désaccord avec l’opinion que cette conclusion signifie que les actions privilégiées ne constituaient ni des biens en immobilisation ni des stocks. Lord Morris of Borth-y-Gest ne parlait pas des actions, mais bien des opérations elles-mêmes qui, selon lui, ne présentaient pas les caractéristiques associées au commerce des valeurs mobilières. En d’autres termes, il a répondu par la négative à la question qu’il avait définie à la page 108, c’est-à-dire que les opérations ne devaient pas être considérées comme des opérations commerciales de la nature de celles entreprises par un courtier en valeurs mobilières qui, en raison de la définition du terme «commerce» («*trades*») donnée à l’article 526, comprenaient toute initiative ou entreprise ayant une nature commerciale. Par conséquent, Finsbury n’avait pas acquis les actions pour en faire le commerce et celles-ci ne faisaient pas partie de son entreprise commerciale.

[38] En plus de mener à un résultat malheureux et peu souhaitable, le fait d’accepter en l’espèce la thèse de l’appelante selon laquelle les actions dépréciées ne constituent pas des biens en immobilisation ni des stocks nous obligerait à nous écarter de l’arrêt de la Cour suprême du Canada *Friesen c. Canada*<sup>19</sup>.

[39] Or, dans cet arrêt, le juge Major, prononçant les motifs unanimes de la Cour sur ce point<sup>20</sup>, a statué que

which recognizes only two broad categories of property: inventory or capital property. Under the Act, the characterization of an item of property is linked to the type of income that such property will produce, i.e., business income or capital gain.

[40] The proposal of the appellant would create an undefined and elusive third category of property not contemplated by the Act and unrelated to the type of income or sources of revenues envisaged by the Act. It is not clear on what basis then the profits resulting from the disposition of the shares could be taxed in the hands of the seller or the losses deducted. It would create in the Act an unwarranted vacuum as well as uncertainty with respect to the characterization of items of property. Counsel for the appellant has been unable to explain what these loss shares would become or what status they would have if we were to accede to his submission and find that they were neither capital nor inventory property. In my view, the position advanced by the appellant is untenable and the characterization of the loss shares stands to be decided by reference to the two income-related categories established by the Act.

[41] In this respect, the Tax Court Judge correctly found that the shares owned by Coseka were a capital asset, the sale of which would have normally given rise to a capital gain or a capital loss. As it turned out, the shares were a bad investment. I agree with the learned Judge that Coseka's decision to sell their bad investment on terms as favourable as possible did not change the nature of that investment or of its use. I would reject the appellant's submission that the shares were not capital property throughout the transactions.

[42] Like my colleagues in the *Nova Corp.* case, I am disturbed by the fact that a corporation, such as the respondent, was able to repatriate losses in the amount of 92 millions incurred in the United States and thereby reduce its Canadian tax liability. However, as Desjardins J.A. pointed out in the *Nova Corp.* case,

la Loi met en place un régime simple qui ne reconnaît que deux grandes catégories de biens: les stocks et les biens en immobilisation. Selon la Loi, la qualification d'un bien est liée au genre de revenu que celui-ci produira, savoir un revenu d'entreprise ou un gain en capital.

[40] La thèse de l'appelante donnerait naissance à une troisième catégorie de biens, vague et indéterminée, qui n'est pas envisagée dans la Loi ni reliée au genre de revenu ou de sources de revenu visés par la Loi. Il est difficile de savoir sur quelle base il serait alors possible de déduire les pertes ou d'imposer le vendeur pour les profits réalisés par suite de la disposition des actions. Cette situation entraînerait un vide injustifié dans la Loi de même que de l'incertitude quant à la qualification des différents biens. L'avocat de l'appelante n'a pu expliquer ce qu'il adviendrait de ces actions dépréciées ni préciser le statut qui leur serait accordé si nous acceptions son argument et arrivions à la conclusion qu'il ne s'agissait ni de biens en immobilisation ni de stocks. À mon avis, la thèse avancée par l'appelante est insoutenable, et il faut décider de la qualification des actions dépréciées en fonction des deux catégories fondées sur le revenu établies par la Loi.

[41] À cet égard, le juge de la Cour canadienne de l'impôt a à juste titre conclu que les actions appartenant à Coseka constituaient des immobilisations puisque leur vente aurait normalement donné lieu à un gain en capital ou à une perte en capital. Le placement s'est finalement révélé infructueux. Je conviens avec le juge que la décision de Coseka de vendre ce mauvais placement aux conditions les plus avantageuses possible n'a pas changé la nature de ce placement ou de son utilisation. Je rejetterais l'argument de l'appelante voulant que les actions n'aient pas constitué des biens en immobilisation lors de toutes les opérations.

[42] À l'instar de mes collègues dans l'arrêt *Nova Corp.*, je suis préoccupé par le fait qu'une société, comme l'intimée, ait été en mesure de rapatrier des pertes de 92 millions de dollars subies aux États-Unis et d'ainsi réduire sa responsabilité fiscale au Canada. Cependant, comme le juge d'appel Desjardins l'a

we are concerned here with the legality of the transaction, not its morality. I am bound by the law which existed at the time and which allowed for this kind of transaction.

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

ROTHSTEIN J.: I concur.

<sup>1</sup> [1997] 3 C.T.C. 291 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, [1997] 3 S.C.R. xiii.

<sup>2</sup> [1996] 3 All E.R. 105 (H.L.).

<sup>3</sup> [1998] 2 S.C.R. 358, at p. 366.

<sup>4</sup> [1997] 3 C.T.C. 291 (F.C.A.).

<sup>5</sup> Appeal Book, vol. 1, at p. 43, para. (y).

<sup>6</sup> See the testimony of Mr. Kirwin, Appeal Book, vol. 3, at pp. 278-279 and 285.

<sup>7</sup> Appeal Book, vol. 1, at p. 46, para. (c).

<sup>8</sup> *Id.*, at p. 49, para. 21.

<sup>9</sup> *Continental Bank of Canada v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 358, at p. 366.

<sup>10</sup> The validity of this practice was confirmed by this Court in *Wiebe (J.E.) v. M.N.R.*, [1989] 1 C.T.C. 411 (F.C.A.). See also *Wiebe (J.E.) v. M.N.R.*, [1988] 1 C.T.C. 2308 (T.C.C.); *Camp Kahquah Corp. v. Canada*, [1998] T.C.J. No. 397 (T.C.C.) (QL); *Bowens v. R.* (1994), 5 C.C.P.B. 47 (T.C.C.); *McKervey A. v. M.N.R.*, [1992] 2 C.T.C. 2015 (T.C.C.).

<sup>11</sup> [1990] 1 C.T.C. 433 (F.C.T.D.).

<sup>12</sup> The coming into force provision [s. 63.1(3)] states that the subsection is applicable to appeals disposed of after the day on which the Act is assented to:

**63.1 . . .**

**(3) Subsections (1) and (2) are applicable to appeals disposed of after the day on which this Act is assented to.**

S. 152(9) clearly establishes that the term “appeal” therein refers to an appeal made under the *Income Tax Act* that was pending before the Tax Court at the time of the Royal Assent. The subsection does not apply to an appeal launched under the Federal Court Act which, as this one, was still pending.

<sup>13</sup> *Continental Bank of Canada v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 358, at p. 366.

<sup>14</sup> *Nova Corp. of Alberta v. R.*, [1997] 3 C.T.C. 291 (F.C.A.).

<sup>15</sup> *Id.*, at pp. 307-308.

<sup>16</sup> [1998] 4 C.T.C. 2424 (T.C.C.), at p. 2431.

<sup>17</sup> [1997] 3 C.T.C. 291 (F.C.A.), at p. 307.

signalé dans l’affaire *Nova Corp.*, il s’agit en l’espèce d’examiner la légalité et non la moralité de l’opération. Je suis lié par les règles de droit qui existaient à l’époque et qui autorisaient ce genre d’opération.

[43] Pour ces motifs, je rejetterais l’appel avec dépens.

LE JUGE ROTHSTEIN: Je souscris à ces motifs.

<sup>1</sup> [1997] 3 C.T.C. 291 (C.A.F.); autorisation d’interjeter appel à la C.S.C. refusée, [1997] 3 R.C.S. xiii.

<sup>2</sup> [1966] 3 All E.R. 105 (H.L.).

<sup>3</sup> [1998] 2 R.C.S. 358, à la p. 366.

<sup>4</sup> [1997] 3 C.T.C. 291 (C.A.F.).

<sup>5</sup> Dossier d’appel, vol. 1, à la p. 43, par. (y).

<sup>6</sup> Voir le témoignage de M. Kirwin, dossier d’appel, vol. 3, aux p. 278, 279 et 285.

<sup>7</sup> Dossier d’appel, vol. 1, à la p. 46, par. (c).

<sup>8</sup> *Id.*, à la p. 49, para. 21.

<sup>9</sup> *Banque Continentale du Canada c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 358, à la p. 366.

<sup>10</sup> La validité de cette pratique a été confirmée par la présente Cour dans l’arrêt *Wiebe (J.E.) c. M.R.N.*, [1989] 1 C.T.C. 411 (C.A.F.). Voir également les affaires suivantes: *Wiebe (J.E.) c. M.R.N.*, [1988] 1 C.T.C. 2308 (C.C.I.); *Camp Kahquah Corp. c. Canada*, [1998] A.C.I. n° 397 (C.C.I.) (QL); *Bowens c. R.* (1994), 5 C.C.P.B. 47 (C.C.I.); *McKervey A. c. M.R.N.*, [1992] 2 C.T.C. 2015 (C.C.I.).

<sup>11</sup> [1990] 1 C.T.C. 433 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>12</sup> La disposition modificatrice [art. 63.1(3)] énonce que le paragraphe s’applique aux appels réglés après la date de sanction de la Loi:

**63.1 [ . . . ]**

**(3) Les paragraphes (1) et (2) s’appliquent aux appels réglés après la date de sanction.**

L’art. 152(9) établit sans équivoque que le terme «appel» employé dans cette disposition renvoie aux appels interjetés en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu* qui étaient en instance devant la Cour canadienne de l’impôt au moment de la sanction royale. Ce paragraphe ne s’applique pas aux appels formés sous le régime de la *Loi sur la Cour fédérale* qui, comme en l’espèce, étaient toujours en instance.

<sup>13</sup> *Banque Continentale du Canada c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 358, à la p. 366.

<sup>14</sup> *Nova Corp. of Alberta c. R.*, [1997] 3 C.T.C. 291 (C.A.F.).

<sup>15</sup> *Id.*, aux p. 307 et 308.

<sup>16</sup> [1998] 4 C.T.C. 2424 (C.C.I.), à la p. 2431.

<sup>17</sup> [1997] 3 C.T.C. 291 (C.A.F.), à la p. 307.

<sup>18</sup> *Bell v. Cessna Aircraft Co.* (1983), 149 D.L.R. (3d) 509 (B.C.C.A.), at p. 511; *Janssen Pharmaceutica Inc. v. Apotex Inc.* (1997), 72 C.P.R. (3d) 179 (F.C.A.).

<sup>19</sup> [1995] 3 S.C.R. 103.

<sup>20</sup> See p. 121, where Iacobucci and Gonthier JJ. agree with this view.

<sup>18</sup> *Bell v. Cessna Aircraft Co.* (1983), 149 D.L.R. (3d) 509 (C.A.C.-B.), à la p. 511; *Janssen Pharmaceutica Inc. c. Apotex Inc.* (1997), 72 C.P.R. (3d) 179 (C.A.F.).

<sup>19</sup> [1995] 3 R.C.S. 103.

<sup>20</sup> Voir la p. 121 où les juges Iacobucci et Gonthier souscrivent à cette opinion.