

A-205-93

A-205-93

Henry Loewen (Appellant) (Defendant)**Henry Loewen (appelant) (défendeur)**

v.

c.

Her Majesty the Queen (Respondent) (Plaintiff)**a Sa Majesté La Reine (intimée) (demanderesse)***INDEXED AS: CANADA v. LOEWEN (C.A.)**RÉPERTORIÉ: CANADA c. LOEWEN (C.A.)*

Court of Appeal, Pratte, Hugessen and McDonald JJ.A.—Vancouver, March 22; Ottawa, April 14, 1994.

b Cour d'appel, juges Pratte, Hugessen et McDonald J.C.A.—Vancouver, 22 mars; Ottawa, 14 avril 1994.

Income tax — Income calculation — Income or capital gain — Appeal from trial judgment holding gain realized on redemption of Scientific Research Tax Credit (SRTC) debenture income from adventure in nature of trade — Appellant buying SRTC for \$200,000 in July 1984 — Redeeming debenture for \$140,000 in January 1985 — Sole purpose of transaction to obtain tax credit — As debenture redeemable by either company or holder, redemption could never result in profit to holder — As s. 127.3(6) deeming cost of acquisition of debenture actual cost reduced by 50% of designated amount (\$200,000), notional gain of \$40,000 although actual loss of \$60,000 — Appeal allowed — \$40,000 capital gain — Adventure in nature of trade if dealing with commodity in same way as ordinary trader or dealer — Must be possibility of profit in commercial sense to be adventure in nature of trade — Notional profit created by Income Tax Act not to be treated as real for purpose of applying objective standard of "ordinary trader" — Notional profit not inducing trader to enter into transaction — Tax credit only inducement herein — Not converting transaction into adventure in nature of trade.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Revenu ou gain en capital — Appel formé contre la décision de la Section de première instance, portant que le gain réalisé lors du rachat d'une débeture donnant droit à un crédit d'impôt pour la recherche scientifique (CIRS) est un revenu découlant d'un risque de caractère commercial — L'appellant a acheté un CIRS pour 200 000 \$ en juillet 1984 — Il a racheté la débeture pour 140 000 \$ en janvier 1985 — Le seul but de l'opération était d'obtenir un crédit d'impôt — Puisque la débeture était rachetable par la compagnie ou par le détenteur, il était impossible que le rachat rapporte un profit au détenteur — Puisque aux termes de l'art. 127.3(6), on présume que le coût d'acquisition de la débeture est le coût réel moins 50 % du montant désigné (200 000 \$), il y a eu gain fictif de 40 000 \$, malgré une perte véritable de 60 000 \$ — Appel accueilli — Gain en capital de 40 000 \$ — Il y a risque de caractère commercial si l'opération est conduite de la même façon qu'une transaction effectuée par un commerçant ou un négociant ordinaire — Il doit être possible de réaliser un profit au sens commercial pour qualifier une opération de risque de caractère commercial — Le profit fictif créé par la Loi de l'impôt sur le revenu ne doit pas être considéré comme réel aux fins d'application du critère objectif du «commerçant ou négociant ordinaire» — Le profit fictif n'incite pas un commerçant à effectuer l'opération — La seule motivation en l'espèce était le crédit d'impôt — Cela ne peut servir à transformer l'opération en un risque de caractère commercial.

This was an appeal from the trial judgment holding that the gain realized on the redemption of a scientific research tax credit (SRTC) debenture was income from an adventure in the nature of trade, not a capital gain. The litigation arose out of a short-lived statutory scheme to encourage investment in companies doing scientific research. The appellant purchased a debenture for \$200,000 in July 1984. It was redeemable by either the holder or the company issuing it for \$140,000, and was redeemed in January 1985 at the appellant's request. The sole purpose of the transaction was to obtain a tax credit. Since the debenture was redeemable by either the company or the holder, it could never have a value in excess of \$140,000 and it was impossible that redemption could ever result in a profit to the holder. *Income Tax Act*, subsection 127.3(6) deemed an investor's cost of acquisition to be reduced by 50% of the amount designated under subsection 194(4). The vendor designated the entire \$200,000 under subsection 194(4). Although

Il s'agit d'un appel formé contre la décision de la Section de première instance portant que le gain réalisé lors du rachat d'une débeture donnant droit à un crédit d'impôt pour la recherche scientifique (CIRS) était un revenu découlant d'un risque de caractère commercial, et non un gain en capital. Le litige est né d'un régime législatif éphémère qui visait à encourager l'investissement dans les compagnies effectuant de la recherche scientifique. L'appellant a acquis une débeture au coût de 200 000 \$ en juillet 1984. La débeture était rachetable par le détenteur ou la compagnie émettrice au prix de 140 000 \$, et elle a été rachetée en janvier 1985, à la demande de l'appellant. L'opération avait pour seul objet d'obtenir un crédit d'impôt. Puisque la débeture était rachetable par la compagnie ou par le détenteur, elle n'aurait jamais pu valoir plus de 140 000 \$; aussi était-il impossible que le rachat rapporte un profit au détenteur. Aux termes du paragraphe 127.3(6) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le coût d'acqui-

the appellant suffered an actual loss of \$60,000 (cost of acquisition less redemption price), he had a notional gain of \$40,000 (redemption price less deemed cost of acquisition or \$100,000 [actual cost reduced by 50%]). The appellant claimed this notional gain as capital gain in his 1985 return. The Minister reassessed on the basis that it was a profit from an adventure in the nature of trade and taxable as business income. The Tax Court held that the \$40,000 gain was a capital gain. It could not be a trading transaction because it could not generate a profit. The Trial Judge came to the opposite conclusion because the appellant had disposed of the debenture, once it had served its tax credit purpose, as quickly as possible and in the same manner as a trader. The issues were: (1) whether a transaction which is structured so that it cannot possibly produce a trading profit may be an adventure in the nature of trade; (2) whether a notional profit resulting from such a transaction as a consequence of the law deeming the purchaser's cost of acquisition to be less than his proceeds of disposition is to be taxed as income or capital gain.

Held, the appeal should be allowed.

Per Hugessen J.A. (McDonald J.A. concurring): The purchase and redemption of the SRTC debenture was not an adventure in the nature of trade and the deemed gain therefrom should be treated as a capital gain, not as income.

The appellant was not assessed on the basis that he was a trader or engaged in a business, but on the basis that the profits from this transaction were to be treated as business profits because the transaction was "an adventure in the nature of trade" within the meaning of section 248. The notion of an adventure in the nature of trade extends the reach of the charging sections to transactions which, although not carried out by a trader, are of the same kind as trading transactions. A trader may in the course of his business enter into transactions which cannot possibly generate a profit by themselves, but whose purpose is to benefit the business as a whole.

While a positive finding that a transaction was for speculation or for investment may be decisive as to whether it was a trading transaction, an equivalent negative finding, i.e. that it was not one or the other of those things, cannot be so. The appellant's purchase and redemption of the debenture were not to be characterized as an investment.

An intention to make a profit from a transaction is not a prerequisite to finding that such a transaction is an adventure in the nature of trade. If a person deals with the commodity purchased by him in the same way as a dealer in it would ordinarily do, such dealing is a trading adventure.

tion pour l'investisseur était présumé être réduit de 50 % du montant désigné conformément au paragraphe 194(4). Le vendeur a désigné la somme totale de 200 000 \$ en application du paragraphe 194(4). Bien que l'appellant ait subi une perte réelle de 60 000 \$ (le coût d'acquisition moins le prix de rachat), il a réalisé un gain fictif de 40 000 \$ (le prix de rachat moins le coût d'acquisition présumé ou 100 000 \$ [coût réel moins 50 %]). Dans sa déclaration de revenus de 1985, l'appellant a déclaré cette somme à titre de gain en capital. Le ministre a établi une nouvelle cotisation sur le fondement qu'il s'agissait d'un profit découlant d'un risque de caractère commercial, imposable comme revenu d'entreprise. La Cour de l'impôt a conclu que la somme de 40 000 \$ était un gain en capital. Il ne pouvait s'agir d'une opération commerciale puisque celle-ci ne pouvait rapporter un profit. Le juge de première instance en est venu à la conclusion opposée parce que l'appellant a, aussi rapidement que possible et de la même manière que l'aurait fait un commerçant, vendu la débenture après que celle-ci lui eut permis d'obtenir un crédit d'impôt. L'appel soulève deux questions: (1) L'opération structurée de manière à ne pouvoir rapporter aucun profit commercial peut-elle constituer un risque de caractère commercial? (2) Le profit fictif, qui est engendré du fait qu'en vertu de la Loi, le coût d'acquisition pour l'acheteur est présumé être inférieur à son produit de disposition, doit-il être imposé à titre de revenu ou de gain en capital?

Arrêt: l'appel doit être accueilli.

Le juge Hugessen, J.C.A. (le juge McDonald, J.C.A., y souscrit): L'achat et le rachat subséquent de la débenture donnant droit à un CIRS n'était pas un risque de caractère commercial et le gain présumé qui en a été tiré devrait être traité comme un gain en capital et non comme un revenu.

L'appellant n'a pas été imposé sur le fondement qu'il est commerçant ou qu'il exploite une entreprise, mais parce que les profits qu'a rapportés l'opération doivent être traités comme des profits d'entreprise puisque l'opération est «un risque de caractère commercial» au sens de l'article 248. La notion de risque de caractère commercial étend la portée des articles qui créent une obligation fiscale à des opérations qui, bien qu'elles ne soient pas effectuées par un commerçant, sont d'une nature identique aux opérations commerciales. Un commerçant peut, dans le cadre de son entreprise, effectuer des opérations qui, d'elles-mêmes, ne peuvent rapporter un profit, mais qui visent à profiter à l'entreprise en général.

Bien qu'une conclusion favorable selon laquelle une opération visait à spéculer ou à effectuer un placement peut être déterminante quant à savoir s'il s'agissait d'une opération commerciale ou non, il n'en est rien de la conclusion défavorable équivalente portant que l'opération ne visait à faire ni l'un ni l'autre. L'achat et le rachat subséquent de la débenture par l'appellant ne relevait pas du placement.

L'intention de tirer un profit d'une opération n'est pas nécessaire pour conclure qu'une telle opération est un risque de caractère commercial. Si une personne dispose d'un article qu'elle a acheté tout comme le ferait ordinairement un marchand, elle s'engage dans une initiative d'un caractère commercial.

Tax considerations, more particularly an anticipated tax advantage, cannot be determinative of whether a transaction is a trading operation. A transaction whose sole purpose is to reduce the tax otherwise payable is not, for that reason alone, an adventure in the nature of trade.

For a transaction to be characterized as an adventure in the nature of trade, it must be one from which it is possible to derive a profit in a commercial sense. A purely notional profit cannot turn an otherwise unprofitable transaction into an adventure in the nature of trade. No trader who expected to stay in business would enter into transactions which were capable of producing only fictitious profits. The fictionally reduced cost of acquisition cannot be used to attribute to the transaction itself a profit-making capability which it does not have in reality. If the *Income Tax Act* is to deem a transaction to produce a notional profit, that profit must not be treated as real for the purposes of applying the test. The question must be whether such a purely notional profit would induce a trader to enter into the transaction. It clearly would not. The real and only inducement herein was the tax credit, which cannot turn the transaction into an adventure in the nature of trade.

Per Pratte J.A. (dissenting): The \$40,000 gain was income from an adventure in the nature of trade. The gain was a fiction created by *Income Tax Act*, subsection 127.3(6). The deeming provision contained therein must be applied for all purposes relevant to the *Income Tax Act*, including the characterization of a transaction as an investment or an adventure in the nature of trade. In determining the real nature of the transaction it had to be assumed that the appellant acquired the debenture for \$100,000 and the fact that he paid twice that amount ignored. As the appellant acquired the debenture with the intention that it be redeemed for \$140,000 shortly afterwards, it follows that he was in the same situation as if he had bought for \$100,000 a painting that he intended to sell a few days later for \$140,000. His profit of \$40,000 resulted from an adventure in the nature of trade.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 127.3 (as enacted by S.C. 1984, c. 1, s. 73; as am. *idem*, c. 45, s. 46), 194(4) (as enacted by S.C. 1984, c. 1, s. 95), 248 (as am. by S.C. 1979, c. 5, s. 66).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Edwards (Inspector of Taxes) v. Bairstow, [1956] A.C. 14 (H.L.); *M.N.R. v. J. A. Taylor*, [1956] C.T.C. 189; (1956), 56 DTC 1125 (Ex. Ct.); *Moloney (M.) v. Canada*, [1992] 2 C.T.C. 227; (1992), 92 DTC 6570; 145 N.R. 258 (F.C.A.); *Bishop (Inspector of Taxes) v. Finsbury Securities, Ltd.*, [1966] 3 All E.R. 105 (H.L.); *FA & AB Ltd v.*

Les considérations d'ordre fiscal, et plus particulièrement l'avantage fiscal envisagé, ne peuvent permettre de trancher la question de savoir si une opération donnée est commerciale. L'opération dont le seul but est de réduire l'impôt par ailleurs payable n'est pas, pour cette seule raison, un risque de caractère commercial.

Pour qualifier une opération de risque de caractère commercial, il doit être possible de tirer d'une telle opération un profit au sens commercial. Le profit purement fictif ne peut servir à transformer une opération par ailleurs non rentable en un risque de caractère commercial. Aucun commerçant souhaitant demeurer en affaires effectuerait des opérations susceptibles de produire des profits fictifs uniquement. Le coût d'acquisition réduit artificiellement ne peut être utilisé pour attribuer à l'opération elle-même une capacité de produire un profit qu'en réalité elle ne possède pas. Si la *Loi de l'impôt sur le revenu* doit présumer qu'une opération produit un profit fictif, ce profit ne doit pas être considéré comme réel aux fins d'application du critère. La question doit être celle de savoir si ce profit purement fictif servirait à inciter un commerçant à effectuer l'opération. Il est clair qu'il n'en serait rien. La seule motivation réelle en l'espèce était le crédit d'impôt, qui ne peut servir à transformer l'opération en un risque de caractère commercial.

Le juge Pratte, J.C.A. (*dissent*): Le gain de 40 000 \$ était un revenu tiré d'un risque de caractère commercial. Le gain était une fiction créée par le paragraphe 127.3(6) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La présomption créée à ce paragraphe doit être appliquée à toutes les fins pertinentes relativement à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dont la qualification d'une opération à titre de placement ou de risque de caractère commercial. Pour déterminer la véritable nature de l'opération, il faut supposer que l'appelant a acquis la débenture au coût de 100 000 \$ et ne pas tenir compte du fait qu'il a en réalité payé le double de ce montant. Comme l'appelant a acquis la débenture dans l'intention qu'elle soit rachetée pour 140 000 \$ peu après, il s'ensuit qu'il est dans la même situation que s'il avait acheté au coût de 100 000 \$ une peinture qu'il avait l'intention de vendre quelques jours plus tard pour 140 000 \$. Son profit de 40 000 \$ découle manifestement d'un risque de caractère commercial.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 127.3 (édicé par S.C. 1984, ch. 1, art. 73; mod., *idem*, ch. 45, art. 46), 194(4) (édicé par S.C. 1984, ch. 1, art. 95), 248 (mod. par S.C. 1979, ch. 5, art. 66).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Edwards (Inspector of Taxes) v. Bairstow, [1956] A.C. 14 (H.L.); *M.N.R. v. J. A. Taylor*, [1956] C.T.C. 189; (1956), 56 DTC 1125 (C. de l'É.); *Moloney (M.) c. Canada*, [1992] 2 C.T.C. 227; (1992), 92 DTC 6570; 145 N.R. 258 (C.A.F.); *Bishop (Inspector of Taxes) v. Finsbury Securities, Ltd.*, [1966] 3 All E.R. 105 (H.L.); *FA & AB Ltd v.*

Lupton (Inspector of Taxes), [1971] 3 All E.R. 948 (H.L.); *Californian Copper Syndicate v. Harris* (1904), 5 T.C. 159; *Grainger & Son v. Gough*, [1896] A.C. 325 (H.L.); *Erichsen v. Last* (1881), 8 Q.B.D. 414 (C.A.).

Lupton (Inspector of Taxes), [1971] 3 All E.R. 948 (H.L.); *Californian Copper Syndicate v. Harris* (1904), 5 T.C. 159; *Grainger & Son v. Gough*, [1896] A.C. 325 (H.L.); *Erichsen v. Last* (1881), 8 Q.B.D. 414 (C.A.).

APPEAL from trial judgment ([1993] 1 C.T.C. 212 (F.C.T.D.); revg [1990] 1 C.T.C. 2133; (1989), 90 DTC 1009 (T.C.C.)) holding that the gain realized on the redemption of a scientific and research tax credit debenture was income from an adventure in the nature of trade. Appeal allowed.

a APPEL formé contre la décision de la Section de première instance ([1993] 1 C.T.C. 212 (C.F. 1^{re} inst.); inf. [1990] 1 C.T.C. 2133; (1989), 90 DTC 1009 (C.C.I.)), suivant laquelle le gain réalisé lors du rachat d'une débenture donnant droit à un crédit d'impôt pour la recherche scientifique était un revenu découlant d'un risque de caractère commercial. Appel accueilli.

COUNSEL:

Craig C. Sturrock for appellant.
O. Brent Paris for respondent.

AVOCATS:

Craig C. Sturrock pour l'appelant.
O. Brent Paris pour l'intimée.

SOLICITORS:

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

PROCUREURS:

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

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

PRATTE J.A. (*dissenting*): The facts which gave rise to this appeal as well as the relevant statutory provisions are set out in the reasons for judgment of my brother Hugessen.

f LE JUGE PRATTE, J.C.A. (*dissant*): Les faits qui ont donné naissance au présent appel de même que les dispositions législatives pertinentes sont énoncés dans les motifs de jugement de mon collègue le juge Hugessen.

In my view, the Trial Division [[1993] 1 C.T.C. 212] was right in holding that the gain of \$40,000 realized by the appellant on the redemption of the \$140,000 debenture issued by Dynaflex Industries Inc. was income from an adventure in the nature of trade rather than a capital gain.

g À mon avis, la Section de première instance [[1993] 1 C.T.C. 212] a, à juste titre, conclu que le gain de 40 000 \$ réalisé par l'appelant lors du rachat de la débenture de 140 000 \$ émise par Dynaflex Industries Inc. était un revenu tiré d'un risque de caractère commercial et non un gain en capital.

That gain of \$40,000, of course, was not real. In fact, the appellant sustained a loss of \$60,000 on the redemption of the debenture since he had paid \$200,000 for it. However, pursuant to subsection 127.3(6) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63 (as enacted by S.C. 1984, c. 1, s. 73; as am. *idem*, c. 45, s. 46)], he was deemed to have acquired that debenture at a cost of \$100,000. Hence, the \$40,000 gain.

h Évidemment, ce gain de 40 000 \$ n'était pas réel. En fait, l'appelant a subi une perte de 60 000 \$ lors du rachat de la débenture puisqu'il l'avait acquise au coût de 200 000 \$. Toutefois, en application du paragraphe 127.3(6) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63 (édicte par S.C. 1984, ch. 1, art. 73; mod., *idem*, ch. 45, art. 46)], il était présumé avoir acquis cette débenture au coût de 100 000 \$. D'où le gain de 40 000 \$.

The appellant does not challenge that, for the purposes of the *Income Tax Act*, his acquisition and the

j L'appelant ne conteste pas qu'aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'acquisition et le rachat subsé-

subsequent redemption of the Dynaflex debenture resulted in a gain of \$40,000. He agrees that the deeming provision of subsection 127.3(6) must be applied in order to determine whether the transaction resulted in a gain or a loss. However, his argument that the \$40,000 was not a profit resulting from an adventure in the nature of trade is based on the assumption that section 127.3 [as enacted *idem*] has no role to play in the characterization of the transaction as an investment or an adventure in the nature of trade. In my view, that assumption is wrong.

As the deeming provision contained in subsection 127.3(6) was not enacted for special or limited purposes, it must be applied for all purposes relevant to the *Income Tax Act* including the characterization of a transaction as an investment or an adventure in the nature of trade. It follows that in determining the real nature of the transaction here in question one must assume that the appellant acquired the Dynaflex debenture for \$100,000 and ignore the fact that he actually paid twice that amount for it.

As it is common ground that the appellant acquired the debenture with the intention that it be redeemed for \$140,000 shortly afterwards, it also follows that he is in the same situation as if he had bought for \$100,000 a painting that he intended to sell a few days later for \$140,000. His profit of \$40,000 clearly results from an adventure in the nature of trade. If the appellant could make a persuasive argument to the contrary, it is only by referring to the fact that he actually paid \$200,000 for the debenture (and could not, as a consequence, hope to make a profit on its redemption). But, as I have said, that fact must be ignored.

I would dismiss the appeal with costs.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

HUGESSEN J.A.: The question raised by this appeal is whether a transaction which is structured in such a way that it cannot possibly produce a trading profit may nonetheless be an adventure in the nature of trade. More particularly, the question is to know whether a notional profit resulting from such a trans-

quent de la débenture de Dynaflex a entraîné un gain de 40 000 \$. Il convient que la présomption prévue au paragraphe 127.3(6) doit être appliquée afin de déterminer si l'opération a entraîné un gain ou une perte. Toutefois, il suppose, pour soutenir que la somme de 40 000 \$ n'était pas un profit résultant d'un risque de caractère commercial, que l'article 127.3 [édicte, *idem*] ne joue aucun rôle dans la qualification de l'opération comme un placement ou un risque de caractère commercial. À mon avis, sa supposition est erronée.

Comme la présomption créée au paragraphe 127.3(6) n'a pas été adoptée à des fins spécifiques ou limitées, elle doit être appliquée à toutes les fins pertinentes relativement à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dont la qualification d'une opération à titre de placement ou de risque de caractère commercial. Il s'ensuit que, pour déterminer la véritable nature de l'opération en question en l'espèce, il faut supposer que l'appelant a acquis la débenture de Dynaflex au coût de 100 000 \$ et ne pas tenir compte du fait qu'il a en réalité payé le double de ce montant.

Comme il est reconnu que l'appelant a acquis la débenture dans l'intention qu'elle soit rachetée pour 140 000 \$ peu après, il s'ensuit également qu'il est dans la même situation que s'il avait acheté au coût de 100 000 \$ une peinture qu'il avait l'intention de vendre quelques jours plus tard pour 140 000 \$. Son profit de 40 000 \$ découle manifestement d'un risque de caractère commercial. Ce n'est qu'en renvoyant au fait qu'il a en réalité payé la débenture 200 000 \$ (et ne pouvait pas, pour ce motif, espérer réaliser un profit sur le rachat) que l'appelant pourrait prétendre le contraire de façon convaincante. Or, comme je l'ai dit, on ne doit pas tenir compte de cet élément.

Je rejeterais l'appel avec dépens.

* * *

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

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: Le présent appel soulève la question de savoir si l'opération structurée de manière à ne pouvoir rapporter aucun profit commercial peut néanmoins constituer un risque de caractère commercial. Plus particulièrement, il s'agit de savoir si le profit fictif, qui est engendré du fait qu'en vertu

action as a consequence of the law deeming the purchaser's cost of acquisition to be less than his proceeds of disposition is to be taxed as income or as a capital gain.

The matter arises in this way. In July, 1984, the appellant purchased from a company called Dynaflex Industries Inc. a "scientific research tax credit" debenture for a price of \$200,000 payable partly in cash and partly by promissory note, the balance of which was due no later than December 31, 1984. The issuer of the debenture, Dynaflex, undertook to "designate" the full amount of \$200,000 pursuant to subsection 194(4) of the *Income Tax Act*.¹ The debenture was redeemable by either party at a redemption price of \$140,000 and was in fact redeemed on January 2, 1985 at appellant's request.

The whole purpose of the transaction, from the appellant's point of view, was to allow him to benefit from a scientific research tax credit (SRTC) in his 1984 taxation year. The transaction, known in the vernacular of tax advisors as a "quick flip", achieved its purpose and the appellant obtained a credit against 1984 federal tax of \$68,000. Since the reduction in the appellant's federal tax payable also had the effect of reducing his provincial tax payable by \$34,000, he obtained a total tax advantage of \$102,000 from the transaction.

The relevant provisions of the *Income Tax Act* at the time were as follows:

127.3 (1) There may be deducted from the tax otherwise payable under this Part by a taxpayer for a taxation year an amount not exceeding the aggregate of

- (a) his scientific research tax credit for the year; and
 - (b) his unused scientific research tax credit for the taxation year immediately following the year.
- (2) For the purposes of this Act,
- (a) "scientific research tax credit" of a taxpayer for a taxation year means the aggregate of all amounts each of which is an amount equal to

- (i) where the taxpayer is a corporation, 50%, or

¹ S.C. 1970-71-72, c. 63, as enacted by S.C. 1984, c. 1, s. 95.

de la loi, le coût d'acquisition pour l'acheteur est présumé être inférieur à son produit de disposition, doit être imposé à titre de revenu ou de gain en capital.

^a L'affaire se présente ainsi. En juillet 1984, l'appellant a acquis auprès d'une compagnie appelée Dynaflex Industries Inc. une débenture donnant droit à un «crédit d'impôt pour la recherche scientifique» au coût de 200 000 \$, payable en partie en argent et en partie par la remise d'un billet à ordre, dont le solde était payable au plus tard le 31 décembre 1984. Dynaflex, l'émettrice de la débenture, s'est engagée à «désigner» la somme totale de 200 000 \$ en application du paragraphe 194(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.¹ À la demande de l'appellant, la débenture, qui était rachetable par l'une ou l'autre partie au prix de 140 000 \$, a effectivement été rachetée le 2 janvier 1985.

^b Du point de vue de l'appellant, l'opération avait pour seul objet de permettre à ce dernier de tirer profit d'un crédit d'impôt pour la recherche scientifique (CIRS) dans son année d'imposition 1984. L'opération, qualifiée dans le langage des conseillers en fiscalité de «vente-rachat», a atteint son but et l'appellant a obtenu à l'égard de son impôt fédéral de 1984 un crédit de 68 000 \$. La réduction de l'impôt fédéral payable de l'appellant ayant également pour effet de réduire de 34 000 \$ son impôt provincial payable, il a joui d'un avantage fiscal total de 102 000 \$ grâce à l'opération.

^c Les dispositions pertinentes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à l'époque étaient les suivantes:

127.3 (1) Un contribuable peut déduire de l'impôt qu'il est par ailleurs tenu de payer en vertu de la présente Partie pour une année d'imposition, un montant ne dépassant pas le total de

- (a) son crédit d'impôt pour la recherche scientifique; et
 - (b) la partie inutilisée de son crédit d'impôt pour la recherche scientifique pour l'année d'imposition suivant l'année.
- (2) Pour l'application de la présente loi,
- (a) «crédit d'impôt pour la recherche scientifique» auquel a droit un contribuable pour une année d'imposition représente le total de toutes les sommes égales à,

- (i) lorsque le contribuable est une corporation, 50 %, ou

¹ S.C. 1970-71-72, ch. 63, édicté par S.C. 1984, ch. 1, art. 95.

(ii) where the taxpayer is an individual other than a trust, 34%

of an amount designated by a corporation under subsection 194(4) in respect of

(iii) a share acquired by the taxpayer in the year where the taxpayer is the first person, other than a broker or dealer in securities, to be a registered holder thereof,

(iv) a bond, debenture, bill, note, mortgage, hypothec or similar obligation (in this section and in Part VIII referred to as a "debt obligation") acquired by the taxpayer in the year where the taxpayer is the first person, other than a broker or dealer in securities, to be a registered holder thereof, or

(v) a right acquired by the taxpayer in the year where the taxpayer is the first person, other than a broker or dealer in securities, to have acquired that right,

less any amount required by subsection (5) to be deducted in computing the taxpayer's scientific research tax credit for the year; and

(6) For the purposes of this Act, where at any time in a taxation year a taxpayer has acquired a share, debt obligation or right and is the first registered holder of the share or debt obligation or the first person to have acquired the right, as the case may be, other than a broker or dealer in securities, and an amount is, at any time, designated by a corporation under subsection 194(4), in respect of the share, debt obligation or right, the following rules apply:

(a) he shall be deemed to have acquired the share, debt obligation or right at a cost to him equal to the amount by which

(i) its cost to him as otherwise determined

exceeds

(ii) 50% of the amount so designated in respect thereof; and

(b) where the amount determined under subparagraph (a)(ii) exceeds the amount determined under subparagraph (a)(i), the excess shall

(i) where the share, debt obligation or right, as the case may be, is a capital property to him, be deemed to be a capital gain of the taxpayer for the year from the disposition of that property; and

(ii) in any other case, be included in computing the income of the taxpayer for the year,

and the cost to him of the share, debt obligation or right, as the case may be, shall be deemed to be nil.

194. . . .

(4) Every taxable Canadian corporation may, by filing a prescribed form with the Minister at any time on or before the last day of the month immediately following a month in which it issued a share or debt obligation or granted a right under a scientific research financing contract (other than a share or debt obligation issued or a right granted before October 1983, or a

(ii) lorsque le contribuable est un particulier autre qu'une fiducie, 34 %

d'un montant désigné par une corporation, en vertu du paragraphe 194(4), à l'égard

(iii) d'une action acquise par le contribuable durant l'année et dont il est le premier détenteur enregistré, exception faite d'un courtier ou d'un négociant en valeurs,

(iv) d'une obligation, d'un effet, d'un billet, d'une *mortgage*, d'une hypothèque ou de toute autre semblable obligation (appelé au présent article et dans la Partie VIII «créance») acquis par le contribuable durant l'année et dont il est le premier détenteur enregistré, exception faite d'un courtier ou d'un négociant en valeurs, ou

(v) d'un droit acquis par le contribuable durant l'année et où il est le premier détenteur, exception faite d'un courtier ou d'un négociant en valeurs, à avoir acquis ce droit,

moins tout montant qui doit être déduit en vertu du paragraphe (5) dans le calcul du crédit d'impôt pour la recherche scientifique du contribuable pour l'année; et

(6) Pour l'application de la présente loi, lorsqu'à une date quelconque dans une année d'imposition un contribuable a acquis une action, une créance ou un droit dont il est le premier détenteur ou détenteur enregistré, selon le cas, exception faite d'un courtier ou d'un négociant en valeurs, et à l'égard duquel une corporation a, à une date quelconque, désigné un montant en vertu du paragraphe 194(4), dans le calcul du coût d'acquisition de l'action, de la créance ou du droit, les règles suivantes s'appliquent:

(a) il est réputé avoir acquis l'action, la créance ou le droit à un prix pour lui égal à l'excédent

(i) du coût pour lui tel que déterminé par ailleurs

sur

(ii) 50 % du montant désigné à l'égard de l'action, de la créance ou du droit; et

(b) lorsque le montant déterminé en vertu du sous-alinéa a)(ii) dépasse le montant déterminé en vertu du sous-alinéa a)(i), l'excédent est

(i) lorsque l'action, la créance ou le droit, selon le cas, est pour lui un bien en immobilisations, réputé être un gain en capital du contribuable pour l'année provenant de la disposition de ce bien, et

(ii) dans tout autre cas, inclus dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année,

et le coût pour lui de l'action, de la créance ou du droit, selon le cas, est réputé égal à zéro.

194. . . .

(4) Toute corporation canadienne imposable peut, sur production à une date quelconque d'une formule prescrite auprès du Ministre, au plus tard le dernier jour du mois suivant le mois où elle a émis une action ou une créance ou accordé un droit en vertu d'un contrat de financement pour la recherche scientifique (autre qu'une action, une créance émise ou un

share in respect of which the corporation has, on or before that day, designated an amount under subsection 192(4)), designate, for the purposes of this Part and Part I, an amount in respect of that share, debt obligation or right not exceeding the amount by which

(a) the amount of the consideration for which it was issued or granted, as the case may be,

exceeds

(b) in the case of a share, the amount of any assistance (other than an amount included in computing the scientific research tax credit of a taxpayer in respect of that share) provided, or to be provided by a government, municipality or any other public authority in respect of, or for the acquisition of, that share.

Briefly stated, the purpose of the statutory scheme (which was short-lived) was to encourage investment in companies doing scientific research. This was done by providing a federal tax credit of 34% of any amount invested in such a company and "designated" by the latter. Since most provincial income tax is calculated as a function (about 50%) of federal tax a reduction in the latter produced a corresponding reduction in the former for a total tax advantage to the investor of about 50% of the amount invested. To offset some of the scheme's "tax cost" to the fisc the investor's cost of acquisition was deemed to be reduced by 50% of the designated amount, or approximately the same amount as the tax credit he had received.

As previously indicated the appellant did not require redemption of the debenture until January 1985. That redemption was for the stipulated price of \$140,000. Since the appellant had paid \$200,000 for the debenture, he suffered an actual loss on the redemption in the amount of \$60,000. Furthermore, since the debenture was redeemable by either the company or the holder, it is inconceivable that it could ever have a value in excess of \$140,000 and it was accordingly impossible that redemption could ever result in a profit to the holder.

In the unreal world of income tax, however, things are seldom what they seem and are frequently deemed to be quite different from what they are. By the terms of subsection 127.3(6), *supra*, the appellant was deemed to have acquired the debenture at a cost

droit accordé avant octobre 1983 ou une action à l'égard de laquelle la corporation a, avant ou au plus tard à ce jour, désigné un montant en vertu du paragraphe 192(4)) désigner, aux fins de la présente Partie et de la Partie I, un montant à l'égard de cette action, de cette créance ou de ce droit, ne dépassant pas le montant de l'excédent éventuel

a) de la valeur de la contrepartie pour laquelle l'action ou la créance a été émise, ou le droit accordé, selon le cas,

sur

b) dans le cas d'une action, le montant de toute aide (à l'exclusion d'un montant inclus dans le calcul du crédit d'impôt pour la recherche scientifique d'un contribuable relativement à cette action) fournie, ou devant être fournie, par un gouvernement, une municipalité ou tout autre corps public en ce qui concerne l'action ou l'acquisition de celle-ci.

En peu de mots, le régime législatif (qui fut éphémère) avait pour objet d'encourager l'investissement dans les compagnies effectuant de la recherche scientifique. Pour ce faire, on accordait un crédit d'impôt fédéral équivalant à 34 % de toute somme investie dans une telle compagnie et «désignée» par cette dernière. Puisque la plus grande partie de l'impôt provincial sur le revenu est calculé en fonction (environ 50 %) de l'impôt fédéral, une réduction de ce dernier entraînait une réduction correspondante de l'impôt provincial, ce qui procurait à l'investisseur un avantage fiscal total d'environ 50 % de la somme investie. Pour compenser une partie du «coût fiscal» subi par le fisc du fait du régime, le coût d'acquisition pour l'investisseur était présumé être réduit de 50 % du montant désigné, ou d'environ la somme égale au crédit d'impôt qu'il avait reçu.

Comme je l'ai indiqué précédemment, l'appellant n'a demandé le rachat de la débenture qu'en janvier 1985, rachat qui a été effectué au prix convenu de 140 000 \$. Comme l'appellant avait versé 200 000 \$ pour la débenture, il a subi lors du rachat une perte réelle de 60 000 \$. En outre, puisque la débenture était rachetable par la compagnie ou par le détenteur, il est inconcevable qu'elle ait pu un jour valoir plus de 140 000 \$; aussi était-il impossible que le rachat rapporte un profit au détenteur.

Toutefois, dans le monde irréal de l'impôt sur le revenu, les choses sont rarement ce qu'elles semblent être et sont fréquemment présumées être tout à fait différentes de ce qu'elles sont. Aux termes du paragraphe 127.3(6), précité, l'appellant était présumé

of only \$100,000, being his actual cost (\$200,000) reduced by 50% of the designated amount, or, since the entire proceeds of the debenture had been designated, \$100,000. That being so, the redemption price of \$140,000 received by the appellant in 1985 was, for tax purposes, \$40,000 greater than his cost of acquisition. It is that notional difference which is at the source of this litigation.

In his income tax return for the 1985 taxation year, the appellant showed this amount as a capital gain. The Minister reassessed on the basis that it was a profit from an adventure in the nature of trade and taxable as business income. The appellant appealed to the Tax Court of Canada [[1990] 1 C.T.C. 2133] which allowed the appeal and directed that the Minister reassess on the basis that the gain of \$40,000 was a capital gain. The crux of the Tax Court Judge's reasons appears from the following passage [at pages 2138-2139]:

In light of all the circumstances of this case, I am of the view that this transaction does not possess the characteristics of a trading operation. In my opinion, the evidence is clear that trading in securities was not in the ordinary course of the Appellant's business. Moreover, the Appellant did not trade in the subject Debenture. He merely purchased it from its issuer for its inherent income tax attributes and redeemed it from its issuer at virtually no risk to him. He did not deal with the Debenture in the same manner as a person whose ordinary business is the buying and selling of Debentures and other securities. The acquisition of the Debenture was not for the purpose of earning income therefrom as it would normally be understood by persons engaged in buying and selling Debentures because the manner in which the present transaction was structured made this impossible right from the start. Indeed, the only way that the holder of the Debenture could recover some of the original purchase price of the Debenture was to call for its redemption for an amount less than the original purchase price. I agree with counsel for the Appellant that no profit in a trading sense arose from the acquisition and disposition of the Debenture. Indeed, if the benefits of the tax credit are disregarded, a loss according to ordinary commercial principles arose upon the redemption of the Debenture because the acquisition cost to the Appellant of the Debenture (\$200,000) exceeded the proceeds of its disposition (\$140,000) on redemption by \$60,000.

In brief general terms, the Appellant did not deal with the property as an ordinary trader in property of that nature in order to realize a profit from its sale.

avoir acquis la débenture au coût de 100 000 \$ seulement, soit son coût réel (200 000 \$), moins 50 % du montant désigné, ou, puisque le produit total de la débenture avait été désigné, moins 100 000 \$. Cela étant, le prix de rachat de 140 000 \$ reçu par l'appellant en 1985 était, aux fins fiscales, supérieur de 40 000 \$ à son coût d'acquisition. C'est cette différence fictive qui est à l'origine du présent litige.

Dans sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition 1985, l'appellant a déclaré cette somme à titre de gain en capital. Le ministre a établi une nouvelle cotisation sur le fondement qu'il s'agissait d'un profit découlant d'un risque de caractère commercial, imposable comme revenu d'entreprise. L'appellant a, avec succès, interjeté appel à la Cour canadienne de l'impôt [[1990] 1 C.T.C. 2133], qui a ordonné au ministre d'établir une nouvelle cotisation sur le fondement que le gain de 40 000 \$ était un gain en capital. Le nœud des motifs du juge de la Cour de l'impôt ressort du passage suivant [aux pages 2138 et 2139]:

Compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, je suis d'avis que cette transaction ne possède pas les caractéristiques d'une entreprise commerciale. À mon avis, la preuve révèle clairement que l'appellant ne s'occupait pas ordinairement du commerce des valeurs mobilières. En outre, l'appellant n'a pas fait le commerce de la débenture visée. Il l'a simplement achetée de son émetteur pour ses valeurs inhérentes en matière sur le revenu [sic] et s'est prévalu de la clause de rachat à l'égard de l'émetteur qui n'entraînait virtuellement aucun risque pour lui. Il n'a pas traité la débenture de la même manière qu'une personne qui s'occupe ordinairement d'acheter et de vendre des débentures et d'autres titres. L'acquisition de la débenture n'avait pas pour but d'en tirer un revenu au sens où l'entendrait [sic] normalement des personnes qui s'occupent d'acheter et de vendre des débentures car en raison de la structure de la présente opération, c'était impossible depuis le début. En fait, la seule manière dont le détenteur de la débenture pouvait recouvrer une partie du prix d'achat initial de la débenture était de demander son rachat pour un montant inférieur au prix d'achat initial. Je conviens avec l'avocat de l'appellant qu'aucun bénéfice dans un sens commercial n'a été tiré de l'acquisition et de la vente de la débenture. En fait, si l'on ne tient pas compte des avantages d'un crédit d'impôt, le rachat de la débenture a entraîné une perte selon les principes commerciaux ordinaires parce que le coût d'acquisition de la débenture pour l'appellant (200 000 \$) dépassait le produit de ses dispositions (140 000 \$) lors du rachat de 60 000 \$.

Bref, en termes généraux, l'appellant n'a pas traité le titre comme un courtier ordinaire à l'égard d'un titre de cette nature pour tirer un profit de sa vente.

The Crown appealed from this decision to the Trial Division which allowed the appeal and restored the assessment. The Trial Judge said [at page 218]:

However, he dealt with the SRTC debenture in the same way that a trader in property of the same kind would ordinarily, in the sense that he did not retain the debenture to earn interest income. In fact, as soon as the debenture was paid in full, he requested immediate redemption. A trader in such debentures would also quickly realize on them so as to free-up the funds invested.

The SRTC debenture in question was never designed to be held by the purchaser any longer than was required to enable him to obtain the tax credit. Immediate redemption was the incentive and long time investment was never contemplated. Moreover, only a small portion of the funds paid by Loewen remained with Dynaflex. The final \$152,000 payment was held in trust by Loewen's solicitor to ensure that the funds would be available to him for the redemption. Thus, the final payment which represented the bulk of the purchase price was never in the hands of Dynaflex and could not have been invested in its operations.

In considering which of these two approaches is to be preferred it seems to me that it is important to bear certain fundamentals in mind.

In the first place, it is clear that the basis on which the appellant has been assessed is not that he is a trader or engaged in a business, in a broad sense, but rather that the profits from this transaction are to be treated as business profits because the transaction itself is "an adventure in the nature of trade" within the meaning of section 248 [as am. by S.C. 1979, c. 5, s. 66] of the Act. The profits from a trade or business are, of course, taxable on their own account and without recourse to any extended definition; the notion of an adventure in the nature of trade extends the reach of the charging sections to transactions which, although not carried out by a trader, are of the same kind as trading transactions. As was stated by Lord Radcliffe in *Edwards (Inspector of Taxes) v. Bairstow*:²

The true question in such cases is whether the operations constitute an adventure of that kind, not whether they by themselves or they in conjunction with other operations, constitute the operator a person who carries on a trade.

² [1956] A.C. 14 (H.L.), at p. 38.

La Couronne a interjeté appel de cette décision à la Section de première instance, qui l'a accueilli et a rétabli la cotisation. Le juge de première instance s'est exprimé ainsi [à la page 218]:

Toutefois, il a disposé de la débenture donnant droit à un CIRS de la même manière qu'une personne faisant le commerce de valeurs semblables le ferait habituellement puisqu'il n'a pas conservé la débenture pour en tirer un revenu en intérêts. En fait, dès que la débenture a été payée intégralement, il en a demandé le rachat. Un négociant en telles débentures les réaliserait également rapidement de manière à libérer l'argent investi.

L'acquéreur n'a jamais eu l'intention de détenir la débenture donnant droit à un CIRS plus longtemps qu'il n'était nécessaire pour obtenir un crédit d'impôt. C'est le rachat immédiat qui l'a incité à acquérir la débenture, et le placement à long terme n'a jamais été envisagé. En outre, une petite partie seulement de l'argent versé par Loewen a été conservée par Dynaflex. Le paiement final de 152 000 \$ a été détenu en fiducie par le procureur de Loewen pour garantir l'argent du rachat. Ainsi, le paiement final, qui représentait la grande partie du prix d'achat, n'a jamais été entre les mains de Dynaflex et n'aurait pu être investi dans le cadre de ses activités.

Pour déterminer laquelle de ces deux conceptions doit prévaloir, il me semble important de tenir compte de certaines notions.

D'une part, il est évident que l'appelant n'a pas été imposé sur le fondement qu'il est commerçant ou qu'il exploite une entreprise, dans un sens général, mais parce que les profits qu'a rapportés l'opération doivent être traités comme des profits d'entreprise puisque l'opération en soi est «un risque de caractère commercial» au sens de l'article 248 [mod. par S.C. 1979, ch. 5, art. 66] de la Loi. Les profits tirés d'un commerce ou d'une entreprise sont évidemment imposables en eux-mêmes sans qu'il soit nécessaire de recourir à une définition élargie; la notion de risque de caractère commercial étend la portée des articles qui créent une obligation fiscale à des opérations qui, bien qu'elles ne soient pas effectuées par un commerçant, sont d'une nature identiques aux opérations commerciales. Comme l'a indiqué lord Radcliffe dans l'arrêt *Edwards (Inspector of Taxes) v. Bairstow*:

[TRADUCTION] La véritable question dans de telles affaires est de savoir si les opérations constituent un risque de cette nature, et non si, d'elles-mêmes ou en conjonction avec d'autres opérations, elles font de l'auteur des opérations une personne qui exerce un commerce.

² [1956] A.C. 14 (H.L.), à la p. 38.

The point is of importance in the present case because a trader may, in the course of his business, enter into transactions which cannot possibly generate a profit by themselves but whose purpose is to benefit the business as a whole. A simple example would be the purchase by a merchant of goods to be given away as premiums with the purchase of his regular merchandise. That is no doubt a trading transaction but it is difficult to see how the purchase of something for the purpose of giving it away could qualify as an adventure in the nature of trade if it were carried out by a non-trader.

Secondly, a distinction is sometimes drawn in the cases between transactions which are to be treated as "investments" and those which are to be considered as "speculations". While that is frequently a useful way of looking at an income/capital gains problem, it is not an infallible test since the concepts of investment and speculation are not exhaustive of the universe of transactions by which people acquire things and subsequently dispose of them. In particular, things may also be bought or sold for consumption or for use. Thus, while a positive finding that a transaction was for speculation or for investment may be decisive as to whether it was or was not a trading transaction, an equivalent negative finding, i.e. that it was not one or the other of those things, cannot be so.

Clearly, in the present case, the appellant's purchase and later redemption of the debenture were not of the character of an investment. He admits as much:

The Appellant's purpose in purchasing the Debenture was to acquire a scientific research tax credit worth \$102,000. His only relationship with Dynaflex was the purchase of the Debenture. He had no interest in Dynaflex's operation other than receiving the tax credit. He did not know the nature of Dynaflex's business, and did not determine whether it could actually carry out its business. He did not investigate Dynaflex's solvency, he had no idea what sort of assets Dynaflex owned, and did not know what the floating charge contained in the Debenture would attach to. The Appellant never considered selling the Debenture to anyone else. From

En l'espèce, cet élément revêt une grande importance car un commerçant peut, dans le cadre de son entreprise, effectuer des opérations qui, d'elles-mêmes, ne peuvent rapporter un profit, mais qui visent à profiter à l'entreprise en général. Un exemple simple serait l'achat, par un marchand, de biens qu'il distribue comme prime aux acheteurs de ses marchandises ordinaires. Il s'agit sans aucun doute là d'une opération commerciale, mais on peut difficilement concevoir comment l'achat d'un bien en vue de le donner ensuite pourrait constituer un risque de caractère commercial s'il était effectué par une personne non commerçante.

D'autre part, la jurisprudence établit à l'occasion une distinction entre les opérations qui doivent être traitées comme un «placement» et celles qui doivent être considérées comme une «spéculation». Certes, il s'agit là d'une façon utile de cerner la question de savoir s'il s'agit d'un revenu ou d'un gain en capital, mais ce n'est pas un critère infallible puisque les notions de placement et de spéculation ne sont pas uniques dans l'univers des opérations par lesquelles on achète des biens pour s'en défaire subséquemment. En particulier, les biens peuvent également être achetés ou vendus à des fins de consommation ou d'utilisation. Donc, bien qu'une conclusion favorable selon laquelle une opération visait à spéculer ou à effectuer un placement peut être déterminante quant à savoir s'il s'agissait d'une opération commerciale ou non, il n'en est rien de la conclusion défavorable équivalente portant que l'opération ne visait à faire ni l'un ni l'autre.

Manifestement, dans l'affaire qui nous occupe, l'achat et le rachat subséquent de la débenture par l'appelant ne relevait pas du placement. L'appelant l'admet:

[TRADUCTION] En achetant la débenture, l'appelant souhaitait obtenir un crédit d'impôt pour la recherche scientifique de 102 000 \$. Son seul lien avec Dynaflex s'est résumé à l'achat de la débenture. Il n'avait d'autre intérêt dans l'exploitation de Dynaflex que de recevoir le crédit d'impôt. Il ne connaissait pas la nature de l'entreprise de Dynaflex, ni n'a déterminé si elle pouvait effectivement exploiter son entreprise. Il ne s'est pas renseigné sur sa solvabilité, ni ne connaissait la nature des biens dont Dynaflex était propriétaire, ou de ceux auxquels se rapporterait la charge flottante prévue dans la débenture. L'appelant n'a jamais eu l'intention de vendre la débenture à une

the moment he purchased it, he intended to redeem it. [Appellant's memorandum of fact and law, at page 6.]

That, however, leaves open the question as to whether there was an adventure in the nature of trade.

Next, it is settled law that an intention to make a profit from a transaction is not a prerequisite to a finding that such transaction is an adventure in the nature of trade. In the leading case of *M.N.R. v. J. A. Taylor*,³ Thorson P., after an exhaustive review of the cases, said [at pages 211-212]:

And a transaction may be an adventure in the nature of trade although the person entering upon it did so without any intention to sell its subject matter at a profit. The intention to sell the purchased property at a profit is not of itself a test of whether the profit is subject to tax for the intention to make a profit may be just as much the purpose of an investment transaction as of a trading one. Such intention may well be an important factor in determining that a transaction was an adventure in the nature of trade but its presence is not an essential prerequisite to such a determination and its absence does not negative the idea of an adventure in the nature of trade. The considerations prompting the transaction may be of such a business nature as to invest it with the character of an adventure in the nature of trade even without any intention of making a profit on the sale of the purchased commodity.

In the same case, Thorson P. laid down a number of specific guidelines for determining when there is an adventure in the nature of trade. The first, and in my view the most important, was stated by him as follows [at page 214]:

But there are some specific guides. One of these is that if the transaction is of the same kind and carried on in the same way as a transaction of an ordinary trader or dealer in property of the same kind as the subject matter of the transaction it may fairly be called an adventure in the nature of trade. . . . Put more simply, it may be said that if a person deals with the commodity purchased by him in the same way as a dealer in it would ordinarily do such a dealing is a trading adventure.

This brings us back to the conflicting views expressed in the Tax Court and in the Trial Division in the present case and already quoted above. If I understand them correctly, the Tax Court Judge was of the view that this could not be a trading transaction because, apart from its tax consequences, it could not generate a profit. The Trial Judge, on the other hand,

³ [1956] C.T.C. 189 (Ex. Ct.).

autre personne. Dès qu'il l'a achetée, il avait l'intention de la racheter. [Exposé des faits et du droit de l'appelant, à la page 6.]

Cela, toutefois, laisse ouverte la question de savoir s'il y a eu un risque de caractère commercial.

Par ailleurs, il est établi en droit que l'intention de tirer un profit d'une opération n'est pas nécessaire pour conclure qu'une telle opération est un risque de caractère commercial. Dans l'arrêt de principe *M.N.R. v. J. A. Taylor*³, le président Thorson, après avoir soigneusement passé en revue la jurisprudence, a indiqué ceci [aux pages 211 et 212]:

[TRADUCTION] Une transaction peut être une initiative de caractère commercial même si la personne qui l'a conclue n'avait nullement l'intention de revendre l'objet de la transaction avec profit. L'intention de vendre à profit le bien acheté n'est pas en soi un critère pour déterminer si le profit est imposable car l'intention de faire un profit peut être tout aussi bien le but d'une transaction d'investissement que d'une transaction commerciale. L'intention peut être un élément important lorsqu'il s'agit de déterminer si la transaction a été une initiative de caractère commercial, mais elle n'est pas une condition préalable essentielle, et la transaction peut être de caractère commercial même en l'absence de toute intention. Les motifs à l'origine de la transaction peuvent être d'une nature commerciale telle qu'ils lui donnent l'aspect d'une initiative d'un caractère commercial même en l'absence de toute intention de réaliser un profit sur la vente de l'article acheté.

Dans la même affaire, le président Thorson a posé quelques directives précises permettant de déterminer les cas où il y a un risque de caractère commercial. La première, et à mon avis, la plus importante, a été exposée ainsi [à la page 214]:

[TRADUCTION] Mais il existe quelques normes spécifiques. Une de celles-ci veut que si l'opération est de la même nature et conduite de la même façon qu'une transaction effectuée par un commerçant ou un négociant ordinaire de biens du même genre que l'objet de l'opération, elle peut à juste titre être qualifiée d'initiative d'un caractère commercial. . . . On pourrait dire tout simplement qu'une personne qui dispose d'un article qu'elle a acheté tout comme le ferait un marchand s'engage dans une initiative d'un caractère commercial.

Ce qui nous ramène aux opinions opposées, citées ci-dessus, qu'ont exprimées la Cour de l'impôt et la Section de première instance dans la présente affaire. Si je comprends bien, le juge de la Cour de l'impôt était d'avis qu'il ne pouvait s'agir en l'espèce d'une opération commerciale puisque, à l'exception de ses conséquences fiscales, celle-ci ne pouvait rapporter

³ [1956] C.T.C. 189 (C. de l'É.).

came to the opposite conclusion because the appellant had disposed of the debenture, once it had served its tax credit purpose, as quickly as possible and in the same manner as would a trader.

In order to resolve the conflict, it is necessary, in my view, first to ask oneself whether tax considerations, and more particularly an anticipated tax advantage, can properly be determinative of whether or not any given transaction is a trading operation. In my view, they cannot. While the saving of taxes is clearly an important consideration in the conduct of any modern business, I do not think it can properly be said that a transaction whose sole purpose is to reduce the tax otherwise payable by a taxpayer is, for that reason alone, an adventure in the nature of trade. In the recent case of *Moloney (M.) v. Canada*,⁴ this Court was faced with the opposite side of the income/capital gains coin, namely whether a taxpayer could deduct as business expenses the costs incurred in a scheme the whole purpose of which was to obtain refunds of tax. In dismissing the taxpayer's appeal, we said [at pages 227-228]:

While it is trite law that a taxpayer may so arrange his business as to attract the least possible tax (see *Duke of Westminster's* case, [1936] A.C. 1), it is equally clear in our view that the reduction of his own tax cannot by itself be a taxpayer's business for the purpose of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148 (am. S.C. 1970-71-72, c. 63) (the "Act"). To put the matter another way, for an activity to qualify as a "business" the expenses of which are deductible under paragraph 18(1)(a), it must not only be one engaged in by the taxpayer with a reasonable expectation of profit, but that profit must be anticipated to flow from the activity itself rather than exclusively from the provisions of the taxing statute. [Emphasis added.]

This conclusion is consistent with authority. In *Bishop (Inspector of Taxes) v. Finsbury Securities, Ltd.*,⁵ the House of Lords had to deal with a forward stripping operation, the success of which was dependent upon the taxpayer being able to treat as a trading loss the sale of shares the value of which had been

un profit. Pour sa part, le juge de première instance en est venu à la conclusion opposée parce que l'appellant a, aussi rapidement que possible et de la même manière que l'aurait fait un commerçant, vendu la débeture après que celle-ci lui eut permis d'obtenir un crédit d'impôt.

Pour résoudre le conflit, il est à mon avis nécessaire de se demander en premier lieu si les considérations d'ordre fiscal, et plus particulièrement l'avantage fiscal envisagé, peuvent à bon droit permettre de trancher la question de savoir si une opération donnée est commerciale. À mon avis, ce n'est pas le cas. Bien que le dégrèvement d'impôt soit manifestement un facteur important dans l'exploitation de toute entreprise moderne, je ne crois pas que l'on puisse à bon droit soutenir que l'opération dont le seul but est de réduire l'impôt par ailleurs payable par un contribuable est, pour cette seule raison, un risque de caractère commercial. Dans l'affaire récente *Moloney (M.) c. Canada*⁴, notre Cour a dû examiner le revers de la médaille revenu/gains en capital, soit la question de savoir si un contribuable pouvait éduire au titre de dépenses d'entreprise les coûts engagés dans un stratagème ayant pour seul objet d'obtenir des remboursements d'impôt. En rejetant l'appel du contribuable, nous avons dit [aux pages 227 et 228]:

Il est un principe élémentaire du droit que les contribuables peuvent structurer leurs affaires de manière à être assujettis au minimum d'impôt (voir *Duke of Westminster's*, [1936] A.C. 1); toutefois, il est tout aussi évident à notre avis que, pour les contribuables, la réduction de leurs propres impôts ne peut en soi constituer une entreprise aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148 (mod. par S.C. 1970-71-72, ch. 63) (la «Loi»). En d'autres termes, pour qu'une activité soit reconnue comme une «entreprise» dont les dépenses sont déductibles en vertu de l'alinéa 18(1)a), non seulement le contribuable doit-il s'y adonner avec une expectative raisonnable de profit, mais aussi faut-il s'attendre à ce que le profit en question découle de l'activité elle-même et non pas exclusivement des dispositions de la loi fiscale. [Non souligné dans l'original.]

Cette conclusion est conforme à la jurisprudence. Dans l'arrêt *Bishop (Inspector of Taxes) v. Finsbury Securities, Ltd.*,⁵ la Chambre des lords a dû examiner une opération de dépouillement interne, dont le succès dépendait de la possibilité pour le contribuable de traiter comme une perte d'entreprise la vente d'ac-

⁴ [1992] 2 C.T.C. 227 (F.C.A.).

⁵ [1966] 3 All E.R. 105 (H.L.).

⁴ [1992] 2 C.T.C. 227 (C.A.F.).

⁵ [1966] 3 All E.R. 105 (H.L.).

reduced below their cost to the taxpayer by virtue of the latter having, in the interim, taken from the company, by way of dividend, its large accumulated surplus. While the question is not identical to the one facing us here, the following passage from the speech of Lord Morris is instructive (at page 112):

A consideration of the transactions now under review leads me to the opinion that they were in no way characteristic of, nor did they possess, the ordinary features of the trade of share dealing. The various shares which were acquired ought not to be regarded as having become part of the stock-in-trade of the company. They were not acquired for the purpose of dealing with them. In no ordinary sense were they current assets. For the purposes of carrying out the scheme which was devised the shares were to be and had to be retained. The arguments before your lordships depended mainly on the submission by the Crown that the shares were acquired for a period of five years as part of the capital structure of the company from which an income would be earned and, on the other hand, on the submission of the company that they were acquired as part of their stock-in-trade.

In my opinion neither argument is correct. For the reasons which I have already given this transaction on its particular facts was not, within the definition of s. 526, "an adventure or concern in the nature of trade" at all. It was a wholly artificial device remote from trade to secure a tax advantage. [Emphasis added.]

The same Judge in *FA & AB Ltd v. Lupton (Inspector of Taxes)*,⁶ a case involving a very similar transaction, said (at page 952):

Deriving such help as a consideration of other cases may yield—the question for decision will be whether the particular transaction under review can and should be regarded as a trading transaction within the course of the trade of a dealer in shares.

This enquiry may or may not involve or necessitate a consideration of the profitability of a transaction or of the tax results of a transaction. One trading transaction may result in a profit. Another may result in a loss. If each of these, fairly judged, is undoubtedly a trading transaction its nature is not altered according to whether from a financial point of view it works out favourably or unfavourably. Nor is such a transaction altered in its nature according to how the revenue laws determine the tax position which results from the financial position. [Emphasis added.]

This brings me back to the questions posed at the beginning of these reasons. In my view, and while, as indicated, an intention to make a profit is not essen-

⁶ [1971] 3 All E.R. 948 (H.L.).

tions dont la valeur avait été réduite sous leur coût d'acquisition pour le contribuable du fait que ce dernier avait entre-temps obtenu de la compagnie, par voie de dividendes, l'important surplus accumulé de cette dernière. Bien que la question ne soit pas identique à celle dont nous sommes saisis, le passage suivant des propos de lord Morris nous renseigne à ce sujet (à la page 112):

[TRADUCTION] L'examen des opérations contestées me convainc qu'elles ne sont d'aucune façon caractéristiques des opérations portant sur des actions et qu'elles n'en possèdent pas les caractéristiques ordinaires. Les diverses actions qui ont été acquises ne doivent pas être considérées comme si elles étaient devenues une part du stock de la société. Elles n'ont pas été acquises dans le but d'en faire le commerce. Il ne s'agissait nullement d'actifs courants. Aux fins de la combine élaborée, les actions devaient être conservées. Les arguments présentés devant vos Seigneuries dépendaient principalement de l'argument du ministère public selon lequel les actions avaient été acquises pour une période de cinq ans à titre de partie du capital de la société duquel un revenu serait tiré et, par ailleurs, de l'argument de la société selon lequel elles avaient été acquises à titre de partie de leur stock.

À mon avis, aucun argument n'est fondé. Pour les motifs que j'ai déjà exposés, et compte tenu de son contexte, l'opération en l'espèce ne constituait en rien, au sens de la définition de l'article 526, «un risque ou une affaire de caractère commercial». Il s'agissait d'un stratagème tout à fait artificiel et étranger au commerce visant à obtenir un avantage fiscal. [Non souligné dans l'original.]

Dans l'arrêt *FA & AB Ltd v. Lupton (Inspector of Taxes)*⁶, où il était question d'une opération très semblable, le même juge a dit (à la page 952):

[TRADUCTION] Compte tenu de ce que l'on peut puiser de l'examen d'autres affaires, la question sera de savoir si l'opération donnée peut et devrait être considérée comme une opération commerciale effectuée dans le cadre du commerce d'un négociant en titres.

Cette analyse peut ou non entraîner ou nécessiter l'examen de la rentabilité d'une opération ou de ses conséquences sur le plan fiscal. Une opération commerciale peut rapporter un profit alors qu'une autre peut entraîner une perte. Si chacune d'elles, jugée impartialement, est sans doute une opération commerciale, sa nature n'est pas modifiée du fait que, du point de vue financier, elle entraîne un résultat favorable ou défavorable. Elle ne l'est pas non plus en fonction de la manière dont les lois fiscales déterminent la position fiscale qui découle de la position financière. [Non souligné dans l'original.]

Ces commentaires me ramènent aux questions posées au début de mes motifs. À mon avis, et bien que, comme il a été indiqué, l'intention de réaliser un

⁶ [1971] 3 All E.R. 948 (H.L.).

tial in order for a transaction to be characterized as an adventure in the nature of trade, such transaction must be one from which it is possible to derive a profit in a commercial sense. Trade necessarily implies at least the possibility of profit. Not surprisingly perhaps, there are no cases dealing directly with the question since it is unusual, to say the least, to find an unprofitable transaction attracting tax as an adventure in the nature of trade. That it should do so in the present case results solely as a consequence of the reduction which subsection 127.3(6) deems to take place in the cost of acquisition of an SRTC instrument.

In all the reported cases that I have seen dealing with adventures in the nature of trade the taxpayer had actually made a profit on the transaction and it was that profit which had triggered the interest of the fisc. The nearest parallel to the present case is the decision in *Moloney, supra*, where there was no profit, but a purported expense incurred in connection with a tax avoidance scheme was disallowed.

In all the other cases on the point, however, the Court, in deciding whether a transaction is an adventure in the nature of trade, has clearly assumed that such transaction must be one which could produce a profit. Thus, by way of example, in the leading and often quoted case of *Californian Copper Syndicate v. Harris*,⁷ the test was said to be “is it a gain made in an operation of business in carrying out a scheme for profit-making?”⁸ Likewise, in the earlier case of *Grainger & Son v. Gough*,⁹ Lord Davey said (at pages 345-346):

Trade in its largest sense is the business of selling, with a view to profit, goods which the trader has either manufactured or himself purchased. [Emphasis added.]

Earlier still in *Erichsen v. Last*,¹⁰ Cotton, L.J. said (at page 420):

... in my opinion when a person habitually does and contracts to do a thing capable of producing profit, and for the purpose

⁷ (1904), 5 T.C. 159, at p. 166.

⁸ Emphasis added.

⁹ [1896] A.C. 325 (H.L.).

¹⁰ (1881), 8 Q.B.D. 414 (C.A.).

profit ne soit pas essentielle pour qualifier une opération de risque de caractère commercial, il doit être possible de tirer d'une telle opération un profit au sens commercial. Le commerce implique nécessairement à tout le moins une possibilité de profit. Peut-être n'est-il guère surprenant qu'aucune jurisprudence ne porte directement sur la question puisqu'il est inhabituel, c'est le moins que l'on puisse dire, de trouver une opération qui, non rentable, engendre une obligation fiscale parce qu'elle constitue un risque de caractère commercial. Qu'elle ait cette incidence en l'espèce est dû uniquement à la réduction que présume le paragraphe 127.3(6) relativement au coût d'acquisition d'un titre donnant droit à un CIRS.

Dans toutes les affaires publiées que j'ai lues et qui portaient sur les risques de caractère commercial, le contribuable avait effectivement réalisé un profit grâce à l'opération et c'est ce profit qui avait suscité l'intérêt du fisc. L'arrêt qui se rapproche le plus de l'espèce est l'arrêt *Moloney*, précité, où il n'y a pas eu de profit, mais où une dépense apparemment engagée en relation avec un mécanisme d'évitement fiscal a été refusée.

Dans toutes les autres affaires portant sur le sujet, toutefois, la Cour, en décidant si une opération est un risque de caractère commercial, a clairement tenu pour établi qu'une telle opération doit pouvoir rapporter un profit. Ainsi, par exemple, dans l'arrêt de principe fréquemment cité *Californian Copper Syndicate v. Harris*⁷, on a exposé le critère dans ces termes: [TRADUCTION] «s'agit-il d'un gain qui a été réalisé au cours d'une affaire à but lucratif?»⁸ De même, dans l'arrêt plus ancien *Grainger & Son v. Gough*⁹, lord Davey a dit (aux pages 345 et 346):

[TRADUCTION] Dans son sens le plus général, le commerce est l'entreprise de vendre, dans le but de réaliser un profit, des marchandises que le commerçant a fabriquées ou lui-même achetées. [Non souligné dans l'original.]

Dans l'arrêt encore plus ancien *Erichsen v. Last*¹⁰, le lord juge Cotton a dit (à la page 420):

[TRADUCTION] ... à mon avis, lorsqu'une personne fait et s'engage à faire ordinairement une chose susceptible de rapporter

⁷ (1904), 5 T.C. 159, à la p. 166.

⁸ C'est moi qui souligne.

⁹ [1896] A.C. 325 (H.L.).

¹⁰ (1881), 8 Q.B.D. 414 (C.A.).

of producing profit, he carries on a trade or business. [Emphasis added.]

The profit must also, in my view, be a commercial one. Or to put the matter another way, a purely notional profit cannot serve to turn an otherwise unprofitable transaction into an adventure in the nature of trade. The test being whether the transaction is of the same kind and carried on in the same way as one which a trader would normally enter into, it seems evident to me that no trader who expected to stay in business would enter into transactions which were capable of producing only fictitious profits.

Accordingly, while the appellant's cost of acquisition of the debenture is deemed for tax purposes to be reduced to \$100,000, that is a fiction: his real cost remains \$200,000 and the fictionally reduced cost cannot be used to attribute to the transaction itself a profit-making capability which it does not have in reality.

The test for an adventure in the nature of trade is an objective one based upon the standard of the "ordinary trader or dealer." If the *Income Tax Act* is to deem a transaction to produce a notional profit, that profit must not be treated as real for the purposes of applying the test. In the context of the present case that means that the question to be asked must be whether such a purely notional profit would serve to induce a trader to enter into the transaction. In my view, it is clear that it would not. The real and only inducement here was the tax credit but that, as we have seen, cannot serve to turn the transaction into an adventure in the nature of trade.

I conclude, therefore, as did the Tax Court Judge, that the appellant's purchase and subsequent redemption of the SRTC debenture was not an adventure in the nature of trade and that his deemed gain therefrom should be treated as a capital gain and not as income.

I would allow the appeal, set aside the decision of the Trial Division and restore the judgment of the Tax Court with costs throughout.

MCDONALD J.A.: I agree.

un profit, en vue de réaliser un profit, elle exploite un commerce ou une entreprise. [Non souligné dans l'original.]

À mon sens, le profit doit en outre être commercial. Ou en d'autres termes, le profit purement fictif ne peut servir à transformer une opération par ailleurs non rentable en un risque de caractère commercial. Le critère étant de savoir si l'opération est de la même nature et exploitée de la même façon que celle qu'effectuerait ordinairement un commerçant, il me semble évident qu'aucun commerçant souhaitant demeurer en affaires effectuerait des opérations susceptibles de produire des profits fictifs uniquement.

Aussi, bien que le coût d'acquisition de la débenture pour l'appelant soit présumé, à des fins fiscales, être réduit à 100 000 \$, il s'agit là d'une fiction: son coût réel demeure 200 000 \$, et le coût réduit artificiellement ne peut être utilisé pour attribuer à l'opération elle-même une capacité de produire un profit qu'en réalité elle ne possède pas.

En matière de risque de caractère commercial, le critère est objectif et il est fondé sur la norme du «commerçant ou négociant ordinaire». Si la *Loi de l'impôt sur le revenu* doit présumer qu'une opération produit un profit fictif, ce profit ne doit pas être considéré comme réel aux fins d'application du critère. Dans le contexte de la présente affaire, cela signifie que la question doit être celle de savoir si ce profit purement fictif servirait à inciter un commerçant à effectuer l'opération. À mon avis, il est clair qu'il n'en serait rien. La seule motivation réelle en l'espèce était le crédit d'impôt. Or, comme nous l'avons vu, cela ne peut servir à transformer l'opération en un risque de caractère commercial.

Je conclus par conséquent, comme l'a fait le juge de la Cour de l'impôt, que l'achat par l'appelant et le rachat subséquent de la débenture donnant droit à un CIRS n'était pas un risque de caractère commercial et que le gain présumé qu'il en a tiré devrait être traité comme un gain en capital et non comme un revenu.

J'accueillerais l'appel, j'annulerais la décision de la Section de première instance et je rétablirais le jugement de la Cour de l'impôt avec frais dans toutes les cours.

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