

A-245-16
2017 FCA 207

A-245-16
2017 CAF 207

Univar Holdco Canada ULC (*Appellant*)

Univar Holdco Canada ULC (*appelante*)

v.

c.

Her Majesty the Queen (*Respondent*)

Sa Majesté la Reine (*intimée*)

INDEXED AS: UNIVAR HOLDCO CANADA ULC v. CANADA

RÉPERTORIÉ : UNIVAR HOLDCO CANADA ULC c. CANADA

Federal Court of Appeal, Pelletier, Webb and Near
J.J.A.—Toronto, May 10; Ottawa, October 13, 2017.

Cour d'appel fédérale, juges Pelletier, Webb et Near,
J.C.A.—Toronto, 10 mai; Ottawa, 13 octobre 2017.

Income Tax — Tax Avoidance — Appeal from Tax Court of Canada decision dismissing appellant's appeal from reassessment applying general anti-avoidance rule (GAAR) under Income Tax Act (ITA) to certain transactions completed in 2007 — Appellant acquiring corporation (including Univar Canada Ltd.) through number of transactions — Paid-up capital (PUC) of shares, note (payable by appellant, held by American parent thereof), equal to fair market value of shares of Univar Canada — Parties relying on Convention Between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital, Article XIII to exempt from taxation in Canada any capital gain arising as part of the transactions, and on ITA, s. 212.1(4) to avoid deemed dividend otherwise arising under ITA, s. 212.1(1) — Tax Court considering amendments proposed in 2016 (which changed wording of s. 212.1(4)), determining that avoidance transaction abuse of ITA — Dismissing appellant's argument that if transactions structured differently (alternative transactions) appellant could have achieved same result if GARR did not apply — Whether avoidance transaction undertaken by appellant abusive — Alternative transactions relevant factor in determining whether abuse of ITA provisions taking place — Purpose of s. 212.1 not to prevent removal, by arm's length purchaser of Canadian corporation, of any surplus Canadian corporation accumulating prior to acquisition of control — Here, overall effect of transactions allowing purchaser to remove from Canada surplus accumulated in Univar Canada prior to acquisition of control of that company — Avoidance transaction part of series of transactions by which control of Univar Canada indirectly acquired in arm's length transaction — Whether by alternative transactions or by completing transactions done in this case, same surplus removed from Canada — Transactions not frustrating purpose of ITA, s. 212.1 as written in 2007 — 2016 amendments could not be used to make finding that avoidance transaction abusive — Matter referred back to Minister of National Revenue for reconsideration, reassessment on basis GAAR not applying — Appeal allowed.

Impôt sur le revenu — Évitement fiscal — Appel d'une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a rejeté l'appel formé par l'appelante à l'égard de la nouvelle cotisation fondée sur l'application de la règle générale anti-évitement (RGAE) prévue par la Loi de l'impôt sur le revenu (LIR) à certaines opérations effectuées en 2007 — L'appelante a acquis une société (y compris Univar Canada Ltée) dans le cadre de nombreuses opérations — La somme du capital versé (CV) des actions et d'un billet (souscrit par l'appelante et détenu par la société mère américaine de cette dernière) équivalait à la juste valeur marchande des actions d'Univar Canada — Les parties aux opérations se sont fondées sur l'article XIII de la Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune pour justifier l'exemption de taxation au Canada des gains en capital provenant des opérations et sur l'exception prévue à l'art. 212.1(4) de la LIR pour éviter le dividende qui aurait autrement été réputé avoir été versé, par application de l'art. 212.1(1) de la LIR — La Cour de l'impôt a examiné les modifications proposées en 2016 (qui ont modifié le libellé de l'art. 212.1(4)) et conclu que l'opération d'évitement constituait une application abusive de la LIR — Elle a rejeté l'argument de l'appelante qui soutenait que, même si les opérations avaient été structurées différemment (les autres opérations possibles), l'appelante aurait pu atteindre les mêmes résultats n'eût été l'application de la RGAE — Il s'agissait de savoir si l'opération d'évitement effectuée par l'appelante était abusive — Les autres opérations possibles constituaient un élément pertinent pour décider s'il y a eu abus dans l'application des dispositions de la LIR — L'art. 212.1 de la LIR n'avait pas pour objet d'empêcher la partie sans lien de dépendance qui fait l'acquisition d'une société canadienne de retirer du Canada le surplus que celle-ci avait accumulé avant l'acquisition du contrôle — En l'espèce, les opérations effectuées ont permis à l'acheteur de retirer du Canada le surplus accumulé par Univar Canada avant d'acquiescer le contrôle de cette société — L'opération d'évitement devait faire partie d'une série d'opérations grâce à laquelle

This was an appeal from a decision of the Tax Court of Canada dismissing the appellant's appeal from the reassessment that applied the general anti-avoidance rule (GAAR) under the *Income Tax Act* (ITA) to certain transactions completed in 2007.

Univar NV, a Netherlands public company, was acquired by CVC Capital Properties (CVC) in 2007. Univar Canada Ltd. (Univar Canada) was one of the corporations that formed part of the Univar NV corporate group. Univar Canada was of particular interest to the purchaser because it had accumulated a significant surplus. A number of transactions were undertaken with the result that Univar Canada was acquired by the appellant. The total of the paid-up capital (PUC) of the shares and a note (payable by the appellant and held by the American parent of the appellant) was equal to the fair market value of the shares of Univar Canada. The parties to the transactions relied on Article XIII of the *Convention Between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital* to exempt from taxation in Canada any capital gain arising as part of the transactions and on the exception contained in subsection 212.1(4) of the ITA to avoid the deemed dividend that would otherwise arise under subsection 212.1(1) of the ITA when the shares of Univar Canada were transferred by its American shareholder to the appellant. As part of the transactions, the corporate group was reorganized to satisfy the conditions of subsection 212.1(4) in that the American shareholder of Univar Canada was owned by the appellant, immediately before the shares of Univar Canada were transferred to the appellant. The Tax Court considered amendments proposed in 2016 (that have since been implemented) and determined that the avoidance transaction was an abuse of the ITA. The 2016 amendments changed the wording of subsection 212.1(4) applicable in respect of dispositions that occurred after March 21, 2016. The result of these amendments is that the exception in subsection 212.1(4) of the ITA would no longer be available in the circumstances of this case. The Tax Court also dismissed the appellant's argument that if the transactions would have been structured differently (the alternative

le contrôle d'Univar Canada aurait été acquis indirectement dans le cadre d'une opération entre parties sans lien de dépendance — Que le surplus de la société canadienne ait été retiré au moyen des autres opérations possibles ou au moyen des opérations qui ont été effectuées en l'espèce, le surplus retiré du Canada aurait été le même — Ces opérations ne sont pas allées à l'encontre de l'objet de l'art. 212.1 de la LIR tel qu'il était libellé en 2007 — Les modifications de 2016 ne pouvaient pas servir de fondement pour conclure que l'opération d'évitement était abusive — L'affaire a été renvoyée au ministre du Revenu national pour qu'il procède à un nouvel examen et établisse une nouvelle cotisation en tenant pour acquis que la RGAE ne s'appliquait pas — Appel accueilli.

Il s'agissait d'un appel d'une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a rejeté l'appel formé par l'appelante à l'égard de la nouvelle cotisation fondée sur l'application de la règle générale anti-évitement (RGAE) prévue par la *Loi de l'impôt sur le revenu* (LIR) à certaines opérations effectuées en 2007.

Univar NV, une société ouverte des Pays-Bas, a été acquise par CVC Capital Properties (CVC) en 2007. Univar Canada Ltée (Univar Canada) était l'une des sociétés qui faisaient partie du groupe de sociétés Univar NV. Univar Canada revêtait un intérêt particulier pour l'acheteur en raison du surplus important qu'elle avait accumulé. De nombreuses opérations ont été effectuées et ont résulté en l'acquisition d'Univar Canada par l'appelante. La somme du capital versé (CV) des actions et d'un billet (souscrit par l'appelante et détenu par la société mère américaine de cette dernière) équivalait à la juste valeur marchande des actions d'Univar Canada. Les parties aux opérations se sont fondées sur l'article XIII de la *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune* pour justifier l'exemption de taxation au Canada des gains en capital provenant des opérations et sur l'exception prévue au paragraphe 212.1(4) de la LIR pour éviter le dividende qui aurait autrement été réputé avoir été versé, par application du paragraphe 212.1(1) de la LIR, au moment où les actions d'Univar Canada ont été transférées par son actionnaire américain à l'appelante. Dans le cadre des opérations, le groupe de sociétés a été réorganisé afin que les conditions figurant à l'article 212.1(4) de la LIR soient réunies. Cette réorganisation a fait en sorte que l'actionnaire américain d'Univar Canada était dorénavant la propriété de l'appelante immédiatement avant que les actions d'Univar Canada soient transférées à l'appelante. La Cour de l'impôt a examiné les modifications proposées en 2016 (qui ont depuis été mises en œuvre) et conclu que l'opération d'évitement constituait une application abusive de la LIR. Les modifications apportées en 2016 ont changé le libellé du paragraphe 212.1(4) applicable aux dispositions effectuées après le 21 mars 2016. En raison de ces modifications, l'exception prévue au paragraphe 212.1(4) de la LIR n'était plus envisageable dans les circonstances de l'espèce. La Cour de l'impôt a

transactions) the appellant could have achieved the same result if GAAR did not apply.

At issue was whether the avoidance transaction undertaken by the appellant was abusive.

Held, the appeal should be allowed.

The transactions did not frustrate the purpose of section 212.1 of the ITA. Section 212.1 of the ITA was introduced to prevent a non-resident person from indirectly extracting from Canada accumulated surplus in a Canadian corporation in a non-arm's length transaction. However, section 212.1 of the ITA does not apply to all transactions. Notably, it does not apply if the shares of the Canadian corporation are sold to an arm's length purchaser. As a result, a non-resident person who owns shares of a Canadian corporation with an accumulated surplus can sell the shares to any Canadian corporation with which the vendor deals at arm's length and realize a capital gain. The Tax Court dismissed the appellant's alternative transactions because they were not the transactions that were completed. As support for this proposition, the Tax Court Judge referred to *Friedberg v. Canada*. However, *Friedberg* was not a GAAR case. The alternative transactions in the present instance were a relevant factor in determining whether or not there has been an abuse of the provisions of the ITA. If the taxpayer can illustrate that there are other transactions that could have achieved the same result without triggering any tax, then this would be a relevant consideration in determining whether or not the avoidance transaction is abusive. The first step in determining whether an avoidance transaction is abusive is to determine the object, spirit and purpose of the provisions that give rise to the tax benefit. The wording of section 212.1 and the alternative transactions illustrate a clear dividing line between an arm's length sale of shares and a non-arm's length sale of shares. The purpose of section 212.1 of the ITA was not to prevent the removal from Canada, by an arm's length purchaser of a Canadian corporation, of any surplus that such Canadian corporation had accumulated prior to the acquisition of control. In this case, the overall effect of the transactions was to allow the purchaser of Univar NV to remove from Canada the surplus that had accumulated in Univar Canada prior to the acquisition of control of that company. The shares of Univar NV were acquired in an arm's length transaction and, at the time that such shares were acquired, the avoidance transaction was contemplated. Therefore, the avoidance transaction would be part of the series of transactions by which control of Univar Canada was indirectly acquired in an arm's length transaction. Whether the surplus of the Canadian corporation was removed by completing the alternative transactions or by completing the transactions that were done in this case, the same surplus was removed from Canada. Therefore, these transactions did not

aussi rejeté l'argument de l'appelante qui soutenait que, même si les opérations avaient été structurées différemment (les autres opérations possibles), l'appelante aurait pu atteindre les mêmes résultats n'eût été l'application de la RGAE.

Il s'agissait de savoir si l'opération d'évitement effectuée par l'appelante était abusive.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

Les opérations ne sont pas allées à l'encontre de l'objet de l'article 212.1 de la LIR. L'article 212.1 de la LIR a été adopté pour éviter qu'une personne non résidente puisse indirectement retirer hors du Canada le surplus d'une société canadienne lors d'une opération entre parties ayant un lien de dépendance. Toutefois, l'article 212.1 de la LIR ne s'applique pas à toutes les opérations. Il n'est notamment pas applicable si les actions d'une société canadienne sont vendues à un acheteur avec lequel cette société n'a pas de lien de dépendance. Par conséquent, une personne non résidente qui possède des actions d'une société canadienne qui dispose d'un surplus accumulé peut vendre ces actions à toute société canadienne avec laquelle le vendeur n'a pas de lien de dépendance et réaliser un gain en capital. La Cour de l'impôt n'a pas tenu compte des autres opérations possibles de l'appelante parce qu'il ne s'agissait pas des opérations qui avaient été exécutées. Elle a appuyé son jugement sur l'arrêt *Friedberg c. Canada*. Cette affaire ne se rapportait toutefois pas à la RGAE. Les autres opérations possibles dans la présente affaire constituaient un élément pertinent pour décider s'il y a eu abus dans l'application des dispositions de la LIR. La capacité du contribuable de démontrer qu'ils auraient pu accomplir le même résultat sans assujettissement à l'impôt en effectuant d'autres opérations constitue un élément qui permet de décider si l'opération d'évitement était abusive. La première étape qui permet de savoir si l'opération d'évitement était abusive consiste à déterminer l'objet et l'esprit des dispositions générant un avantage fiscal. Le libellé de l'article 212.1 et les autres opérations possibles démontrent qu'il existe clairement une distinction entre une vente d'actions entre parties sans lien de dépendance et une vente d'actions entre parties qui ont un tel lien. L'article 212.1 de la LIR n'avait pas pour objet d'empêcher la partie sans lien de dépendance qui fait l'acquisition d'une société canadienne de retirer du Canada le surplus que celle-ci avait accumulé avant l'acquisition du contrôle. En l'espèce, les opérations effectuées ont permis à l'acheteur d'Univar NV de retirer du Canada le surplus accumulé par Univar Canada avant d'acquies le contrôle de cette société. Les actions d'Univar NV ont été acquises lors d'une opération entre parties sans lien de dépendance et, au moment où elles l'ont été, l'opération d'évitement a été envisagée. Par conséquent, l'opération d'évitement devait faire partie d'une série d'opérations grâce à laquelle le contrôle d'Univar Canada aurait été acquis indirectement dans le cadre d'une opération entre parties sans lien de dépendance. Que le

frustrate the purpose of section 212.1 of the ITA as it was written in 2007. The 2016 amendments were enacted approximately nine years after the transactions were completed. They could not be used to make a finding that the avoidance transaction was abusive. The matter was referred back to the Minister of National Revenue for reconsideration and reassessment on the basis that GAAR did not apply to the transactions that were implemented in this case.

surplus de la société canadienne ait été retiré au moyen des autres opérations possibles ou au moyen des opérations qui ont été effectuées en l'espèce, le surplus retiré du Canada aurait été le même. Par conséquent, ces opérations ne sont pas allées à l'encontre de l'objet de l'article 212.1 de la LIR tel qu'il était libellé en 2007. Les modifications de 2016 ont été apportées environ neuf ans après que les opérations ont été effectuées. Elles ne pouvaient pas servir de fondement pour conclure que l'opération d'évitement était abusive. L'affaire a été renvoyée au ministre du Revenu national pour qu'il procède à un nouvel examen et établisse une nouvelle cotisation en tenant pour acquis que la RGAE ne s'appliquait pas aux opérations effectuées en l'espèce.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 82, 84(4), 84.1, 87, 88, 112, 212–218.1, 245(3),(4).

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Convention Between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital, [1984] Can. T.S. No. 15, Art. XIII.

CASES CITED

APPLIED:

Cophorne Holdings Ltd. v. Canada, 2011 SCC 63, [2011] 3 S.C.R. 721.

DISTINGUISHED:

Friedberg v. Canada, [1992] 1 C.T.C. 1, (1991), 92 D.T.C. 6031 (F.C.A.); *Water's Edge Village Estates (Phase II) Ltd. v. Canada*, 2002 FCA 291, [2003] 2 F.C. 25.

REFERRED TO:

Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601.

APPEAL from a Tax Court of Canada decision (2016 TCC 159, [2017] 1 C.T.C. 2214) dismissing the appellant's appeal from the application of the general anti-avoidance rule under the *Income Tax Act* to certain transactions completed in 2007. Appeal allowed.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 82, 84(4), 84.1, 87, 88, 112, 212–218.1, 245(3),(4).

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, [1984] R.T. Can. n° 15, art. XIII.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Cophorne Holdings Ltd. c. Canada, 2011 CSC 63, [2011] 3 R.C.S. 721.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Friedberg c. Canada, [1991] A.C.F. n° 1255 (QL) (C.A.); *Water's Edge Village Estates (Phase II) Ltd. c. Canada*, 2002 CAF 291, [2003] 2 C.F. 25.

DÉCISION CITÉE :

Hypothèques Trustco Canada c. Canada, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601.

APPEL d'une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt (2016 CCI 159) a rejeté l'appel formé par l'appelante à l'égard de l'application de la règle générale anti-évitement prévue par la *Loi de l'impôt sur le revenu* à certaines opérations effectuées en 2007. Appel accueilli.

APPEARANCES

Matthew G. Williams and Michael W. Colborne for appellant.
Ronald MacPhee and Vincent Bourgeois for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Thorsteinssons LLP, Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] WEBB J.A.: This appeal arises as a result of the application of the general anti-avoidance rule (GAAR) under the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (ITA) to certain transactions completed in 2007 that would otherwise allow a non-resident person, immediately following an arm's length acquisition of control of a Canadian corporation, to extract surplus from that corporation (which had accumulated prior to the acquisition of control of that corporation) without triggering a dividend under section 212.1 of the ITA. The Tax Court Judge dismissed the appeal of Univar Holdco Canada ULC from the reassessment that applied GAAR (2016 TCC 159, [2017] 1 C.T.C. 2214).

[2] For the reasons that follow, I would allow the appeal.

I. Background

[3] In 2007 Univar NV was a Netherlands public company that carried on a global business of acquiring chemicals in bulk and then processing, blending and repackaging them to sell to its customers. It carried on business in several countries, including Canada. CVC Capital Properties (CVC) made an offer to acquire the shares of Univar NV. The offer was conditional on CVC acquiring at least 95 percent of the outstanding shares of Univar NV and CVC receiving the necessary regulatory approvals. CVC received the required approvals and ultimately acquired 99.4 percent of the shares of Univar NV.

ONT COMPARU :

Matthew G. Williams et Michael W. Colborne pour l'appelante.
Ronald MacPhee et Vincent Bourgeois pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Thorsteinssons LLP, Toronto, pour l'appelante.
La sous-procureure générale du Canada pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE WEBB, J.C.A. : Le présent appel découle de l'application de la règle générale anti-évitement (RGAE) prévue par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 (LIR), à certaines opérations effectuées en 2007. N'eût été cette disposition, une personne non résidente aurait pu, immédiatement après avoir acquis le contrôle d'une société canadienne en l'absence d'un lien de dépendance, extraire les surplus de cette société (qui s'étaient accumulés avant l'acquisition du contrôle) sans créer de dividende en application de l'article 212.1 de la LIR. La juge de la Cour de l'impôt a rejeté l'appel formé par Univar Holdco Canada ULC à l'égard de la nouvelle cotisation fondée sur l'application de la RGAE (2016 CCI 159).

[2] Pour les motifs exposés ci-après, j'accueillerais l'appel.

I. Contexte

[3] En 2007, Univar NV était une société ouverte des Pays-Bas qui exploitait une entreprise mondiale se spécialisant dans l'acquisition de produits chimiques en gros ou en vrac et de leur traitement, mélange et conditionnement en vue de leur vente. Elle exploitait cette entreprise dans plusieurs pays, dont le Canada. CVC Capital Properties (CVC) a fait une offre en vue d'acquérir les actions d'Univar NV. L'offre de CVC était conditionnelle à son acquisition d'au moins 95 p. 100 des actions en circulation d'Univar NV et à son obtention des approbations réglementaires nécessaires. CVC a reçu les approbations

[4] Univar Canada Ltd. (Univar Canada) was one of the corporations that formed part of the Univar NV corporate group. Univar Canada was of particular interest to the purchaser because it had accumulated a significant surplus. When CVC acquired Univar NV, all of the shares of Univar Canada were held by Univar North American Corporation, an American company (UNAC (U.S.)). The adjusted cost base (ACB) of the shares of Univar Canada was \$10 000, the paid-up capital (PUC) of these shares was approximately \$911 729 and the fair market value of these shares was approximately \$889 000 000.

[5] When the shares of Univar NV were acquired by CVC, the PUC and ACB of the shares of Univar Canada remained as noted above. A number of transactions were undertaken, as set out in paragraphs 27 to 41 of the reasons of the Tax Court Judge. The result of these transactions was that Univar Canada was acquired by Univar Holdco Canada ULC, which was incorporated as part of these transactions. The American parent of Univar Holdco Canada ULC held a note payable by Univar Holdco Canada ULC in the amount of \$589 262 400. The PUC of the shares of Univar Holdco Canada ULC was \$302 436 000 and therefore the total of the PUC of the shares and the note held by the American parent of Univar Holdco Canada ULC was equal to the fair market value of the shares of Univar Canada.

[6] The amount of the note payable by the Canadian company to its American parent company and the PUC of the shares of the Canadian company held by the American company before and after the transactions were:

Blank	Before	After
Note Payable:	\$0	\$589 262 400
PUC:	\$911 729	\$302 436 000
Total:	\$911 729	\$891 698 400

[7] Prior to the transactions the amount that could be extracted by the American parent company without

et, en fin de compte, a acquis 99,4 p. 100 des actions d'Univar NV.

[4] Univar Canada Ltée (Univar Canada) était l'une des sociétés qui faisaient partie du groupe de sociétés Univar NV. Univar Canada revêtait un intérêt particulier pour l'acheteur en raison du surplus important qu'elle avait accumulé. Au moment où CVC a fait l'acquisition d'Univar NV, toutes les actions d'Univar Canada étaient détenues par Univar North American Corporation, une société américaine (UNAC (U.S.)). Le prix de base rajusté (PBR) des actions d'Univar Canada était de 10 000 \$, leur capital versé (CV) était d'environ 911 729 \$ et leur juste valeur marchande (JVM) était d'environ 889 000 000 \$.

[5] Lorsque CVC a acquis les actions d'Univar NV, le PBR et le CV sont demeurés inchangés. Aux paragraphes 27 à 41 de ses motifs, la juge de la Cour de l'impôt relate les nombreuses opérations qui ont été effectuées et qui ont résulté en l'acquisition d'Univar Canada par Univar Holdco Canada ULC. Cette dernière a été constituée en société dans le cadre de ces opérations. La société mère américaine d'Univar Holdco Canada ULC possédait un billet à ordre de 589 262 400 \$ souscrit par l'appelante, et le CV des actions d'Univar Holdco Canada ULC s'élevait à 302 436 000 \$. Par conséquent, la somme du CV des actions et du billet détenu par la société mère américaine équivalait à la JVM des actions d'Univar Canada.

[6] Le montant du billet souscrit par la société canadienne à l'ordre de sa société mère américaine et le CV des actions de la société canadienne que possédait la société mère américaine avant et après les opérations étaient les suivants :

En blanc	Avant	Après
Billet :	0 \$	589 262 400 \$
CV :	911 729 \$	302 436 000 \$
Total :	911 729 \$	891 698 400 \$

[7] Avant les opérations, le montant qui pouvait être retiré par la société mère américaine sans payer l'impôt

incurring Part XIII tax in Canada was \$911 729 and after the transaction it was significantly more (\$891 698 400).

[8] The parties to the transactions relied on Article XIII of the Canada-United States Tax Convention (1980) [*Convention Between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital*, [1984] Can. T.S. No. 15] to exempt from taxation in Canada any capital gain arising as part of the transactions and on the exception contained in subsection 212.1(4) of the ITA to avoid the deemed dividend that would otherwise arise under subsection 212.1(1) of the ITA when the shares of Univar Canada were transferred by its American shareholder to Univar Holdco Canada ULC. As part of the transactions, the corporate group was re-organized so that the conditions of subsection 212.1(4) of the ITA were satisfied in that the American shareholder of Univar Canada was owned by Univar Holdco Canada ULC, immediately before the shares of Univar Canada were transferred to Univar Canada Holdco ULC. The issue related to GAAR was the structuring of the transactions to satisfy the conditions of subsection 212.1(4) of the ITA.

[9] The taxpayer acknowledged that there was a tax benefit in avoiding the Part XIII tax which would have been applicable if the exception in subsection 212.1(4) did not apply and that there was an avoidance transaction as defined in subsection 245(3) of the ITA. The only issue was whether the avoidance transaction was abusive (subsection 245(4) of the ITA; *Cophorne Holdings Ltd. v. Canada*, 2011 SCC 63, [2011] 3 S.C.R. 721 (*Cophorne*), at paragraph 33).

[10] The Tax Court Judge, in examining the context and purpose of section 212.1 of the ITA, compared section 212.1 to section 84.1; reviewed the notes released by the Department of Finance; and considered the amendments proposed in the 2016 Budget (that have since been implemented) and determined that, in her view, the avoidance transaction was an abuse of the ITA. The 2016 amendments changed the wording of subsection 212.1(4) of the ITA applicable in respect of dispositions that occur

de la partie XIII au Canada s'élevait à 911 729 \$. Après les opérations, ce montant avait substantiellement augmenté pour atteindre 891 698 400 \$.

[8] Les parties aux opérations se fondaient sur l'article XIII de la Convention fiscale de 1980 entre le Canada et les États-Unis d'Amérique [*Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, [1984] R.T. Can. n° 15] pour justifier l'exemption de taxation au Canada des gains en capital provenant des opérations. Elles se fondaient aussi sur l'exception prévue au paragraphe 212.1(4) de la LIR pour éviter le dividende qui aurait autrement été réputé avoir été versé, par application du paragraphe 212.1(1) de la LIR, au moment où les actions d'Univar Canada ont été transférées par son actionnaire américain à Univar Holdco Canada ULC. Dans le cadre des opérations, le groupe de sociétés a été réorganisé afin que les conditions figurant à l'article 212.1(4) de la LIR soient réunies. Cette réorganisation a fait en sorte que l'actionnaire américain d'Univar Canada était dorénavant la propriété d'Univar Holdco Canada ULC, et ce, immédiatement avant que les actions d'Univar Canada soient transférées à Univar Canada Holdco ULC. Le problème lié à la RGAE concernait la structuration des opérations permettant de satisfaire aux conditions du paragraphe 212.1(4) de la LIR.

[9] Le contribuable a reconnu qu'il y avait un avantage fiscal à éviter l'impôt prévu à la partie XIII qui aurait dû être payé n'eût été l'exception prévue au paragraphe 212.1(4) et qu'il y avait eu opération d'évitement au sens du paragraphe 245(3) de la LIR. La seule question qui se posait était celle de savoir si l'opération d'évitement était abusive (paragraphe 245(4) de la LIR : *Cophorne Holdings Ltd. c. Canada*, 2011 CSC 63, [2011] 3 R.C.S. 721 (*Cophorne*), au paragraphe 33).

[10] Pour cerner le contexte et l'objet de l'article 212.1 de la LIR, la juge de la Cour de l'impôt a comparé les articles 212.1 et 84.1 et a passé en revue les notes publiées par le ministère des Finances. Elle a en outre examiné les modifications proposées dans le budget de 2016 (qui a depuis été mis en œuvre) et conclu que l'opération d'évitement constituait à son avis une application abusive de la LIR. Les modifications apportées en 2016 ont changé le libellé du paragraphe 212.1(4) de la LIR applicable

after March 21, 2016. The result of these amendments is that the exception in subsection 212.1(4) of the ITA would no longer be available in the circumstances of this case.

[11] The Tax Court Judge also dismissed the taxpayer's argument that if the transactions would have been structured differently the taxpayer could have achieved the same result. The Tax Court Judge, in relation to this argument, simply noted in paragraph 106 of her reasons that the taxpayer "did not implement this alternative structure and in tax law, form matters" (citing *Friedberg v. Canada*, [1992] 1 C.T.C. 1, (1991), 92 D.T.C. 6031 (*Friedberg*), at paragraph 5).

II. Issue

[12] The issue in this appeal is whether the avoidance transaction undertaken by the taxpayer was abusive.

III. Relevant Provisions of the ITA

[13] As noted by the Tax Court Judge in paragraph 56 of her reasons, the particular section that was alleged to have been misused is section 212.1 of the ITA. The relevant parts of section 212.1 are subsections (1) and (4) and in 2007, these read as follows:

212.1 (1) If a non-resident person, a designated partnership or a non-resident-owned investment corporation (in this section referred to as the "non-resident person") disposes of shares (in this section referred to as the "subject shares") of any class of the capital stock of a corporation resident in Canada (in this section referred to as the "subject corporation") to another corporation resident in Canada (in this section referred to as the "purchaser corporation") with which the non-resident person does not (otherwise than because of a right referred to in paragraph 251(5)(b)) deal at arm's length and, immediately after the disposition, the subject corporation is connected (within the meaning that would be assigned by subsection 186(4) if the references in that subsection to "payer corporation" and "particular corporation" were read as "subject corporation" and "purchaser corporation", respectively) with the purchaser corporation,

aux dispositions effectuées après le 21 mars 2016. En raison de ces modifications, l'exception prévue au paragraphe 212.1(4) de la LIR n'était plus envisageable dans les circonstances de l'espèce.

[11] La juge de la Cour de l'impôt a aussi rejeté l'argument du contribuable qui soutenait que, même si les opérations avaient été structurées différemment, il aurait pu atteindre les mêmes résultats. En réponse à cet argument, la juge a simplement fait remarquer au paragraphe 106 de ses motifs que le contribuable « n'a[vait] pas mis en œuvre cette autre structure possible et, en droit fiscal, la forme a de l'importance » (citant *Friedberg c. Canada*, [1991] A.C.F. n° 1255 (QL) (C.A.) (*Friedberg*), au paragraphe 5).

II. Question en litige

[12] La question en litige dans le présent appel consiste à décider si l'opération d'évitement était abusive.

III. Dispositions pertinentes de la LIR

[13] Comme le fait remarquer la juge de la Cour de l'impôt au paragraphe 56 de ses motifs, c'est l'article 212.1 de la LIR qui aurait fait l'objet d'une application abusive. Les parties pertinentes de l'article 212.1 sont les paragraphes (1) et (4), qui, en 2007, étaient rédigées ainsi :

212.1 (1) Si une personne non-résidente, une société de personnes désignée ou une société de placement appartenant à des non-résidents (appelées « non-résident » au présent article) dispose d'actions (appelées « actions en cause » au présent article) d'une catégorie du capital-actions d'une société résidant au Canada (appelée « société en cause » au présent article) en faveur d'une autre société résidant au Canada (appelée « acheteur » au présent article) avec laquelle le non-résident a un lien de dépendance — autrement qu'en vertu d'un droit visé à l'alinéa 251(5)b — et si, immédiatement après la disposition, la société en cause est rattachée (au sens du paragraphe 186(4), à supposer que les termes « société payante » et « société donnée » y soient remplacés respectivement par « société en cause » et « acheteur ») à l'acheteur, les règles suivantes s'appliquent :

(a) the amount, if any, by which the fair market value of any consideration (other than any share of the capital stock of the purchaser corporation) received by the non-resident person from the purchaser corporation for the subject shares exceeds the paid-up capital in respect of the subject shares immediately before the disposition shall, for the purposes of this Act, be deemed to be a dividend paid at the time of the disposition by the purchaser corporation to the non-resident person and received at that time by the non-resident person from the purchaser corporation; and

(b) in computing the paid-up capital at any particular time after March 31, 1977 of any particular class of shares of the capital stock of the purchaser corporation, there shall be deducted that proportion of the amount, if any, by which the increase, if any, by virtue of the disposition, in the paid-up capital, computed without reference to this section as it applies to the disposition, in respect of all of the shares of the capital stock of the purchaser corporation exceeds the amount, if any, by which

(i) the paid-up capital in respect of the subject shares immediately before the disposition

exceeds

(ii) the fair market value of the consideration described in paragraph 212.1(1)(a),

that the increase, if any, by virtue of the disposition, in the paid-up capital, computed without reference to this section as it applies to the disposition, in respect of the particular class of shares is of the increase, if any, by virtue of the disposition, in the paid-up capital, computed without reference to this section as it applies to the disposition, in respect of all of the issued shares of the capital stock of the purchaser corporation.

...

(4) Notwithstanding subsection 212.1(1), this section does not apply in respect of a disposition by a non-resident corporation of shares of a subject corporation to a purchaser corporation that immediately before the disposition controlled the non-resident corporation. [Emphasis added.]

IV. Analysis

[14] Part XIII of the ITA (sections 212 to 218.1) imposes a tax on certain types of income paid or credited by a person resident in Canada to a non-resident person.

a) l'excédent éventuel de la juste valeur marchande de la contrepartie — sauf la contrepartie qui consiste en actions du capital-actions de l'acheteur — que le non-résident reçoit de l'acheteur pour les actions en cause sur le capital versé au titre des actions en cause immédiatement avant la disposition, est réputé être, pour l'application de la présente loi, un dividende versé au moment de la disposition par l'acheteur au non-résident et reçu, à ce moment, par le non-résident de l'acheteur;

b) dans le calcul du capital versé, à un moment donné après le 31 mars 1977, d'une catégorie donnée d'actions du capital-actions de l'acheteur, il faut déduire le produit de la multiplication de l'excédent éventuel du montant de l'augmentation, à la suite de la disposition, dans le capital versé, calculé compte non tenu du présent article tel qu'il s'applique à la disposition, à l'égard de toutes les actions du capital-actions de l'acheteur sur l'excédent du montant visé au sous-alinéa (i) sur le montant visé au sous-alinéa (ii) :

(i) le capital versé à l'égard des actions en cause immédiatement avant la disposition,

(ii) la juste valeur marchande de la contrepartie visée à l'alinéa a),

par le rapport entre l'augmentation, à la suite de la disposition, dans le capital versé, calculé compte non tenu du présent article tel qu'il s'applique à la disposition, à l'égard de la catégorie donnée d'actions, et l'augmentation, à la suite de la disposition, dans le capital versé, calculé compte non tenu du présent article tel qu'il s'applique à la disposition, à l'égard de toutes les actions émises du capital-actions de l'acheteur.

[...]

(4) Malgré le paragraphe (1), le présent article ne s'applique pas aux dispositions, faites par une société non-résidente, d'actions de la société en cause en faveur de l'acheteur qui, immédiatement avant la disposition, contrôlait la société non-résidente. [Non souligné dans l'original.]

IV. Analyse

[14] La partie XIII de la LIR (articles 212 à 218.1) prévoit un impôt sur certains types de revenus versés à une personne non résidente, ou portés à son crédit, par

In particular subsection 212(2) imposes a tax on any dividends that are paid or credited (or that are deemed to be paid or credited) by a corporation resident in Canada to a non-resident person. Capital gains realized by a non-resident person on the disposition of shares of a Canadian corporation may be exempt from tax as a result of a tax treaty between Canada and the country where the non-resident person resides. For example, Article XIII of the Canada-United States Tax Convention (1980) provides an exemption from tax in Canada on any capital gain realized by a resident of the United States on a disposition of shares of a Canadian corporation provided that the value of the shares is not derived principally from real property situated in Canada.

[15] To avoid the withholding tax on dividends imposed under the ITA, residents of a country with which Canada has a tax convention that exempts capital gains from tax in Canada would prefer a capital gain rather than a dividend. Section 212.1 of the ITA was introduced to prevent a non-resident person from indirectly extracting from Canada accumulated surplus in a Canadian corporation (Targetco) in a non-arm's length transaction. Accumulated surplus in this context would mean net assets (assets minus liabilities) in excess of the PUC of the shares. Without section 212.1 of the ITA, a non-resident person could sell the shares of Targetco to another Canadian corporation (with which the vendor does not deal at arm's length) for non-share consideration and realize a capital gain that would not be taxable in Canada as a result of an applicable tax convention. Section 212.1 of the ITA would, however, convert what would otherwise have been a capital gain into a deemed dividend to the extent that the amount paid exceeds the PUC of the shares that are transferred.

[16] However, section 212.1 of the ITA does not apply to all transactions. Notably, it does not apply if the shares of the Canadian corporation are sold to an arm's length purchaser. As a result, a non-resident person who owns

une personne qui réside au Canada. En particulier, le paragraphe 212(2) prévoit que toute personne non résidente paie un impôt sur tout dividende qu'une société résidant au Canada lui paie ou porte à son crédit (ou est réputée lui payer ou porter à son crédit). Les gains en capital réalisés par une personne non résidente lors de la disposition d'actions d'une société canadienne pourraient être exonérés d'impôt en raison d'une convention fiscale entre le Canada et le pays où la personne non résidente habite. Par exemple, l'article XIII de la Convention fiscale de 1980 entre le Canada et les États-Unis d'Amérique prévoit une exonération d'impôt au Canada sur tout gain en capital réalisé par un résident des États-Unis lors de la disposition d'actions d'une société canadienne, à condition que la valeur des actions ne soit pas principalement tirée de biens immeubles situés au Canada.

[15] Les résidents d'un pays avec lequel le Canada a conclu une convention fiscale qui prévoit une exonération de l'impôt canadien sur les gains en capital préféreraient, afin d'éviter la retenue d'impôt sur les dividendes prévue par la LIR, réaliser des gains en capital plutôt que de recevoir un dividende. L'article 212.1 de la LIR a été adopté pour éviter qu'une personne non résidente puisse indirectement retirer hors du Canada le surplus d'une société canadienne (la société cible) lors d'une opération entre parties ayant un lien de dépendance. Dans une telle situation, le surplus accumulé consisterait en l'actif net (l'actif moins le passif) en excédent du CV des actions. En l'absence de l'article 212.1 de la LIR, une personne non résidente pourrait vendre les actions de la société cible à une autre société canadienne (avec laquelle le vendeur a un lien de dépendance) en échange d'une contrepartie autre qu'en actions et réaliser un gain en capital qui ne serait pas assujéti à l'impôt au Canada en raison d'une convention fiscale applicable. L'article 212.1 de la LIR transformerait toutefois ce qui aurait autrement été un gain en capital en dividende réputé, dans la mesure où le montant versé dépasse le CV des actions qui sont transférées.

[16] L'article 212.1 de la LIR ne s'applique pas à toutes les opérations. Il n'est notamment pas applicable si les actions d'une société canadienne sont vendues à un acheteur avec lequel cette société n'a pas de lien de

shares of a Canadian corporation with an accumulated surplus can sell the shares to any Canadian corporation with which the vendor deals at arm's length and realize a capital gain. If there is an exemption under an applicable tax treaty for the capital gain that would arise on the sale of the shares, the vendor would not be required to pay any tax in Canada in relation to the transaction. Therefore, the vendor could indirectly extract the surplus accumulated in a Canadian corporation by selling the shares to an arm's length purchaser.

[17] The taxpayer submitted that, in the context of an arm's length sale of shares, the following transactions could have been completed to achieve the same result as was realized in this case if GAAR did not apply. An American corporation owned by the purchaser (who would be dealing at arm's length with Univar NV and its subsidiaries) could have formed a Canadian corporation (AcquisitionCo) and advanced to AcquisitionCo an amount equal to the promissory note in this case (\$589 262 400) and contributed capital to AcquisitionCo in an amount equal to the PUC of the shares in this case (\$302 436 000). AcquisitionCo could then have used the funds that it received to purchase the shares of Univar Canada from UNAC (U.S.). The vendor would have realized a capital gain because the shares were sold to an arm's length purchaser.

[18] AcquisitionCo could then repay the American parent the amount that it had advanced to AcquisitionCo and reduce the PUC of its shares by paying to its American parent an amount equal to the PUC of those shares without triggering any dividend for the purposes of the ITA (subsection 84(4) of the ITA). The surplus in Univar Canada could have been used to fund the repayment of the amount advanced and reduction of PUC as dividends could flow from a taxable Canadian corporation to another corporation resident in Canada without incurring any tax under Part I of the ITA (sections 82 and 112 of the ITA). Alternatively, Univar Canada could have been amalgamated with or wound up into AcquisitionCo (sections 87 and 88 of the ITA).

dépendance. Par conséquent, une personne non résidente qui possède des actions d'une société canadienne qui dispose d'un surplus accumulé peut vendre ces actions à toute société canadienne avec laquelle le vendeur n'a pas de lien de dépendance et réaliser un gain en capital. Si une convention fiscale applicable prévoit une exemption à l'égard du gain en capital lors de la vente des actions, le vendeur ne serait pas tenu de payer l'impôt au Canada relativement à cette opération. Par conséquent, le vendeur pourrait retirer indirectement le surplus accumulé d'une société canadienne en vendant ses actions à un acheteur avec lequel il n'aurait pas de lien de dépendance.

[17] Le contribuable soutient que, dans le contexte d'une vente d'actions entre parties sans lien de dépendance, n'eût été l'application de la RGAE, les opérations suivantes auraient pu être effectuées pour parvenir au même résultat que celui qui a été obtenu en l'espèce. Une société américaine appartenant à l'acheteur (qui n'aurait pas de lien de dépendance avec Univar NV et ses filiales) aurait pu créer une société canadienne (AcquisitionCo) et lui avancer un montant équivalant au billet en cause dans la présente affaire (589 262 400 \$) et lui fournir un apport en capital d'un montant équivalant au CV des actions en cause en l'espèce (302 436 000 \$). AcquisitionCo aurait ensuite pu utiliser les fonds ainsi obtenus pour acheter les actions d'Univar Canada auprès d'UNAC (U.S.). Le vendeur aurait ainsi réalisé un gain en capital, parce que les actions auraient été vendues à un acheteur avec lequel il n'avait aucun lien de dépendance.

[18] AcquisitionCo aurait ensuite pu rembourser à la société mère américaine le montant que celle-ci lui avait avancé et réduire le CV de ses actions en payant à la société mère un montant équivalant au CV de ces actions sans créer de dividende en application de la LIR (paragraphe 84(4) de la LIR). Le surplus d'Univar Canada aurait pu être utilisé pour rembourser le montant avancé. Le CV réduit à titre de dividende pourrait être transféré d'une société canadienne imposable à une autre société résidant au Canada sans être assujéti à l'impôt prévu à la partie I de la LIR (articles 82 et 112 de la LIR). Subsidiairement, Univar Canada aurait pu être fusionnée avec AcquisitionCo ou être liquidée à son profit (articles 87 et 88 de la LIR).

[19] The Tax Court Judge dismissed these transactions because they were not the transactions that were completed. As support for this proposition, the Tax Court Judge referred to *Friedberg*. However, this was not a GAAR case. In GAAR cases the issue is whether the taxpayer has abused the provisions of the ITA. In my view, these alternative transactions are a relevant factor in determining whether or not there has been an abuse of the provisions of the ITA. If the taxpayer can illustrate that there are other transactions that could have achieved the same result without triggering any tax, then, in my view, this would be a relevant consideration in determining whether or not the avoidance transaction is abusive.

[20] The response of the Crown to these alternative transactions was not that there would be any provision that would result in tax being paid. Rather the Crown submitted that the Canada Revenue Agency would have considered whether GAAR would have been applied if the alternative transactions would have been completed. However, it is difficult to determine how GAAR would have applied to the revised transactions. Since UNAC (U.S.) would have sold the shares of Univar Canada to an arm's length purchaser, it would seem clear that this transaction would not have resulted in the application of subsection 212.1 of the ITA. Since AcquisitionCo would have been fully funded by a non-resident corporation, the amount of the outstanding promissory note and PUC of the shares held by the non-resident parent corporation would simply reflect the amounts that had been contributed to AcquisitionCo by its American parent. When the promissory note is paid or the PUC of the shares of AcquisitionCo is reduced, the parent company is simply being repaid what it invested in AcquisitionCo. In my view, the alternative means by which the same result could have been realized is a relevant consideration in determining whether or not the avoidance transaction was abusive.

[21] The first step in determining whether an avoidance transaction is abusive is to determine the object, spirit and purpose of the provisions that give rise to the tax benefit (*Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 44;

[19] La juge de la Cour de l'impôt n'a pas tenu compte de ces opérations parce qu'il ne s'agissait pas des opérations qui avaient été exécutées. Elle a appuyé son jugement sur l'arrêt *Friedberg*. Cette affaire ne se rapportait toutefois pas à la RGAE. Dans les affaires mettant en cause la RGAE, la Cour doit examiner s'il y a eu abus dans l'application des dispositions de la LIR de la part du contribuable. À mon avis, les autres opérations possibles décrites par le contribuable constituent un élément pertinent pour décider s'il y a eu abus dans l'application des dispositions de la LIR. La capacité du contribuable de démontrer qu'ils auraient pu accomplir le même résultat sans assujettissement à l'impôt en effectuant d'autres opérations constitue, à mon avis, un élément qui permet de décider si l'opération d'évitement était abusive.

[20] La réponse de la Couronne à ces autres opérations possibles ne consiste pas à affirmer qu'une disposition s'appliquait pour les assujettir à l'impôt. La Couronne soutient plutôt que l'Agence du revenu du Canada aurait examiné la question de l'application de la RGAE si ces autres opérations avaient été exécutées. Il est toutefois difficile de dire comment la RGAE aurait été appliquée aux opérations révisées. Comme UNAC (U.S.) aurait vendu les actions d'Univar Canada à une partie avec laquelle elle n'avait pas de lien de dépendance, il semble clair que cette opération n'aurait pas entraîné l'application de l'article 212.1 de la LIR. Comme AcquisitionCo aurait été entièrement financée par une société non résidente, le montant du billet à ordre impayé et du CV des actions détenues par la société mère non résidente correspondrait simplement aux montants versés à AcquisitionCo par la société mère américaine sous forme de contributions. Le paiement du billet ou la réduction du CV des actions d'AcquisitionCo signifie simplement que la société mère est remboursée du montant qu'elle avait investi dans AcquisitionCo. À mon avis, l'autre moyen d'obtenir le même résultat est un élément important qui permet de décider si l'opération d'évitement était abusive.

[21] La première étape qui permet de savoir si l'opération d'évitement était abusive consiste à déterminer l'objet et l'esprit des dispositions générant un avantage fiscal (*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 44; *Copthorne*, au

Copthorne, at paragraph 69). The wording of section 212.1 and the alternative transactions described above illustrate a clear dividing line between an arm's length sale of shares and a non-arm's length sale of shares. If shares of a Canadian corporation with an accumulated surplus are sold by a non-resident vendor to another Canadian corporation with whom that vendor is dealing at arm's length, section 212.1 of the ITA does not apply. A non-resident person could provide funds to the Canadian purchaser to fund the purchase price for the shares and following the closing use the surplus in the Canadian corporation that was acquired to repay that non-resident person the funds that were advanced. Thus, in my view, the purpose of section 212.1 of the ITA was not to prevent the removal from Canada, by an arm's length purchaser of a Canadian corporation, of any surplus that such Canadian corporation had accumulated prior to the acquisition of control.

[22] In this case, the overall effect of the transactions was to allow the purchaser of Univar NV to remove from Canada the surplus that had accumulated in Univar Canada prior to the acquisition of control of that company. The transactions were completed very shortly after the closing of the purchase of the shares of Univar NV (Univar Canada's ultimate parent company). The shares of Univar NV were acquired in an arm's length transaction and, at the time that such shares were acquired, the avoidance transaction was contemplated. Therefore, the avoidance transaction would be part of the series of transactions by which control of Univar Canada was indirectly acquired in an arm's length transaction. Whether the surplus of the Canadian corporation is removed by completing the alternative transactions described in paragraph 17 above or by completing the transactions that were done in this case, the same surplus is removed from Canada. Therefore, in my view, these transactions do not frustrate the purpose of section 212.1 of the ITA.

[23] The Technical Notes and Budget Supplementary Information to which the Tax Court Judge referred only address non-arm's length sales of shares. They do not identify any concern arising from a removal of surplus

paragraphe 69). Le libellé de l'article 212.1 et les autres opérations possibles décrites plus haut démontrent qu'il existe clairement une distinction entre une vente d'actions entre parties sans lien de dépendance et une vente d'actions entre parties qui ont un tel lien. Si les actions d'une société canadienne qui dispose d'un surplus accumulé sont vendues par un vendeur non résident à une autre société canadienne avec laquelle le vendeur n'a pas de lien de dépendance, l'article 212.1 de la LIR ne s'applique pas. Une personne non résidente pourrait fournir des fonds à un acheteur canadien afin de financer l'achat des actions et ce dernier pourrait ensuite, après la conclusion du marché, utiliser le surplus de la société canadienne ainsi acquise pour rembourser la personne non résidente qui lui avait avancé les fonds. Par conséquent, j'estime que l'article 212.1 de la LIR n'avait pas pour objet d'empêcher la partie sans lien de dépendance qui fait l'acquisition d'une société canadienne de retirer du Canada le surplus que celle-ci avait accumulé avant l'acquisition du contrôle.

[22] En l'espèce, les opérations effectuées ont permis à l'acheteur d'Univar NV de retirer du Canada le surplus accumulé par Univar Canada avant d'acquérir le contrôle de cette société. Les opérations ont été effectuées peu de temps après la clôture de l'achat des actions d'Univar NV (la société mère originaire d'Univar Canada). Les actions d'Univar NV ont été acquises lors d'une opération entre parties sans lien de dépendance et, au moment où elles l'ont été, l'opération d'évitement a été envisagée. Par conséquent, l'opération d'évitement devait faire partie d'une série d'opérations grâce à laquelle le contrôle d'Univar Canada aurait été acquis indirectement dans le cadre d'une opération entre parties sans lien de dépendance. Que le surplus de la société canadienne ait été retiré au moyen des autres opérations possibles décrites au paragraphe 17 ci-avant ou au moyen des opérations qui ont été effectuées en l'espèce, le surplus retiré du Canada aurait été le même. Par conséquent, j'estime que ces opérations ne vont pas à l'encontre de l'objet de l'article 212.1 de la LIR.

[23] Les Notes techniques et les Renseignements supplémentaires sur le budget sur lesquels s'est fondée la juge de la Cour de l'impôt traitent seulement de vente d'actions en cas de lien de dépendance. Ils ne soulèvent

if the shares of the Canadian corporation are sold to an arm's length purchaser.

[24] The Tax Court Judge in her reasons concludes that the proposed amendment to subsection 212.1(4) of the ITA is a relevant consideration in determining the purpose of section 212.1. She relied on *Water's Edge Village Estates (Phase II) Ltd. v. Canada*, 2002 FCA 291, [2003] 2 F.C. 25 (*Water's Edge*) in deciding that the proposed amendment contained in the 2016 Budget was relevant in determining whether there was an abuse of the provisions of the ITA. In *Water's Edge* a U.S. partnership had acquired a computer in 1982 for US\$3.7 million. The computer had been fully depreciated for U.S. tax purposes by 1991. In 1991 the appellants, along with three other individuals, acquired approximately 93.5 percent of the U.S. partnership for \$320 000. The partnership transferred the computer to another limited partnership for \$50 000, claiming a terminal loss for the purposes of the ITA of \$4 486 940, which was reduced to \$4 441 390 as a result of income earned by the partnership. The appellants claimed their respective share of the net terminal loss.

[25] In paragraphs 37 to 45 of *Water's Edge*, Noël J.A. (as he then was), writing on behalf of this Court, outlined the capital cost system under the ITA. In paragraph 42, after noting that the language of the provisions of the ITA supported the claiming of the terminal loss, he noted that:

... This result, although it flows from the clear words of paragraph 13(21)(f) and subsection 20(16), is contrary to the scheme of the capital cost allowance provisions which limits the deduction of capital expenditures to those incurred for the purpose of earning income under the Act.

[26] In paragraph 44, it was also noted that:

... There can be no doubt that the object and spirit of the relevant provisions is to provide for the recognition of

aucune préoccupation liée au retrait de surplus dans le cas où les actions d'une société canadienne sont vendues à un acheteur sans lien de dépendance.

[24] Dans ses motifs, la juge de la Cour de l'impôt a conclu que la modification projetée du paragraphe 212.1(4) de la LIR constitue un élément qui permet de déterminer l'objet de l'article 212.1. Elle s'est fondée sur l'arrêt *Water's Edge Village Estates (Phase II) Ltd. c. Canada*, 2002 CAF 291, [2003] 2 C.F. 25 (*Water's Edge*), pour affirmer que la modification proposée par le budget publié en 2016 est un élément qui permet d'évaluer s'il y a eu abus dans l'application des dispositions de la LIR. Dans l'arrêt *Water's Edge*, une société en nom collectif américaine avait acquis un ordinateur pour 3,7 millions de dollars américains en 1982. En 1991, l'ordinateur avait été entièrement amorti aux fins de l'impôt américain. Cette même année, les appelants ainsi que trois autres personnes ont acquis environ 93,5 p. 100 de la société en nom collectif américaine pour la somme de 320 000 \$. La société en nom collectif a transféré l'ordinateur à une société en commandite pour la somme de 50 000 \$, déclarant une perte finale aux fins de la LIR de l'ordre de 4 486 940 \$, laquelle a été réduite à 4 441 390 \$ en raison du revenu gagné par la société en nom collectif. Les appelants ont déduit leur quote-part respective de la perte nette.

[25] Aux paragraphes 37 à 45 de l'arrêt *Water's Edge*, le juge Noël (maintenant juge en chef), s'exprimant au nom de la Cour, a décrit le système de déduction pour amortissement prévu par la LIR. Au paragraphe 42, après avoir souligné que le libellé des dispositions de la LIR appuyait la déduction de la perte finale, il a fait la remarque suivante :

[...] Bien que ce résultat découle du texte non équivoque de l'alinéa 13(21)f) et du paragraphe 20(16), il va à l'encontre de l'économie des dispositions relatives à la déduction pour amortissement, qui limitent la déduction des dépenses en immobilisations à celles qui sont engagées en vue de gagner un revenu au sens de la Loi.

[26] Au paragraphe 44, il a formulé les observations suivantes :

[...] Il n'y a aucun doute que l'objet et l'esprit des dispositions pertinentes sont de tenir compte de l'argent qui a

money spent to acquire qualifying assets to the extent that they are consumed in the income-earning process under the Act.

[27] These conclusions that the result was contrary to the scheme of the ITA and that “the object and spirit of the relevant provisions is to provide for the recognition of money spent to acquire qualifying assets to the extent that they are consumed in the income-earning process under the Act” were reached before there was any discussion of the amendments that were made to the ITA. The amendments were discussed in paragraphs 46 and 47:

Counsel for the appellant relied on the subsequent addition of subsection 96(8) to the Act ... to argue that the transactions in issue do not offend any unwritten rule or policy. Subsection 96(8) was added by S.C. 1994, c. 21 ..., and made applicable after December 21, 1992. Paragraph 96(8)(a) is of direct relevance. It specifically counters the result achieved by the appellants in this case by deeming the cost of acquisition of depreciable assets held by a foreign partnership to an incoming Canadian partner to be the lesser of its fair market value or its capital cost determined according to the ordinary rules.

Counsel argued that the prospective addition of subsection 96(8) demonstrates unequivocally that the transactions in issue did not offend the object and spirit of the Act at the time when they took place. I rather think that this amendment demonstrates that Parliament moved as quickly as it could to close the loophole exploited by the appellants precisely because the result achieved was anomalous having regard to the object and spirit of the relevant provisions of the Act.

[28] The amendments to the ITA were not raised as support for the finding that GAAR applied. Rather they were advanced as an argument by the appellant that GAAR should not apply because the ITA was subsequently amended to close the loophole. This case does not support the proposition that subsequent amendments to the ITA will necessarily reinforce or confirm that transactions that are caught by the amendments would be considered to be abusive before the amendments are enacted.

été dépensé pour acquérir des biens admissibles dans la mesure où ils sont utilisés en vue de gagner un revenu au sens de la Loi.

[27] Le juge Noël a conclu que le résultat allait à l’encontre de l’esprit de la LIR et que « l’objet et l’esprit des dispositions pertinentes sont de tenir compte de l’argent qui a été dépensé pour acquérir des biens admissibles dans la mesure où ils sont utilisés en vue de gagner un revenu au sens de la Loi » avant d’analyser les modifications apportées à la LIR. Il a examiné les modifications aux paragraphes 46 et 47 :

L’avocat des appelants invoque le paragraphe 96(8) qui a par la suite été inséré dans la Loi [...] pour soutenir que les opérations en cause ne contreviennent à aucune règle ou politique non écrite. Le paragraphe 96(8) a été ajouté à la Loi par L.C. 1994, ch. 21 [...] avec effet rétroactif au 21 décembre 1992. L’alinéa 96(8)a) s’applique directement au cas qui nous occupe. Il fait explicitement échec au résultat que les appelants ont obtenu en l’espèce en déclarant que le coût d’acquisition des biens amortissables détenus par une société de personnes étrangère pour le résident canadien qui devient l’associé de cette société correspond au moins élevé de sa juste valeur marchande ou de son coût en capital calculé selon les règles habituelles.

L’avocat de l’appelant affirme que l’insertion après coup du paragraphe 96(8) démontre de façon non équivoque que les opérations en litige n’allaient pas à l’encontre de l’objet et de l’esprit de la Loi au moment où elles ont été effectuées. Je crois plutôt que ces modifications démontrent que le législateur fédéral est intervenu aussi rapidement que possible pour supprimer l’échappatoire que les appelants avaient exploitée précisément en raison du fait que le résultat obtenu constituait une anomalie, compte tenu de l’objet et de l’esprit des dispositions applicables de la Loi.

[28] Les modifications apportées à la LIR n’ont pas été soulevées pour appuyer la conclusion que la RGAE était applicable. Elles ont plutôt été avancées pour appuyer l’argument de l’appelant, selon lequel la RGAE ne devrait pas s’appliquer puisque la LIR a été modifiée par la suite afin de supprimer l’échappatoire. Cette affaire ne permet pas d’affirmer que les modifications subséquentes apportées à la LIR renforcent l’idée ou confirment que les opérations visées par les modifications doivent être jugées abusives avant la date de promulgation des modifications.

[29] In the case before us the amendments were enacted approximately nine years after the transactions were completed. In my view, the transactions did not clearly frustrate the object, spirit and purpose of section 212.1 of the ITA as it was written in 2007 and therefore the 2016 amendments cannot be used to make a finding that the avoidance transaction was abusive.

[30] The comparison between sections 84.1 and 212.1 of the ITA is also of little assistance in this matter. Both sections 84.1 and 212.1 only apply if the sale of the shares is to a non-arm's length purchaser. Therefore, neither section would apply to a transaction in which shares are sold to an arm's length purchaser. As well section 84.1 only applies to vendors who are not corporations.

[31] As noted by the Supreme Court of Canada in *Copthorne*, at paragraph 72, "the Minister must clearly demonstrate that the transaction is an abuse of the Act, and the benefit of the doubt is given to the taxpayer." In this case the Minister has not clearly demonstrated that the avoidance transaction completed in this case was abusive. The transactions were completed as part of an arm's length purchase of Univar NV. The purpose of the avoidance transaction was, in effect, to allow the arm's length purchaser to extract the surplus in the Canadian corporation that had accumulated prior to the acquisition of control without triggering any tax under Part XIII. There was an alternative means by which the same result could have been achieved without triggering any Part XIII tax if the shares of Univar Canada would have been sold to an arm's length purchaser and the Minister has not clearly demonstrated that the removal of surplus in an arm's length transaction would be abusive.

[32] As a result I would allow the appeal with costs here and in the Court below. I would set aside the judgment of the Tax Court and rendering the judgment that the Tax Court should have made, I would allow the taxpayer's appeal from the reassessment and refer the matter back to the Minister of National Revenue for reconsideration and reassessment on the basis that GAAR

[29] En l'espèce, les modifications ont été apportées environ neuf ans après que les opérations ont été effectuées. À mon avis, les opérations n'allaient pas clairement à l'encontre de l'objet et de l'esprit de l'article 212.1 de la LIR, puisque son texte initial date de 2007. Par conséquent, les modifications qui y ont été apportées en 2016 ne peuvent pas servir de fondement pour conclure que l'opération d'évitement était abusive.

[30] La comparaison entre l'article 84.1 et l'article 212.1 de la LIR est aussi peu utile en l'espèce. Les deux dispositions ne s'appliquent que si la vente des actions est réalisée entre parties ayant un lien de dépendance. Par conséquent, ni l'un ni l'autre ne s'applique aux opérations où les actions sont vendues à un acheteur sans lien de dépendance. De plus, l'article 84.1 ne s'applique qu'aux vendeurs qui ne sont pas des sociétés.

[31] Au paragraphe 72 de l'arrêt *Copthorne*, la Cour suprême du Canada souligne que « le ministre doit montrer clairement que l'opération a un caractère abusif, et le contribuable a le bénéfice du doute ». En l'espèce, le ministre n'a pas montré clairement que l'opération d'évitement qui a été effectuée était abusive. Les opérations ont été effectuées par des parties sans lien de dépendance dans le cadre de l'achat d'Univar NV. L'opération d'évitement visait en réalité à permettre à l'acheteur sans lien de dépendance avec le vendeur de retirer le surplus accumulé par la société canadienne avant d'acquérir le contrôle de celle-ci sans avoir à payer l'impôt prévu par la partie XIII. Il existait une autre façon d'atteindre le même résultat sans que les parties soient assujetties à l'impôt de la partie XIII : les actions d'Univar Canada auraient pu être vendues à un acheteur sans lien de dépendance. Le ministre n'a pas montré clairement que le retrait d'un surplus dans le cadre d'une opération sans lien de dépendance serait abusif.

[32] Par conséquent, j'accueillerais l'appel avec dépens devant notre Cour et devant la juridiction inférieure. J'annulerais le jugement de la Cour de l'impôt et, rendant le jugement que celle-ci aurait dû rendre, j'accueillerais l'appel que le contribuable a interjeté à l'encontre de la nouvelle cotisation et je renverrais l'affaire au ministre du Revenu national pour qu'il procède à un

does not apply to the transactions that were implemented in this case.

nouvel examen et établit une nouvelle cotisation en tenant pour acquis que la RGAE ne s'applique pas aux opérations effectuées en l'espèce.

PELLETIER J.A.: I agree.

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

NEAR J.A.: I agree.

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