

A-170-19
2021 FCA 160

A-170-19
2021 CAF 160

Her Majesty the Queen (*Appellant*)

Sa Majesté la Reine (*appelante*)

v.

c.

Deans Knight Income Corporation (*Respondent*)

Deans Knight Income Corporation (*intimée*)

INDEXED AS: CANADA v. DEANS KNIGHT INCOME CORPORATION

RÉPERTORIÉ : CANADA c. DEANS KNIGHT INCOME CORPORATION

Federal Court of Appeal, Stratas, Woods and Laskin JJ.A.—By videoconference, March 22 and 23; Ottawa, August 4, 2021.

Cour d'appel fédérale, juges Stratas, Woods et Laskin, J.C.A.—Par vidéoconférence, 22 et 23 mars; Ottawa, 4 août 2021.

Income Tax — Tax Avoidance — General anti-avoidance rule — Appeal from Tax Court of Canada decision allowing respondent's reassessments for years 2009 to 2012 — Appeal concerning application of general anti-avoidance rule (GAAR) to tax loss monetization arrangement — Respondent becoming wholly owned subsidiary of New Forbes through share exchange — Matco Capital Ltd. (Matco) providing framework for tax attribute monetization arrangement (Investment Agreement) — Arrangements to be undertaken in way that avoided Matco acquiring control of respondent — Investment Agreement including takeover of respondent in initial public offering (IPO) — Funds raised in IPO to be used by respondent to commence new business that would earn profits, use tax attributes — Prior to closing of IPO, Matco converting convertible debenture acquired from respondent into voting, non-voting shares of respondent so that New Forbes no longer owned shares thereof — Respondent deducting tax attributes to reduce its tax liability — Tax Court considering whether acquisition of control by Matco arising pursuant to Income Tax Act, s. 256(8); whether GAAR applied — Determining that Matco did not obtain right to purchase majority of voting shares of respondent such that losses extinguished — Concluding that underlying rationale of Act, ss. 111(5), 256(8) not defeated, accordingly relevant transactions not abusive — Also concluding Matco not having effective control over respondent — Here, Crown arguing that transactions circumvented underlying rationale of Act, ss. 111(1)(a),(5), 256(8) — Further arguing that transactions undertaken resulting in abusive tax avoidance — Whether arrangement with Matco constituting abusive tax avoidance — Questions to be determined under Act, s. 245: whether there was tax benefit; whether transaction avoidance transaction; whether avoidance transaction abusive — Tax Court's findings with respect to first two questions not in dispute — Third question in GAAR analysis involving determination of object, spirit, purpose of provisions of Act relied

Impôt sur le revenu — Évitement fiscal — Règle générale anti-évitement — Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt, qui a accueilli l'appel interjeté par l'intimée à l'encontre de nouvelles cotisations établies pour les années 2009 à 2012 — L'appel avait trait à l'application de la règle générale anti-évitement (RGAÉ) à un arrangement de monétisation d'une perte fiscale — L'intimée est devenue une filiale à cent pour cent de New Forbes après un échange d'actions — Matco Capital Ltd. (Matco) a fourni un cadre pour l'arrangement de monétisation de l'attribut fiscal (convention d'investissement) — Ces arrangements devaient permettre d'éviter que Matco acquière le contrôle de l'intimée — La convention d'investissement prévoyait l'acquisition de l'intimée lors d'un premier appel public à l'épargne (PAPE) — Les fonds obtenus dans le cadre du PAPE seraient utilisés par l'intimée pour démarrer une nouvelle entreprise qui ferait des bénéfices et utiliserait les attributs fiscaux — Avant la clôture du PAPE, Matco a converti sa débenture convertible acquise de l'intimée en actions avec droit de vote et en actions sans droit de vote de l'intimée de sorte que New Forbes ne possède plus aucune action de l'intimée — L'intimée a déduit des attributs fiscaux afin de réduire la dette fiscale — La Cour de l'impôt s'est demandé s'il y avait eu acquisition du contrôle par Matco aux termes de l'art. 256(8) de la Loi de l'impôt sur le revenu, et si la RGAÉ s'appliquait — Elle a conclu que Matco n'avait pas obtenu un droit de racheter la majorité des actions avec droit de vote de l'intimée, de telle sorte que les pertes étaient épuisées — Elle a conclu que les objectifs des art. 111(5) et 256(8) n'avaient pas été contrecarrés et, par conséquent, que les opérations pertinentes n'avaient pas un caractère abusif — Elle a conclu en outre que Matco n'avait pas concrètement le contrôle effectif de l'intimée — Dans la présente instance, la Couronne a fait valoir que les transactions ont contourné la raison d'être des art. 111(1)(a), 111(5) et 256(8) de la Loi — Elle a fait valoir en outre qu'un évitement fiscal abusif a découlé des opérations effectuées — Il

upon, whether transactions frustrating purpose — Sufficient herein to focus on s. 111(5) for abuse analysis — Tax Court's statement of underlying rationale of s. 111(5) lacking clarity — Object, spirit, purpose of s. 111(5) to restrict use of specified losses, including non-capital losses, if person or group of persons acquiring actual control over corporation's actions, whether by way of de jure control or otherwise — Fact Parliament enacting specific anti-avoidance rules that apply to corporations having unused non-capital losses not reflecting policy that GAAR has no application to them — In GAAR analysis, courts must apply unified textual, contextual, purposive approach to determination of object, spirit, purpose of relevant provisions — Clear statements of government intent, case law acknowledging that Act generally aims to prevent loss trading shedding light on underlying rationale of s. 111(5) — Nothing inconsistent with conclusion that object, spirit, purpose of s. 111(5) taking into account different forms of control — S. 256.1(3) not replacing s. 111(5), not evidencing legislative intent that transactions at issue acceptable if Matco's equity interest within limit set out in s. 256.1 — Tax Court's conclusion that Matco had no effective control of respondent, that respondent freely participated in transactions inconsistent with terms of Investment Agreement — Investment Agreement resulting in New Forbes, respondent handing over actual control of respondent to Matco — Transactions clearly abusive — In conclusion, statutory conditions for application of GAAR met — Transactions relating to Investment Agreement were avoidance transactions — Avoidance transactions circumvented s. 111(5) — Tax benefit denied — Appeal allowed.

This was an appeal from a Tax Court of Canada decision allowing the respondent's appeal of reassessments for the years 2009 to 2012. The appeal concerned the application of the general anti-avoidance rule (GAAR) under the *Income Tax Act* (Act) to a tax loss monetization arrangement. In the years leading up to the transactions at issue, the respondent carried on a drug research and food additives business under the name Forbes Medi-Tech Inc. In 2008, the respondent and

s'agissait de savoir si l'arrangement avec Matco constituait un évitement fiscal abusif — L'art. 245 de la Loi exige que l'on détermine s'il y a eu avantage fiscal; si l'opération était une opération d'évitement; et si l'opération d'évitement était abusive — Les conclusions de la Cour de l'impôt relativement aux deux premières questions à trancher n'étaient pas contestées — Pour la troisième question de l'analyse relative à la RGAÉ, il faut déterminer l'objet et l'esprit des dispositions de la Loi qui sont invoquées, et ensuite déterminer si les opérations contre-carrent cet objectif — Il suffisait dans la présente affaire de se concentrer sur l'art. 111(5) pour l'analyse relative à la question de l'abus — L'énoncé de la Cour de l'impôt concernant la raison d'être de l'art. 111(5) manquait de clarté — L'objet et l'esprit de l'art. 111(5) sont de restreindre l'utilisation de certaines pertes, y compris les pertes autres que les pertes en capital, lorsqu'une personne ou un groupe de personnes acquiert le contrôle réel des actions d'une société, par un contrôle de jure ou autrement — Le fait que le législateur a adopté des règles anti-évitement particulières qui s'appliquent à une société disposant de pertes inutilisées autres que des pertes en capital n'est pas le reflet d'une politique selon laquelle la RGAÉ n'est pas applicable à ces pertes — Dans une analyse relative à la RGAÉ, un tribunal doit appliquer une méthode textuelle, contextuelle et téléologique unifiée pour circonscrire l'objet et l'esprit des dispositions pertinentes — Des énoncés clairs de l'intention du législateur et la jurisprudence reconnaissant que la Loi vise en général à prévenir le transfert de pertes éclairent la raison d'être de l'art. 111(5) — Il n'y a rien d'incohérent dans la conclusion selon laquelle l'objet ou l'esprit de l'art. 111(5) prend en considération différentes formes de contrôle — L'art. 256.1(3) ne remplace pas l'art. 111(5) et il ne prouve pas que le législateur voulait que les opérations en litige aient été acceptables si les titres de participation de Matco demeuraient dans les limites fixées à l'art. 256.1 — La conclusion de la Cour de l'impôt que Matco n'avait pas un contrôle effectif de l'intimée et que l'intimée a participé de son plein gré aux opérations était contraire aux modalités de la convention d'investissement — La convention d'investissement a amené New Forbes et l'intimée à céder le contrôle effectif de l'intimée à Matco — Les opérations avaient manifestement un caractère abusif — En conclusion, les conditions légales pour l'application de la RGAÉ ont été satisfaites — Les opérations liées à la convention d'investissement étaient des opérations d'évitement — Les opérations d'évitement ont contourné l'art. 111(5) — L'avantage fiscal a été refusé — Appel accueilli.

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt, qui a accueilli l'appel interjeté par l'intimée à l'encontre de nouvelles cotisations établies pour les années 2009 à 2012. L'appel avait trait à l'application de la règle générale anti-évitement (RGAÉ), aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Loi), à un arrangement de monétisation d'une perte fiscale. Durant les années ayant précédé les opérations en litige, l'intimée a mené des activités de recherche sur les

its shareholders undertook a reorganization in the form of a share exchange that, in part, was intended to facilitate a tax loss monetization arrangement. The respondent's shareholders exchanged their shares for those of a newly incorporated company (New Forbes). The respondent became a wholly owned subsidiary of New Forbes. The respondent and New Forbes then entered into an agreement with Matco Capital Ltd. (Matco), a venture capital company, which provided a framework for the tax attribute monetization arrangement (Investment Agreement). The Investment Agreement provided that the respondent's existing business (except for its tax attributes) would be transferred to New Forbes; New Forbes would be entitled to receive a specified amount for the tax attributes; and New Forbes would turn the reins to the respondent over to Matco. These arrangements were to be undertaken in a way that avoided Matco acquiring control of the respondent. The upfront consideration would initially be paid by Matco to the respondent as consideration for a convertible debenture to be issued by the respondent. Upon issuance of the convertible debenture, New Forbes would continue to own all of the issued shares of the respondent, except for a nominal amount. The Investment Agreement contemplated that Matco would use its expertise to arrange a takeover of the respondent in an initial public offering (IPO). The funds raised would be used by the respondent to commence a new business that would earn profits and use the tax attributes. In 2008, Matco negotiated with Deans Knight Capital Management Ltd. regarding a proposed takeover of the respondent by way of an IPO. Immediately prior to the closing of the IPO, Matco converted its debenture into voting and non-voting shares of the respondent. New Forbes no longer owned any shares of the respondent. The respondent deducted the majority of the tax attributes in its 2009 to 2012 taxation years to reduce its tax liability. In 2014, the respondent was reassessed for these taxation years to deny the deductions claimed.

The Tax Court considered whether there was an acquisition of control by Matco pursuant to subsection 256(8) of the Act, and whether the GAAR applied. The Tax Court determined that Matco did not obtain a right to purchase the majority of the voting shares of the respondent such that losses were extinguished by a combination of subsection 256(8), paragraph 251(5)(b) and subsection 111(5) of the Act. The Tax Court concluded that the underlying rationale of subsections 111(5) and 256(8) had not been defeated and accordingly that the relevant transactions were not abusive. The Tax Court also went on to conclude that there was no attempt to disguise what rights Matco had, and that Matco simply did not have effective control over the respondent or need such control to make the arrangement work.

médicaments et les additifs alimentaires, sous le nom de Forbes Medi-Tech Inc. En 2008, l'intimée et ses actionnaires ont entrepris une restructuration de l'entreprise sous la forme d'un échange d'actions visant, en partie, à permettre un arrangement de monétisation d'une perte fiscale. Les actionnaires de l'intimée ont échangé leurs actions contre les actions d'une société nouvellement constituée (New Forbes). L'intimée est devenue une filiale à cent pour cent de New Forbes. L'intimée et New Forbes ont conclu une entente avec Matco Capital Ltd. (Matco), une société de capital-risque, qui a fourni un cadre pour l'arrangement de monétisation de l'attribut fiscal (convention d'investissement). La convention d'investissement prévoyait que l'entreprise actuelle de l'intimée (à l'exception de ses attributs fiscaux) serait transférée à New Forbes; que New Forbes aurait le droit de recevoir une somme précise pour les attributs fiscaux; et que New Forbes laisserait les rênes de l'intimée à Matco. Ces arrangements devaient permettre d'éviter que Matco acquière le contrôle de l'intimée. La contrepartie immédiate serait initialement versée par Matco à l'intimée en contrepartie d'une débenture convertible qui serait émise par l'intimée. À l'émission de la débenture convertible, New Forbes continuerait à posséder toutes les actions émises de l'intimée, à l'exception d'une quantité nominale d'actions. La convention d'investissement prévoyait que Matco utiliserait son expertise pour organiser l'acquisition de l'intimée lors d'un premier appel public à l'épargne (PAPE). Les fonds obtenus seraient utilisés par l'intimée pour démarrer une nouvelle entreprise qui ferait des bénéfices et utiliserait les attributs fiscaux. En 2008, Matco a entrepris des négociations avec Deans Knight Capital Management Ltd. concernant l'acquisition proposée de l'intimée par le truchement d'un PAPE. Juste avant la clôture du PAPE, Matco a converti sa débenture en actions avec droit de vote et en actions sans droit de vote de l'intimée. New Forbes ne possédait plus aucune action de l'intimée. L'intimée a déduit la majeure partie des attributs fiscaux durant les années d'imposition 2009 à 2012 afin de réduire la dette fiscale. En 2014, une nouvelle cotisation a été établie à l'égard de l'intimée pour ces années d'imposition afin de refuser les déductions demandées.

La Cour de l'impôt s'est demandé s'il y avait eu acquisition du contrôle par Matco aux termes du paragraphe 256(8) de la Loi, et si la RGAÉ s'appliquait. La Cour de l'impôt a conclu que Matco n'avait pas obtenu un droit de racheter la majorité des actions avec droit de vote de l'intimée, de telle sorte que les pertes étaient épuisées par l'application combinée du paragraphe 256(8), de l'alinéa 251(5)b) et du paragraphe 111(5) de la Loi. La Cour de l'impôt a conclu que les objectifs des paragraphes 111(5) et 256(8) n'avaient pas été contrecarrés et, par conséquent, que les opérations pertinentes n'avaient pas un caractère abusif. La Cour de l'impôt a conclu également que l'on n'avait pas tenté de dénaturer les droits de Matco, et que Matco n'avait pas concrètement le contrôle effectif de l'intimée, ou

In the present instance, the Crown argued, *inter alia*, that the transactions clearly circumvented, and were not in accord with, the underlying rationale of paragraph 111(1)(a), subsection 111(5) and subsection 256(8) of the Act. It further argued that the transactions undertaken resulted in abusive tax avoidance because they blatantly avoided an acquisition of control of the respondent, caused the cessation of the business that generated the tax attributes and completely severed the shareholder interest in that former business from the new business carried on as a result of the IPO. The respondent characterized the Investment Agreement as incentivizing mutually beneficial behaviour while providing consequences if either party pursues activities that harm another party's interests.

The main issue was whether the arrangement with Matco constituted abusive tax avoidance.

Held, the appeal should be allowed.

The questions that must be determined under section 245 of the Act are whether there was a tax benefit; whether the transaction giving rise to the tax benefit was an avoidance transaction; and whether the avoidance transaction giving rise to the tax benefit was abusive. The Tax Court's findings with respect to the first two questions to be determined under section 245 were not in dispute. Accordingly, it was assumed herein that the tax benefit was comprised of the reduction of the respondent's tax liability that resulted from deducting the tax attributes, and the avoidance transactions consisted of entering into the Investment Agreement, the respondent's restructuring of itself, and all related transactions. The third question in the GAAR analysis, i.e. whether there is abuse, involves two steps: the determination of the object, spirit and purpose of the provisions of the Act relied upon, and whether the transactions frustrated this purpose. It was not necessary in this appeal to undertake an abuse analysis with respect to subsection 256(8). It was sufficient to focus on subsection 111(5). The Tax Court's statement of the underlying rationale of subsection 111(5) lacked clarity. The object, spirit and purpose of subsection 111(5) is to restrict the use of specified losses, including non-capital losses, if a person or group of persons has acquired actual control over the corporation's actions, whether by way of *de jure* control or otherwise. Parliament has enacted several specific anti-avoidance rules that apply to a corporation that has unused non-capital losses, but these rules do not reflect a policy that the GAAR has no application to them. In a GAAR analysis, a court must apply a unified textual, contextual and purposive approach to a determination of the object, spirit and purpose of the relevant provisions. Two purposive factors shed

n'avait pas besoin de ce contrôle pour mener à bien le plan fiscal.

Dans la présente instance, la Couronne a fait valoir notamment que les transactions ont contourné hors de tout doute la raison d'être de l'alinéa 111(1)a), du paragraphe 111(5) et du paragraphe 256(8) de la Loi, et qu'elles n'y étaient pas conformes. Elle a fait valoir en outre qu'un évitement fiscal abusif a découlé des opérations effectuées, parce qu'elles ont permis d'éviter, de manière flagrante, une prise de contrôle de l'intimée, entraîné la cessation des activités ayant généré les attributs fiscaux, et complètement dissocié les intérêts des actionnaires dans cette ancienne entreprise de la nouvelle entreprise créée à la suite du PAPE. L'intimée a qualifié la convention d'investissement d'outil incitatif profitable aux deux parties, tout en prévoyant des conséquences si l'une ou l'autre des parties exerçait des activités qui pourraient nuire aux intérêts de l'autre partie.

Il s'agissait principalement de savoir si l'arrangement avec Matco constituait un évitement fiscal abusif.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

L'article 245 de la Loi exige que l'on détermine s'il y a eu un avantage fiscal; si l'opération ayant généré l'avantage fiscal était une opération d'évitement; et si l'opération d'évitement ayant généré l'avantage fiscal était abusive. Les conclusions de la Cour de l'impôt relativement aux deux premières questions à trancher sous le régime de l'article 245 n'étaient pas contestées. Par conséquent, ont été posées les hypothèses selon lesquelles l'avantage fiscal correspondait à la réduction de la dette fiscale de l'intimée découlant de la déduction des attributs fiscaux, et la signature de la convention d'investissement, la restructuration de l'intimée elle-même et l'ensemble des opérations connexes constituaient les opérations d'évitement. La troisième question de l'analyse relative à la RGAÉ, soit la question de savoir s'il y a eu un abus, comporte deux volets : il faut d'abord déterminer l'objet et l'esprit des dispositions de la Loi qui sont invoquées, et ensuite déterminer si les opérations contrecarrent cet objectif. Il n'était pas nécessaire dans le présent appel d'entreprendre une analyse relative à la question de l'abus en ce qui concerne le paragraphe 256(8). Il suffisait de se concentrer sur le paragraphe 111(5). L'énoncé de la Cour de l'impôt concernant la raison d'être du paragraphe 111(5) manquait de clarté. L'objet et l'esprit du paragraphe 111(5) est de restreindre l'utilisation de certaines pertes, y compris les pertes autres que les pertes en capital, lorsqu'une personne ou un groupe de personnes acquiert le contrôle réel des actions d'une société, par un contrôle *de jure* ou autrement. Le législateur a adopté plusieurs règles anti-évitements particulières qui s'appliquent à une société disposant de pertes inutilisées autres que des pertes en capital, mais ces règles ne sont pas le reflet d'une politique selon laquelle la RGAÉ n'est pas applicable à ces

light on the underlying rationale of subsection 111(5): clear statements of government intent and case law acknowledging that the Act generally aims to prevent loss trading. There is nothing inconsistent with the conclusion that the object, spirit and purpose of subsection 111(5) takes into account different forms of control even though the text of the provision is limited to *de jure* control. Subsection 256.1(3), which the respondents argued implicitly recognizes that Parliament intended the transactions at issue to be acceptable, is another specific anti-avoidance rule that is aimed at trafficking in shares of loss companies. It specifically addresses circumstances involving equity acquisitions. The provision does not replace subsection 111(5) and it does not evidence a legislative intent that the transactions at issue would have been acceptable if Matco's equity interest was within the limit set out in section 256.1. The Tax Court's conclusion on step two of the analysis, i.e. whether the transactions frustrated the purpose of subsection 111(5), was not supported by the evidence. Its conclusion that Matco had no effective control of the respondent and that the respondent freely participated in the transactions that resulted in the use of the tax attributes was inconsistent with the terms of the Investment Agreement. The Investment Agreement provided severe restrictions on the actions that New Forbes and the respondent could take. As a consequence of all of those restrictions, the Investment Agreement resulted in New Forbes and the respondent handing over actual control of the respondent to Matco. The Crown clearly demonstrated that the transactions were abusive.

In conclusion, the statutory conditions for the application of the GAAR were met. It was admitted and clear that there was a tax benefit comprised of the deduction of the tax attributes. It was also clear that there were avoidance transactions. The transactions relating to the Investment Agreement were avoidance transactions because they were part of a series of transactions that resulted in the tax benefit and these transactions were not undertaken primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit. Further, the avoidance transactions circumvented subsection 111(5) of the Act in a way that frustrated the object, spirit and purpose of this provision. Accordingly, pursuant to subsection 245(2) of the Act, the tax benefit was denied.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 27(5).

perles. Dans une analyse relative à la RGAÉ, un tribunal doit appliquer une méthode textuelle, contextuelle et téléologique unifiée pour circonscrire l'objet et l'esprit des dispositions pertinentes. Deux facteurs téléologiques éclairent la raison d'être du paragraphe 111(5) : des énoncés clairs de l'intention du législateur et la jurisprudence reconnaissant que la Loi vise en général à prévenir le transfert de pertes. Il n'y a rien d'incohérent dans la conclusion selon laquelle l'objet ou l'esprit du paragraphe 111(5) prend en considération différentes formes de contrôle, même si le libellé de la disposition se limite au contrôle *de jure*. Le paragraphe 256.1(3), qui de l'avis de l'intimée reconnaît implicitement que le législateur entendait que les opérations en cause soient acceptables, constitue une autre règle anti-évitement particulière ciblant le trafic d'actions de sociétés déficitaires. Il traite précisément des circonstances entourant les acquisitions de capitaux propres. La disposition ne remplace pas le paragraphe 111(5) et elle ne prouve pas que le législateur voulait que les opérations en litige aient été acceptables si les titres de participation de Matco demeuraient dans les limites fixées à l'article 256.1. La conclusion de la Cour de l'impôt à l'étape deux de l'analyse, c'est-à-dire sur la question de savoir si les opérations ont contrecarré l'objet du paragraphe 111(5), n'était pas étayée par la preuve. Sa conclusion que Matco n'avait pas un contrôle effectif de l'intimée et que l'intimée a participé de son plein gré aux opérations ayant permis l'utilisation des attributs fiscaux était contraire aux modalités de la convention d'investissement. La convention d'investissement prévoyait d'importantes restrictions concernant les activités que pouvaient entreprendre New Forbes et l'intimée. En raison de toutes ces restrictions, la convention d'investissement a amené New Forbes et l'intimée à céder le contrôle effectif de l'intimée à Matco. La Couronne a clairement démontré que les opérations avaient un caractère abusif.

En conclusion, les conditions légales pour l'application de la RGAÉ ont été satisfaites. Il a été admis et il était clair qu'il existait un avantage fiscal correspondant à la déduction des attributs fiscaux. Il était également clair qu'il y a eu des opérations d'évitement. Les opérations liées à la convention d'investissement étaient des opérations d'évitement, parce qu'elles faisaient partie d'une série d'opérations dont a découlé l'avantage fiscal, et ces opérations n'ont pas été effectuées principalement pour des objets véritables autres que l'obtention d'un avantage fiscal. En outre, les opérations d'évitement ont contourné le paragraphe 111(5) de la Loi, d'une manière qui a contrecarré l'objet et l'esprit de cette disposition. Par conséquent, en application du paragraphe 245(2) de la Loi, l'avantage fiscal a été refusé.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 111(1)a),(5), 245, 251(5)b), 256(5.1),(5.11),(7),(8), 256.1.

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 111(1)(a),(5), 245, 251(5)(b), 256(5.1),(5.11),(7),(8), 256.1.

Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148, art. 27(5).

CASES CITED

APPLIED:

Cophorne Holdings Ltd. v. Canada, 2011 SCC 63, [2011] 3 S.C.R. 721; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Canada v. Oxford Properties Group Inc.*, 2018 FCA 30, [2018] 4 F.C.R. 3; *Hydro-Québec v. Matta*, 2020 SCC 37, 450 D.L.R. (4th) 547; *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344.

CONSIDERED:

Duha Printers (Western) Ltd. v. Canada, [1998] 1 S.C.R. 795, (1998), 159 D.L.R. (4th) 457; *Mathew v. Canada*, 2005 SCC 55, [2005] 2 S.C.R. 643.

REFERRED TO:

Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Silicon Graphics Ltd. v. Canada*, 2002 FCA 260, [2003] 1 F.C. 447; *Birchcliff Energy Ltd. v. Canada*, 2019 FCA 151, [2020] 1 C.T.C. 1.

AUTHORS CITED

Dodge, David. "A New and More Coherent Approach to Tax Avoidance" (1988), 36 *Can. Tax J.* 1.
House of Commons Debates, 26th Parl., 1st Sess., No. 4 (16 October 1963).

APPEAL from a Tax Court of Canada decision (2019 TCC 76, [2019] C.T.C. 2002) allowing the respondent's reassessments for the years 2009 to 2012. Appeal allowed.

APPEARANCES

Perry Derksen, Matthew Turnell, Eric Brown and Kiel Walker for appellant.
Barry R. Crump, Heather DiGregorio and Julia Lisztwan for respondent.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Cophorne Holdings Ltd. c. Canada, 2011 CSC 63, [2011] 3 R.C.S. 721; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Canada c. Oxford Properties Group Inc.*, 2018 CAF 30, [2018] 4 R.C.F. 3; *Hydro-Québec c. Matta*, 2020 CSC 37; *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Duha Printers (Western) Ltd. c. Canada, [1998] 1 R.C.S. 795; *Mathew c. Canada*, 2005 CSC 55, [2005] 2 R.C.S. 643.

DÉCISIONS MENTIONÉES :

Hypothèques Trustco Canada c. Canada, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Silicon Graphics Ltd. c. Canada*, 2002 CAF 260, [2003] 1 C.F. 447; *Birchcliff Energy Ltd. c. Canada*, 2019 CAF 151.

DOCTRINE CITÉE

Débats de la Chambre des communes, 26^e Parl., 1^{er} lég., n^o 4 (16 octobre 1963).
Dodge, David. « A New and More Coherent Approach to Tax Avoidance » (1988), *Rev. fiscale can.* 1.

APPEL d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (2019 CCI 76, [2019] C.T.C. 2002), qui a accueilli l'appel interjeté par l'intimée à l'encontre de nouvelles cotisations établies pour les années 2009 à 2012. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

Perry Derksen, Matthew Turnell, Eric Brown et Kiel Walker pour l'appelante.
Barry R. Crump, Heather DiGregorio et Julia Lisztwan pour l'intimée.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellant.

Burnet, Duckworth & Palmer, LLP, Calgary, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

WOODS J.A.:

A. Introduction

[1] This appeal concerns the application of the general anti-avoidance rule (the GAAR) under the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (the Act) to a tax loss monetization arrangement.

[2] Prior to the transactions at issue, the respondent was a Canadian public corporation that had approximately \$90 million of unused non-capital losses and other deductions (tax attributes). It sought to realize the value of these tax attributes and entered into an agreement with a corporation that had expertise in arranging such transactions.

[3] From 2009 to 2012, the respondent deducted a majority of its tax attributes to reduce its tax liability. Following the issuance of reassessments to deny the deductions, the respondent successfully appealed to the Tax Court (2019 TCC 76, [2019] C.T.C. 2002, *per* Paris J.).

[4] The Crown appeals. It submits that the GAAR is applicable to the monetization arrangement because it results in an abuse of the provisions of the Act which restrict the use of tax attributes following an acquisition of control by a person or group of persons.

[5] These reasons focus mainly on one of the respondent's tax attributes: non-capital losses. For reasons discussed by the Tax Court (at paragraph 87), the

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

La sous-procureure générale du Canada pour l'appelante.

Burnet, Duckworth & Palmer, LLP, Calgary, pour l'intimée.

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

LA JUGE WOODS, J.C.A. :

A. Introduction

[1] Le présent appel a trait à l'application de la règle générale anti-évitement (la RGAÉ), aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 (la Loi), à un arrangement de monétisation d'une perte fiscale.

[2] Avant les opérations en litige, l'intimée, une société publique canadienne, avait accumulé des pertes autres que des pertes en capital et autres déductions inutilisées d'environ 90 millions de dollars (attributs fiscaux). Cherchant à recouvrer la valeur de ces attributs fiscaux, elle a conclu une entente avec une société qui possédait une expertise dans l'organisation d'opérations de ce genre.

[3] De 2009 à 2012, l'intimée a déduit une majorité de ses attributs fiscaux afin de réduire sa dette fiscale. Suivant l'établissement de nouvelles cotisations dans lesquelles les déductions ont été refusées, l'intimée a fait appel devant la Cour canadienne de l'impôt (2019 CCI 76, le juge Paris) et a eu gain de cause.

[4] La Couronne interjette maintenant appel de cette décision. Elle soutient que la RGAÉ s'applique à l'égard de l'arrangement de monétisation parce qu'il découle d'un abus des dispositions de la Loi qui restreignent l'utilisation d'attributs fiscaux à la suite d'une acquisition du contrôle par une personne ou par un groupe de personnes.

[5] Les présents motifs portent principalement sur l'un des attributs fiscaux de l'intimée, soit les pertes autres que les pertes en capital. Pour les motifs abordés par

conclusions reached with respect to this tax attribute also apply to the others at issue.

[6] By way of background, one of the issues in the appeal is whether the object, spirit and purpose of the acquisition-of-control element in subsection 111(5) of the Act is fully reflected in the text of this provision. If it is, the GAAR would not apply to a transaction solely on the basis that the transaction frustrates the object, spirit and purpose of this element. As far as I am aware, this is the first time that this issue has come before this Court.

[7] For the reasons below, I have concluded that the Crown's appeal should be allowed.

B. Overview of facts

[8] A detailed description of the facts is included in the Tax Court's reasons. This section sets out an overview of the arrangement. Further facts as required are introduced in the analysis.

The plan to monetize the tax attributes

[9] In the years leading up to the transactions at issue, the respondent carried on a drug research and food additives business under the name Forbes Medi-Tech Inc. Its shares were listed for trading on the Toronto Stock Exchange and NASDAQ.

[10] In 2007, the respondent was experiencing serious cash flow difficulties and began to investigate opportunities to utilize its tax attributes so that their value could be realized. The arrangement that it settled on is described below.

The preliminary reorganization

[11] On February 27, 2008, the respondent and its shareholders undertook a reorganization in the form of a share exchange that, in part, was intended to facilitate a tax loss monetization arrangement. The reorganization was effected by a court-approved plan of arrangement under which the respondent's shareholders exchanged

la Cour de l'impôt (au paragraphe 87), les conclusions qui ont été tirées relativement à cet attribut fiscal s'appliquent également aux autres attributs en litige.

[6] En guise de contexte, l'une des questions en litige dans le présent appel est de déterminer si l'objet et l'esprit de l'élément portant sur l'acquisition du contrôle, au paragraphe 111(5) de la Loi, sont entièrement exprimés dans le libellé de cette disposition. Dans l'affirmative, la RGAÉ ne pourrait s'appliquer à une opération uniquement au motif que l'opération contrecarre l'objet et l'esprit de cet élément. À ce que je sache, c'est la première fois que cette question est portée devant la Cour.

[7] Pour les motifs exposés ci-dessous, j'ai conclu que l'appel de la Couronne devrait être accueilli.

B. Aperçu des faits

[8] Une description détaillée des faits est incluse dans les motifs de la Cour de l'impôt. La présente section donne un aperçu de l'arrangement. D'autres faits, au besoin, seront introduits dans l'analyse.

Le plan en vue de monétiser les attributs fiscaux

[9] Durant les années ayant précédé les opérations en litige, l'intimée a mené des activités de recherche sur les médicaments et les additifs alimentaires, sous le nom de Forbes Medi-Tech Inc. Ses actions étaient inscrites à la Bourse de Toronto et à la Bourse NASDAQ.

[10] En 2007, l'intimée a connu de graves problèmes de liquidités et a commencé à étudier les possibilités d'utiliser ses attributs fiscaux de manière à tirer parti de leur valeur. L'arrangement conclu est décrit ci-dessous.

La restructuration préliminaire

[11] Le 27 février 2008, l'intimée et ses actionnaires ont entrepris une restructuration de l'entreprise sous la forme d'un échange d'actions visant, en partie, à permettre un arrangement de monétisation d'une perte fiscale. La restructuration a été réalisée selon un plan d'arrangement approuvé par un tribunal, aux termes

their shares for shares of a newly incorporated company (New Forbes). The result was that the shares of New Forbes were publicly traded in substitution of the shares of the respondent, and the respondent became a wholly owned subsidiary of New Forbes.

Agreement with Matco Capital Ltd.

[12] On March 19, 2008, the respondent and its new shareholder, New Forbes, entered into an agreement with Matco Capital Ltd. (Matco) which provided a framework for the tax attribute monetization arrangement (Investment Agreement, or Agreement). Matco is a venture capital company that had previously been involved in transactions similar to this.

[13] By way of overview, the Investment Agreement achieved the following:

- (a) the respondent's existing business (except for its tax attributes) would be transferred to New Forbes;
- (b) New Forbes would be entitled to receive a specified amount for the tax attributes (\$3.8 million, with some potential upside). Of this amount, \$3 million would be received up front and \$800,000 would be received a year later; and
- (c) New Forbes would turn the reins to the respondent over to Matco.

[14] As described below, these arrangements were to be undertaken in a way that avoided Matco acquiring control of the respondent, or a right to acquire control. This overview section does not describe all of the provisions of the Agreement relating to control. Some are discussed later in the reasons as part of the GAAR analysis.

[15] The upfront consideration, \$3 million, would initially be paid by Matco to the respondent as consideration for a convertible debenture to be issued by the respondent. For simplicity, the \$3 million amount, and other amounts stated in these reasons, are approximations.

duquel les actionnaires de l'intimée devaient échanger leurs actions contre les actions d'une société nouvellement constituée (New Forbes). Ainsi, les actions de New Forbes ont été cotées en bourse en remplacement des actions de l'intimée, et l'intimée est devenue une filiale à cent pour cent de New Forbes.

Entente avec Matco Capital Ltd.

[12] Le 19 mars 2008, l'intimée et son nouvel actionnaire, New Forbes, ont conclu une entente avec Matco Capital Ltd. (Matco), qui a fourni un cadre pour l'arrangement de monétisation de l'attribut fiscal (la convention d'investissement ou la convention). Matco est une société de capital-risque qui a par le passé participé à des opérations semblables à celle-ci.

[13] En résumé, la convention d'investissement prévoyait ce qui suit :

- a) l'entreprise actuelle de l'intimée (à l'exception de ses attributs fiscaux) serait transférée à New Forbes;
- b) New Forbes aurait le droit de recevoir une somme précise pour les attributs fiscaux (3,8 millions de dollars, avec certains ajustements positifs potentiels). De cette somme, 3 millions de dollars seraient versés immédiatement et une somme de 800 000 \$ serait versée un an plus tard.
- c) New Forbes laisserait les rênes de l'intimée à Matco.

[14] Comme je l'explique ci-dessous, ces arrangements devaient permettre d'éviter que Matco acquière le contrôle de l'intimée, ou obtienne un droit d'en acquérir le contrôle. Le présent aperçu ne décrit pas toutes les dispositions de la convention concernant le contrôle. Certaines seront abordées plus loin dans les motifs, dans le cadre de l'analyse portant sur la RGAÉ.

[15] La contre-partie immédiate, de 3 millions de dollars, serait initialement versée par Matco à l'intimée en contre-partie d'une débenture convertible qui serait émise par l'intimée. Pour plus de simplicité, la somme de 3 millions de dollars, et les autres sommes indiquées

The difference between the approximations and actual amounts is not material to the appeal.

[16] The convertible debenture could be converted at Matco's option into voting and non-voting common shares of the respondent that would provide Matco with 79 percent of the equity and 35 percent of the votes on a fully diluted basis. The consideration for the debenture represented 79 percent of the total amount (\$3.8 million) that New Forbes was entitled to receive from Matco for the tax attributes.

[17] Upon issuance of the debenture, New Forbes would continue to own all of the issued shares of the respondent, except for a nominal amount of shares that had been issued to avoid the Investment Agreement being a unanimous shareholders agreement, which might have affected control. As a result of the issuance of the debenture, the shares of the respondent that were owned by New Forbes would represent 21 percent of the equity and 65 percent of the votes on a fully diluted basis.

[18] The Agreement also provided that the existing assets and liabilities of the respondent and the \$3 million consideration paid for the debenture would be transferred to New Forbes. As a result, the respondent would retain its tax attributes and effectively become a shell with no assets and one liability—an obligation to pay principal and interest to Matco under the convertible debenture.

[19] The arrangement contemplated that Matco would use its expertise to arrange a takeover of the respondent in an initial public offering (IPO) or similar transaction. The Agreement referred to this as a "Corporate Opportunity". The funds raised by a Corporate Opportunity would be used by the respondent to commence a new business that would earn profits and utilize the tax attributes. An IPO or similar transaction was critical to the plan because the tax attributes would be extinguished if the respondent was acquired by a "person or group of persons". As discussed below, an IPO provided an opportunity to ensure that such an acquisition did not take place.

dans les présents motifs, sont approximatives. La différence entre les sommes approximatives et les sommes réelles n'a pas d'importance pour le présent appel.

[16] La débenture convertible pourrait être convertie, au choix de Matco, en actions ordinaires avec droit de vote et sans droit de vote de l'intimée, ce qui donnerait à Matco 79 p. 100 des actions à revenu variable et 35 p. 100 des actions avec droit de vote, après dilution totale. La contrepartie pour la débenture représentait 79 p. 100 de la somme totale (3,8 millions de dollars) que New Forbes était autorisée à recevoir de Matco pour les attributs fiscaux.

[17] À l'émission de la débenture, New Forbes continuerait à posséder toutes les actions émises de l'intimée, à l'exception d'une quantité nominale d'actions qui avaient été émises afin d'empêcher que la convention d'investissement ait valeur de convention unanime des actionnaires, ce qui aurait pu avoir une incidence sur le contrôle. À la suite de l'émission de la débenture, les actions de l'intimée que possédait New Forbes représenteraient 21 p. 100 des actions à revenu variable et 65 p. 100 des actions avec droit de vote, après dilution.

[18] La convention prévoyait également que l'actif existant et les dettes de l'intimée, ainsi que la contrepartie de 3 millions de dollars versée pour la débenture, seraient transférés à New Forbes. Ainsi, l'intimée conserverait ses attributs fiscaux et deviendrait en fait une coquille sans actif et avec une seule dette; une obligation de verser le capital et les intérêts à Matco aux termes de la débenture convertible.

[19] L'arrangement prévoyait que Matco utiliserait son expertise pour organiser l'acquisition de l'intimée lors d'un premier appel public à l'épargne (PAPE) ou d'une opération similaire. La convention faisait référence à cette opération comme à une « occasion d'affaires ». Les fonds obtenus grâce à cette occasion d'affaires seraient utilisés par l'intimée pour démarrer une nouvelle entreprise qui ferait des bénéfices et utiliserait les attributs fiscaux. Un PAPE, ou une opération similaire, était essentiel au plan, parce que les attributs fiscaux s'éteindraient si l'intimée était acquise par une « personne ou par un groupe de personnes ». Comme il est mentionné

[20] Upon entering into the Agreement, New Forbes issued a press release announcing that it had completed a transaction with a private investor in which New Forbes received \$3 million of capital, to be followed by an additional \$800,000 within one year, with a possible upside on the latter amount.

[21] The reference in the press release to the additional consideration to be received within one year was a reference to Matco's obligation within one year to either make an offer for New Forbes' 21 percent interest for at least \$800,000 or to simply pay \$800,000 without acquiring the shares. Matco's option to pay the additional amount without acquiring shares was necessary to avoid Matco acquiring *de jure* control if Matco was not able to arrange an IPO or similar transaction.

[22] The reference to an upside potential on the \$800,000 refers to the possibility that New Forbes might reject Matco's offer to purchase the shares of the respondent. Instead, New Forbes might choose to continue to own the shares which, by this time, might be trading on a stock exchange at an amount greater than \$800,000 by reason of an IPO.

The initial public offering and subsequent events

[23] After the initial steps described above were completed, Matco endeavoured to arrange an IPO or similar transaction.

[24] In December 2008, Matco commenced negotiations with Deans Knight Capital Management Ltd. (DK Capital Management) regarding a proposed takeover of the respondent by way of an IPO. The respondent changed its name to Deans Knight Income Corporation in February 2009, and the IPO closed approximately one month later.

ci-dessous, un PAPE fournissait une occasion de s'assurer qu'une telle acquisition n'ait pas lieu.

[20] Au moment de signer la convention, New Forbes a publié un communiqué annonçant qu'elle avait conclu une opération avec un investisseur privé, par laquelle New Forbes recevrait 3 millions de dollars de capital, et une somme additionnelle de 800 000 \$ dans l'année suivante, avec rajustement positif possible de cette somme.

[21] La mention dans le communiqué de la contrepartie additionnelle à recevoir dans l'année faisait référence à l'obligation de Matco, dans un délai d'un an, de faire une offre pour les 21 p. cent d'actions de New Forbes pour la somme d'au moins 800 000 \$, ou de simplement verser la somme de 800 000 \$ sans acquérir les actions. L'option dont disposait Matco de verser la somme additionnelle sans acquérir les actions était nécessaire pour éviter que Matco n'obtienne un contrôle *de jure* (ou contrôle de droit) dans l'éventualité où Matco ne pourrait organiser un PAPE ou une opération similaire.

[22] La mention d'un rajustement positif possible de la somme de 800 000 \$ fait référence à la possibilité que New Forbes puisse rejeter l'offre de Matco d'acheter les actions de l'intimée. New Forbes pourrait plutôt choisir de conserver les actions, lesquelles, à ce moment, pourraient s'échanger à la bourse pour un montant supérieur à 800 000 \$ par le truchement d'un PAPE.

Le premier appel public à l'épargne et les événements qui ont suivi

[23] Une fois les démarches initiales décrites ci-dessus achevées, Matco a entrepris d'organiser un PAPE ou une opération similaire.

[24] En décembre 2008, Matco a entrepris des négociations avec Deans Knight Capital Management Ltd. (DK Capital Management) concernant l'acquisition proposée de l'intimée par le truchement d'un PAPE. L'intimée a changé son nom pour celui de Deans Knight Income Corporation en février 2009, et le PAPE est arrivé à échéance environ un mois plus tard.

[25] The respondent raised \$100 million in the IPO. According to the prospectus related to the offering, the proceeds were to be managed by DK Capital Management and invested in corporate debt securities. The prospectus stated that the respondent had tax attributes that it expected would reduce the taxable income of the respondent. It also stated that there was a risk that “the CRA could successfully challenge the amount of such tax attributes or their availability to the Company”. The respondent was to have a limited five-year life after the IPO.

[26] Immediately prior to the closing of the IPO, Matco converted its debenture into voting and non-voting shares of the respondent. Subsequent to the closing, Matco made an offer to New Forbes to purchase all of its shares of the respondent for \$800,000. The offer was accepted.

[27] As a result of these transactions, Matco invested \$3.8 million and owned shares of the respondent with a value of \$5 million at that time. New Forbes no longer owned any shares of the respondent and it had realized \$3.8 million.

[28] As discussed earlier, the respondent deducted the majority of the tax attributes in its 2009 to 2012 taxation years to reduce its tax liability from the debt-securities business. On July 16, 2014, the respondent was reassessed for these taxation years to deny the deductions claimed.

C. Applicable legislation

[29] The relevant statutory scheme applicable to the taxation years at issue is discussed below. Extracts of these provisions are set out in Appendix A.

The general anti-avoidance rule

[30] Section 245 of the Act, the GAAR, was enacted in 1988 as a means to combat abusive tax avoidance in

[25] L’intimée a obtenu 100 millions de dollars lors du PAPE. Selon le prospectus lié à l’appel à l’épargne, le produit de cet appel à l’épargne devait être géré par DK Capital Management et servir à l’achat de titres de créance de la société. Le prospectus indiquait que l’intimée disposait d’attributs fiscaux qui lui permettraient selon elle de réduire le revenu imposable de l’intimée. On y indiquait aussi qu’il existait un risque que [TRADUCTION] « l’Agence du revenu du Canada conteste avec succès le montant de ces attributs fiscaux ou leur utilisation par l’entreprise ». L’intimée devait avoir une durée de vie limitée de cinq ans après le PAPE.

[26] Juste avant la clôture du PAPE, Matco a converti sa débenture en actions avec droit de vote et en actions sans droit de vote de l’intimée. Après la clôture, Matco a fait une offre à New Forbes afin de racheter toutes ses actions de l’intimée pour la somme de 800 000 \$. L’offre a été acceptée.

[27] Grâce à ces transactions, Matco a investi 3,8 millions de dollars et a acquis les actions de l’intimée d’une valeur à ce moment de 5 millions de dollars. New Forbes ne possédait plus aucune action de l’intimée et avait recouvré 3,8 millions de dollars.

[28] Comme je l’ai indiqué plus tôt, l’intimée a déduit la majeure partie des attributs fiscaux durant les années d’imposition 2009 à 2012 afin de réduire la dette fiscale liée à l’entreprise portant sur des titres de créance. Le 16 juillet 2014, le ministre du Revenu national a établi une nouvelle cotisation pour les années d’imposition 2009 à 2012 afin de refuser à l’intimée les déductions demandées.

C. Dispositions législatives applicables

[29] Le régime législatif pertinent applicable aux années d’imposition en litige est expliqué ci-dessous. Des extraits de ces dispositions sont présentés à l’annexe A.

Règle générale anti-évitement

[30] L’article 245 de la Loi, appelé la RGAÉ, a été adopté en 1988 afin de lutter contre l’évitement fiscal

light of the failure of specific anti-avoidance rules to effectively accomplish this objective.

[31] The Supreme Court has provided significant guidance as to the proper interpretation of section 245. See for example *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601 and *Cophorne Holdings Ltd. v. Canada*, 2011 SCC 63, [2011] 3 S.C.R. 721 [*Cophorne*].

[32] As described in *Cophorne* (at paragraph 33), three questions must be determined under section 245:

- Was there a tax benefit?
- Was the transaction giving rise to the tax benefit an avoidance transaction? and
- Was the avoidance transaction giving rise to the tax benefit abusive?

[33] A tax benefit is defined in subsection 245(1) of the Act and includes a reduction of tax.

[34] An avoidance transaction is defined in subsection 245(3) of the Act. It includes a transaction that results in a tax benefit and is not undertaken primarily for *bona fide* non-tax purposes. An avoidance transaction also includes a transaction that is part of a series of transactions that results in a tax benefit. Guidance on how to determine an avoidance transaction where there is a series is provided in *Cophorne*, at paragraph 40:

... it is necessary to determine if there was a series, which transactions make up the series, and whether the tax benefit resulted from the series. If there is a series that results, directly or indirectly, in a tax benefit, it will be caught by s. 245(3) unless each transaction within the series could “reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain [a] tax benefit”.

abusif, les règles anti-évitement particulières ne pouvant répondre à cet objectif de manière efficace.

[31] La Cour suprême du Canada a fourni d’importantes directives concernant l’interprétation appropriée de l’article 245. Voir par exemple les arrêts *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601 et *Cophorne Holdings Ltd. c. Canada*, 2011 CSC 63, [2011] 3 R.C.S. 721 [*Cophorne*].

[32] Comme il est indiqué dans l’arrêt *Cophorne* (au paragraphe 33), l’article 245 exige que l’on détermine trois questions :

- Y a-t-il eu avantage fiscal?
- L’opération ayant généré l’avantage fiscal était-elle une opération d’évitement?
- L’opération d’évitement ayant généré l’avantage fiscal était-elle abusive?

[33] L’expression « avantage fiscal » est définie au paragraphe 245(1) de la Loi et inclut la réduction d’impôt.

[34] L’expression « opération d’évitement » est définie au paragraphe 245(3) de la Loi. L’opération d’évitement s’entend d’une opération dont découle un avantage fiscal et qui n’est pas principalement effectuée pour un objet non fiscal véritable. L’opération d’évitement s’entend également de l’opération qui fait partie d’une série d’opérations dont découle un avantage fiscal. L’arrêt *Cophorne*, au paragraphe 40, fournit une orientation sur la manière de déterminer si une opération faisant partie d’une série d’opérations constitue une opération d’évitement :

[...] il faut déterminer s’il y a eu une série, quelles opérations en font partie et si l’avantage fiscal découle de la série. La série d’opérations dont découle directement ou non un avantage fiscal tombe sous le coup du par. 245(3), sauf s’il est « raisonnable de considérer que [chacune des opérations de la série] est principalement effectuée pour des objets véritables — l’obtention de l’avantage fiscal n’étant pas considérée comme un objet véritable ».

[35] Where there is an avoidance transaction, the tax benefit that results from that transaction or from a series of transactions that includes that transaction is to be denied (subsection 245(2) of the Act).

[36] However, subsection 245(4) of the Act provides that a tax benefit is not to be denied unless the avoidance transaction is abusive. Although the term “abuse” is not defined in the Act, it has been extensively discussed in the jurisprudence.

[37] In determining whether a transaction is an abuse, the analysis is to proceed in two steps (*Copthorne*, at paragraphs 69 and 71). The first step is to determine the object, spirit and purpose or underlying rationale of the relevant provisions of the Act. Then the Court must determine if the avoidance transaction falls within or frustrates that underlying rationale.

[38] If the tax benefit results from a series of transactions and not from the avoidance transaction by itself, the Court is to focus the abuse analysis on the avoidance transaction but view it in the context of the series of transactions (*Copthorne*, at paragraph 71).

[39] At the second step of the abuse analysis, the Crown must clearly demonstrate that the transaction is an abuse of the Act (*Copthorne*, at paragraph 72).

Non-capital losses

[40] The non-capital losses that are relevant in this appeal are losses from a business. This type of loss may be carried back three years and carried forward 20 years to reduce taxable income in those years (paragraph 111(1)(a) of the Act).

[41] If there has been an acquisition of control of the loss corporation by a person or group of persons, the non-capital loss carryover is restricted (subsection 111(5)). If the loss corporation no longer carries on the business that incurred the losses, the non-capital loss carryover is prohibited outright.

[35] En cas d’opération d’évitement, l’avantage fiscal qui découle de cette opération ou d’une série d’opérations dont fait partie cette opération doit être supprimé (paragraphe 245(2) de la Loi).

[36] Toutefois, le paragraphe 245(4) de la Loi prévoit que l’avantage fiscal ne peut être supprimé, à moins que l’opération d’évitement soit abusive. Même si le terme « abus » n’est pas défini dans la Loi, la jurisprudence en traite abondamment.

[37] Pour déterminer si une opération est abusive, la Cour doit effectuer une analyse en deux étapes (arrêt *Copthorne*, aux paragraphes 69 et 71). La première étape consiste à déterminer l’objet et l’esprit de la Loi, ou les raisons d’être qui sous-tendent les dispositions pertinentes de la Loi. La Cour doit ensuite déterminer si l’opération d’évitement est conforme à ces raisons d’être ou les contrecarre.

[38] Si l’avantage fiscal découle d’une série d’opérations et non de l’opération d’évitement elle-même, la Cour doit concentrer son analyse sur l’opération d’évitement, mais l’examiner dans le contexte de la série d’opérations (arrêt *Copthorne*, au paragraphe 71).

[39] À la seconde étape de l’analyse, la Couronne doit montrer clairement que l’opération a un caractère abusif (arrêt *Copthorne*, au paragraphe 72).

Pertes autres que des pertes en capital

[40] Les pertes autres que des pertes en capital qui sont pertinentes dans le cadre du présent appel sont des pertes d’une entreprise. Ce type de pertes peut être reporté sur les trois exercices précédents et sur les 20 exercices suivants, afin de réduire le revenu imposable pour ces années (paragraphe 111(1)a de la Loi).

[41] S’il y a eu acquisition du contrôle de la société déficitaire par une personne ou par un groupe de personnes, le report des pertes autres que les pertes en capital est restreint (paragraphe 111(5)). Si la société déficitaire n’exerce plus les activités ayant entraîné les pertes, le report des pertes autres que les pertes en capital est expressément interdit.

[42] Loss restriction provisions such as this have had a long history in the Act. They were first introduced in 1958 and were enhanced in 1963 by the introduction of an acquisition-of-control test. In 1963, the Minister of Finance stated that the purpose of the acquisition-of-control test was to stop a “practice [that] has developed of trafficking in the shares of companies whose businesses have been discontinued, but which technically have certain tax loss carry forward entitlements” (Bill C-95, “An Act to amend the Income Tax Act”, 2nd reading, *House of Commons Debates*, 26th Parl., 1st Sess., No. 4 (16 October 1963), at page 3637). The 1963 legislation prohibits the carrying forward of a business loss if “control of the corporation has been acquired ... by a person or persons ... [and] the corporation was not ... carrying on the business in which the loss was sustained” (subsection 27(5) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148).

[43] This legislation has been fine-tuned over the years but the restriction that was introduced in 1963 remains today.

[44] The term “acquisition of control” in subsection 111(5) of the Act has been judicially determined to mean *de jure* control (*Duha Printers (Western) Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 795, (1998), 159 D.L.R. (4th) 457 [*Duha Printers*]). This generally means the ability, through the ownership of shares, to elect the majority of the board of directors (*Duha Printers*, at paragraph 36).

[45] In order for multiple shareholders to collectively exercise *de jure* control of a corporation, there must be a sufficient common connection between them, such as in a voting agreement, an agreement to act in concert, or business or family relationships (*Silicon Graphics Ltd. v. Canada*, 2002 FCA 260, [2003] 1 F.C. 447, at paragraph 36). Accordingly, an IPO which results in a corporation being widely held may achieve a takeover without an acquisition of *de jure* control.

[46] The reach of subsection 111(5) was expanded effective in 1979 to include, among other things, an

[42] Les dispositions de ce genre sur la restriction des pertes ne datent pas d’hier. Elles ont été introduites en 1958, puis améliorées en 1963 par l’introduction d’un critère sur l’acquisition du contrôle. En 1963, le ministre des Finances a affirmé que l’objet du critère sur l’acquisition du contrôle était de mettre fin à « un trafic des actions de sociétés qui ont fermé leurs portes, mais qui, du point de vue technique, ont le droit de reporter sur les années suivantes certaines pertes déductibles » (projet de loi C-95, « Loi modifiant la Loi de l’impôt sur le revenu », 2^e lecture, *Débats de la Chambre des communes*, 26^e lég., 1^{re} sess., n^o 4 (16 octobre 1963), à la page 3637 [de la version anglaise {page 3822 de la version française}]. La loi de 1963 interdit le report de pertes d’entreprise si « le contrôle de la corporation a été acquis [...] par une ou plusieurs personnes [...] et la corporation n’exerçait pas [...] les affaires dans lesquelles la perte a été subie » (paragraphe 27(5) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148).

[43] Cette loi a été ajustée au fil des ans, mais la restriction introduite en 1963 demeure valide encore de nos jours.

[44] Il a été confirmé judiciairement que le terme « contrôle » figurant au paragraphe 111(5) de la Loi s’entendait du contrôle *de jure* (*Duha Printers (Western) Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 795 [*Duha Printers*]). Il est généralement lié à la capacité, si l’on possède des actions de l’entreprise, d’élire la majorité des membres du conseil d’administration (arrêt *Duha Printers*, au paragraphe 36).

[45] Pour que plusieurs actionnaires puissent exercer collectivement un contrôle *de jure* d’une société, il est nécessaire qu’il y ait un lien suffisant entre eux, notamment par une convention en matière de droits de vote, une entente pour agir de concert ou des liens commerciaux ou familiaux (*Silicon Graphics Ltd. c. Canada*, 2002 CAF 260, [2003] 1 C.F. 447, au paragraphe 36). Par conséquent, un PAPE qui permettrait à un grand nombre de personnes d’acquérir les actions d’une société pourrait donner lieu à une prise de contrôle sans l’acquisition d’un contrôle *de jure*.

[46] La portée du paragraphe 111(5) a été élargie en 1979 afin d’inclure, entre autres choses, l’obtention

acquisition of a right to acquire shares if one of the main purposes for the acquisition was to avoid the application of subsection 111(5) (subsection 256(8) and paragraph 251(5)(b) of the Act).

[47] The Act also includes other deeming rules that expand the reach of subsection 111(5) in specified circumstances. These provisions are described in the reasons of the Tax Court (at paragraphs 111–125).

D. The Tax Court decision

[48] The Tax Court considered two issues: whether there was an acquisition of control by Matco pursuant to subsection 256(8), and whether the GAAR applied.

[49] The first issue required the Tax Court to determine whether Matco acquired a right to purchase the majority of the voting shares of the respondent such that losses were extinguished by a combination of subsection 256(8), paragraph 251(5)(b) and subsection 111(5) of the Act. The Tax Court determined that Matco did not obtain a right of this nature. Neither party has challenged this conclusion.

[50] The second issue concerned the GAAR. The first two questions in the GAAR analysis were determined in favour of the Crown. There was a tax benefit and an avoidance transaction. These findings are not in dispute.

[51] The Tax Court then considered whether the relevant transactions were an abuse. It first addressed the object, spirit and purpose of paragraph 111(1)(a), subsection 111(5) and subsection 256(8). The Court undertook a textual, contextual and purposive interpretation of these provisions and concluded that (emphasis added):

- The object, spirit or purpose of paragraph 111(1)(a) “is to provide relief to taxpayers who have suffered losses, given that the government, through income tax, shares in the income of a taxpayer” (at paragraph 99);

d’un droit d’acquérir des actions si l’un des principaux objectifs de l’acquisition était d’empêcher l’application du paragraphe 111(5) (paragraphe 256(8) et alinéa 251(5)b) de la Loi).

[47] La Loi comprend également d’autres dispositions déterminatives qui élargissent la portée du paragraphe 111(5) dans certaines circonstances précises. Ces dispositions sont décrites dans les motifs de la Cour de l’impôt (aux paragraphes 111 à 125).

D. Décision de la Cour de l’impôt

[48] La Cour de l’impôt s’est penchée sur deux questions : y avait-il eu acquisition du contrôle par Matco aux termes du paragraphe 256(8), et la RGAÉ s’appliquait-elle?

[49] En ce qui concerne la première question en litige, la Cour de l’impôt devait déterminer si Matco avait acquis un droit de racheter la majorité des actions avec droit de vote de l’intimée, de telle sorte que les pertes étaient épuisées par l’application combinée du paragraphe 256(8), de l’alinéa 251(5)b) et du paragraphe 111(5) de la Loi. La Cour de l’impôt a jugé que Matco n’avait pas obtenu un droit de cette nature. Aucune des parties n’a contesté cette conclusion.

[50] La seconde question en litige concernait la RGAÉ. Les deux premières questions de l’analyse relative à la RGAÉ ont été tranchées en faveur de la Couronne. Il y avait eu un avantage fiscal et une opération d’évitement. Ces conclusions ne sont pas contestées.

[51] La Cour de l’impôt s’est ensuite demandé si les opérations pertinentes avaient un caractère abusif. Elle a d’abord examiné l’objet et l’esprit de l’alinéa 111(1)a), du paragraphe 111(5) et du paragraphe 256(8). La Cour a effectué une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique de ces dispositions et a conclu ce qui suit (non souligné dans l’original) :

- Tant l’objet que l’esprit de l’alinéa 111(1)a) « est d’offrir un allègement aux contribuables qui ont subi des pertes étant donné que l’État, quand il prélève un impôt sur le revenu, tire profit de leurs revenus » (au paragraphe 99).

- The object, spirit or purpose of subsection 111(5) “is to target manipulation of losses of a corporation by a new person or group of persons, through effective control over the corporation’s actions” (at paragraph 134); and
- The object, spirit or purpose of subsection 256(8) “is to prevent a taxpayer from circumventing the listed avoidance provisions by acquiring control over shares or share voting rights in order to achieve effective control of the corporation” (at paragraph 138).
- L’objet et l’esprit du paragraphe 111(5) « appellent la restriction des manipulations des pertes d’une société par une nouvelle personne ou un nouveau groupe de personnes qui assume le contrôle effectif des actions de la société » (au paragraphe 134);
- L’objet et l’esprit du paragraphe 256(8) consistent « à empêcher un contribuable de contourner les dispositions sur l’évitement fiscal en acquérant le contrôle sur les actions ou les droits de vote rattachés aux actions pour s’approprier le contrôle effectif d’une société » (au paragraphe 138).

[52] The Tax Court was then required to consider whether such purposes had been frustrated. The Court ultimately concluded that the underlying rationale of subsection 111(5) and subsection 256(8) had not been defeated and accordingly there was no abuse.

[53] With respect to subsection 111(5), the abuse analysis turned on whether Matco had effective control over the actions of the respondent. The Tax Court rejected the Crown’s submission that changes in management, business activity, assets and name post-IPO are relevant in determining whether there is a change of effective control. The Tax Court also rejected the submission that the change in shareholders post-IPO was relevant because there likely was no common connection among the public shareholders.

[54] The Tax Court went on to conclude that there was no attempt to disguise what rights Matco had and that Matco simply did not have effective control over the respondent or need such control to make the arrangement work. The respondent participated freely in the transactions that resulted in the use of the tax attributes. Further, the respondent acting on its own could have arranged with DK Capital Management to raise funds by means of an IPO and to carry on the investment business without the assistance and participation of Matco.

[52] La Cour de l’impôt devait ensuite déterminer si ces objectifs avaient été contrecarrés. La Cour a finalement conclu que la raison d’être du paragraphe 111(5) et du paragraphe 256(8) n’avait pas été contrecarrée, et qu’il n’y avait donc pas eu abus.

[53] En ce qui concerne le paragraphe 111(5), la Cour, dans son analyse, s’est demandé si Matco avait un contrôle effectif sur les actions de l’intimée. La Cour de l’impôt a rejeté les observations de la Couronne, selon lesquelles les changements relatifs à la direction, aux activités commerciales, à l’actif, ou à la dénomination après un PAPE sont pertinents pour ce qui est de déterminer s’il y a eu changement concernant le contrôle effectif. La Cour de l’impôt a également rejeté l’argument selon lequel les changements au sein de l’actionnariat à la suite du PAPE étaient pertinents, parce qu’il n’y avait vraisemblablement pas de lien commun entre les actionnaires.

[54] La Cour de l’impôt a conclu que l’on n’avait pas tenté de dénaturer les droits de Matco à l’égard de l’intimée, et que Matco n’avait pas concrètement le contrôle effectif de l’intimée, ou n’avait pas besoin de ce contrôle pour mener à bien le plan fiscal. L’intimée a participé de son plein gré aux opérations ayant permis l’utilisation des attributs fiscaux. En outre, l’intimée aurait pu, de son propre chef, s’associer à DK Capital Management pour réunir des fonds par la voie d’un PAPE et poursuivre l’exploitation de l’entreprise d’investissement sans l’aide ou la participation de Matco.

[55] With respect to subsection 256(8), the abuse analysis turned on whether Matco had effective control over the shares of the respondent owned by New Forbes. These shares represented *de jure* control. The Tax Court rejected the Crown's submissions that: (1) the Investment Agreement gave Matco effective control over the shares held by New Forbes; (2) Matco, New Forbes and the respondent intended at all times that Matco would acquire those shares; and (3) Matco, New Forbes and the respondent intended and acted as though Matco had effective control over the shares.

E. Positions of the parties

[56] In this Court, the Crown only made arguments concerning the GAAR, and specifically the requirement of abuse. The Crown addressed the object, spirit and purpose of paragraph 111(1)(a), subsection 111(5) and subsection 256(8) before turning to whether the transactions resulted in abusive tax avoidance.

[57] The Crown submits that the purpose of paragraph 111(1)(a) is to obtain a truer picture of a taxpayer's income over a period of years.

[58] As for subsection 111(5), the Crown argues that the object, spirit and purpose is part of a general policy in the Act to prohibit the transfer of losses between taxpayers, subject to specific exceptions. The Crown submits that the rationale for the acquisition of control test is to serve as a proxy for the degree of continuity of shareholder interest required to allow corporate losses to offset income from a new business.

[59] As for subsection 256(8), the Crown submits that the underlying rationale of this provision is to combat structures that are designed to avoid the acquisition of control test in subsection 111(5) in order to facilitate inappropriate loss trading.

[55] En ce qui concerne le paragraphe 256(8), la Cour, dans son analyse sur l'abus, s'est demandé si Matco avait un contrôle effectif sur les actions de l'intimée que possédait New Forbes. Ces actions représentaient un contrôle *de jure*. La Cour de l'impôt a rejeté les arguments de la Couronne, selon lesquels : 1) la convention d'investissement conférait à Matco le contrôle effectif sur les actions que détenait New Forbes; 2) l'intention de Matco, de New Forbes et de l'intimée avait toujours été que Matco acquière ces actions; et 3) Matco, New Forbes et l'intimée ont agi comme si Matco avait un contrôle effectif sur les actions.

E. Les thèses des parties

[56] Devant notre Cour, la Couronne n'a présenté des arguments qu'à propos de la RGAÉ, et plus précisément à propos de la question de l'abus. La Couronne a fait état de l'objet et de l'esprit de l'alinéa 111(1)a, du paragraphe 111(5) et du paragraphe 256(8), avant de passer à la question de savoir si les opérations avaient entraîné un évitement fiscal abusif.

[57] La Couronne affirme que l'objectif de l'alinéa 111(1)a est d'obtenir une image plus exacte du revenu d'un contribuable sur un certain nombre d'années.

[58] Quant au paragraphe 111(5), la Couronne soutient que l'objet et l'esprit de la disposition font partie d'une politique générale de la Loi visant à interdire le transfert de pertes entre contribuables, sous réserve d'exceptions précises. La Couronne soutient que la raison d'être du critère sur l'acquisition du contrôle est de permettre une évaluation approximative du degré de continuité des intérêts des actionnaires nécessaire pour que les pertes d'une société puissent être utilisées pour réduire le revenu d'une nouvelle entreprise.

[59] Quant au paragraphe 256(8), la Couronne soutient que la raison d'être de cette disposition est de lutter contre les structures qui sont conçues pour échapper au critère sur l'acquisition du contrôle du paragraphe 111(5), afin de permettre un échange non approprié de pertes.

[60] In its concluding submission, the Crown argues that “the transactions clearly circumvent, and are not in accord with, the underlying rationale of paragraph 111(1)(a), subsection 111(5) and subsection 256(8)”. Further, “the transactions undertaken result in abusive tax avoidance because they blatantly avoided an acquisition of control of the respondent, caused the cessation of the business that generated the Tax Attributes and completely severed the shareholder interest in that former business from the new business carried on as a result of the IPO”.

[61] The respondent also addressed the abuse requirement. It first addressed the object, spirit and purpose of subsection 111(5). It submits that the underlying rationale of subsection 111(5) is fully reflected in its text, which reflects a clear policy choice of Parliament. As for subsection 256(8), the respondent submits that Parliament wanted to ensure that taxpayers do not artificially avoid acquisitions of control by having, but not exercising, rights that would put them in a position of *de jure* control.

[62] Regarding the transactions at issue, the respondent takes the position that Matco did not acquire control of the respondent under the Investment Agreement, or otherwise “seek to control its destiny to its own advantage”. The respondent characterizes the Investment Agreement as incentivizing mutually beneficial behaviour while providing consequences if either party pursues activities that harm another party’s interests.

F. Analysis

Standard of review

[63] The appellate standard of review applies to this appeal. Questions of law are to be determined on the correctness standard, and questions of fact and questions of mixed fact and law (excluding extricable questions of law) are to be determined on the basis of palpable and overriding error: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

[60] Dans ses observations finales, la Couronne soutient que [TRADUCTION] « les transactions contournent hors de tout doute la raison d’être de l’alinéa 111(1)a), du paragraphe 111(5) et du paragraphe 256(8), et n’y sont pas conformes ». De plus, [TRADUCTION] « un évitement fiscal abusif découle des opérations effectuées, parce qu’elles ont permis d’éviter, de manière flagrante, une prise de contrôle de l’intimée, entraîné la cessation des activités ayant généré les attributs fiscaux, et complètement dissocié les intérêts des actionnaires dans cette ancienne entreprise de la nouvelle entreprise créée à la suite du PAPE ».

[61] L’intimée a également traité de la question de l’abus. Elle a d’abord parlé de l’objet et de l’esprit du paragraphe 111(5). Elle affirme que la raison d’être du paragraphe 111(5) est entièrement reproduite dans son libellé, qui représente un choix politique clair du législateur. Quant au paragraphe 256(8), l’intimée affirme que le législateur voulait s’assurer que les contribuables ne puissent de manière artificielle éviter les prises de contrôle en obtenant, sans les exercer, des droits qui les mettraient dans une position de contrôle *de jure*.

[62] En ce qui concerne les opérations en litige, l’intimée affirme que Matco n’a pas acquis le contrôle de l’intimée aux termes de la convention d’investissement ou, par ailleurs, [TRADUCTION] « cherché à contrôler sa destinée à son propre avantage ». L’intimée qualifie la convention d’investissement d’outil incitatif profitable aux deux parties, tout en prévoyant des conséquences si l’une ou l’autre des parties exerçait des activités qui pourraient nuire aux intérêts de l’autre partie.

F. Discussion

La norme de contrôle

[63] La norme de contrôle applicable en appel s’applique au présent appel. Les questions de droit doivent être examinées selon la norme de la décision correcte et les questions de fait ainsi que les questions mixtes de droit et de fait (à l’exclusion des questions de droit isolables) doivent être examinées selon la norme de l’erreur manifeste et dominante : voir l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

[64] With respect to the abuse requirement in subsection 245(4) of the Act, findings concerning the object, spirit and purpose of the legislation are subject to review for correctness and findings whether there is an abuse on the particular facts are subject to review for palpable and overriding error: *Canada v. Oxford Properties Group Inc.*, 2018 FCA 30, [2018] 4 F.C.R. 3, at paragraph 39.

The issue

[65] In this appeal, the Crown submits that the arrangement with Matco constitutes abusive tax avoidance.

[66] As mentioned earlier, a GAAR analysis involves three questions. The Tax Court's findings with respect to the first two are not in dispute. Accordingly, the following will be assumed for purposes of this analysis:

- (a) The tax benefit is comprised of the reduction of the respondent's tax liability that resulted from deducting the tax attributes (at paragraph 73); and
- (b) The avoidance transactions consist of entering into the Investment Agreement, the respondent's restructuring of itself, and all related transactions (at paragraph 83).

[67] A point of clarification should be made. In the Tax Court, the Crown did not allege that the IPO was part of the series of transactions. In this appeal, the parties now accept that the IPO is part of the series of transactions. This position is well supported by the evidence.

[68] I now turn to the third question in the GAAR analysis—whether there is abuse. This question involves two steps. The first is to determine the object, spirit and purpose of the provisions of the Act relied upon, and the second is to determine whether the transactions frustrate this purpose.

[64] En ce qui a trait à la question de l'abus au paragraphe 245(4) de la Loi, les conclusions concernant l'objet et l'esprit de la loi doivent être examinées selon la norme de la décision correcte et les conclusions portant sur la question de savoir s'il y a abus compte tenu des faits particuliers sont assujetties à la norme de l'erreur manifeste et dominante : *Canada c. Oxford Properties Group Inc.*, 2018 CAF 30, [2018] 4 R.C.F. 3, au paragraphe 39.

La question en litige

[65] Dans le présent appel, la Couronne affirme que l'arrangement avec Matco constitue un évitement fiscal abusif.

[66] Comme je l'ai mentionné plus tôt, l'analyse relative à la RGAÉ comporte trois questions. Les conclusions de la Cour de l'impôt relativement aux deux premières questions ne sont pas contestées. Par conséquent, nous poserons les hypothèses suivantes pour les besoins de cette analyse :

- a) L'avantage fiscal correspond à la réduction de la dette fiscale de l'intimée découlant de la déduction des attributs fiscaux (au paragraphe 73);
- b) La signature de la convention d'investissement, la restructuration de l'intimée elle-même, et l'ensemble des opérations connexes constituent les opérations d'évitement (au paragraphe 83).

[67] Une clarification doit être apportée. Devant la Cour de l'impôt, la Couronne n'a pas soutenu que le PAPE faisait partie de la série d'opérations. Dans le présent appel, les parties conviennent maintenant que le PAPE représente un élément de la série d'opérations. Cette thèse est bien étayée par la preuve.

[68] Je me pencherai maintenant sur la troisième question de l'analyse relative à la RGAÉ, soit la question de savoir s'il y a eu abus. Cette question comporte deux volets. Il faut d'abord déterminer l'objet et l'esprit des dispositions de la Loi qui sont invoquées, et ensuite déterminer si les opérations contrecarrent cet objectif.

[69] The Crown argues that there is an abuse because the transactions circumvent the loss restriction on an acquisition of control under subsection 111(5) and the deeming rule in subsection 256(8). However, it is not necessary in this appeal to undertake an abuse analysis with respect to subsection 256(8). Subsection 111(5) of the Act is the more appropriate provision because it refers broadly to an acquisition of control of a corporation. Subsection 256(8) refers to a right with respect to a share that, if exercised, would result in an acquisition of control. It is sufficient in these reasons to focus on subsection 111(5).

Step 1 of abuse analysis — What is the object, spirit and purpose of subsection 111(5)?

[70] The Tax Court undertook a detailed textual, contextual and purposive analysis of subsection 111(5) and determined that the object, spirit and purpose of this provision is “to target manipulation of losses of a corporation by a new person or group of persons, through effective control over the corporation’s actions” (at paragraph 134).

[71] I agree with the Tax Court’s conclusion as to the object, spirit and purpose of subsection 111(5), substantially for the reasons given (at paragraphs 100–134). The relevant parts of the reasons are reproduced in Appendix B.

[72] However, the Tax Court’s statement of the underlying rationale of subsection 111(5) lacks clarity. This was evident in the submissions before this Court on what the Tax Court meant by “effective control”. I would rearticulate the object, spirit and purpose of subsection 111(5) as follows: it is to restrict the use of specified losses, including non-capital losses, if a person or group of persons has acquired actual control over the corporation’s actions, whether by way of *de jure* control or otherwise.

[69] La Couronne soutient qu’il y a eu abus, parce que les opérations contournent la restriction sur l’utilisation des pertes lors d’une prise de contrôle prévue au paragraphe 111(5), et la disposition déterminative du paragraphe 256(8). Toutefois, il n’est pas nécessaire dans le présent appel d’entreprendre une analyse relative à la question de l’abus en ce qui concerne le paragraphe 256(8). Le paragraphe 111(5) de la Loi est la disposition la plus appropriée, parce qu’il fait référence en termes généraux à une prise de contrôle d’une société. Le paragraphe 256(8) fait référence à un droit concernant des actions qui, s’il était exercé, entraînerait une acquisition du contrôle. Pour les présents motifs, il suffit de se concentrer sur le paragraphe 111(5).

Étape 1 de l’analyse relative à la question de l’abus — Quel est l’objet et l’esprit du paragraphe 111(5)?

[70] La Cour de l’impôt a effectué une analyse textuelle, contextuelle et téléologique détaillée du paragraphe 111(5) et a déterminé que l’objet et l’esprit de cette disposition « appellent la restriction des manipulations des pertes d’une société par une nouvelle personne ou un nouveau groupe de personnes qui assume le contrôle effectif des actions de la société » (au paragraphe 134).

[71] Je souscris à la conclusion de la Cour de l’impôt en ce qui concerne l’objet et l’esprit du paragraphe 111(5), essentiellement pour les mêmes raisons que celles qu’elle a présentées dans ses motifs (aux paragraphes 100 à 134). Les extraits pertinents des motifs sont reproduits à l’annexe A.

[72] Toutefois, l’énoncé de la Cour de l’impôt concernant la raison d’être du paragraphe 111(5) manque de clarté. Les observations présentées à notre Cour à propos de ce qu’entendait la Cour de l’impôt par « contrôle effectif » le montrent bien. Je reformulerais l’objet et l’esprit du paragraphe 111(5) dans les termes suivants : il vise à restreindre l’utilisation de certaines pertes, y compris les pertes autres que les pertes en capital, lorsqu’une personne ou un groupe de personnes acquiert le contrôle réel des actions d’une société, par un contrôle *de jure* ou autrement.

[73] I have replaced the term “effective control” with “actual control”. In their submissions, the parties assumed that the Tax Court used the term “effective control” as a synonym for *de jure* control. As evident in the Tax Court’s reasons, at paragraph 144 and in the Court’s reference to “manipulation” in paragraph 134, the Court did not intend that “effective control” mean *de jure* control. I have changed the terminology to avoid further confusion.

[74] I will now address some of the respondent’s arguments on this issue. The respondent urges this Court to find that the object, spirit and purpose of subsection 111(5) of the Act is fully expressed by its text: that is, the object, spirit and purpose is to restrict loss carryovers only if there is an acquisition of *de jure* control. The respondent refers to the text of subsection 111(5), the history of the provision, the re-introduction of an equity test in 2013 in section 256.1, the extensive use of a *de facto* control test in the Act (including the broad deeming rule introduced in 2017 in subsection 256(5.11)), and the restrictions in specified circumstances in subsection 256(7).

[75] The respondent submits that these factors illustrate that Parliament designed careful and specific provisions to restrict loss carryovers, and that the policy choice selected in the taxation years at issue was that loss carryovers would be permitted unless there was an acquisition of control in accordance with the provisions of the Act.

[76] I disagree with this submission. Parliament has enacted several specific anti-avoidance rules that apply to a corporation that has unused non-capital losses, but these rules do not reflect a policy that the GAAR has no application to them. In particular, the various specific anti-avoidance rules address different circumstances. They do not work together to provide a comprehensive scheme that is fully reflected in the text of the provisions. Moreover, the position of the respondent is inconsistent with this Court’s determination that the GAAR

[73] J’ai remplacé l’expression « contrôle effectif » par l’expression « contrôle réel ». Dans leurs observations, les parties ont présumé que la Cour de l’impôt utilisait l’expression « contrôle effectif » en tant que synonyme du contrôle *de jure*. Comme le montrent les motifs de la Cour de l’impôt au paragraphe 144, et l’emploi par la Cour du terme « manipulations » au paragraphe 134, il est clair que, pour la Cour, l’expression « contrôle effectif » ne signifiait pas la même chose que contrôle *de jure*. J’ai changé l’expression pour éviter toute autre confusion.

[74] Je me pencherai maintenant sur les arguments de l’intimée à propos de cette question. L’intimée demande à notre Cour de conclure que l’objet et l’esprit du paragraphe 111(5) de la Loi sont pleinement exprimés par son libellé, c’est-à-dire que l’objet et l’esprit de la disposition sont de restreindre les reports de pertes uniquement s’il y a acquisition d’un contrôle *de jure*. L’intimée fait référence au libellé du paragraphe 111(5), à l’histoire de la disposition, à la réintroduction en 2013 du critère des capitaux propres à l’article 256.1, à l’utilisation intensive dans la Loi d’un critère de contrôle *de facto*, ou contrôle de fait, (y compris la vaste disposition déterminative introduite en 2017 au paragraphe 256(5.11)), et aux restrictions dans des circonstances précises mentionnées au paragraphe 256(7).

[75] L’intimée soutient que ces facteurs montrent que le législateur a rédigé des dispositions minutieuses et précises pour restreindre les reports de pertes, et que le choix politique retenu durant les années d’imposition en litige était que les reports de pertes seraient autorisés, à moins qu’il y ait acquisition du contrôle conformément aux dispositions de la Loi.

[76] Je ne souscris pas à cet argument. Le législateur a adopté plusieurs règles anti-évitement particulières qui s’appliquent à une société disposant de pertes inutilisées autres que des pertes en capital, mais ces règles ne sont pas le reflet d’une politique selon laquelle la RGAÉ n’est pas applicable à ces pertes. Plus précisément, les différentes règles anti-évitement traitent de circonstances différentes. Elles ne fonctionnent pas comme un tout fournissant un régime exhaustif entièrement illustré dans le libellé des dispositions. De plus, la thèse

is applicable to transactions that circumvented the specific anti-avoidance rules in subsection 256(7) of the Act (*Birchcliff Energy Ltd. v. Canada*, 2019 FCA 151, [2020] 1 C.T.C. 1, at paragraphs 54 and 55).

[77] In addition, in a GAAR analysis a court must apply a unified textual, contextual and purposive approach to a determination of the object, spirit and purpose of the relevant provisions (*Copthorne*, at paragraph 70). The approach suggested by the respondent fails to meaningfully consider the purposive element.

[78] There are two purposive factors that shed light on the underlying rationale of subsection 111(5): clear statements of government intent and jurisprudence acknowledging that the Act generally aims to prevent loss trading.

[79] I would refer to the statement made by the Minister of Finance in 1963 referred to above that explained the need for the acquisition-of-control provision. As set out in paragraph 42 above, the provision was introduced in order to prohibit arrangements which involve trafficking in shares of companies with loss carryovers.

[80] I would also refer to an article published in the *Canadian Tax Journal* in 1988 when the GAAR was introduced which refers specifically to loss carryforwards. A senior Department of Finance official, David Dodge, commented that one of the objectives of the GAAR was to deal with an erosion of tax revenues, including a large shortfall in expected tax revenues that “was considered to be caused largely by the unexpected application of loss carryforwards” (David Dodge, “A New and More Coherent Approach to Tax Avoidance” (1988) 36 *Can. Tax J.* 1, at page 3). It could not be clearer that the government believed in 1988 that the text of the restrictions on the use of non-capital losses did not fully reflect the purpose of this legislation.

de l’intimée va à l’encontre de la conclusion de notre Cour, selon laquelle la RGAÉ s’applique aux opérations qui permettent de contourner les règles anti-évitement particulières prévues au paragraphe 256(7) de la Loi (*Birchcliff Energy Ltd. c. Canada*, 2019 CAF 151, aux paragraphes 54 et 55).

[77] De plus, dans une analyse relative à la RGAÉ, un tribunal doit appliquer une méthode textuelle, contextuelle et téléologique unifiée pour circonscrire l’objet et l’esprit des dispositions pertinentes (arrêt *Copthorne*, au paragraphe 70). La méthode suggérée par l’intimée ne tient pas suffisamment compte de l’élément téléologique.

[78] Deux facteurs téléologiques éclairent la raison d’être du paragraphe 111(5) : des énoncés clairs de l’intention du législateur et la jurisprudence reconnaissant que la Loi vise en général à prévenir le transfert de pertes.

[79] Je renverrais à la déclaration faite par le ministre des Finances en 1963, mentionnée ci-dessus, qui expliquait la nécessité d’une disposition sur l’acquisition du contrôle. Comme je l’ai indiqué au paragraphe 42 ci-dessus, la disposition a été introduite afin d’empêcher les arrangements visant un trafic des actions de sociétés ayant le droit de reporter sur les années suivantes certaines pertes déductibles.

[80] Je renverrais également à un article publié dans la *Revue fiscale canadienne* en 1988, au moment de l’introduction de la RGAÉ, et qui parle précisément des reports de pertes. Un haut fonctionnaire du ministère des Finances, David Dodge, a affirmé qu’un des objectifs de la RGAÉ était de s’attaquer à l’érosion des recettes fiscales, notamment à l’important déficit des recettes fiscales anticipées qui [TRADUCTION] « est considéré comme étant causé principalement par l’application non prévue de reports de pertes » (David Dodge, « A New and More Coherent Approach to Tax Avoidance » (1988), 36 *Rev. fiscale can.* 1, à la page 3). Il ne pourrait être plus clair que le gouvernement pensait en 1988 que le libellé des restrictions sur l’utilisation des pertes autres que des pertes en capital n’exprimait pas totalement l’objectif de la loi.

[81] As for what courts have said, as the Tax Court noted (at paragraph 142), the Supreme Court has recognized that “the general policy of the *Income Tax Act* is to prohibit the transfer of losses between taxpayers, subject to specific exemptions” and that “[t]his policy is ... to be taken into account in determining Parliament’s intent” (*Mathew v. Canada*, 2005 SCC 55, [2005] 2 S.C.R. 643 [*Mathew*], at paragraph 49). This is a purposive consideration that the Court must consider alongside the textual and contextual considerations raised by the respondent.

[82] The respondent further submits that if the object, spirit and purpose of subsection 111(5) of the Act is determined to be broader than *de jure* control, the result is a *de facto* control test. The respondent points out that Parliament has enacted *de facto* control provisions in other parts of the Act, such as the associated company rules, and it has chosen not to do so with respect to subsection 111(5). It suggests that this is a reflection of Parliament’s intent.

[83] It is true that the object, spirit and purpose of subsection 111(5) as articulated above does include forms of *de jure* and *de facto* control. However, the actual control test is different than the statutory *de facto* control test in subsection 256(5.1) of the Act. Moreover, it must be remembered that the GAAR is intended to supplement the provisions of the Act in order to deal with abusive tax avoidance. I see nothing inconsistent with the conclusion that the object, spirit and purpose of subsection 111(5) takes into account different forms of control even though the text of the provision is limited to *de jure* control.

[84] Reference may also be made to the Supreme Court’s decision in *Duha Printers*, in which the Court considered transactions designed to circumvent the *de jure* control test in subsection 111(5) of the Act. The Court commented that the *de jure* control test was selected “because in some respects it is a relevant and relatively certain and predictable concept to employ in determining control” (at paragraph 58). The Court also commented (at paragraph 52) that if the distinction between *de jure* and *de facto* control is to be eliminated, this should be left for Parliament.

[81] Quant à ce qu’ont affirmé les tribunaux, comme l’a souligné la Cour de l’impôt (au paragraphe 142), la Cour suprême du Canada a reconnu que « la *Loi de l’impôt sur le revenu* a comme politique générale d’interdire le transfert de pertes entre contribuables, sous réserve d’exceptions précises » et que « [c]ette politique n’est qu’un seul des facteurs à considérer pour déterminer l’intention du législateur » (*Mathew c. Canada*, 2005 CSC 55, [2005] 2 R.C.S. 643 [*Mathew*], au paragraphe 49). Il s’agit là d’un facteur téléologique dont doit tenir compte la Cour en plus des facteurs textuels et contextuels soulevés par l’intimée.

[82] L’intimée affirme en outre que, s’il est déterminé que l’objet ou l’esprit du paragraphe 111(5) de la Loi couvre davantage que le contrôle *de jure*, il s’agit donc du critère du contrôle *de facto*. L’intimée souligne que le législateur a adopté des dispositions sur le contrôle *de facto* ailleurs dans la Loi, comme les règles sur les sociétés associées, et qu’il a choisi de ne pas le faire concernant le paragraphe 111(5). Elle voit là un indice de l’intention du législateur.

[83] Il est vrai que l’objet ou l’esprit du paragraphe 111(5), tel qu’il est formulé ci-dessus, inclut des formes de contrôle *de jure* et de contrôle *de facto*. Toutefois, le critère du contrôle réel est différent du critère du contrôle *de facto* du paragraphe 256(5.1) de la Loi. De plus, il faut se rappeler que la RGAÉ a pour but de compléter les dispositions de la Loi, en visant l’évitement fiscal abusif. Je ne vois rien d’incohérent dans la conclusion selon laquelle l’objet ou l’esprit du paragraphe 111(5) prend en considération différentes formes de contrôle, même si le libellé de la disposition se limite au contrôle *de jure*.

[84] Je pourrais également renvoyer à l’arrêt *Duha Printers*, dans lequel la Cour suprême du Canada a examiné des opérations conçues pour contourner le critère du contrôle *de jure* du paragraphe 111(5) de la Loi. La Cour suprême a indiqué que la norme du contrôle *de jure* a été retenue « parce qu’à certains égards elle représente un concept pertinent et relativement certain et prévisible pour l’examen du contrôle » (au paragraphe 58). La Cour suprême a également affirmé (au paragraphe 52) que, si la distinction entre le contrôle *de jure* et le contrôle *de*

[85] Parliament did respond. While Parliament did not change the *de jure* control test in subsection 111(5), it did enact the GAAR to respond generally to abusive tax avoidance. I note that the GAAR was enacted a few years after the transactions in *Duha Printers* were implemented.

[86] Accordingly, I reject the respondent's submission that the object, spirit and purpose of subsection 111(5) is fully reflected in its text.

[87] I would also briefly comment on two additional arguments that the respondent emphasized at the hearing.

[88] First, the respondent relies on a specific anti-avoidance provision, subsection 256.1(3) of the Act, that was enacted after the taxation years at issue. The respondent submits that this provision implicitly recognizes that Parliament intends the transactions at issue to be acceptable as long as Matco does not acquire more than 75 percent of the equity of the respondent.

[89] I disagree. Subsection 256.1(3) is another specific anti-avoidance rule that is aimed at trafficking in shares of loss companies. It specifically addresses circumstances involving equity acquisitions. The provision does not replace subsection 111(5) and it does not evidence a legislative intent that the transactions at issue would be acceptable if Matco's equity interest was within the limit set out in section 256.1.

[90] Second, the respondent submits that the Court should consider the other tax attributes that are at issue. It points out that some of these attributes involve incentive provisions that are designed to generate economic activity which benefits Canada. The tax attributes that the respondent referred to involve incentives for expenditures on scientific research and experimental development. I disagree with the respondent's submission

facto devait être éliminée, il devrait appartenir au législateur de le faire.

[85] Le législateur n'a pas réagi. Même si le législateur n'a pas modifié le critère du contrôle *de jure* du paragraphe 111(5), il a toutefois adopté la RGAÉ, afin de répondre de manière générale à l'évitement fiscal abusif. Je souligne que la RGAÉ a été adoptée quelques années après la mise en œuvre des opérations indiquées dans l'arrêt *Duha Printers*.

[86] Par conséquent, je rejette l'argument de l'intimée, selon lequel l'objet ou l'esprit du paragraphe 111(5) est entièrement exprimé dans le libellé.

[87] Je ferais également quelques brefs commentaires concernant deux arguments additionnels avancés par l'intimée à l'audience.

[88] D'abord, l'intimée invoque une disposition anti-évitement particulière, le paragraphe 256.1(3) de la Loi, qui a été adoptée après les années d'imposition en cause. L'intimée soutient que cette disposition reconnaît implicitement que le législateur entendait que les opérations en cause étaient acceptables, tant que Matco ne faisait pas l'acquisition de plus de 75 p. 100 des capitaux propres de l'intimée.

[89] Je ne suis pas du même avis. Le paragraphe 256.1(3) constitue une autre règle anti-évitement particulière ciblant le trafic d'actions de sociétés déficitaires. Il traite précisément des circonstances entourant les acquisitions de capitaux propres. La disposition ne remplace pas le paragraphe 111(5) et elle ne prouve pas que le législateur voulait que les opérations en litige soient acceptables si les titres de participation de Matco demeuraient dans les limites fixées à l'article 256.1.

[90] Ensuite, l'intimée soutient que la Cour devrait tenir compte des autres attributs fiscaux qui sont en litige. Elle souligne que certains de ces attributs concernent des dispositions incitatives conçues pour générer une activité économique qui profite au Canada. Les attributs fiscaux auxquels l'intimée fait référence concernent des mesures incitatives visant les dépenses en recherche scientifique et en développement expérimental. Je ne suis pas du

because it focusses only on the incentive aspect of the legislation and not on the anti-avoidance aspect that is relevant in this appeal.

[91] Turning to the Crown's submissions, the Crown urges the Court to consider that there is a general policy in the Act that losses are not transferrable. It submits that the object, spirit and purpose of subsection 111(5) engages circumstances where there is a lack of shareholder continuity. The focus is on a change of shareholders, not a change of control.

[92] The Tax Court rejected this argument, citing *Mathew*, at paragraph 49: "This policy is but one consideration to be taken into account in determining Parliament's intent". I have concluded that it is not necessary in this appeal to address the Crown's argument because, even when the argument is not taken into account, the object, spirit and purpose of subsection 111(5) have been defeated. Accordingly, the Crown's argument as to the object, spirit and purpose of subsection 111(5) can be left for another day.

[93] For these reasons, I conclude that the object, spirit and purpose of subsection 111(5) is, at least in part, to restrict the use of specified losses, including non-capital losses, if a person or group of persons has acquired actual control over the corporation's actions, whether by way of *de jure* control or otherwise.

Step 2 of abuse analysis — Does a transaction result in an abuse?

[94] In the second step of the abuse analysis, the Court must determine whether there is an avoidance transaction that results in an abuse of the Act. The Tax Court's decision is to be reviewed on the palpable and overriding error standard of review, unless the issue involves an extricable question of law.

même avis que l'intimée, parce qu'elle met l'accent uniquement sur l'aspect incitatif de la disposition législative et non sur l'aspect anti-évitement qui est pertinent pour le présent appel.

[91] Quant aux observations de la Couronne, cette dernière demande à la Cour de considérer que la Loi renferme une politique générale selon laquelle les pertes ne sont pas transférables. Elle soutient que l'objet ou l'esprit du paragraphe 111(5) englobe les cas où il y a absence de continuité parmi les actionnaires. L'accent porte sur un changement d'actionnaires, et non sur un changement du contrôle.

[92] La Cour de l'impôt a rejeté cet argument, renvoyant à l'arrêt *Mathew*, au paragraphe 49 : « Cette politique n'est qu'un seul des facteurs à considérer pour déterminer l'intention du législateur ». J'ai conclu qu'il n'est pas nécessaire dans le présent appel de traiter de l'argument de la Couronne parce que, même si l'on ne tient pas compte de cet argument, l'objet et l'esprit du paragraphe 111(5) ont été contrecarrés. Par conséquent, l'argument de la Couronne quant à l'objet et à l'esprit du paragraphe 111(5) pourra être examiné à une autre occasion.

[93] Pour ces motifs, je conclus que l'objet et l'esprit du paragraphe 111(5) sont au moins en partie de restreindre l'utilisation de certaines pertes, y compris les pertes autres que les pertes en capital, lorsqu'une personne ou un groupe de personnes acquiert le contrôle réel des actions d'une société, par un contrôle *de jure* ou autrement.

Étape 2 de l'analyse relative à la question de l'abus — Est-ce qu'une opération donne lieu à un abus?

[94] Dans la deuxième étape de l'analyse relative à la question de l'abus, la Cour doit déterminer s'il existe une opération d'évitement qui donne lieu à un abus dans l'application des dispositions de la Loi. La décision de la Cour de l'impôt doit être examinée selon la norme de l'erreur manifeste et dominante, à moins que la question ne comporte une question de droit isolable.

[95] The Tax Court considered whether there was an abuse of subsection 111(5) of the Act, by itself, and also whether there was an abuse of subsection 256(8) of the Act together with subsection 111(5). As mentioned earlier, it is not necessary for purposes of this appeal to consider subsection 256(8).

[96] As discussed under step one, the object, spirit and purpose of subsection 111(5) is to restrict the use of non-capital losses if there has been an acquisition of actual control over the actions of the corporation, whether the acquisition is by way of *de jure* control or otherwise.

[97] In its analysis under step one, the Tax Court agreed with an author who suggested that “the acquisition of control test in subsection 111(5) is a reasonable marker between situations where the corporation is a free actor in a transaction and when it is only a passive participant” (at paragraph 134). At step two, the Tax Court concluded that Matco had no effective control of the respondent and that the respondent freely participated in the transactions that resulted in the use of the tax attributes (at paragraphs 150 and 152).

[98] With respect, the Tax Court’s conclusion at step two is inconsistent with the terms of the Investment Agreement. These terms gave Matco actual control over the actions of the respondent, including the approval of the Corporate Opportunity.

[99] The Investment Agreement deals separately with control in general, and control over the approval of the Corporate Opportunity.

[100] As for control in general, the Agreement provides severe restrictions on the actions that New Forbes and the respondent may take (section 6.1 of the Agreement). The Agreement backs up these restrictions by providing that New Forbes’ entitlement to the additional \$800,000 payment within one year (the Guaranteed Amount) will be forfeited if New Forbes does not comply with its obligations (paragraph 8.3(a) of the Agreement).

[95] La Cour de l’impôt s’est demandé s’il y avait eu abus dans l’application du paragraphe 111(5) de la Loi, en soi, et aussi s’il y avait eu abus dans l’application du paragraphe 256(8) de la Loi ainsi que du paragraphe 111(5). Comme je l’ai indiqué plus tôt, il n’est pas nécessaire pour les besoins du présent appel d’examiner le paragraphe 256(8).

[96] Comme je l’ai expliqué à l’étape un de l’analyse, l’objet et l’esprit du paragraphe 111(5) sont de restreindre l’utilisation de pertes autres que des pertes en capital s’il y a eu acquisition du contrôle réel des actions d’une société, que ce soit par un contrôle *de jure* ou autrement.

[97] À l’étape un de son analyse, la Cour de l’impôt s’est dite d’accord avec un auteur qui affirmait que « le critère de l’acquisition du contrôle du paragraphe 111(5) permet de déterminer si la société participe librement à une opération ou si elle en est une participante passive » (au paragraphe 134). À l’étape deux, la Cour de l’impôt a conclu que Matco n’avait pas un contrôle effectif de l’intimée et que l’intimée avait participé de son plein gré aux opérations ayant permis l’utilisation des attributs fiscaux (aux paragraphes 150 et 152).

[98] Sauf mon respect, la conclusion de la Cour de l’impôt à l’étape deux est contraire aux modalités de la convention d’investissement. Ces modalités donnaient à Matco le contrôle réel des actions de l’intimée, y compris l’approbation de l’occasion d’affaires.

[99] La convention d’investissement traite séparément de la question du contrôle en général, et du contrôle concernant l’approbation de l’occasion d’affaires.

[100] Pour ce qui est du contrôle en général, la convention prévoit d’importantes restrictions concernant les activités que peuvent entreprendre New Forbes et l’intimée (article 6.1 de la convention). Pour assurer le respect de ces restrictions, la convention prévoit que le droit de New Forbes au paiement additionnel de 800 000 \$ à venir dans l’année (la somme garantie) sera annulé si New Forbes ne se conforme pas à ses obligations (alinéa 8.3(a) de la convention).

[101] Some of the key restrictions in section 6.1 of the Agreement are:

- (i) New Forbes shall not enter into any contract or agreement in respect of the respondent;
- (ii) The respondent shall not engage in any activity other than related to a Corporate Opportunity and New Forbes will ensure that the respondent complies with this obligation; and
- (iii) New Forbes shall use commercially reasonable efforts to satisfy (or cause the satisfaction of) its obligation to cooperate with Matco in the implementation of a Corporate Opportunity.

[102] As for terms in the Agreement relating to the approval of the Corporate Opportunity, the Agreement purports to allow New Forbes and the respondent to accept or reject a Corporate Opportunity in their sole discretion (section 4.1 of Agreement). However, that is not the end of the matter. If a Corporate Opportunity is rejected by either New Forbes or the respondent, the Guaranteed Amount is forfeited (paragraph 5.5(d) of the Agreement).

[103] It is significant that the \$800,000 Guaranteed Amount was not a trifling amount and it was an important part of the arrangement for New Forbes. As for the quantum, \$800,000 is the full amount that Matco agreed to pay New Forbes for its 21 percent equity interest in the respondent. As for its importance, New Forbes' entitlement to the Guaranteed Amount was the only assurance that it had that it would receive more than \$3 million for the tax attributes. The Guaranteed Amount was payable to New Forbes regardless of whether or not a Corporate Opportunity materialized. This is significant because the evidence suggests that there was a real risk that a Corporate Opportunity might not be achieved. If that happened, there would be no public market for the shares owned by New Forbes, as there would be with an IPO.

[101] Voici quelques-unes des principales restrictions à l'article 6.1 de la convention :

- (i) New Forbes ne doit conclure aucun contrat ni aucune entente concernant l'intimée;
- (ii) L'intimée ne doit participer à aucune activité autre que celles liées à l'occasion d'affaires, et New Forbes devra s'assurer que l'intimée se conforme à cette obligation;
- (iii) New Forbes doit faire tous les efforts commerciaux raisonnables pour satisfaire à son obligation de collaborer avec Matco dans la mise en œuvre de l'occasion d'affaires (ou faire en sorte que son obligation soit satisfaite).

[102] Quant aux modalités de la convention concernant l'approbation de l'occasion d'affaires, la convention autoriserait New Forbes et l'intimée à accepter ou à rejeter l'occasion d'affaires, à leur entière discrétion (article 4.1 de la convention). Cela ne règle toutefois pas la question. Si l'occasion d'affaires est rejetée par New Forbes ou par l'intimée, cela entraîne la perte de la somme garantie (alinéa 5.5(d) de la convention).

[103] Le fait que la somme garantie de 800 000 \$ ne représentait pas une somme négligeable a son importance, et cette garantie constituait un élément important de la convention pour New Forbes. Quant au montant de la garantie, Matco acceptait de verser à New Forbes la somme de 800 000 \$ pour les 21 p. 100 de capital-actions de l'intimée qu'elle possédait. Fait important, le droit qu'avait New Forbes à la somme garantie constituait la seule assurance qu'elle avait qu'elle recevrait plus de 3 millions de dollars pour les attributs fiscaux. La somme garantie devait être versée à New Forbes peu importe que l'occasion d'affaires se matérialise ou non. Ce point est important, parce que la preuve montre qu'il existait un risque réel que l'occasion d'affaires ne se réalise pas. Le cas échéant, il n'y aurait pas de marché public pour les actions que possédait New Forbes, comme cela aurait été le cas avec un PAPE.

[104] As a result, there was no realistic chance that a Corporate Opportunity would be rejected by New Forbes or the respondent.

[105] As a consequence of all of these restrictions, the Investment Agreement resulted in New Forbes and the respondent handing over actual control of the respondent to Matco. New Forbes and the respondent realistically could do nothing relating to the actions of the respondent other than to ensure that they fulfilled their obligation to assist Matco with the implementation of the Corporate Opportunity. They were not free actors.

[106] As a point of clarification, the Tax Court made a general factual finding regarding the approval process for the IPO. Without further background, this finding might suggest that New Forbes and the respondent behaved as free actors in the approval process. This was not the case.

[107] The Court stated (at paragraph 32) that the board of directors of the respondent discussed the proposal, did some investigation into the background of DK Capital Management, and then approved the proposal.

[108] It should not be inferred from this finding that the respondent and New Forbes behaved as free actors when it came to approving the IPO. The testimony reveals that New Forbes did investigate the background of DK Capital Management but this consisted of a very limited investigation to ensure that this company was not a fly-by-night operation since Forbes' name would be associated with it. Further, there were detailed discussions about the IPO but these discussions had nothing to do with the approval process. They related to the cooperation that New Forbes was compelled to provide in implementing the IPO. Reference was made in this regard to the preparation of the 2008 tax returns and obtaining KPMG's sign off on the financial statements (appeal book, at pages 1659–1664).

[109] It is also convenient to mention here that the Tax Court commented that Matco did not need control for the tax plan to work. Instead, it would have been possible

[104] Ainsi, il n'existait aucune réelle probabilité que New Forbes ou l'intimée rejette l'occasion d'affaires.

[105] En raison de toutes ces restrictions, la convention d'investissement a amené New Forbes et l'intimée à céder le contrôle effectif de l'intimée à Matco. New Forbes et l'intimée ne pouvaient en réalité rien faire concernant les actions de l'intimée, si ce n'est de remplir leur obligation d'aider Matco avec la mise en œuvre de l'occasion d'affaires. Elles ne pouvaient agir librement.

[106] Je tiens à préciser que la Cour de l'impôt a tiré une conclusion factuelle générale concernant le processus d'approbation du PAPE. Sans plus d'information, cette conclusion pourrait laisser entendre que New Forbes et l'intimée ont agi librement lors du processus d'approbation. Tel n'était pas le cas.

[107] La Cour a affirmé (au paragraphe 32) que le conseil d'administration de l'intimée avait examiné la proposition, mené une enquête sur les antécédents de DK Capital Management, et finalement approuvé la proposition.

[108] Il ne faudrait pas en déduire que l'intimée et New Forbes ont agi librement quand est venu le temps d'approuver le PAPE. Les témoignages indiquent que New Forbes a mené une enquête sur les antécédents de DK Capital Management, mais il s'est agi d'une enquête très succincte visant à s'assurer que l'entreprise ne disparaîtrait pas du jour au lendemain puisque le nom de Forbes y serait associé. En outre, il y a eu des discussions détaillées au sujet du PAPE, mais ces discussions n'avaient rien à voir avec le processus d'approbation. Elles portaient sur la collaboration que New Forbes serait tenue d'offrir dans la mise en œuvre du PAPE. À cet égard, l'on a fait mention de la préparation des déclarations de revenus de 2008 et de la nécessité d'obtenir la validation par KPMG des états financiers (dossier d'appel, aux pages 1659 à 1664).

[109] Il convient également de rappeler ici que la Cour de l'impôt a indiqué que Matco n'avait pas besoin du contrôle de l'intimée pour mener à bien le plan fiscal.

for New Forbes to arrange an IPO without Matco's assistance and participation (at paragraph 151).

[110] This comment is not relevant to the analysis. Whether there has been an abuse depends on whether the object, spirit and purpose of the relevant provisions have been frustrated by the transactions that were undertaken. It is not relevant whether there exists another potential transaction that was not pursued.

[111] In my view, the Tax Court's conclusion on step two is not supported by the evidence. The standard of review that should be applied is whether there is a palpable and overriding error. In this case, the error meets this high threshold (*Hydro-Québec v. Matta*, 2020 SCC 37, 450 D.L.R. (4th) 547, at paragraph 33 and *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344, at paragraph 62).

[112] The error is palpable because it is plain to see that the Court's conclusion is not consistent with the terms of the Investment Agreement and it is overriding because it affects the result.

[113] As mentioned earlier, the Crown has the burden to clearly demonstrate that the transactions are an abuse. In this Court, the Crown demonstrated that through the Investment Agreement the transactions "blatantly avoided an acquisition of control of the respondent". The respondent appeared to suggest that this was an abuse of subsection 256(8) and subsection 111(5) working together. I have determined that there is an abuse of subsection 111(5) alone. However, this does not matter. The Crown has clearly demonstrated that the transactions are abusive.

Conclusion and disposition

[114] For the reasons given above, the statutory conditions for the application of the GAAR have been met. It is admitted and clear that there is a tax benefit that is comprised of the deduction of the tax attributes. It is also admitted and clear that there are avoidance transactions. In this regard, the transactions relating to the Investment

New Forbes aurait pu organiser un PAPE sans l'aide et la participation de Matco (au paragraphe 151).

[110] Cette remarque n'est pas pertinente pour les besoins de l'analyse. Pour déterminer s'il y a eu abus, il faut déterminer si l'objet et l'esprit des dispositions pertinentes ont été contrecarrés par les opérations qui ont été effectuées. Il importe peu de savoir s'il existait une autre opération potentielle n'ayant pas été réalisée.

[111] À mon avis, la conclusion de la Cour de l'impôt à l'étape deux de l'analyse n'est pas étayée par la preuve. La norme de contrôle à appliquer est celle de déterminer s'il y a eu erreur manifeste et dominante. En l'espèce, l'erreur satisfait à ce critère rigoureux (*Hydro-Québec c. Matta*, 2020 CSC 37, au paragraphe 33, et *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344, au paragraphe 62).

[112] L'erreur est manifeste parce qu'il est évident que la conclusion de la Cour de l'impôt est contraire aux modalités de la convention d'investissement, et elle est dominante parce qu'elle influe sur l'issue de l'affaire.

[113] Comme je l'ai indiqué plus tôt, il incombe à la Couronne de prouver clairement que les opérations ont un caractère abusif. Devant notre Cour, la Couronne a prouvé que, grâce à la convention d'investissement, les opérations [TRADUCTION] « ont permis d'éviter, de manière flagrante, une prise de contrôle de l'intimée ». L'intimée a semblé laisser entendre qu'il s'agissait d'un abus dans l'application du paragraphe 256(8) et du paragraphe 111(5) pris ensemble. J'ai conclu qu'il y a eu abus dans l'application du paragraphe 111(5) uniquement. Toutefois, la question importe peu. La Couronne a clairement démontré que les opérations ont un caractère abusif.

Conclusion et dispositif

[114] Pour les motifs énoncés ci-dessus, les conditions légales pour l'application de la RGAÉ ont été satisfaites. Il est admis et clair qu'il existe un avantage fiscal correspondant à la déduction des attributs fiscaux. Il est également admis et clair qu'il y a eu des opérations d'évitement. À cet égard, les opérations liées à la

Agreement are avoidance transactions because they are part of a series of transactions that results in the tax benefit and these transactions were not undertaken primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit. Further, the avoidance transactions circumvent subsection 111(5) of the Act in a way that frustrates the object, spirit and purpose of this provision. Accordingly, pursuant to subsection 245(2) of the Act, the tax benefit should be denied.

[115] Therefore, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Tax Court, and dismiss the appeal to the Tax Court.

[116] The respondent has requested an opportunity to make submissions as to costs. The normal rule is that costs follow the event. Accordingly, the Crown, as the successful party, should make its submissions first. Those submissions shall be no longer than five pages and shall be filed within ten days from the date of these reasons. The respondent may file responding submissions no longer than five pages within ten days from the receipt of the Crown's submissions. The Crown may file a two-page reply within five days from the receipt of the respondent's submissions.

STRATAS J.A.: I agree.

LASKIN J.A.: I agree.

APPENDIX A

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

Losses deductible

111 (1) For the purpose of computing the taxable income of a taxpayer for a taxation year, there may be deducted such portion as the taxpayer may claim of the taxpayer's

convention d'investissement sont des opérations d'évitement, parce qu'elles font partie d'une série d'opérations dont découle l'avantage fiscal, et que ces opérations n'ont pas été effectuées principalement pour des objets véritables autres que l'obtention d'un avantage fiscal. En outre, les opérations d'évitement contournent le paragraphe 111(5) de la Loi, d'une manière qui contrecarre l'objet et l'esprit de cette disposition. Par conséquent, en application du paragraphe 245(2) de la Loi, l'avantage fiscal devrait être refusé.

[115] Par conséquent, j'accueillerais l'appel devant la présente Cour, j'annulerais le jugement de la Cour de l'impôt et je rejetterais l'appel devant la Cour de l'impôt.

[116] L'intimée a demandé la possibilité de présenter des observations concernant les dépens. La règle habituelle veut que les dépens suivent l'issue de la cause. Par conséquent, la Couronne, à titre de partie ayant gain de cause, devrait présenter d'abord ses observations. Ces observations ne doivent pas dépasser cinq pages et doivent être déposées dans les dix jours suivant la date des présents motifs. L'intimée peut déposer des observations en réponse ne dépassant pas cinq pages dans les dix jours suivant la réception des observations de la Couronne. La Couronne peut déposer une réponse de deux pages dans les cinq jours suivant la réception des observations de l'intimée.

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

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

ANNEXE A

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1

Pertes déductibles

111 (1) Pour le calcul du revenu imposable d'un contribuable pour une année d'imposition, peuvent être déduites les sommes appropriées suivantes :

Non-capital losses

(a) non-capital losses for the 20 taxation years immediately preceding and the 3 taxation years immediately following the year;

...

[Acquisition of control]

(5) Where, at any time, control of a corporation has been acquired by a person or group of persons, no amount in respect of its non-capital loss or farm loss for a taxation year ending before that time is deductible by the corporation for a taxation year ending after that time and no amount in respect of its non-capital loss or farm loss for a taxation year ending after that time is deductible by the corporation for a taxation year ending before that time except that

(a) such portion of the corporation's non-capital loss or farm loss, as the case may be, for a taxation year ending before that time as may reasonably be regarded as its loss from carrying on a business and, where a business was carried on by the corporation in that year, such portion of the non-capital loss as may reasonably be regarded as being in respect of an amount deductible under paragraph 110(1)(k) in computing its taxable income for the year is deductible by the corporation for a particular taxation year ending after that time

(i) only if that business was carried on by the corporation for profit or with a reasonable expectation of profit throughout the particular year, and

(ii) only to the extent of the total of the corporation's income for the particular year from that business and, where properties were sold, leased, rented or developed or services rendered in the course of carrying on that business before that time, from any other business substantially all the income of which was derived from the sale, leasing, rental or development, as the case may be, of similar properties or the rendering of similar services; and

...

Pertes autres que des pertes en capital

a) ses pertes autres que des pertes en capital subies au cours des 20 années d'imposition précédentes et des 3 années d'imposition suivantes;

[...]

[Changement de contrôle]

(5) En cas d'acquisition, à un moment donné, du contrôle d'une société par une personne ou un groupe de personnes, aucun montant au titre d'une perte autre qu'une perte en capital ou d'une perte agricole pour une année d'imposition se terminant avant ce moment n'est déductible par la société pour une année d'imposition se terminant après ce moment et aucun montant au titre d'une perte autre qu'une perte en capital ou d'une perte agricole pour une année d'imposition se terminant après ce moment n'est déductible par la société pour une année d'imposition se terminant avant ce moment. Toutefois :

a) la fraction de la perte autre qu'une perte en capital ou de la perte agricole subie par la société pour une année d'imposition se terminant avant ce moment qu'il est raisonnable de considérer comme résultant de l'exploitation d'une entreprise et, si la société exploitait une entreprise au cours de cette année, la fraction de la perte autre qu'une perte en capital qu'il est raisonnable de considérer comme se rapportant à un montant déductible en application de l'alinéa 110(1)k) dans le calcul de son revenu imposable pour l'année, ne sont déductibles par la société pour une année d'imposition donnée se terminant après ce moment :

(i) que si, tout au long de l'année donnée, cette entreprise a été exploitée par la société en vue d'en tirer un profit ou dans une attente raisonnable de profit,

(ii) qu'à concurrence du total du revenu de la société provenant de cette entreprise pour l'année donnée et — dans le cas où des biens sont vendus, loués ou mis en valeur ou des services rendus dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise avant ce moment — de toute autre entreprise dont la presque totalité du revenu est dérivée de la vente, de la location ou de la mise en valeur, selon le cas, de biens semblables ou de la prestation de services semblables;

[...]

256

Deemed exercise of right

(8) Where at any time a taxpayer acquires a right referred to in paragraph 251(5)(b) in respect of a share and it can reasonably be concluded that one of the main purposes of the acquisition is

(a) to avoid any limitation on the deductibility of any non-capital loss, net capital loss, farm loss or any expense or other amount referred to in subsection 66(11), 66.5(3) or 66.7(10) or 66.7(11),

...

the taxpayer is deemed to be in the same position in relation to the control of the corporation as if the right were immediate and absolute and as if the taxpayer had exercised the right at that time for the purpose of determining whether control of a corporation has been acquired for the purposes of ... sections 111

...

251

Control by related groups, options, etc.

(5) For the purposes of subsection 251(2) and the definition *Canadian-controlled private corporation* in subsection 125(7),

...

(b) where at any time a person has a right under a contract, in equity or otherwise, either immediately or in the future and either absolutely or contingently,

(i) to, or to acquire, shares of the capital stock of a corporation or to control the voting rights of such shares, the person shall, except where the right is not exercisable at that time because the exercise thereof is contingent on the death, bankruptcy or permanent disability of an individual, be deemed to have the same position in relation to the control of the corporation as if the person owned the shares at that time,

256 [...]

Présomption d'exercice de droit

(8) Pour ce qui est de déterminer, d'une part, si le contrôle d'une société a été acquis pour l'application des paragraphes 10(10) et 13(24), de l'article 37, des paragraphes 55(2), 66(11), (11.4) et (11.5), 66.5(3) et 66.7(10) et (11), de l'article 80, de l'alinéa 80.04(4)h), du sous-alinéa 88(1)c)(vi), de l'alinéa 88(1)c.3), des articles 111 et 127 et des paragraphes 181.1(7), 190.1(6) et 249(4) et, d'autre part, si une société est contrôlée par une personne ou par un groupe de personnes pour l'application de l'article 251.1, le contribuable qui a acquis un droit visé à l'alinéa 251(5)b) afférent à une action est réputé être dans la même position relativement au contrôle de la société que si le droit était immédiat et absolu et que s'il l'avait exercé au moment de l'acquisition, dans le cas où il est raisonnable de conclure que l'un des principaux motifs de l'acquisition du droit consistait :

a) à éviter une restriction à la déductibilité d'une perte autre qu'une perte en capital, d'une perte en capital nette, d'une perte agricole ou de frais ou d'autres montants visés aux paragraphes 66(11), 66.5(3) ou 66.7(10) ou (11);

[...]

251 [...]

Groupe lié, droit d'achat ou de rachat et personne liée à elle-même

(5) Pour l'application du paragraphe (2) et de la définition de *société privée sous contrôle canadien* au paragraphe 125(7) :

[...]

b) la personne qui, à un moment donné, en vertu d'un contrat, en equity ou autrement, a un droit, immédiat ou futur, conditionnel ou non :

(i) à des actions du capital-actions d'une société ou de les acquérir ou d'en contrôler les droits de vote, est réputée occuper la même position relativement au contrôle de la société que si elle était propriétaire des actions à ce moment, sauf si le droit ne peut être exercé à ce moment du fait que son exercice est conditionnel au décès, à la faillite ou à l'invalidité permanente d'un particulier,

(ii) to cause a corporation to redeem, acquire or cancel any shares of its capital stock owned by other shareholders of the corporation, the person shall, except where the right is not exercisable at that time because the exercise thereof is contingent on the death, bankruptcy or permanent disability of an individual, be deemed to have the same position in relation to the control of the corporation as if the shares were so redeemed, acquired or cancelled by the corporation at that time;

(iii) to, or to acquire or control, voting rights in respect of shares of the capital stock of a corporation, the person is, except where the right is not exercisable at that time because its exercise is contingent on the death, bankruptcy or permanent disability of an individual, deemed to have the same position in relation to the control of the corporation as if the person could exercise the voting rights at that time, or

(iv) to cause the reduction of voting rights in respect of shares, owned by other shareholders, of the capital stock of a corporation, the person is, except where the right is not exercisable at that time because its exercise is contingent on the death, bankruptcy or permanent disability of an individual, deemed to have the same position in relation to the control of the corporation as if the voting rights were so reduced at that time; and

...

Definitions

245 (1) In this section,

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

...

tax consequences to a person means the amount of income, taxable income, or taxable income earned in Canada of, tax or other amount payable by or refundable

(ii) d'obliger une société à racheter, acquérir ou annuler des actions de son capital-actions dont d'autres actionnaires de la société sont propriétaires, est réputée occuper la même position relativement au contrôle de la société que si celle-ci rachetait, acquérait ou annulait les actions à ce moment, sauf si le droit ne peut être exercé à ce moment du fait que son exercice est conditionnel au décès, à la faillite ou à l'invalidité permanente d'un particulier,

(iii) aux droits de vote rattachés à des actions du capital-actions d'une société, ou de les acquérir ou les contrôler, est réputée occuper la même position relativement au contrôle de la société que si elle pouvait exercer les droits de vote à ce moment, sauf si le droit ne peut être exercé à ce moment du fait que son exercice est conditionnel au décès, à la faillite ou à l'invalidité permanente d'un particulier,

(iv) de faire réduire les droits de vote rattachés à des actions, appartenant à d'autres actionnaires, du capital-actions d'une société est réputée occuper la même position relativement au contrôle de la société que si les droits de vote étaient ainsi réduits à ce moment, sauf si le droit ne peut être exercé à ce moment du fait que son exercice est conditionnel au décès, à la faillite ou à l'invalidité permanente d'un particulier.

[...]

Définitions

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

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

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

to the person under this Act, or any other amount that is relevant for the purposes of computing that amount; (*attribute fiscal*)

transaction includes an arrangement or event. (*opération*)

General anti-avoidance provision

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

...

Avoidance transaction

(3) An avoidance transaction means any transaction

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

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

Application of subsection (2)

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

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

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

[...]

opération Sont assimilés à une opération une convention, un mécanisme ou un événement. (*transaction*)

Disposition générale anti-évitement

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

[...]

Opération d'évitement

(3) L'opération d'évitement s'entend :

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

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

Application du par. (2)

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

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

(i) this Act,

(ii) the *Income Tax Regulations*,

(iii) the *Income Tax Application Rules*,

(iv) a tax treaty, or

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

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

Determination of tax consequences

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

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

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

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

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

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

(i) la présente loi,

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

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

(iv) un traité fiscal,

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

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

Attributs fiscaux à déterminer

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

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

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

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

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

APPENDIX B

ANNEXE B

Extracts of Tax Court's reasons [paragraphs 100–134].

Extraits des motifs de la Cour de l'impôt [aux paragraphes 100 à 134] :

[100] Subsection 111(5) restricts a corporation's ability to deduct non-capital and farm losses after an acquisition of control of the corporation by a person or group of persons. Losses continue to be deductible where the corporation continues to carry on for profit or with a reasonable expectation of profit the business that gave rise to the losses, and the losses may only be used to offset income from that business and, in certain circumstances, from a similar business.

[100] Le paragraphe 111(5) restreignait la capacité d'une société de déduire des pertes autres qu'en capital et des pertes agricoles après l'acquisition du contrôle de la société par une personne ou un groupe de personnes. Les pertes pouvaient être déduites si l'exploitation à profit ou dans une expectative raisonnable de profit de l'entreprise qui avait subi les pertes se poursuivait, et ces pertes pouvaient être déduites uniquement du revenu de cette entreprise et, dans certaines circonstances, d'une entreprise semblable.

[101] Subsection 111(5) reads as follows:

[101] Le paragraphe 111(5) disposait :

Where, at any time, control of a corporation has been acquired by a person or group of persons, no amount in respect of its non-capital loss or farm loss for a taxation year ending before that time is deductible by the corporation for a taxation year ending after that time and no amount in respect of its non-capital loss or farm loss for a taxation year ending after that time is deductible by the corporation for a taxation year ending before that time except that

En cas d'acquisition du contrôle d'une société par une personne ou un groupe de personnes, aucun montant au titre d'une perte autre qu'une perte en capital ou d'une perte agricole pour une année d'imposition se terminant avant ce moment n'est déductible par la société pour une année d'imposition se terminant après ce moment et aucun montant au titre d'une perte autre qu'une perte en capital ou d'une perte agricole pour une année d'imposition se terminant après ce moment n'est déductible par la société pour une année d'imposition se terminant avant ce moment. Toutefois :

(a) such portion of the corporation's non-capital loss or farm loss, as the case may be, for a taxation year ending before that time as may reasonably be regarded as its loss from carrying on a business and, where a business was carried on by the corporation in that year, such portion of the non-capital loss as may reasonably be regarded as being in respect of an amount deductible under paragraph 110(1)(k) in computing its taxable income for the year is deductible by the corporation for a particular taxation year ending after that time

a) la fraction de la perte autre qu'une perte en capital ou de la perte agricole subie par la société pour une année d'imposition se terminant avant ce moment qu'il est raisonnable de considérer comme résultant de l'exploitation d'une entreprise et, si la société exploitait une entreprise au cours de cette année, la fraction de la perte autre qu'une perte en capital qu'il est raisonnable de considérer comme se rapportant à un montant déductible en application de l'alinéa 110(1)k) dans le calcul de son revenu imposable pour l'année, ne sont déductibles par la société pour une année d'imposition donnée se terminant après ce moment :

(i) only if that business was carried on by the corporation for profit or with a reasonable expectation of profit throughout the particular year, and

(i) que si, tout au long de l'année donnée, cette entreprise a été exploitée par la société en vue d'en tirer un profit ou dans une attente raisonnable de profit,

(ii) only to the extent of the total of the corporation's income for the particular

(ii) qu'à concurrence du total du revenu de la société provenant de cette entreprise

year from that business and, where properties were sold, leased, rented or developed or services rendered in the course of carrying on that business before that time, from any other business substantially all the income of which was derived from the sale, leasing, rental or development, as the case may be, of similar properties or the rendering of similar services and

(b) such portion of the corporation's non-capital loss or farm loss, as the case may be, for a taxation year ending after that time as may reasonably be regarded as its loss from carrying on a business and, where a business was carried on by the corporation in that year, such portion of the non-capital loss as may be reasonably be regarded as being in respect of an amount deductible under paragraph 110(1)(k) in computing its taxable income for the year is deductible by the corporation for a particular year ending before that time

(i) only if throughout the taxation year and in the particular year that business was carried on by the corporation for profit or with a reasonable expectation of profit, and

(ii) only to the extent of the corporation's income for the particular year from that business and, where properties were sold, leased, rented or developed or services rendered in the course of carrying on that business before that time, from any other business substantially all the income of which was derived from the sale, leasing, rental or development, as the case may be, of similar properties or the rendering of similar services.

[102] The restriction on loss carryovers in subsection 111(5) is triggered when "control of a corporation has been acquired by a person or group of persons".

[103] The acquisition of control test is the means by which Parliament has determined that a loss has notionally been transferred to an unrelated party. While the Respondent contends that in the context of the GAAR the control aspect of subsection 111(5) is not an important

pour l'année donnée et – dans le cas où des biens sont vendus, loués ou mis en valeur ou des services rendus dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise avant ce moment – de toute autre entreprise dont la presque totalité du revenu est dérivée de la vente, de la location ou de la mise en valeur, selon le cas, de biens semblables ou de la prestation de services semblables;

b) la fraction de la perte autre qu'une perte en capital ou de la perte agricole subie par la société pour une année d'imposition se terminant après ce moment qu'il est raisonnable de considérer comme résultant de l'exploitation d'une entreprise et, si la société exploitait une entreprise au cours de cette année, la fraction de la perte autre qu'une perte en capital qu'il est raisonnable de considérer comme se rapportant à un montant déductible en application de l'alinéa 110(1)k) dans le calcul de son revenu imposable pour l'année, ne sont déductibles par la société pour une année d'imposition donnée se terminant avant ce moment :

(i) que si, tout au long de l'année d'imposition et de l'année donnée, cette entreprise était exploitée par la société en vue d'en tirer un profit ou dans une attente raisonnable de profit,

(ii) qu'à concurrence du revenu que la société a tiré pour l'année donnée de cette entreprise et de toute autre entreprise dont la presque totalité des revenus provient de la vente, de la location ou de la mise en valeur de biens semblables aux biens vendus, loués ou mis en valeur ou de la prestation de services semblables aux services rendus dans le cadre de l'exploitation de cette entreprise avant ce moment.

[102] La restriction rattachée au report de pertes prévue au paragraphe 111(5) jouait dès lors qu'il y avait eu « acquisition [...] du contrôle d'une société par une personne ou un groupe de personnes ».

[103] Le législateur a introduit le critère de l'acquisition du contrôle aux fins de qualification d'une perte qui en théorie a été transférée à une partie non liée. L'intimée soutient que dans le cadre de la RGAÉ, le contrôle ne constituait pas vraiment un aspect important de l'objet

part of its object, spirit and purpose, I disagree. The Federal Court of Appeal has pointed out that “the notion of control is central to the working of subsection 111(5)”.⁹ As such, the test is relevant to the analysis of the object, spirit and purpose of that provision. To ignore it would amount to reading out the test, which is not permitted in interpreting legislation.

[104] The word “control” in the *Act* has long been held to mean *de jure* control. In *Duha Printers (Western) Ltd. v. Canada*, Iacobucci J. wrote:

35 It has been well recognized that, under the *Income Tax Act*, “control” of a corporation normally refers to *de jure* control and not *de facto* control. This Court has repeatedly cited with approval the following test, set out by Jackett P. in *Buckerfield’s*, supra, at p. 507:

Many approaches might conceivably be adopted in applying the word “control” in a statute such as the *Income Tax Act* to a corporation. It might, for example, refer to control by “management”, where management and the board of directors are separate, or it might refer to control by the board of directors... The word “control” might conceivably refer to *de facto* control by one or more shareholders whether or not they hold a majority of shares. I am of the view, however, that in Section 39 of the *Income Tax Act* [the former section dealing with associated companies], the word “controlled” contemplates the right of control that rests in ownership of such a number of shares as carries with it the right to a majority of the votes in the election of the board of directors. [Emphasis added.]

Cases in which this Court has applied the foregoing test have included, inter alia, *Dworkin Furs*, supra, and *Vina-Rug (Canada) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1968] S.C.R. 193.¹⁰

⁹ *Canada v. Duha Printers (Western) Ltd.*, [1996] 50 DTC 6323 (FCA) at paragraph 4.

¹⁰ *Duha Printers (Western) Ltd. v. Canada*, [1998] 1 SCR 795 at paragraphs 35 and 36.

et de l’esprit du paragraphe 111(5), mais je rejette cette thèse. La Cour d’appel fédérale enseigne que la « notion de contrôle est essentielle dans l’application du paragraphe 111(5) ». Par conséquent, il s’agit d’un critère pertinent pour l’analyse de l’objet et de l’esprit de cette disposition. Ne pas en tenir compte serait contraire aux règles d’interprétation des [lois].

[104] Depuis longtemps, la jurisprudence enseigne que le mot « contrôle » se rapporte au contrôle *de jure* au sens de la Loi. Dans l’arrêt *Duha Printers (Western) Ltd. c. Canada*, le juge Iacobucci fait remarquer :

35 Il est bien reconnu que, sous le régime de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, le « contrôle » d’une société s’entend normalement du contrôle *de jure* et non pas du contrôle *de facto*. Notre Cour a cité et approuvé à maintes reprises le critère suivant, énoncé par le président Jackett dans *Buckerfield’s*, précité, à la p. 507 :

[TRADUCTION] On pourrait sans doute adopter de nombreuses méthodes pour la définition du mot « contrôle » figurant dans un texte tel que la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Il pourrait par exemple s’agir du contrôle exercé par les « dirigeants », lorsque les dirigeants et le conseil d’administration sont distincts, ou il pourrait s’agir du contrôle exercé par le conseil d’administration. [...] Le mot « contrôle » pourrait peut-être s’entendre du contrôle de fait exercé par un ou plusieurs actionnaires, qu’ils détiennent ou non la majorité des actions. Je suis d’avis cependant que, dans l’article 39 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* [l’ancien article traitant des sociétés associées], le mot « contrôlées » évoque le droit de contrôle auquel donne lieu le fait de détenir un nombre d’actions tel qu’il confère la majorité des voix à leur détenteur dans l’élection du conseil d’administration. [Je souligne.]

Les arrêts dans lesquels notre Cour a appliqué le critère qui précède sont notamment *Dworkin Furs*, précité, et *Vina-Rug (Canada) Ltd. c. Minister of National Revenue*, 1968 CanLII 66 (SCC), [1968] R.C.S. 193¹⁰.

⁹ *Canada c. Duha Printers (Western) Ltd.*, [1996] 50 DTC 6323 (CAF), au paragraphe 4.

¹⁰ *Duha Printers (Western) Ltd. c. Canada*, [1998] 1 RCS 795, aux paragraphes 35 et 36.

[105] Subsection 111(5) will only apply if control is acquired by “a person or group of persons”. The phrase “group of persons” is not defined in the *Act* but the Federal Court of Appeal in *Silicon Graphics Ltd. v. Canada* held that “simple ownership of a mathematical majority of shares by a random aggregation of shareholders in a widely held corporation ... without a common connection does not constitute de jure control as that term has been defined in the case law.”¹¹

[106] Subsection 111(5) is part of group of specific rules in subsections 111(4) to (5.3) that limit the carry-forward of non-capital losses, net capital losses, farm losses and unrealized losses on capital, depreciable and eligible capital property owned by the corporation and on doubtful debts. The application of these provisions is triggered by an acquisition of control of the taxpayer corporation by a person or group of persons.

[107] The forerunner to subsection 111(5), subsection 27(5), was added to the *Act* in 1958. It prevented losses from being carried over by a corporation to a future year where more than 50% of the share capital of the corporation had been acquired by a person or persons who did not, at the end of the preceding year, own any shares in the capital stock of the corporation (the “aggregate-change-in-shareholdings test”). This provision was added at the same time the *Act* was amended to permit the use of losses to offset income from any other business carried on by the taxpayer.

[108] In 1963, the *Act* was amended to add paragraph 27(5)(a) which provided that no loss carryovers would be permitted where “control of the corporation [was] acquired ... by a person or persons who did not, at the end of [the] preceding year, control the corporation.”

[109] In 1972, subsection 27(5) was replaced by subsection 111(5), which still limited carryovers in the case of an acquisition of control and required the same business in which the loss was sustained continue to be carried on, but allowed the loss carryovers to be offset against a taxpayer’s income from any source. Notably, the aggregate-change-in-shareholdings test was not brought forward into subsection 111(5).

[110] Beginning in 1981 and continuing until 1987, new rules were introduced to tighten the carryover restrictions in certain respects, including a requirement that the loss

[105] Le paragraphe 111(5) ne joue que si le contrôle est acquis par « une personne ou un groupe de personnes ». La Loi ne donnait pas de définition des mots « groupe de personnes », mais voici ce qu’a décidé la Cour d’appel fédérale dans son arrêt *Silicon Graphics Ltd. c. Canada* : « [...] la simple possession d’une majorité mathématique d’actions par un ensemble d’actionnaires pris au hasard dans une société à grand nombre d’actionnaires [...] sans un lien commun ne constitue pas un contrôle de droit ainsi que le terme a été défini par la jurisprudence. »¹¹.

[106] Le paragraphe 111(5) fait partie d’un ensemble de règles précises, énoncées dans les paragraphes 111(4) à (5.3), qui restreignent le report des pertes autres qu’en capital, des pertes en capital nettes, des pertes agricoles et des pertes non réalisées sur le capital, les immobilisations amortissables et admissibles appartenant à la société, ainsi que des créances douteuses. Ces dispositions jouent lorsqu’il y a acquisition du contrôle de la société du contribuable par une personne ou un groupe de personnes.

[107] Le paragraphe 27(5), qui a servi de précurseur au paragraphe 111(5), a été intégré à la Loi en 1958. Son objet était d’empêcher le report à une année ultérieure des pertes d’une société dont la moitié du capital-actions avait été acquise par une personne ou des personnes qui, à la fin de l’année d’imposition précédente, ne possédaient aucune action du capital-actions de la société (le « critère du changement global de l’actuariat »). Cette disposition a été ajoutée concurremment à la modification de la Loi qui autorisait la déduction de pertes du revenu de l’une ou l’autre des entreprises exploitées par le contribuable.

[108] En 1963, la Loi a été modifiée par ajout de l’alinéa 27(5)a), qui disposait que le report de pertes était exclu si le contrôle de la société avait été acquis par une personne ou des personnes qui n’avaient pas, à la fin de l’année précédente, le contrôle de la société.

[109] En 1972, le paragraphe 27(5) a été remplacé par le paragraphe 111(5), lequel maintenait les restrictions concernant le report des pertes après l’acquisition du contrôle et exigeait que l’entreprise ayant subi les pertes continue d’être exploitée, mais qui permettait dorénavant le report de pertes en vue de leur déduction des revenus de toutes provenances d’un contribuable. Il convient de souligner que le critère du changement global de l’actuariat n’a pas été intégré au paragraphe 111(5).

[110] De 1981 à 1987, de nouvelles règles resserraient les restrictions sur les reports notamment par l’ajout de l’exigence que l’entreprise déficitaire continue d’être

¹¹ *Silicon Graphics Ltd. v. Canada*, 2002 FCA 260 at paragraph 36.

¹¹ *Silicon Graphics Ltd. c. Canada*, 2002 CAF 260, au paragraphe 36.

business be carried on by the corporation for a profit or with a reasonable expectation of profit. The amount of the deduction was also restricted to the income generated from that business and other similar businesses. Since 1987, subsection 111(5) has remained mostly unchanged.

[111] Provisions have been introduced in the *Act* that deem *de jure* control to exist or not to exist in particular circumstances, and to create a different standard of control of a corporation for certain purposes of the *Act*.

[112] Subsection 256(8), discussed earlier in these reasons, expands the concept of *de jure* control beyond a determination based strictly on the ownership of the voting shares of a corporation by extending the circumstance in which an acquisition of control is considered to have occurred. It is aimed at preventing tax attribute trading in situations where a taxpayer seeks to use certain rights in relation to voting shares to avoid an acquisition of control.

[113] Again, subsection 256(8) provides that where a person acquires a right listed in paragraph 251(5)(b) and one of the main purposes for acquiring the right was to avoid the application of the loss streaming rules as well as certain other provisions, the taxpayer is deemed to be in the same position in relation to the control of the corporation as if the right had been exercised when it was acquired.

[114] For the years in issue, the following rights were included in paragraph 251(5)(b):

- a right to shares;
- a right to acquire shares;
- a right to control the voting rights of shares;
- a right to cause a corporation to redeem shares owned by other shareholders;
- a right to cause a corporation to acquire shares owned by other shareholders;
- a right to cause a corporation to cancel shares owned by other shareholders;
- a right to voting rights in respect of shares;
- a right to acquire voting rights in respect of shares;

exploitée par la société à profit ou avec une attente raisonnable de profit. Le montant de la déduction a également été limité au revenu généré par cette entreprise et d'autres entreprises semblables. Depuis 1987, le paragraphe 111(5) est resté sensiblement inchangé.

[111] Selon des dispositions ajoutées à la Loi, il y a ou non contrôle *de jure* dans des circonstances précises et créent une norme différente pour établir le contrôle d'une société à certaines fins de la Loi.

[112] Le paragraphe 256(8), dont il a été question précédemment dans les présents motifs, élargit le concept du contrôle *de jure* au-delà de la stricte propriété des actions avec droit de vote d'une société en imposant la prise en considération les circonstances dans lesquelles l'acquisition du contrôle est réputée avoir eu lieu. Cette disposition vise l'exclusion du transfert d'attributs fiscaux par le contribuable qui voudrait faire jouer certains droits à l'égard d'actions avec droit de vote pour contourner l'acquisition de contrôle.

[113] Là encore, le paragraphe 256(8) prévoit que si une personne acquiert un droit visé par l'alinéa 251(5)b principalement pour se soustraire aux règles sur le transfert des pertes et à d'autres dispositions, le contribuable est réputé se trouver dans la même position relativement au contrôle de la société que si le droit avait été exercé au moment de l'acquisition.

[114] Pour les années en cause, les droits suivants étaient visés par l'alinéa 251(5)b :

- un droit à des actions;
- un droit d'acquérir des actions;
- un droit de contrôler les droits de vote rattachés aux actions;
- un droit d'obliger une société à racheter les actions appartenant à d'autres actionnaires;
- un droit d'obliger une société à acquérir les actions appartenant à d'autres actionnaires;
- un droit d'obliger une société à annuler les actions appartenant à d'autres actionnaires;
- un droit aux droits de vote rattachés aux actions;
- un droit d'acquérir des droits de vote rattachés aux actions;

- a right to control voting rights in respect of shares; and
- a right to cause the reduction of voting rights in respect of shares owned by other shareholders.

[115] Subsection 256(8) is thus intended to allow the Minister to look beyond the share registry of the corporation to determine who in substance has control over the voting rights in respect of the shares of a corporation and thus effective control of the corporation.

[116] Another contextual element to be considered is the *de facto* control test in subsection 256(5.1), which expands the factors that can be taken into account in determining control of a corporation for certain purposes in the *Act*. Subsection 256(5.1) was introduced into the *Act* in 1987, and provides that, (subject to certain exceptions not relevant in this case):

...where the expression “controlled, directly or indirectly, in any manner whatever,” is used in the *Act*, a corporation shall be considered to be so controlled by another corporation, a person or a group of persons...at any time where...the controller has any direct or indirect influence that, if exercised, would result in control in fact of the corporation...”

[117] Along with the enactment of subsection 256(5.1), a number of provisions of the *Act* were amended so that the *de facto* control test would apply to those provisions. However, it was not adopted for the purposes of subsection 111(5).

[118] At the heart of the *de facto* control test is, once again, the notion of control of affairs of a corporation through control over the board of directors. In *McGillivray Restaurant Ltd. v. Canada*, Ryer J.A. stated that:

De facto control, like *de jure* control, is concerned with control over the board of directors and not with control of the day-to-day operations of the corporation or its business. Paragraph 256(1)(b) and subsection 256(5.1) specifically refer to control of a corporation and not to control of the corporation’s business or operations.¹²

- un droit de contrôler des droits de vote rattachés aux actions;
- un droit d’obliger la réduction des droits de vote rattachés aux actions appartenant à d’autres actionnaires.

[115] Ainsi, le paragraphe 256(8) donne au ministre le droit de ne pas se limiter au registre des actions d’une société pour déterminer qui détient le contrôle essentiel sur les droits de vote rattachés aux actions de la société et en possède donc le contrôle réel.

[116] Un autre élément contextuel entre en ligne de compte : le critère du contrôle *de facto* du paragraphe 256(5.1), qui élargit les facteurs déterminants du contrôle d’une société à certaines fins de la Loi. Le paragraphe 256(5.1) a été inséré dans la Loi en 1987 et prévoit que, sous réserve de certaines exceptions qui ne sont pas pertinentes en l’espèce :

[...] lorsque l’expression « contrôlée, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, » est utilisée, une société est considérée comme ainsi contrôlée par une autre société, une personne ou un groupe de personnes [...] si, à ce moment, l’entité dominante a une influence directe ou indirecte dont l’exercice entraînerait le contrôle de fait de la société [...] »

[117] Concurremment à l’adoption du paragraphe 256(5.1), diverses dispositions de la Loi ont été modifiées afin que le critère du contrôle de fait puisse s’y appliquer. Cependant, il n’a pas été adopté aux fins du paragraphe 111(5).

[118] Il convient de répéter que l’élément cardinal du critère du contrôle *de facto* réside dans le contrôle des activités d’une société par le fait du contrôle exercé sur son conseil d’administration. Dans l’arrêt *McGillivray Restaurant Ltd. c. Canada*, le juge Ryer fait cette observation :

Le contrôle de fait, comme le contrôle de droit, porte sur le contrôle exercé sur le conseil d’administration et non sur le contrôle exercé sur les activités quotidiennes de la société. L’alinéa 256(1)*b*) et le paragraphe 256(5.1) font expressément référence au contrôle exercé sur une société et non au contrôle exercé sur les activités ou l’exploitation d’une société¹².

¹² *McGillivray Restaurant Ltd. v. Canada*, 2016 FCA 99 at paragraph 46.

¹² *McGillivray Restaurant Ltd. c. Canada*, 2016 CAF 99, at paragraphe 46.

[119] Referring to the Court's earlier decision in *Silicon Graphics Ltd. v. Canada*, Ryer J.A. reiterated that:

in order for there to be a finding of *de facto* control, a person or group of persons must have the clear right and ability to effect a significant change in the board of directors or the powers of the board of directors or to influence in a very direct way the shareholders who would otherwise have the ability to elect the board of directors.¹³

[120] Thus, the *de jure* and *de facto* control tests are differentiated only by the breadth of factors that can be looked at to determine who has ultimate control over the board of directors.

[121] The Appellant argued that the introduction of section 256.1 into the *Act* in 2013 should also be considered part of the relevant context of subsection 111(5) for the years in issue.

[122] Section 256.1 deems an acquisition of control of a corporation to occur for the purposes of certain sections of the *Act*, including subsection 111(5), when the value of the interest held by a person or group of persons in the corporation increases to more than 75% of the value of the outstanding shares of the corporation.

[123] The Appellant maintains that this represented a change to the law and, as such, previous to the enactment of section 256.1 there was no policy in the *Act* that the acquisition of a substantial economic interest in a corporation was sufficient to trigger an acquisition of control for the purposes of subsection 111(5).

[124] It is not necessary for me to address this submission, however, in light of the comments of the Federal Court of Appeal in *Oxford Properties Ltd. v. Canada* concerning the effect of subsequent amendments to the *Act* in a statutory interpretation exercise. In that decision, Noël C.J.A. wrote:

Whether an amendment clarifies the prior law or alters it turns on the construction of the prior law and the amendment itself. As explained, the Interpretation Act prevents any conclusion from being drawn as to the legal effect of a new enactment on the prior law on the sole basis that Parliament adopted it. Keeping this limitation in mind, the only way to assess the impact of a subsequent amendment on the prior law is to first determine the legal effect

¹³ *Ibid* at paragraphe 35.

[119] Le juge Ryer reprend à son compte une jurisprudence de la Cour, *Silicon Graphics Ltd. c. Canada* :

Par conséquent, je suis d'avis que pour que l'on puisse conclure à un contrôle de fait, une personne ou un groupe de personnes doivent avoir le droit et la capacité manifestes de procéder à une modification importante du conseil d'administration ou des pouvoirs du conseil ou d'influencer d'une façon très directe les actionnaires qui auraient autrement la capacité de choisir le conseil d'administration¹³.

[120] Par conséquent, les critères du contrôle *de jure* et *de facto* se distinguent uniquement par la portée des facteurs à examiner pour déterminer qui exerce le contrôle réel sur le conseil d'administration.

[121] Selon l'appelante, l'insertion de l'article 256.1 à la Loi en 2013 doit aussi être considérée comme faisant partie du contexte pertinent du paragraphe 111(5) pour les années en cause.

[122] Selon l'article 256.1, aux fins de certaines dispositions de la Loi dont le paragraphe 111(5), il y a acquisition réputée du contrôle d'une société quand la participation d'une personne ou d'un groupe de personnes passe à plus de 75 % de la valeur des actions en circulation de la société.

[123] L'appelante soutient que l'article 256.1 marquait un changement de l'état du droit et que, avant son adoption, la Loi ne comportait aucune politique faisant un lien entre l'acquisition d'une participation financière importante dans une société et l'acquisition du contrôle aux fins du paragraphe 111(5).

[124] Toutefois, il n'est pas nécessaire que je me penche sur cette thèse puisque la Cour d'appel fédérale a déjà discuté l'effet des modifications subséquentes à la Loi dans le cadre d'une interprétation des lois intégrée à son arrêt *Canada c. Oxford Properties Ltd.* Le juge en chef Noël observe :

La question de savoir si une modification clarifie ou modifie l'état antérieur du droit dépend de l'interprétation de l'état antérieur du droit et de la modification. Comme il a été expliqué, la *Loi d'interprétation* empêche de tirer une conclusion au sujet de l'effet juridique d'un nouveau texte sur l'état antérieur du droit au seul motif que le législateur l'a adopté. Dans cette perspective, la seule façon d'évaluer les incidences d'une modification sur l'état du droit

¹³ *Ibid*, au paragraphe 35.

of the law as it stood beforehand and then determine whether the subsequent amendment alters it or clarifies it.¹⁴

[125] Finally, subsection 256(7) contains rules deeming control to have been acquired in certain circumstances and not to have been acquired in others. It deals with situations involving transfers of shares between related persons and reorganizations within a group of related corporations, as well as amalgamations and reverse takeovers. These circumstances:

reflect the intention that a dilution of control, or a loss of control by a person or group of persons to an undefined group, will not be considered offensive except in certain contexts, such as an amalgamation or a reverse takeover. In these circumstances only, wide shareholder bases are consolidated for the purpose of determining control.¹⁵

[126] Moving now to purpose, it is clear that subsection 111(5) was enacted to prevent tax loss trading. The restriction on the use of losses is subject to limited exceptions relating to the rehabilitation of the loss business and to the transfer of losses between corporations under common control.

[127] Subsection 111(5) reflects the general policy in the *Act* against loss trading between arm's length parties. In *Mathew v. Canada*, the Supreme Court of Canada held that "the general policy of the Income Tax Act is to prohibit the transfer of losses between taxpayers, subject to specific exceptions" and that "under such exceptions, Parliament intended to promote a particular purpose concerning a distinct relationship between the transferor and the transferee under specifically described circumstances."¹⁶

antérieur consiste à déterminer l'effet juridique de la loi telle qu'elle existait avant la modification, puis à déterminer si la modification modifie ou clarifie cet effet juridique¹⁴.

[125] Enfin, les règles énoncées au paragraphe 256(7) établissent dans quelles circonstances le contrôle est réputé acquis ou non. Il y est fait mention de transferts d'actions entre des personnes liées, de réorganisations à l'intérieur d'un groupe de sociétés liées, de fusions et de prises de contrôle inversées. Dans toutes ces circonstances :

[TRADUCTION]

la dilution du contrôle, ou la perte de contrôle par une personne ou un groupe de personnes aux mains d'un groupe indéterminé ne sont pas considérées comme un abus, hormis dans certains contextes comme une fusion ou une prise de contrôle inversée. Dans ces circonstances uniquement, on peut considérer un groupe important d'actionnaires dans son ensemble pour déterminer à qui appartient le contrôle¹⁵.

[126] Pour ce qui est de l'objet, il est manifeste que le paragraphe 111(5) visait l'exclusion des échanges de pertes fiscales. La restriction concernant l'utilisation des pertes est assortie d'un petit nombre d'exceptions (le redressement d'une entreprise déficitaire et le transfert des pertes entre des sociétés sous contrôle commun).

[127] Le paragraphe 111(5) reflète la politique générale de la Loi d'interdiction de l'échange de pertes entre des parties sans lien de dépendance. À l'occasion de l'affaire *Mathew c. Canada*, la Cour suprême du Canada a conclu que la Loi « a comme politique générale d'interdire le transfert de pertes entre contribuables, sous réserve d'exceptions précises » et « qu'en établissant ces exceptions le législateur a voulu favoriser la réalisation d'un objectif particulier à l'égard de certains rapports qui existent entre l'auteur et le bénéficiaire du transfert dans des circonstances précises¹⁶ ».

¹⁴ *Oxford Properties Ltd. v. Canada*, 2018 FCA 30 at paragraph 86.

¹⁵ M. Munoz, "Loss Utilization in Arm's-Length Business Combinations", *Canadian Tax Journal* (2009) Vol. 547 No. 3, pp. 660-698 at p. 692.

¹⁶ *Mathew v. Canada*, 2005 SCC 55 at paragraph 49.

¹⁴ *Canada c. Oxford Properties Ltd.*, 2018 CAF 30, au paragraphe 86.

¹⁵ M. Munoz, « Loss Utilization in Arm's-Length Business Combinations », *Canadian Tax Journal* (2009), vol. 547, n° 3, p. 660 à 698 (à la p. 692).

¹⁶ *Mathew c. Canada*, 2005 CSC 55, au paragraphe 49.

[128] It has been suggested that the reason underpinning the choice to deny loss carryovers after an acquisition of control is that after the acquisition of control, the corporation can be likened to a new taxpayer because it has different shareholders.

[129] This view has been expressed as follows:

First and foremost, the carryover of losses following a change of control is not generally supported in tax policy terms. Normally, one taxpayer cannot avail himself of another taxpayer's losses. In the case of an artificial entity such as a corporation, when its control changes it is essentially regarded as a new taxpayer, because different shareholders then become entitled indirectly to enjoy the benefits of its financial success.¹⁷

[130] Another author puts it this way:

It follows that losses should not normally be claimed by the corporation after a significant change of shareholders, on the basis that the former shareholders, who bore the economic costs of the losses, are no longer participants in the corporation's affairs.¹⁸

[131] Despite the tax policy basis for using a substantial change in equity investment test to restrict loss carryovers, though, this kind of test was removed from the predecessor section to subsection 111(5) in 1972 and a similar test in subsection 256.1 was not included until 2013. This gives rise to an inference that Parliament did not intend to target substantial equity acquisitions in a loss corporation as a basis for restricting the carryover of its losses.

[132] It appears that Parliament's aim in choosing the *de jure* control test was to achieve certainty and predictability. This was the conclusion of Iacobucci J. in *Duha*:

[128] Selon une certaine doctrine, l'interdiction du report des pertes après une acquisition de contrôle est motivée par le fait que la société est assimilable à un nouveau contribuable puisqu'elle a de nouveaux actionnaires.

[129] Cette thèse a été formulée ainsi :

[TRADUCTION]

De prime abord et de manière générale, les politiques fiscales ne cautionnent pas les reports de pertes après un changement de contrôle. En principe, le contribuable ne peut pas utiliser à son profit les pertes d'un autre contribuable. Dans le cas d'une entité artificielle comme une société, on considère essentiellement qu'un changement de contrôle au sein d'une société en fait un nouveau contribuable puisque des actionnaires différents acquièrent indirectement le droit de tirer profit de sa réussite financière.¹⁷

[130] Voici une autre formulation de cette thèse :

[TRADUCTION]

Il faut en déduire qu'après un changement important parmi les actionnaires d'une société, elle ne doit pas normalement réclamer des pertes puisque les actionnaires qui ont subi les coûts financiers de ces pertes ont cessé de participer à ses activités.¹⁸

[131] Malgré la politique fiscale selon laquelle un changement important dans la participation au capital peut servir de fondement à une restriction en matière de report des pertes, ce critère a été supprimé de la version antérieure du paragraphe 111(5) en 1972, et il a fallu attendre 2013 pour qu'un critère semblable soit inséré au paragraphe 256.1. On pourrait en déduire que le législateur n'avait pas l'intention d'utiliser l'acquisition d'une participation importante dans une société déficitaire pour restreindre son droit de reporter ses pertes.

[132] Selon toute vraisemblance, le législateur a opté pour le critère du contrôle *de jure* dans un objectif de certitude et de prévisibilité. Telle est la conclusion du juge Iacobucci dans l'arrêt *Duha* :

¹⁷ W.J. Strain, D.A. Dodge, V. Peters, "Tax Simplification: The Elusive Goal", 1988 Conference Report, CTF, p. 4:1 at p. 4-52.

¹⁸ A. Nijhawan, "When Is Loss Trading Permissible? A Purposive Analysis of Subsection 111(5)" Conference Report, CTF, p. 9:1-26 at p. 9:5.

¹⁷ W.J. Strain, D.A. Dodge, V. Peters, « Tax Simplification: The Elusive Goal », 1988 CTF Conference Report, 4 :1 (p. 4-52).

¹⁸ A. Nijhawan, « When Is Loss Trading Permissible? A Purposive Analysis of subsection 111(5) », CTF Conference Report, p. 9 :1 à 26 (p. 9 :5).

... At the outset, it is important to bear in mind the distinction between the tests of *de jure* and *de facto* control developed by the courts. In my view, the *de jure* standard was chosen because in some respects it is a relevant and relatively certain and predictable concept to employ in determining control. In general terms, *de jure* refers to those legal sources that determine control: namely, the corporation's governing statute and its constitutional documents, including the articles of incorporation and by-laws. The *de facto* concept was rejected because it involves ascertaining control in fact, which can lead to a myriad of indicators which may exist apart from these sources. See, for example, F. Iacobucci and D. L. Johnston, "The Private or Closely-held Corporation", in J. S. Ziegel, ed., *Studies in Canadian Company Law* (1973), vol. 2, 68, at pp. 108-12.¹⁹

[133] Iacobucci J. also made the point that the acquisition of control test was a means of determining effective or ultimate control of a corporation:

... However, it must be recognized at the outset that this test is really an attempt to ascertain who is in effective control of the affairs and fortunes of the corporation. That is, although the directors generally have, by operation of the corporate law statute governing the corporation, the formal right to direct the management of the corporation, the majority shareholder enjoys the indirect exercise of this control through his or her ability to elect the board of directors. Thus, it is in reality the majority shareholder, not the directors per se, who is in effective control of the corporation. This was expressly recognized by Jactett P. when setting out the test in *Buckerfield's*. Indeed, the very authority cited for the test was the following dictum of Viscount Simon, L.C., in *British American Tobacco Co. v. Inland Revenue Commissioners*, [1943] 1 All E.R. 13, at p. 15:

The owners of the majority of the voting power in a company are the persons who are in effective control of its affairs and fortunes. [Emphasis added.]²⁰

Il importe, au départ, de garder à l'esprit la distinction entre les critères du contrôle *de jure* et du contrôle *de facto* qu'ont énoncés les tribunaux. À mon avis, la norme *de jure* a été retenue parce qu'à certains égards elle représente un concept pertinent et relativement certain et prévisible pour l'examen du contrôle. De façon générale, l'expression *de jure* renvoie aux sources juridiques qui déterminent le contrôle; à savoir la loi qui régit la société et les actes constitutifs de cette dernière, y compris ses statuts et ses règlements administratifs. La notion *de facto* a été rejetée parce qu'elle oblige à vérifier qui exerce le contrôle de fait, ce qui peut conduire à une multitude d'indices susceptibles d'exister outre ces sources. Voir, par exemple, F. Iacobucci et D., L. Johnston, « The Private or Closely-held Corporation », dans J. S. Ziegel, dir., *Studies in Canadian Company Law* (1973), vol. 2, 68, aux pp. 108 à 112.¹⁹

[133] Le juge Iacobucci fait également remarquer que le critère de l'acquisition du contrôle constitue un moyen de déterminer qui assure le contrôle effectif ou ultime d'une société :

Toutefois, il faut reconnaître, au départ, que ce critère est vraiment une tentative de vérifier qui exerce un contrôle effectif sur les affaires et les destinées de la société. Autrement dit, bien que les administrateurs aient généralement, en vertu de la loi qui régit la société, le droit explicite de gérer la société, l'actionnaire majoritaire exerce indirectement ce contrôle en raison de sa capacité d'élire le conseil d'administration. Ainsi, c'est en réalité l'actionnaire majoritaire, et non pas les administrateurs eux-mêmes, qui exerce un contrôle effectif sur la société. Le président Jactett a reconnu expressément cela en énonçant le critère de l'arrêt *Buckerfield's*. En fait, la source invoquée à l'appui de ce critère est l'opinion incidente suivante que le lord chancelier, le vicomte Simon, a exprimée dans *British American Tobacco Co. c. Inland Revenue Commissioners*, [1943] 1 All E.R. 13, à la p. 15 :

[TRADUCTION] Les détenteurs de la majorité des voix dans une société sont ceux qui exercent un contrôle effectif sur ses affaires et ses destinées. [Je souligne.]²⁰

¹⁹ *Duha*, supra note 10 at paragraph 58.

²⁰ *Ibid* at paragraph 36.

¹⁹ *Duha*, précité, note 10, au paragraphe 58.

²⁰ *Ibid.*, au paragraphe 36.

[134] It has been suggested that the acquisition of control test in subsection 111(5) is a reasonable marker between situations where the corporation is a free actor in a transaction and when it is only a passive participant whose actions can be manipulated by a new person or group of persons in order to utilize the losses or Tax Attributes of the corporation for their own benefit.²¹ I agree with this analysis and find that the object, spirit and purpose of subsection 111(5) is to target manipulation of losses of a corporation by a new person or group of persons, through effective control over the corporation's actions.

[134] Une certaine doctrine enseigne que le critère de l'acquisition du contrôle du paragraphe 111(5) permet de déterminer si la société participe librement à une opération ou si elle en est une participante passive, à la solde d'une nouvelle personne ou d'un nouveau groupe de personnes dont le seul motif est de tirer avantage de ses pertes ou de ses attributs fiscaux²¹. Je retiens cette analyse et je conclus que l'objet et l'esprit du paragraphe 111(5) appellent la restriction des manipulations des pertes d'une société par une nouvelle personne ou un nouveau groupe de personnes qui assume le contrôle effectif des actions de la société.

²¹ M. Munoz, "Loss Utilization in Arm's-Length Business Combinations", *Canadian Tax Journal* (2009) Vol. 547 No. 3, pp. 660-698 at p. 694.

²¹ M. Munoz, « Loss Utilization in Arm's-Length Business Combinations », *Canadian Tax Journal* (2009), vol. 547, n° 3, p. 660 à 698 (à la p. 694).