

**Earl Lipson** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

- and -

**Jordan B. Lipson** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: LIPSON v. CANADA**

**Neutral citation: 2009 SCC 1.**

File No.: 32041.

2008: April 23; 2009: January 8.

Present: Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Taxation — Income tax — Tax avoidance — Series of transactions — Series of transactions beginning with wife borrowing money to purchase shares in family corporation and leading to husband deducting interest on the couple's home mortgage loan — Whether general anti-avoidance rule applicable to deny tax benefits — Whether series of transactions results in abuse and misuse of one or more provisions of Income Tax Act — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 245(4).*

The taxpayer E and his wife entered into an agreement of purchase and sale for a family residence. The wife borrowed \$562,500 from a bank to finance the purchase of shares in a family corporation. She paid the borrowed money directly to the taxpayer who transferred the shares to her. The taxpayer and his wife obtained a mortgage from a bank for \$562,500. That same day, they used the mortgage loan funds to repay the share loan in its entirety. On his 1994, 1995 and 1996 tax returns, the taxpayer deducted the interest on the mortgage loan and reported the taxable dividends

**Earl Lipson** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

- et -

**Jordan B. Lipson** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : LIPSON c. CANADA**

**Référence neutre : 2009 CSC 1.**

N° du greffe : 32041.

2008 : 23 avril; 2009 : 8 janvier.

Présents : Les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Évitement fiscal — Série d'opérations — Série d'opérations allant de l'emprunt contracté par l'épouse pour l'achat d'actions de l'entreprise familiale à la déduction par le mari de l'intérêt payé sur le prêt hypothécaire contracté pour l'achat de la résidence du couple — La règle générale anti-évitement s'applique-t-elle de façon à supprimer les avantages fiscaux? — La série d'opérations entraîne-t-elle un abus dans l'application d'une ou de plusieurs dispositions de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 245(4).*

Le contribuable E et son épouse ont conclu un contrat d'achat et de vente d'une résidence familiale. L'épouse a contracté un emprunt bancaire de 562 500 \$ pour acheter des actions d'une entreprise familiale. Elle a versé le montant du prêt directement au contribuable, qui lui a transféré les actions. Les époux ont obtenu un prêt hypothécaire de 562 500 \$. Le même jour, ils ont affecté le montant du prêt hypothécaire au remboursement de la totalité du prêt contracté pour l'achat des actions. Dans ses déclarations de revenus pour 1994, 1995 et 1996, le contribuable a déduit l'intérêt hypothécaire et déclaré

on the shares as income when applicable. The brother of the taxpayer, J, conducted similar transactions. The Minister of National Revenue disallowed the deductions for those taxation years and reassessed the taxpayers accordingly. The Tax Court of Canada dismissed the taxpayers' appeals, holding that the series of transactions constituted a misuse of ss. 20(1)(c), 20(3), 73(1) and 74.1 of the *Income Tax Act* and the taxpayers' appeals were dismissed. The Federal Court of Appeal upheld that decision.

*Held* (Binnie, Deschamps and Rothstein JJ. dissenting): The appeals should be dismissed.

*Per* LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.: It has long been a principle of tax law that taxpayers may order their affairs so as to minimize the amount of tax payable. However, this principle has never been absolute, and Parliament has enacted the general anti-avoidance rule ("GAAR") to limit the scope of allowable avoidance transactions while maintaining certainty for taxpayers. The GAAR denies a tax benefit where three criteria are met: the benefit arises from a transaction (ss. 245(1) and 245(2)); the transaction is an avoidance transaction as defined in s. 245(3); and the transaction results in an abuse and misuse within the meaning of s. 245(4). The taxpayer bears the burden of proving that the first two of these criteria are not met, while the burden is on the Minister to prove, on the balance of probabilities, that the avoidance transaction results in abuse and misuse within the meaning of s. 245(4). Here, all the transactions were conceded to result in two tax benefits and to be avoidance transactions. [21-23]

A two-part inquiry must be followed to determine whether a transaction results in a misuse and an abuse for the purposes of s. 245(4) of the Act. First, a court must conduct a unified textual, contextual and purposive analysis of the provisions giving rise to the tax benefit in order to determine their essential object, spirit and purpose. It is important to identify which provision is associated with each tax benefit. Here, the tax benefit of interest deductibility is associated with ss. 20(1)(c) and 20(3) and the tax benefit arising out of the use of the attribution rules by the taxpayer to reduce his income is linked with ss. 73(1) and 74.1(1). Second, a court must determine whether the avoidance transaction frustrates the object, spirit or purpose of the relevant provisions. In assessing a series of transactions, the misuse and abuse must be related to the specific transactions forming part of the series. However, the entire series of transactions should be considered in order to determine whether the individual transactions within the series abuse one or more of the provisions of the Act. Individual transactions must be viewed in the

les dividendes imposables touchés sur les actions. Son frère, J, a effectué des opérations du même type. Le ministre du Revenu national a refusé les déductions pour ces années d'imposition et établi de nouvelles cotisations en conséquence. La Cour canadienne de l'impôt a rejeté les appels des contribuables, concluant que les séries d'opérations donnaient lieu à un abus dans l'application de l'al. 20(1)c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, de ses par. 20(3) et 73(1), ainsi que de son art. 74.1. La Cour d'appel fédérale a confirmé sa décision.

*Arrêt* (les juges Binnie, Deschamps et Rothstein dissidents) : Les pourvois sont rejetés.

*Les juges* LeBel, Fish, Abella et Charron : En droit fiscal, un principe de longue date veut que le contribuable puisse organiser ses affaires de manière à réduire le plus possible l'impôt exigible. Ce principe n'a toutefois jamais été absolu, et le législateur a adopté la règle générale anti-évitement (« RGAÉ ») pour limiter les opérations d'évitement permises tout en respectant le besoin de certitude des contribuables. La RGAÉ supprime un avantage fiscal à trois conditions : l'avantage découle d'une opération (par. 245(1) et 245(2)), qui constitue une opération d'évitement au sens du par. 245(3) et qui entraîne un abus au sens du par. 245(4). Il appartient au contribuable de démontrer que les deux premières conditions ne sont pas remplies, et au ministre de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que l'opération d'évitement entraîne un abus au sens du par. 245(4). En l'espèce, de l'aveu des intéressés, toutes les opérations conféraient deux avantages fiscaux et constituaient des opérations d'évitement. [21-23]

Une démarche à deux volets s'impose pour déterminer si une opération entraîne un abus au sens du par. 245(4) de la Loi. Premièrement, le tribunal doit recourir à une analyse textuelle, contextuelle et téléologique unifiée des dispositions conférant l'avantage fiscal afin de déterminer leur objet essentiel et leur esprit. Il importe de préciser quelle disposition législative correspond à chacun des avantages fiscaux. En l'espèce, la déductibilité de l'intérêt correspond à l'al. 20(1)c) et au par. 20(3), et l'application des règles d'attribution pour réduire le revenu du contribuable est liée aux par. 73(1) et 74.1(1). Deuxièmement, le tribunal doit déterminer si l'opération d'évitement contrecarre l'objet ou l'esprit des dispositions pertinentes. Dans le cas d'une série d'opérations, l'abus doit être lié aux opérations mêmes qui la constituent. Cependant, les opérations doivent être prises en compte dans leur ensemble pour déterminer si, individuellement, elles entraînent un abus dans l'application d'une ou de plusieurs dispositions de la Loi. Chacune des opérations doit être considérée dans le contexte de la série. Cette démarche est compatible

context of the series. This approach is consistent with the wording of the GAAR provisions, in particular with ss. 245(2) and 245(3)(b), which contemplate the denial of a tax benefit resulting from a series of transactions. Further, the use of the words “directly or indirectly” in s. 245(4), indicates that Parliament intended the GAAR to apply even where abuse is an indirect result of a transaction and consequently, that regard may be had to the series of transactions when determining whether a transaction within the series is abusive. It is preferable to refer to the “overall result” of the transactions which more accurately reflects the wording of s. 245(4), and the jurisprudence of this Court rather than “overall purpose” which may incorrectly imply that the taxpayer’s motivation or the purpose of the transaction is determinative. An avoidance purpose is needed to establish a violation of the GAAR when s. 245(3) is in issue, but is not determinative in the s. 245(4) analysis. [25-28] [33-34] [36-38]

The Minister has failed to establish that the purpose of ss. 20(1)(c) and 20(3) have been misused and abused. The series of transactions did not become problematic until the taxpayer and his wife turned to ss. 73(1) and 74.1(1), in order to obtain the result contemplated in the design of the series of transactions which resulted in the taxpayer applying his wife’s interest deduction to his own income. The attribution by operation of s. 74.1(1) that allowed the taxpayer to deduct the interest in order to reduce the tax payable on the dividend income from the shares and other income, which he would not have been able to do were the wife dealing with him at arm’s length, qualifies as abusive tax avoidance. It does not matter that s. 74.1(1) was triggered automatically when the taxpayer did not elect to opt out of s. 73(1). To allow s. 74.1(1) to be used to reduce the taxpayer’s income tax from what it would have been without the transfer to his wife frustrates the purpose of the attribution rules. The GAAR was not at issue in *Singleton*, nor was s. 74.1 of the Act, and consequently *Singleton* is distinguishable. [20] [41-42]

Here, it is not open to the Court to consider the interpretation and application of the specific anti-avoidance rule in s. 74.5(11) as it was expressly disavowed by all parties throughout the proceedings. The GAAR’s application was the focus of the appeals and was the proper basis for the reassessments of the transactions. These transactions are caught by the GAAR. Courts should avoid extending the GAAR beyond its statutory purpose. But, bearing this purpose in mind, where the language of and principles flowing from the GAAR apply to a transaction, the court should not refuse to apply it on the ground that a more specific provision — one that

avec le libellé de la RGAÉ, en particulier le par. 245(2) et l’al. 245(3)b), qui prévoit la suppression d’un avantage fiscal découlant d’une série d’opérations. En outre, l’emploi des adverbes « directement ou indirectement » au par. 245(4) traduit l’intention du législateur que la RGAÉ s’applique même lorsque l’abus résulte indirectement d’une opération et, conséquemment, qu’il soit tenu compte de la série d’opérations pour déterminer si l’une d’elles est abusive. Il est préférable de parler de l’« effet global » des opérations, ce qui correspond plus précisément au libellé du par. 245(4) et à la jurisprudence de la Cour, plutôt que de leur « objet global », ce qui pourrait impliquer à tort que la motivation du contribuable ou la fin de l’opération est décisive. Un objectif d’évitement est nécessaire pour qu’il y ait violation de la RGAÉ suivant le par. 245(3), mais son existence n’est pas décisive pour l’application du par. 245(4). [25-28] [33-34] [36-38]

Le ministre n’a pas établi l’abus de l’al. 20(1)c) et du par. 20(3) eu égard à leur objet. La série d’opérations est devenue problématique lorsque le contribuable et son épouse ont eu recours aux par. 73(1) et 74.1(1) pour atteindre l’objectif sous-tendant la série d’opérations, à savoir que le contribuable déduit de son propre revenu les intérêts que son épouse pouvait déduire du sien. L’attribution qui, par application du par. 74.1(1), a permis au contribuable de déduire l’intérêt afin de réduire l’impôt payable sur le revenu de dividendes tiré des actions et sur d’autres revenus, ce qu’il n’aurait pu faire n’eût été le lien de dépendance avec son épouse, constitue de l’évitement fiscal abusif. Il importe peu que la décision du contribuable de ne pas se soustraire à l’application du par. 73(1) ait automatiquement emporté l’application du par. 74.1(1). Permettre au contribuable de se prévaloir du par. 74.1(1) pour que son impôt sur le revenu soit inférieur à ce qu’il aurait été sans le transfert des actions à son épouse contrecarre l’objet des règles d’attribution. Dans l’affaire *Singleton*, ni la RGAÉ ni l’art. 74.1 de la Loi n’étaient en cause, de sorte qu’une distinction s’impose. [20] [41-42]

En l’espèce, la Cour ne pouvait tenir compte d’une interprétation et d’une application de la règle anti-évitement particulière prévue au par. 74.5(11) que toutes les parties avaient expressément rejetées au fil des instances. La RGAÉ était le point central des pourvois et fondait à juste titre les nouvelles cotisations. Les opérations tombent sous le coup de la RGAÉ. Les tribunaux doivent s’abstenir d’étendre la portée de la RGAÉ au-delà de l’objectif législatif sous-jacent, mais lorsque son libellé et les principes qui en découlent s’appliquent à une opération, ils ne doivent pas refuser de l’appliquer au motif qu’une disposition plus particulière que

both the Minister and the taxpayers considered to be inapplicable throughout the proceedings — might also apply to the transaction. [43-47]

Finally, in determining the tax consequences of the GAAR's application under s. 245(5), courts must be satisfied that an avoidance transaction has been found under s. 245(4), that s. 245(5) provides for the tax consequences and that they deny the tax benefits that would flow from the abusive transactions. Courts must then determine whether these tax consequences are reasonable in the circumstances. In the present case, the disallowance of the interest expense in computing the income or loss attributed to the taxpayer and allocation of that interest deduction back to his wife is a reasonable outcome. [51]

*Per* Binnie and Deschamps JJ. (dissenting): The GAAR is a weapon that, unless contained by the jurisprudence, could have a widespread, serious and unpredictable effect on legitimate tax planning. At the same time, the GAAR must be given a meaningful role. That role is circumscribed by the requirement in s. 245(4) that the transactions not only be shown to be “avoidance transactions”, but in addition that the Minister demonstrate that the tax benefit results from a misuse/abuse of the provisions of the *Income Tax Act* relied upon to produce it. In the present case, the Minister has failed to make such a demonstration. When the series of transactions at issue is properly characterized, it is a tax avoidance scheme that should not have been found to be abusive under the GAAR. [55] [59] [64]

*Singleton* illustrates the proposition that there is nothing abusive in principle for a taxpayer to rearrange his or her capital (borrowed or non-borrowed) in a tax efficient manner. The Minister is not asking the Court to revisit *Singleton*. He does not claim that GAAR would have applied in that case. The Minister acknowledges here that it is common ground that the interest was deductible. Thus, applying *Singleton*, the only question is whether the deduction becomes “abusive” when income or losses are attributed back to the transferor by the spousal attribution rules in ss. 73(1) and 74.1(1). [57-58] [60]

If the tax plan in *Singleton* is not abusive, the Minister has failed to establish that *Singleton* with a spousal twist is abusive tax avoidance either. There is nothing in the Act to discourage the transfer of property at fair market value between spouses. Indeed, by allowing a spouse to transfer property to the other spouse at the transferor's adjusted cost base, Parliament intended to make such inter-spousal transfers attractive. The Minister has failed to identify a specific policy shown to be frustrated by the taxpayer's plan as required by

le ministre et les contribuables ont tenue pour inapplicable tout au long de la procédure pourrait également s'appliquer. [43-47]

Enfin, le tribunal appelé à déterminer les attributs fiscaux de l'application de la RGAÉ suivant le par. 245(5) doit être convaincu qu'il y a opération d'évitement au sens du par. 245(4), que le par. 245(5) prévoit les conséquences fiscales et que l'avantage fiscal découlant de l'opération abusive doit être supprimé. Il doit ensuite déterminer si ces attributs fiscaux sont raisonnables dans les circonstances. En l'espèce, le refus de la déduction de l'intérêt dans le calcul du revenu ou de la perte attribué au contribuable et la réattribution de cette déduction à son épouse est une issue raisonnable. [51]

*Les juges Binnie et Deschamps (dissidents) :* Si son application n'est pas balisée par la jurisprudence, la RGAÉ est une arme susceptible d'avoir un effet considérable, sérieux et imprévisible sur la planification fiscale légitime. Néanmoins, elle doit jouer un rôle véritable. Ce rôle est circonscrit par l'exigence, prévue au par. 245(4), que le ministre établisse non seulement que l'opération est une « opération d'évitement », mais aussi que l'avantage fiscal découle d'un abus dans l'application des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui sont invoquées. En l'espèce, le ministre n'a pas fait cette preuve. Correctement qualifiée, la série d'opérations constitue un stratagème d'évitement fiscal qui n'aurait pas dû être jugé abusif au sens de la RGAÉ. [55] [59] [64]

L'arrêt *Singleton* enseigne qu'il n'y a rien d'abusif en principe à ce que le contribuable réorganise son capital (emprunté ou non) de façon avantageuse sur le plan fiscal. Le ministre ne demande pas à la Cour de revenir sur cette décision. Il ne prétend pas que la RGAÉ se serait appliquée dans cette affaire. Il reconnaît que nul ne conteste la déductibilité des intérêts. Si on applique l'arrêt *Singleton*, la seule question est celle de savoir si la déduction devient « abusive » lorsque le revenu ou la perte est réattribué au cédant en application des règles d'attribution entre époux énoncées aux par. 73(1) et 74.1(1). [57-58] [60]

Si la planification fiscale n'était pas abusive dans l'affaire *Singleton*, le ministre n'a pas établi l'évitement fiscal abusif dans la présente espèce, qui se distingue uniquement par sa dimension conjugale. La Loi ne décourage pas le transfert de biens à leur juste valeur marchande entre époux. En effet, en permettant le transfert d'un bien à l'époux au prix de base rajusté pour l'auteur du transfert, le législateur a voulu rendre l'opération attrayante. Le ministre a omis de mettre au jour, comme l'exigent les arrêts *Trustco Canada* et *Kaulius*,

*Canada Trustco* and *Kaulius*. The approbation by the Court of the Minister's resort to vague generalities or "overriding policy" will only increase the element of uncertainty in tax planning that *Canada Trustco* and *Kaulius* sought to avoid. [59] [67]

*Canada Trustco* requires the Minister to identify the misuse and abuse of an "object, spirit or purpose" that is "anchored in a textual, contextual and purposive interpretation of the specific provisions that are relied upon for the tax benefit". By ignoring the initial sale of shares to the spouse and recharacterizing the interest payment in relation thereto as nothing more than interest on a house mortgage, and effectively arguing for a stand-alone prohibition on the deductibility of a house mortgage interest (despite *Singleton*), the Minister engages in the sort of vague appeal to "overriding policy" that *Canada Trustco* sought to eliminate from the GAAR analysis. [65]

In this case, as in *Singleton*, there was a change in the taxpayer's position with real economic substance. The share sale must be accepted as an essential part of the "series of transactions". Parliament must have contemplated that by giving taxpayers a choice under s. 73(1) in the context of an inter-spousal transfer of property, they would exercise it in a tax-minimizing manner. Far from offending the "object, spirit or purpose" of the spousal attribution rules, the taxpayer's tax plan fulfilled them, or at a minimum did not abuse them. It cannot be right that whenever a lower income spouse borrows money to purchase shares from a higher income spouse there is an abuse of the spousal attribution rules unless the transferring spouse opts out of ss. 73(1) and 74.1(1), and thereby forfeits a tax benefit clearly available under the Act. While many spouses regard themselves as forming an economic unit, the rate at which spousal units implode serves as a reminder that the economic union of marriage is neither indissoluble nor free of risk. [87] [91-93] [96]

The "overall purpose" approach which the Tax Court judge adopted, and the Federal Court of Appeal accepted, was an error of law. The principal focus in s. 245(4) is on results not purpose. While the legal relationships actually created by the taxpayer do not control the application of the GAAR, they cannot be ignored. Here, the application of the GAAR would mean paying lip service to the principle that taxpayers are entitled to arrange their affairs to minimize the amount of tax payable, without taking seriously its role in promoting consistency, predictability and fairness in the tax system. [86] [90] [98]

la politique précise que contrecarrait le stratagème du contribuable. Si la Cour permettait au ministre de s'en remettre à de vagues généralités ou à l'existence d'une « politique prépondérante », l'incertitude entourant la planification fiscale qu'elle a voulu lever en rendant ces arrêts n'en serait que plus grande. [59] [67]

Suivant l'arrêt *Trustco Canada*, le ministre doit décrire l'abus de « l'objet ou l'esprit » des dispositions « [selon] une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique des dispositions invoquées pour obtenir l'avantage fiscal ». En faisant fi de la vente initiale des actions à l'épouse, en considérant plutôt les intérêts payés à cet égard comme de simples intérêts sur le prêt hypothécaire résidentiel et en faisant effectivement valoir la non-déductibilité en soi de l'intérêt hypothécaire (malgré l'arrêt *Singleton*), le ministre s'en remet plus ou moins à une espèce de « politique prépondérante » que la Cour, dans l'arrêt *Trustco Canada*, a voulu exclure de l'analyse que commande la RGAÉ. [65]

En l'espèce, comme dans l'affaire *Singleton*, il y a eu modification réelle de la situation financière du contribuable. La vente des actions doit être reconnue comme un maillon essentiel de la « série d'opérations ». Le législateur a certainement prévu que s'il offrait un choix au par. 73(1) lors d'un transfert de biens entre époux, le contribuable s'en prévaudrait pour réduire son impôt. Loin de contrevenir à « l'objet ou l'esprit » des règles d'attribution entre époux, le stratagème du contribuable les respectait ou, du moins, n'en constituait pas un abus. Il ne saurait y avoir abus des règles d'attribution chaque fois qu'un époux dont le revenu est inférieur contracte un emprunt pour acheter des actions à un époux dont le revenu est supérieur, sauf dans le cas où l'auteur du transfert se soustrait à l'application des par. 73(1) et 74.1(1) et renonce ainsi à l'avantage fiscal que prévoit clairement la Loi. Bien des couples se considèrent comme des unités économiques, mais les nombreuses ruptures rappellent que l'union économique issue du mariage n'est ni indissoluble ni exempte de risques. [87] [91-93] [96]

L'interprétation fondée sur l'« objet global » adoptée par la Cour de l'impôt, puis entérinée par la Cour d'appel fédérale, constituait une erreur de droit. Pour les besoins du par. 245(4), l'accent est mis principalement sur le résultat, et non sur l'objet. Les rapports juridiques créés par le contribuable ne sont pas déterminants pour l'application de la RGAÉ, mais ils ne peuvent être ignorés. En l'espèce, appliquer la RGAÉ équivaut à invoquer pour la forme le principe suivant lequel le contribuable peut organiser ses affaires de façon à payer le moins d'impôt possible, sans prendre son rôle au sérieux en ce qui concerne la cohérence, la prévisibilité et l'équité du régime fiscal. [86] [90] [98]

*Per* Rothstein J. (dissenting): There was no abuse of ss. 20(1)(c) and 20(3) of the Act. There is no reason why a taxpayer may not arrange his or her affairs so as to finance personal assets out of equity and income earning assets out of debt. With respect to the taxpayer's use of s. 74.1(1), ss. 245(2) and 245(4) require that all other relevant provisions of the Act be read before the Minister may have recourse to the GAAR. This Court held in *Canada Trustco* that the GAAR is a provision of last resort. If there is a specific anti-avoidance rule that precludes the use of an enabling rule to avoid or reduce tax, then the GAAR will not apply. The Minister did have other recourse in this case. Section 74.5(11) is a specific anti-avoidance rule that precludes the use of the attribution rules where one of the main reasons for the transfer of property was to reduce the amount of tax that would be payable on the income derived from the property. Here, one of the main reasons for the transfer of shares to the wife was to reduce or eliminate the dividend income on the shares. Therefore because s. 74.5(11) applied, s. 245 did not apply, and could not be relied upon by the Minister. The Minister should have resorted to s. 74.5(11) in order to reassess the taxpayer in respect of his use of s. 74.1(1). The Minister's failure to invoke s. 74.5(11) is fatal to his reassessment in respect of s. 74.1(1). The Minister cannot preemptively rely on the GAAR to address the alleged abusive use of s. 74.1(1) as if s. 74.5(11) did not exist. The fact that the parties did not rely on s. 74.5(11) — either as the basis for reassessment or as the reason why the Minister's claim should fail — does not change the fact that the section applies in law. If the Minister had reassessed the taxpayer by use of the relevant specific anti-avoidance provision, s. 74.5(11), then the tax benefit that resulted from the taxpayer's use of the attribution rules would have been precluded. The Minister could not invoke the GAAR to reassess in respect of the taxpayer's use of s. 74.1. [100] [102] [104-105] [108-110] [114-115] [118] [122] [124]

### Cases Cited

Cited by LeBel J.

**Distinguished:** *Singleton v. Canada*, 2001 SCC 61, [2001] 2 S.C.R. 1046, aff'g [1999] 4 F.C. 484; **referred to:** *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Mathew v. Canada*, 2005 SCC 55, [2005] 2 S.C.R. 643; *Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1; *Placer*

*Le juge* Rothstein (dissident) : Il n'y a pas eu d'abus de l'al. 20(1)c) et du par. 20(3) de la Loi. Rien ne s'oppose à ce qu'un contribuable organise ses affaires de façon à acquérir un bien personnel grâce à un financement par actions et un bien productif de revenus grâce à un financement par emprunt. En ce qui concerne l'application du par. 74.1(1) au bénéficiaire du contribuable, les par. 245(2) et (4) exigent du ministre qu'il prenne en compte toutes les autres dispositions pertinentes de la Loi avant d'avoir recours à la RGAÉ. La Cour a statué dans l'arrêt *Trustco Canada* que la RGAÉ est une disposition de dernier recours. Lorsqu'une règle anti-évitement particulière interdit au contribuable de se prévaloir de la disposition habilitante pour se soustraire entièrement ou partiellement à l'impôt, la RGAÉ ne s'applique pas. Le ministre disposait d'autres moyens en l'espèce. Le paragraphe 74.5(11) constitue une règle anti-évitement particulière faisant obstacle à l'application des règles d'attribution lorsque l'un des principaux motifs du transfert d'un bien est la réduction de l'impôt payable sur le revenu tiré du bien. En l'espèce, l'un des principaux motifs du transfert des actions à l'épouse était de réduire ou de neutraliser le revenu de dividendes tiré des actions. Étant donné que le par. 74.5(11) s'appliquait, l'art. 245 ne s'appliquait donc pas et ne pouvait être invoqué par le ministre. Ce dernier aurait dû se fonder sur le par. 74.5(11) pour établir la nouvelle cotisation eu égard à l'application du par. 74.1(1). Son omission de le faire porte un coup fatal à cette nouvelle cotisation. Le ministre ne peut décider d'emblée de s'en remettre plutôt à la RGAÉ pour réprimer le recours abusif au par. 74.1(1), comme si le par. 74.5(11) n'existait pas. Le fait que les parties ne l'ont pas invoqué pour établir la nouvelle cotisation ou pour justifier le rejet de la thèse du ministre n'empêche pas le par. 74.5(11) de s'appliquer en droit. Si la nouvelle cotisation visant le contribuable avait été établie sur le fondement de la disposition anti-évitement particulière applicable — le par. 74.5(11) —, l'avantage fiscal issu de l'utilisation des règles d'attribution aurait été écarté. Le ministre ne pouvait invoquer la RGAÉ pour établir une nouvelle cotisation à l'égard de l'utilisation de l'art. 74.1 par le contribuable. [100] [102] [104-105] [108-110] [114-115] [118] [122] [124]

### Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

**Distinction d'avec l'arrêt :** *Singleton c. Canada*, 2001 CSC 61, [2001] 2 R.C.S. 1046, conf. [1999] 4 C.F. 484; **arrêts mentionnés :** *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Mathew c. Canada*, 2005 CSC 55, [2005] 2 R.C.S. 643; *Commissioners of Inland Revenue c. Duke of*

*Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715; *Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, 2001 SCC 62, [2001] 2 S.C.R. 1082; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627.

Cited by Binnie J. (dissenting)

*Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1; *Singleton v. Canada*, 2001 SCC 61, [2001] 2 S.C.R. 1046; *Jabs Construction Ltd. v. The Queen*, 99 D.T.C. 729; *Mathew v. Canada*, 2005 SCC 55, [2005] 2 S.C.R. 643.

Cited by Rothstein J. (dissenting)

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

#### Statutes and Regulations Cited

*Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 18(1)(a), (h), 20, 73(1), 74.1 to 74.5, 245.

#### Authors Cited

Ahmed, Firoz, and Cassandra Priede. “Case Comment — *Lipson v. Canada*” (2007), 17 *Can. Curr. Tax* 77.  
 Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 9th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2006.  
 McDonnell, Thomas E. “The Relevance of ‘Overall Purpose’ in a GAAR Analysis” (2007), 55 *Can. Tax J.* 720.  
 Thivierge, Manon. “GAAR Redux: After Canada Trustco”, in *Report of Proceedings of the Fifty-Eighth Tax Conference*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 2007, 4:1.

APPEALS from a judgment of the Federal Court of Appeal (Décary, Noël and Sexton J.J.A.), 2007 FCA 113, [2007] 4 F.C.R. 641, 280 D.L.R. (4th) 714, 361 N.R. 191, [2007] 3 C.T.C. 110, 2007 D.T.C. 5172, [2007] F.C.J. No. 402 (QL), 2007 CarswellNat 640, affirming a decision of Bowman C.J.T.C., 2006 TCC 148, [2006] 3 C.T.C. 2494, 2006 D.T.C. 2687, [2006] T.C.J. No. 174 (QL), 2006 CarswellNat 982. Appeals dismissed, Binnie, Deschamps and Rothstein JJ. dissenting.

*Edwin G. Kroft and Rosemarie Wertschek, Q.C.*, for the appellants.

*Westminster*, [1936] A.C. 1; *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715; *Entreprises Ludco Ltée c. Canada*, 2001 CSC 62, [2001] 2 R.C.S. 1082; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627.

Citée par le juge Binnie (dissident)

*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Commissioners of Inland Revenue c. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1; *Singleton c. Canada*, 2001 CSC 61, [2001] 2 R.C.S. 1046; *Jabs Construction Ltd. c. La Reine*, 1999 CanLII 520; *Mathew c. Canada*, 2005 CSC 55, [2005] 2 R.C.S. 643.

Citée par le juge Rothstein (dissident)

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

#### Lois et règlements cités

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 18(1)a), h), 20, 73(1), 74.1 à 74.5, 245.

#### Doctrine citée

Ahmed, Firoz, and Cassandra Priede. « Case Comment — *Lipson v. Canada* » (2007), 17 *Can. Curr. Tax* 77.  
 Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 9th ed. Toronto : Thomson/Carswell, 2006.  
 McDonnell, Thomas E. « The Relevance of “Overall Purpose” in a GAAR Analysis » (2007), 55 *Rev. fisc. can.* 720.  
 Thivierge, Manon. « GAAR Redux : After Canada Trustco », dans *Report of Proceedings of the Fifty-Eighth Tax Conference*. Toronto : Association canadienne d'études fiscales, 2007, 4:1.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Décary, Noël et Sexton), 2007 CAF 113, [2007] 4 R.C.F. 641, 280 D.L.R. (4th) 714, 361 N.R. 191, [2007] 3 C.T.C. 110, 2007 D.T.C. 5172, [2007] A.C.F. n° 402 (QL), 2007 CarswellNat 2257, qui a confirmé une décision du juge en chef Bowman, 2006 CCI 148, [2006] 3 C.T.C. 2494, 2006 D.T.C. 2687, [2006] A.C.I. n° 174 (QL), 2006 CarswellNat 982. Pourvois rejetés, les juges Binnie, Deschamps et Rothstein sont dissidents.

*Edwin G. Kroft et Rosemarie Wertschek, c.r.*, pour les appelants.

*Wendy Burnham and Daniel Bourgeois*, for the respondent.

The judgment of LeBel, Fish, Abella and Charron JJ. was delivered by

LEBEL J. —

## I. Introduction

[1] These consolidated appeals raise the issue of what constitutes abusive tax avoidance for the purposes of the general anti-avoidance rule (“GAAR”) provided for in the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“*ITA*” or “*Act*”). More specifically at issue is whether a series of transactions beginning with a wife borrowing money to purchase shares in a family corporation and leading to the husband deducting the interest on the couple’s home mortgage loan results in an abuse and misuse of one or more provisions of the *Act*,\* as contemplated in s. 245(4) of the *ITA*.

[2] The framework for identifying abusive tax avoidance was set out in the cases of *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, and *Mathew v. Canada*, 2005 SCC 55, [2005] 2 S.C.R. 643 (“*Kaulius*”). In those companion cases, the Court held that, for the purposes of s. 245(4), abusive tax avoidance occurs where the impugned transaction frustrates the object, spirit or purpose of one or more of the provisions relied on by the taxpayer.

[3] For the reasons that follow, I agree with the courts below that the respondent has established abusive tax avoidance. The GAAR applies to one of the transactions within the series and can accordingly be used to deny one of the tax benefits sought by the appellants. As a result, the appeals should be dismissed.

## II. Facts

[4] These appeals were heard on the basis of a statement of agreed facts and conclusion, on which

\* The relevant provisions of the *Income Tax Act* are reproduced in the Appendix.

*Wendy Burnham et Daniel Bourgeois*, pour l’intimée.

Version française du jugement des juges LeBel, Fish, Abella et Charron rendu par

LE JUGE LEBEL —

## I. Introduction

[1] Dans les présents pourvois réunis, notre Cour est appelée à se prononcer sur ce qui constitue de l’évitement fiscal abusif aux fins de la règle générale anti-évitement (« RGAÉ ») de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.) (« *LIR* » ou « *Loi* »). Plus particulièrement, elle doit décider si une série d’opérations, allant de l’emprunt contracté par l’épouse pour l’achat d’actions de l’entreprise familiale à la déduction par le mari de l’intérêt payé sur le prêt hypothécaire contracté pour l’achat de la résidence du couple, constitue un abus dans l’application d’une ou de plusieurs dispositions de la *Loi*\* au sens du par. 245(4) de la *LIR*.

[2] Dans les arrêts connexes *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601 (« *Trustco Canada* »), et *Mathew c. Canada*, 2005 CSC 55, [2005] 2 R.C.S. 643 (« *Kaulius* »), notre Cour a établi le cadre d’analyse qui permet de déterminer s’il y a ou non évitement fiscal abusif. Ainsi, pour l’application du par. 245(4), il y a évitement fiscal abusif lorsque l’opération en cause va à l’encontre de l’objet ou de l’esprit d’une ou de plusieurs des dispositions invoquées par le contribuable.

[3] Pour les motifs qui suivent, je conviens avec les tribunaux inférieurs que l’intimée a prouvé l’évitement fiscal abusif. La RGAÉ s’applique à l’une des opérations de la série et peut donc permettre de supprimer l’un des avantages fiscaux réclamés par les appelants. Les pourvois sont donc rejetés.

## II. Faits

[4] Les pourvois ont été entendus à partir d’un document appelé [TRADUCTION] « exposé conjoint

\* Les dispositions pertinentes de la *Loi de l’impôt sur le revenu* sont reproduites dans l’annexe.

I will rely in reviewing the relevant facts. The appellant Earl Lipson (“Mr. Lipson”) conducted a series of transactions whose purpose, he concedes, was to minimize his income tax. He also concedes that his transactions were avoidance transactions within the meaning of s. 245(3) of the *ITA*. First, in April 1994, Mr. Lipson and his wife, Jordanna Lipson (“Mrs. Lipson”), entered into an agreement of purchase and sale for a family residence in Toronto. The purchase price was \$750,000. On August 31, 1994, Mrs. Lipson borrowed \$562,500 from the Bank of Montreal to finance the purchase at fair market value of 20 and 5/6 shares in Lipson Family Investments Limited, a family corporation. Mrs. Lipson did not earn enough income to pay the interest on this loan (the “share loan”) and the bank would not have lent it to her on an unsecured basis but for the fact that Mr. Lipson had agreed to repay the loan in its entirety the following day. Mrs. Lipson paid the borrowed money directly to her husband, who transferred the shares to her. It should be noted that the brother of Earl Lipson, the appellant Jordan B. Lipson, conducted similar transactions. It was agreed in the courts below that the outcome in Earl Lipson’s appeal would be dispositive of his brother’s appeal. In this Court, the two appeals were consolidated and continued as one appeal in file No. 32041.

[5] Mr. and Mrs. Lipson obtained a mortgage from the Bank of Montreal for \$562,500 (the “mortgage loan”), which was advanced on the closing date of September 1, 1994. They were joint chargers under the mortgage. That same day, they used the mortgage loan funds to repay the share loan in its entirety.

[6] Mr. Lipson relied on four provisions of the *ITA* to claim a deduction of the mortgage loan interest on his 1994, 1995 and 1996 tax returns. The first was s. 73(1), pursuant to which a taxpayer may defer tax on interspousal transfers of property. Mr. Lipson did not elect out of this provision, as he was entitled to do. As a result, the transfer of shares from him to his wife was deemed to have occurred at his adjusted cost base rather than at

des faits et conclusion » sur lequel je m’appuie pour résumer les faits pertinents. L’appellant Earl Lipson (« M. Lipson ») a effectué une série d’opérations dans le but avoué de réduire son impôt sur le revenu. Il reconnaît en outre que ses opérations constituaient des opérations d’évitement au sens du par. 245(3) de la *LIR*. En avril 1994, M. Lipson et son épouse, Jordanna (« M<sup>me</sup> Lipson »), ont convenu d’acheter une résidence familiale à Toronto au prix de 750 000 \$. Le 31 août 1994, M<sup>me</sup> Lipson a emprunté à la Banque de Montréal la somme de 562 500 \$ pour acheter à leur juste valeur marchande 20 actions et 5/6 de l’entreprise familiale Lipson Family Investments Limited. Elle ne touchait pas un revenu suffisant pour payer l’intérêt sur le prêt, et la banque ne lui aurait pas prêté l’argent sans garantie si son mari ne s’était pas engagé à rembourser le lendemain la totalité de la somme empruntée. M<sup>me</sup> Lipson a versé le montant du prêt directement à son mari, qui lui a transféré les actions. Signalons que le frère de M. Lipson, Jordan B. Lipson, a effectué des opérations du même type. Les parties ont convenu devant les tribunaux inférieurs que l’issue de l’appel interjeté par M. Lipson vaudrait également pour celui formé par son frère. Notre Cour a réuni les deux appels dans un seul correspondant au dossier n<sup>o</sup> 32041.

[5] M. et M<sup>me</sup> Lipson ont obtenu de la Banque de Montréal un prêt hypothécaire dont le montant de 562 500 \$ leur a été versé à la date de transfert de la propriété, soit le 1<sup>er</sup> septembre 1994. Les époux se portaient codébiteurs hypothécaires. Le même jour, ils ont affecté le montant du prêt hypothécaire au remboursement de la totalité du prêt contracté pour l’achat des actions.

[6] M. Lipson a invoqué quatre articles de la *LIR* pour déduire l’intérêt hypothécaire dans ses déclarations de revenus pour 1994, 1995 et 1996 dont, en premier lieu, le par. 73(1), qui permet au contribuable de reporter l’impôt sur le transfert de biens entre époux. M. Lipson n’a pas soustrait les biens en cause à l’application de cette disposition comme il lui était permis de le faire. Par conséquent, le transfert de ses actions à son épouse est réputé avoir eu

fair market value, such that he neither sustained a loss nor realized a gain on the sale.

[7] Second, s. 74.1 attributes any income or loss from property transferred from one spouse to another back to the transferring spouse for tax purposes. Thus, although Mrs. Lipson owned the shares acquired from her husband, the dividend income and losses were attributed to Mr. Lipson.

[8] The third provision, although the shares were paid for with the proceeds of the share loan rather than the mortgage loan, was s. 20(3), which allows a deduction for interest on money borrowed to repay previously borrowed money if the interest on the original loan is deductible. As the Tax Court judge noted, the purpose of this provision is to facilitate refinancing (2006 TCC 148, [2006] 3 C.T.C. 2494, at para. 20). The mortgage loan was therefore treated as having funded the share purchase.

[9] Finally, Mr. Lipson deducted the interest on the mortgage loan pursuant to s. 20(1)(c), which permits the deduction of interest on money borrowed “for the purpose of earning income from a business or property”. It is not in dispute that the shares in Lipson Family Investments Limited were income-producing assets for Mrs. Lipson and that, were it not for the attribution rule of s. 74.1, she would be entitled, under s. 20(1)(c), to deduct the interest on the money borrowed to purchase the shares. As a result of that attribution rule, however, the dividend income and the interest expense were attributed to Mr. Lipson.

[10] On his 1994, 1995 and 1996 tax returns, Mr. Lipson deducted the interest on the mortgage loan and reported the taxable dividends on the shares as income where applicable. The Minister of National Revenue (“Minister”) disallowed the interest expenses of \$12,948.19, \$47,370.55 and \$44,572.95, respectively, for those years and reassessed Mr. Lipson accordingly. The Minister originally disallowed the deductions on the basis that the true

lieu au prix de base rajusté, pour lui, plutôt qu’à la juste valeur marchande, de sorte qu’il n’a pas subi de perte ni réalisé de gain lors de la vente.

[7] Deuxièmement, aux fins de l’impôt, l’art. 74.1 a pour effet de réattribuer à l’auteur du transfert tout revenu ou perte provenant du bien transféré d’un conjoint à l’autre. Même si M<sup>me</sup> Lipson était propriétaire des actions achetées à son époux, le revenu de dividendes et les pertes étaient donc attribués à son mari.

[8] La troisième disposition invoquée, même si les actions ont été payées grâce au prêt contracté pour leur achat, et non grâce au prêt hypothécaire, correspond au par. 20(3), qui autorise la déduction de l’intérêt sur l’argent emprunté pour rembourser un emprunt antérieur lorsque l’intérêt sur le prêt initial est déductible. Comme le fait remarquer le juge de la Cour canadienne de l’impôt (« Cour de l’impôt »), cette disposition vise à faciliter le refinancement (2006 CCI 148, [2006] A.C.I. n° 174 (QL), par. 20). Le prêt hypothécaire était donc réputé avoir servi à l’achat des actions.

[9] Enfin, M. Lipson a déduit l’intérêt hypothécaire en application de l’al. 20(1)(c), qui autorise la déduction de l’intérêt sur l’argent emprunté « en vue de tirer un revenu d’une entreprise ou d’un bien ». Nul ne conteste que les actions de Lipson Family Investments Limited constituaient des biens productifs de revenu pour M<sup>me</sup> Lipson et que, n’eût été la règle d’attribution, l’épouse aurait pu déduire, suivant l’al. 20(1)(c), l’intérêt sur l’argent emprunté pour acheter les actions. Toutefois, par application de cette règle prévue à l’art. 74.1, le revenu de dividendes et les frais d’intérêts ont été attribués à M. Lipson.

[10] Dans ses déclarations de revenus pour 1994, 1995 et 1996, M. Lipson a déduit l’intérêt hypothécaire et déclaré les dividendes imposables versés sur les actions. Le ministre du Revenu national (« ministre ») a refusé la déduction des frais d’intérêts s’élevant respectivement à 12 948,19 \$, 47 370,55 \$ et 44 572,95 \$ pour les trois années d’imposition et il a établi de nouvelles cotisations en conséquence. Initialement, il a refusé les

economic purpose for which the borrowed money was used was not to earn income and that the interest was therefore not deductible under s. 20(1)(c) of the *ITA*. However, by the time the case reached the Tax Court of Canada, this Court had rejected the “true economic purpose” approach in *Singleton v. Canada*, 2001 SCC 61, [2001] 2 S.C.R. 1046, aff’g [1999] 4 F.C. 484. The Minister therefore argued the case on the basis of the GAAR set out in s. 245 of the *ITA* and submitted that the series of transactions amounted to abusive tax avoidance.

### III. Judicial History

[11] The appellants appealed the Minister’s reassessments to the Tax Court of Canada. The only issue at trial was whether the transactions, which the parties agreed were avoidance transactions resulting in a tax benefit, constituted abusive tax avoidance and were prohibited by the GAAR. Bowman C.J.T.C. relied on the approach to the GAAR set out by this Court in *Canada Trustco* and *Kaulius*. He held that “[t]he overall purpose as well as the use to which each individual provision was put was to make interest on money used to buy a personal residence deductible” (para. 23). He emphasized this overall purpose in relation to the purposes of each of the provisions in question and found that the series of transactions resulted in a misuse of ss. 20(1)(c), 20(3), 73(1) and 74.1 of the *ITA* (para. 23). He therefore dismissed the appeals.

[12] On appeal to the Federal Court of Appeal, the appellants claimed that Bowman C.J.T.C. had erred by relying on the overall purpose of the series of transactions in concluding that the transactions resulted in a misuse of specific *ITA* provisions. They added that Bowman C.J.T.C. had relied on the economic purpose and substance of the transactions, which is not the test for interest deductibility under s. 20(1)(c). The proper approach, according to the appellants, would have been to assess each transaction, and the resulting legal relationships, separately, in which case the court could find no abuse

déductions au motif que la véritable fin économique à laquelle l’argent emprunté avait été utilisé n’était pas la production d’un revenu, de sorte que l’intérêt n’était pas déductible suivant l’al. 20(1)c) de la *LIR*. Toutefois, avant que la Cour de l’impôt ne soit saisie de l’affaire, dans l’arrêt *Singleton c. Canada*, 2001 CSC 61, [2001] 2 R.C.S. 1046, conf. [1999] 4 C.F. 484, notre Cour a écarté le critère de la « véritable fin économique ». Le ministre a donc invoqué la RGAÉ prévue à l’art. 245 de la *LIR* et soutenu que la série d’opérations constituait de l’évitement fiscal abusif.

### III. Historique judiciaire

[11] Les appelants ont interjeté appel des nouvelles cotisations devant la Cour de l’impôt. La seule question en litige était celle de savoir si les opérations, qui de l’aveu des appelants constituaient des opérations d’évitement conférant un avantage fiscal, donnaient lieu à un évitement fiscal abusif et tombaient sous le coup de la RGAÉ. Recourant à la méthode d’application de la RGAÉ retenue par notre Cour dans les arrêts *Trustco Canada* et *Kaulius*, le juge en chef Bowman a conclu que « [l’]objet global, de même que l’usage qui a été fait de chaque disposition visaient à rendre déductibles les intérêts sur l’argent utilisé pour acheter une résidence personnelle » (par. 23). Il a insisté sur l’importance de l’objet global des opérations au regard de l’objet de chacune de ces dispositions et il a conclu que les séries d’opérations donnaient lieu à un abus dans l’application de l’al. 20(1)c) de la *LIR*, de ses par. 20(3) et 73(1), ainsi que de son art. 74.1 (par. 23). Il a donc rejeté les appels.

[12] Devant la Cour d’appel fédérale, les appelants ont plaidé que le juge en chef Bowman avait eu tort de se fonder sur l’objet global des séries d’opérations pour conclure à l’abus dans l’application de certaines dispositions de la *LIR*. Ils ont fait valoir que le juge en chef Bowman avait tenu compte de la fin et de la raison d’être économiques des opérations, ce qui ne correspondait pas au critère applicable à la déductibilité de l’intérêt pour les besoins de l’al. 20(1)c). Selon eux, il fallait considérer séparément chacune des opérations ainsi que les rapports juridiques qui en avaient résulté, ce qui

and misuse of the provisions. They argued that this approach was consistent with the Supreme Court's rulings in *Canada Trustco* and *Kaulius*.

[13] Noël J.A. agreed that, viewed separately and without regard to the overall purpose of the scheme, no single one of the transactions appeared abusive (2007 FCA 113, [2007] 4 F.C.R. 641, at para. 33). However, he concluded that *Bowman C.J.T.C.* was entitled to consider the transactions as a series. Indeed, both ss. 245(2) and 245(3)(b) contemplate the denial of a tax benefit resulting from a "series of transactions". Further, Noël J.A. quoted para. 46 of *Kaulius*, in which this Court spoke of assessing the "object, spirit or purpose" of the provision "in light of the series of transactions". He concluded that "the series cannot be ignored in conducting the abuse analysis" for the purposes of the GAAR (para. 45). He held that it had been open to *Bowman C.J.T.C.* to find, as he did, that the transactions resulted in a misuse of several provisions of the *ITA*. He dismissed the appeals.

#### IV. Analysis

##### A. *Issues and Positions of the Parties*

[14] The appellants submit that the Minister has not established that abusive tax avoidance had occurred. They point out that it is not disputed that the share purchase transaction was a *bona fide*, legal transaction in which Mrs. Lipson acquired shares in Lipson Family Investments Limited. She earned income on those shares and, were it not for s. 74.1 of the *ITA*, would have been required to report that income for tax purposes but would, pursuant to s. 20(1)(c), have been entitled to deduct the interest paid on the money borrowed to purchase those shares. The purpose of s. 20(1)(c) is to encourage the accumulation of income-producing assets. The fact that the applicability of this provision depends on tracing (i.e., of the actual use of the borrowed funds) rather than on apportionment or ordering (based on assumptions about use) means that the

ne permettait pas de conclure à l'abus dans l'application des dispositions en cause. À leur avis, cette démarche était compatible avec celle préconisée par notre Cour dans les arrêts *Trustco Canada* et *Kaulius*.

[13] Le juge Noël a reconnu que, considérées séparément et sans égard à l'objet global du stratagème, les opérations ne semblaient pas abusives (2007 CAF 113, [2007] 4 C.F. 641, par. 33). Toutefois, il a conclu qu'on ne pouvait reprocher au juge en chef *Bowman* d'avoir considéré les opérations comme faisant partie d'une série. Le libellé du par. 245(2) et celui de l'al. 245(3)(b) renvoient en effet à la suppression d'un avantage fiscal découlant d'une « série d'opérations ». De plus, le juge Noël cite le par. 46 de l'arrêt *Kaulius* où notre Cour dit qu'il convient de considérer « l'objet ou l'esprit » de la disposition « à la lumière de la série d'opérations ». Il a donc estimé que « la série ne peut être ignorée quand on se demande s'il y a eu abus de la disposition » suivant la RGAÉ (par. 45). Il a statué qu'il était permis au juge en chef *Bowman* de conclure comme il l'avait fait qu'un abus dans l'application de plusieurs dispositions de la *LIR* avait découlé des opérations. Il a rejeté les appels.

#### IV. Analyse

##### A. *Questions en litige et thèses des parties*

[14] Les appelants soutiennent que le ministre n'a pas prouvé l'évitement fiscal abusif. Ils font remarquer que nul ne conteste que l'opération d'achat d'actions constituait une opération juridique véritable par laquelle M<sup>me</sup> Lipson a fait l'acquisition d'actions de Lipson Family Investments Limited. La contribuable a tiré de ces actions un revenu qu'elle aurait dû déclarer n'eût été l'art. 74.1 de la *LIR*, mais en application de l'al. 20(1)(c) — qui vise à encourager l'accumulation de biens productifs de revenu —, elle aurait pu déduire l'intérêt payé sur l'argent emprunté pour acheter les actions. Comme l'applicabilité de l'al. 20(1)(c) dépend de l'affectation des fonds empruntés (soit leur utilisation réelle), et non de leur répartition (fondée sur des présomptions d'utilisation), la disposition s'intéresse aux rapports juridiques, et non à la véritable fin économique de

provision is concerned with legal relationships rather than with the true economic purpose of the transaction or series of transactions (Appellants' Factum, at paras. 72-76). This principle was confirmed in *Singleton*, where a taxpayer was effectively permitted to deduct his home mortgage interest under s. 20(1)(c) because the direct use of the funds in issue was to acquire an income-producing asset, not to purchase a house. Therefore, the transactions in that case did not frustrate the purpose of s. 20(1)(c).

[15] Similarly, according to the appellants, the purposes of the other three provisions on which they rely are not frustrated. Section 20(3) contemplates the refinancing of a loan, and that was what the Lipsons did in using the mortgage loan to pay off the share loan. Section 73(1) applies automatically unless the taxpayer opts out, and s. 74.1 also applies automatically if the taxpayer does not elect out of s. 73(1). The provisions operated as intended. It would have been a misuse had they *not* applied.

[16] The appellants argue that the courts below erred in their analysis of the GAAR by relying on the "overall purpose" of the transactions, since an "overall purpose" test is not part of the inquiry under s. 245(4). Further, to the extent that "overall purpose" is synonymous with "true economic purpose", this Court rejected the application of such a test under s. 20(1)(c) in *Singleton* and stated in *Canada Trustco* that "economic substance" is not determinative in the inquiry under s. 245(4) (*Canada Trustco*, at paras. 57 and 59). The effect of adopting an "overall purpose" test under s. 245(4) would be to cause uncertainty and inconsistency for taxpayers.

[17] The respondent, on the other hand, submits that the appellants' approach effectively reads the GAAR out of the *ITA*. The very purpose of the GAAR is to negate arrangements that would result

l'opération ou de la série d'opérations (mémoire des appelants, par. 72-76). Notre Cour l'a d'ailleurs confirmé dans l'affaire *Singleton*, où l'al. 20(1)c) autorisait effectivement le contribuable à déduire l'intérêt sur son prêt hypothécaire résidentiel parce qu'il avait affecté la somme empruntée directement à l'acquisition d'un bien productif de revenu, et non d'une résidence. Les opérations en question n'allaient donc pas à l'encontre de l'objet de l'al. 20(1)c).

[15] Dans le même ordre d'idées, les appelants font valoir que les opérations respectent l'objet des trois autres dispositions invoquées. Le paragraphe 20(3) porte sur le refinancement d'un prêt, et c'est ce que les Lipson ont fait en remboursant le prêt contracté pour l'achat des actions avec le montant du prêt hypothécaire. Le paragraphe 73(1) s'applique automatiquement à moins que le contribuable ne soustraie le bien à son application, et l'art. 74.1 s'applique lui aussi automatiquement si le contribuable ne soustrait pas le bien à l'application du par. 73(1). Les dispositions ont joué de la manière prévue. Il y aurait eu abus si elles *ne* s'étaient *pas* appliquées.

[16] Les appelants soutiennent que les tribunaux inférieurs ont appliqué erronément la RGAÉ en se fondant sur l'« objet global » des opérations, car l'« objet global » ne constitue pas un critère aux fins du par. 245(4). De plus, dans la mesure où « objet global » est synonyme de « véritable fin économique », dans l'arrêt *Singleton*, notre Cour a écarté ce critère pour les besoins de l'al. 20(1)c) et, dans l'arrêt *Trustco Canada*, elle a opiné que la « raison d'être économique » n'est pas déterminante dans l'analyse que commande le par. 245(4) (*Trustco Canada*, par. 57 et 59). Le recours au critère de l'« objet global » pour l'application du par. 245(4) donnerait lieu à des décisions contradictoires et serait source d'incertitude pour les contribuables.

[17] L'intimée prétend pour sa part que la thèse des appelants fait abstraction de l'existence de la RGAÉ. Or, cette règle de la *LIR* vise précisément à invalider un mécanisme qui, « sans le présent

in a tax benefit “but for this section” (s. 245(2)). In other words, even if the provision being relied on allows a tax benefit, this does not preclude the transaction from being abusive under s. 245(4) of the Act.

[18] A contextual and purposive approach to the GAAR, as is mandated by *Canada Trustco* and *Kaulius*, requires a court to consider the purpose of each provision relied on and whether that purpose was defeated by the transaction or series of transactions. According to the respondent, such an analysis leads inevitably to the conclusion that to allow the interest to be deducted in the case at bar would frustrate the purpose of the provisions being relied on. Specifically, the deduction of mortgage interest frustrates the purpose of s. 20(1)(c) because personal expenses such as home mortgage interest are not deductible under s. 20(1)(c), as is clear from ss. 18(1)(a) and 18(1)(h) of the *ITA*. Such a deduction also frustrates s. 74.1, because that provision is aimed at preventing income splitting. Section 74.1 is an anti-avoidance provision, but it was used here precisely to avoid tax. It cannot be consistent with the object, spirit or purpose of s. 20(1)(c), s. 73(1) or s. 74.1 to permit one spouse to deduct interest on money borrowed to fund a personal expense for the benefit of both spouses. The respondent therefore submits that the courts below were correct in finding that the transactions were prohibited by the GAAR.

#### B. *Applicability of the Singleton Case to the Present Situation*

[19] As I mentioned above, the appellants consider this Court’s decision in *Singleton* to weigh in their favour because of its focus on legal relationships. The Minister concedes that, were it not for the GAAR, Mr. Lipson could properly deduct the interest expense under s. 20(1)(c) (Statement of Agreed Facts and Conclusion, at para. 15). If, as in *Singleton*, the issue in the instant case were whether the deduction was properly available under s. 20(1)(c), the Minister’s concession would be fatal.

[20] However, neither the GAAR nor s. 74.1 of the *ITA* was at issue in *Singleton*, so the present

article [l’art. 245] », conférerait un avantage fiscal (par. 245(2)). En d’autres termes, même si la disposition invoquée accorde un avantage fiscal, l’opération peut être abusive au sens du par. 245(4) de la Loi.

[18] Suivant l’analyse contextuelle et téléologique de la RGAÉ que commandent les arrêts *Trustco Canada* et *Kaulius*, il faut examiner l’objet de chacune des dispositions invoquées puis déterminer si l’opération ou la série d’opérations respecte cet objet. Pour l’intimée, la démarche mène inéluctablement à la conclusion que la déduction de l’intérêt en l’espèce contrecarre l’objet des dispositions invoquées. Plus précisément, la déduction de l’intérêt hypothécaire est incompatible avec l’objet de l’al. 20(1)c), car les frais personnels, tel l’intérêt sur un prêt hypothécaire résidentiel, ne sont pas déductibles en application de cet alinéa, comme le confirment les al. 18(1)a) et h) de la *LIR*. Elle est également contraire à l’art. 74.1, dont la raison d’être est d’empêcher le fractionnement du revenu. Il s’agit d’une disposition anti-évitement, mais elle a été utilisée précisément pour soustraire le revenu à l’impôt. Permettre à un époux de déduire l’intérêt sur l’argent emprunté pour effectuer une dépense personnelle bénéficiant aux deux époux ne saurait être conforme à l’objet ou à l’esprit de l’al. 20(1)c), du par. 73(1) ou de l’art. 74.1. L’intimée prétend donc que les tribunaux inférieurs ont eu raison de conclure que les opérations tombaient sous le coup de la RGAÉ.

#### B. *Applicabilité en l’espèce de l’arrêt Singleton*

[19] Les appelants, je le rappelle, estiment que l’arrêt *Singleton* appuie leur thèse en ce qu’il met l’accent sur les rapports juridiques. Le ministre reconnaît que sans la RGAÉ, M. Lipson aurait pu à bon droit déduire l’intérêt sur le fondement de l’al. 20(1)c) (exposé conjoint des faits et conclusion, par. 15). Si, comme dans l’affaire *Singleton*, la question en litige s’entendait de la déductibilité suivant cet alinéa, l’aveu du ministre serait fatal.

[20] Or, dans l’affaire *Singleton*, ni la RGAÉ ni l’art. 74.1 de la *LIR* n’étaient en cause, de sorte

case is distinguishable. By treating *Singleton* as dispositive of the present appeals, the appellants in effect read the GAAR out of the *ITA*.

C. *Interpretation of Tax Statutes and the Principle of Minimizing Tax Liability*

[21] It has long been a principle of tax law that taxpayers may order their affairs so as to minimize the amount of tax payable (*Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1 (H.L.)). This remains the case. However, the *Duke of Westminster* principle has never been absolute, and Parliament enacted s. 245 of the *ITA*, known as the GAAR, to limit the scope of allowable avoidance transactions while maintaining certainty for taxpayers (*Canada Trustco*, at para. 15). In brief, the GAAR denies a tax benefit where three criteria are met: the benefit arises from a transaction (ss. 245(1) and 245(2)); the transaction is an avoidance transaction as defined in s. 245(3); and the transaction results in an abuse and misuse within the meaning of s. 245(4). The taxpayer bears the burden of proving that the first two of these criteria are not met, while the burden is on the Minister to prove, on the balance of probabilities, that the avoidance transaction results in abuse and misuse within the meaning of s. 245(4).

[22] The appellants argue that the courts below erred by disregarding the existence of two tax benefits stemming from the series of transactions. They contend and concede that the series of transactions involves two tax benefits: Mrs. Lipson's entitlement to the interest deduction and the actual deduction of that interest from Mr. Lipson's income by application of the attribution rules (see Transcript, at pp. 9, 10 and 17). I would add that, as specified in *Canada Trustco*, at para. 19, the existence of a tax benefit is a factual determination best left to the Tax Court judge. However, in the case at bar, the Tax Court judge did not clearly decide whether the series of transactions created more than one tax benefit. This Court must therefore make that determination. I agree that the GAAR analysis should be conducted in respect of each of those tax benefits. The appellants sought an overall result, that is, the

qu'une distinction s'impose. En tenant l'arrêt *Singleton* pour déterminant en l'espèce, les appelants font en réalité abstraction de la présence de la RGAÉ dans la *LIR*.

C. *Interprétation de dispositions fiscales et principe de la réduction de l'obligation fiscale*

[21] En droit fiscal, un principe de longue date veut que le contribuable puisse organiser ses affaires de manière à réduire le plus possible l'impôt exigible (*Commissioners of Inland Revenue c. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1 (H.L.)). Ce principe, qui vaut toujours, n'a jamais été absolu. Aussi, le législateur a adopté l'art. 245 de la *LIR* — la RGAÉ — pour limiter les opérations d'évitement permises tout en respectant le besoin de certitude des contribuables (*Trustco Canada*, par. 15). En résumé, la RGAÉ supprime un avantage fiscal à trois conditions : l'avantage découle d'une opération (par. 245(1) et 245(2)), qui constitue une opération d'évitement au sens du par. 245(3) et qui entraîne un abus au sens du par. 245(4). Il appartient au contribuable de démontrer que les deux premières conditions ne sont pas remplies, et au ministre de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que l'opération d'évitement entraîne un abus au sens du par. 245(4).

[22] Les appelants prétendent que les tribunaux inférieurs ont eu tort de faire fi de l'existence des deux avantages fiscaux découlant de la série d'opérations. Ils soutiennent et reconnaissent que la série d'opérations confère deux avantages fiscaux : la déductibilité de l'intérêt par M<sup>me</sup> Lipson et la déduction de cet intérêt du revenu de M. Lipson par le jeu des règles d'attribution (transcription, p. 9, 10 et 17). Je préciserais que dans l'arrêt *Trustco Canada*, notre Cour a affirmé au par. 19 que l'existence d'un avantage fiscal reste une question de fait que la Cour de l'impôt est plus à même de trancher. Cependant, dans la présente affaire, cette dernière n'a pas clairement statué que la série d'opérations conférerait un seul avantage fiscal ou plusieurs. Notre Cour doit donc en décider. Je conviens que chacun de ces avantages fiscaux doit faire l'objet d'une analyse au regard de la RGAÉ. Les appelants

deduction of the interest payments on the mortgage from their income. Nevertheless, the legal analysis required by the GAAR cannot stop at this level. Its focus must be on the individual benefits — which may in combination have led to the overall result — in the context of the series of transactions.

[23] Mr. Lipson concedes that all the transactions were avoidance transactions (see Statement of Agreed Facts and Conclusion, at para. 16). Therefore, the issue before us is whether any of the transactions result in a misuse and an abuse having regard to the provisions the taxpayers have relied on.

[24] The GAAR is set out in s. 245 of the *ITA*. The provision at issue in the present case, s. 245(4), reads as follows:

Subsection (2) [i.e. the denial of a tax benefit] applies to a transaction only if it may reasonably be considered that the transaction

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

- (i) this Act,
- (ii) the *Income Tax Regulations*,
- (iii) the *Income Tax Application Rules*,
- (iv) a tax treaty, or
- (v) any other enactment that is relevant in computing tax or any other amount payable by or refundable to a person under this Act or in determining any amount that is relevant for the purposes of that computation; or

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

[25] In other words, a taxpayer will not be denied a tax benefit resulting from an avoidance transaction unless that transaction directly or indirectly results in the abuse and misuse of provisions of the

recherchaient un effet global, à savoir la déduction de l'intérêt hypothécaire de leur revenu. L'analyse juridique que commande la RGAÉ ne peut cependant pas s'arrêter là. Elle doit s'attacher aux avantages individuels — dont le cumul a pu permettre d'obtenir l'effet global — dans le contexte de la série d'opérations.

[23] M. Lipson reconnaît que les opérations étaient toutes des opérations d'évitement (voir exposé conjoint des faits et conclusion, p. 16). Par conséquent, la question à trancher est celle de savoir si l'une ou l'autre des opérations a entraîné un abus dans l'application des dispositions invoquées par les contribuables.

[24] La RGAÉ est énoncée à l'art. 245 de la *LIR*. La disposition en litige, le par. 245(4), est rédigée comme suit :

Le paragraphe (2) [c.-à-d. la suppression d'un avantage fiscal] ne s'applique qu'à l'opération dont il est raisonnable de considérer, selon le cas :

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

- (i) la présente loi,
- (ii) le *Règlement de l'impôt sur le revenu*,
- (iii) les *Règles concernant l'application de l'impôt sur le revenu*,
- (iv) un traité fiscal,
- (v) tout autre texte législatif qui est utile soit pour le calcul d'un impôt ou de toute autre somme exigible ou remboursable sous le régime de la présente loi, soit pour la détermination de toute somme à prendre en compte dans ce calcul;

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

[25] En d'autres termes, le contribuable ne se voit refuser l'avantage fiscal découlant d'une opération d'évitement que lorsque l'opération entraîne directement ou indirectement un abus dans l'application

Act (or regulations, etc.). The approach to determining whether a transaction results in a misuse and an abuse for the purposes of s. 245(4) was set out in *Canada Trustco*, at paras. 44-62, the key portion of which reads as follows:

The heart of the analysis under s. 245(4) lies in a contextual and purposive interpretation of the provisions of the Act that are relied on by the taxpayer, and the application of the properly interpreted provisions to the facts of a given case. The first task is to interpret the provisions giving rise to the tax benefit to determine their object, spirit and purpose. The next task is to determine whether the transaction falls within or frustrates that purpose. The overall inquiry thus involves a mixed question of fact and law. The textual, contextual and purposive interpretation of specific provisions of the *Income Tax Act* is essentially a question of law but the application of these provisions to the facts of a case is necessarily fact-intensive.

This analysis will lead to a finding of abusive tax avoidance when a taxpayer relies on specific provisions of the *Income Tax Act* in order to achieve an outcome that those provisions seek to prevent. As well, abusive tax avoidance will occur when a transaction defeats the underlying rationale of the provisions that are relied upon. An abuse may also result from an arrangement that circumvents the application of certain provisions, such as specific anti-avoidance rules, in a manner that frustrates or defeats the object, spirit or purpose of those provisions. By contrast, abuse is not established where it is reasonable to conclude that an avoidance transaction under s. 245(3) was within the object, spirit or purpose of the provisions that confer the tax benefit. [paras. 44-45]

[26] In determining the purpose of the relevant provision(s) of the Act, a court must take a unified textual, contextual and purposive approach to statutory interpretation (*Canada Trustco*, at para. 47). This approach is, of course, not unique to the GAAR. As this Court confirmed in *Kaulius*, the approach to statutory interpretation is the same for provisions of the *ITA* as for those of any other statute: it is necessary “to determine the intention of the legislator by considering the text, context and purpose of the provisions at issue” (para. 42; see also *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715, at paras. 21-23).

de dispositions de la Loi (ou du Règlement, etc.). La démarche qui s'impose pour déterminer si une opération entraîne un abus au sens du par. 245(4) a été établie dans l'arrêt *Trustco Canada*, aux par. 44-62, dont voici les passages les plus pertinents :

L'interprétation contextuelle et téléologique des dispositions de la Loi invoquées par le contribuable et l'application des dispositions interprétées correctement aux faits d'une affaire donnée sont au cœur de l'analyse fondée sur le par. 245(4). Il faut d'abord interpréter les dispositions générant l'avantage fiscal pour en déterminer l'objet et l'esprit. Il faut ensuite déterminer si l'opération est conforme à cet objet ou si elle le contrecarre. L'analyse globale porte donc sur une question mixte de fait et de droit. L'interprétation textuelle, contextuelle et téléologique de dispositions particulières de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est essentiellement une question de droit, mais l'application de ces dispositions aux faits d'une affaire dépend nécessairement des faits.

Cette analyse aboutit à une conclusion d'évitement fiscal abusif dans le cas où le contribuable se fonde sur des dispositions particulières de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour obtenir un résultat que ces dispositions visent à empêcher. Ainsi, il y a évitement fiscal abusif lorsqu'une opération va à l'encontre de la raison d'être des dispositions invoquées. Un mécanisme qui contourne l'application de certaines dispositions, comme des règles anti-évitement particulières, d'une manière contraire à l'objet ou à l'esprit de ces dispositions peut également donner lieu à un abus. Par contre, l'existence d'un abus n'est pas établie lorsqu'il est raisonnable de conclure qu'une opération d'évitement au sens du par. 245(3) était conforme à l'objet ou à l'esprit des dispositions conférant l'avantage fiscal. [par. 44-45]

[26] Pour déterminer l'objet d'une disposition de la Loi, le tribunal doit recourir à une méthode d'interprétation textuelle, contextuelle et téléologique unifiée (*Trustco Canada*, par. 47). Évidemment, cette méthode ne vaut pas que pour la RGAÉ. Comme notre Cour l'a confirmé dans l'arrêt *Kaulius*, la méthode d'interprétation des lois est la même pour les dispositions de la *LIR* et celles de toute autre loi : il faut « dégager l'intention du législateur en tenant compte du libellé, du contexte et de l'objet des dispositions en cause » (par. 42; voir aussi l'arrêt *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715, par. 21-23).

[27] Thus, the first analytical step is to interpret the four provisions at issue in the present case to determine their essential object, spirit and purpose. The parties do not generally dispute Bowman C.J.T.C.'s analysis in this regard, although they emphasize different aspects of the provisions' object, spirit and purpose. For example, the Minister highlights the link between certain provisions and Parliament's goal of regulating taxation within the spousal unit (Respondent's Factum, at para. 47). The appellants, on the other hand, submit that the Tax Court judge erred in his analysis of the purpose of s. 20(1)(c) by failing to appreciate the importance of "tracing" (Appellants' Factum, at para. 33(c)).

[28] At this step, it is important to identify which provisions are associated with each tax benefit. Here, it is clear that the tax benefit of deductibility of interest relates to ss. 20(1)(c) and 20(3). On the other hand, the tax benefit arising out of Mr. Lipson's use of the attribution rules, namely the possibility of deducting the interest to reduce his income, is linked with ss. 73(1) and 74.1(1). By virtue of these provisions, Mr. Lipson retains, for tax purposes, the stream of income from the shares sold to his wife but is able to deduct the interest payments on the mortgage from his income.

[29] Section 20(1)(c) allows taxpayers to deduct interest on borrowed money used for a commercial purpose. The purpose of this provision is to "create an incentive to accumulate capital with the potential to produce income" (*Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, 2001 SCC 62, [2001] 2 S.C.R. 1082, at para. 63), or to "encourage the accumulation of capital which would produce taxable income" (*Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, at para. 57).

[30] Section 20(3) was enacted "[f]or greater certainty" in order to make it clear that interest that is deductible under s. 20(1)(c) does not cease to be deductible because the original loan was refinanced. It serves "a practical function in the commercial world of facilitating refinancing" (Tax Court judgment, at para. 20).

[27] Par conséquent, la première étape consiste à interpréter les quatre dispositions en cause dans la présente affaire afin de déterminer leur objet essentiel et leur esprit. De façon générale, les parties ne contestent pas l'analyse du juge en chef Bowman à cet égard, mais elles mettent l'accent sur des aspects différents de l'objet et de l'esprit des dispositions. Par exemple, le ministre fait ressortir le lien entre certaines dispositions et l'objectif du législateur de régler l'assujettissement à l'impôt au sein de l'unité familiale (mémoire de l'intimée, par. 47). Les appelants soutiennent pour leur part que le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur dans son analyse de l'objet de l'al. 20(1)c) en n'accordant pas l'importance voulue à l'affectation des fonds (mémoire des appelants, par. 33c)).

[28] Il importe à cette étape de préciser quelles dispositions législatives correspondent à chacun des avantages fiscaux. En l'espèce, la déductibilité de l'intérêt correspond clairement à l'al. 20(1)c) et au par. 20(3). Pour sa part, l'avantage fiscal découlant de l'application des règles d'attribution, à savoir la possibilité que M. Lipson déduise l'intérêt de son revenu, est lié aux par. 73(1) et 74.1(1). Grâce à ces dispositions, M. Lipson conserve, aux fins de l'impôt, le revenu tiré des actions vendues à son épouse, mais il peut déduire l'intérêt hypothécaire de son revenu.

[29] L'alinéa 20(1)c) permet au contribuable de déduire l'intérêt sur les fonds empruntés qui sont employés à une fin commerciale. Son objet est « d'encourager l'accumulation de capitaux susceptibles de produire des revenus » (*Entreprises Ludco Ltée c. Canada*, 2001 CSC 62, [2001] 2 R.C.S. 1082, par. 63) ou de « favoriser l'accumulation de capitaux productifs de revenus imposables » (*Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, par. 57).

[30] Le paragraphe 20(3) précise que l'intérêt déductible suivant l'al. 20(1)c) ne cesse pas de l'être lorsque le prêt initial est refinancé. Il a pour « fonction pratique de faciliter le refinancement dans le monde des affaires » (jugement de la Cour de l'impôt, par. 20).

[31] The effect of s. 73(1) is to facilitate inter-spousal transfers of property without triggering immediate tax consequences (Tax Court judgment, at para. 21). This is an exception to the general rule that capital gains and losses are recognized when property is disposed of. According to Professor Vern Krishna:

The rationale for permitting a taxpayer to rollover assets is that it is undesirable, and perhaps unfair, to impose a tax on transactions that do not involve a fundamental economic change in ownership, even though there may be a change in form or legal structure.

(*The Fundamentals of Canadian Income Tax* (9th ed. 2006) at p. 1112)

[32] Finally, the attribution rules in ss. 74.1 to 74.5 are anti-avoidance provisions whose purpose is to prevent spouses (and other related persons) from reducing tax by taking advantage of their non-arm's length status when transferring property between themselves. The most common example of such a benefit is one derived from income splitting, but it is not the only example. In Canada, the unit of taxation is the individual: "Each individual is a taxpayer in his or her own right" (Krishna, at p. 16; see also *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627, at para. 93). Thus, s. 74.1(1) is designed to prevent spouses from benefiting from their non-arm's length relationship by attributing, for tax purposes, any income or loss from property transferred to a spouse back to the transferring spouse.

[33] The second step in the s. 245(4) analysis is to determine whether the avoidance transaction frustrates the object, spirit or purpose of the relevant provisions. The appellants submit that the courts below erred at this step of the analysis by relying on the "overall purpose" of the transactions in question, that is, by collapsing the series of legally effective transactions into a single transaction and recharacterizing them by attributing an overall purpose to them (Appellants' Factum, at paras. 134-43). As I interpret the appellants'

[31] Le paragraphe 73(1) facilite le transfert de biens entre époux sans conséquences fiscales immédiates (jugement de la Cour de l'impôt, par. 21). Il établit une exception à la règle générale selon laquelle l'aliénation d'un bien donne lieu à un gain ou à une perte en capital. Selon le professeur Vern Krishna :

[TRADUCTION] La raison pour laquelle il est permis au contribuable de transférer un bien en franchise d'impôt est qu'il serait inopportun, voire injuste, de prélever un impôt sur une opération qui n'entraîne pas de changement financier fondamental quant au droit de propriété, même s'il peut y avoir modification de la forme ou du montage juridique.

(*The Fundamentals of Canadian Income Tax* (9<sup>e</sup> éd. 2006), p. 1112)

[32] Enfin, les règles d'attribution prévues aux art. 74.1 à 74.5 constituent des dispositions anti-évitement destinées à empêcher les époux (ou d'autres contribuables ayant un lien de dépendance entre eux) de réduire l'impôt exigible en tirant avantage de ce lien de dépendance lorsque l'un d'eux transfère un bien à l'autre. Le cas le plus courant est celui de l'avantage découlant du fractionnement du revenu, mais ce n'est pas le seul. Au Canada, l'unité d'imposition s'entend de l'individu : [TRADUCTION] « Chaque particulier est considéré comme un contribuable » (Krishna, p. 16; voir également l'arrêt *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627, par. 93). Par conséquent, le par. 74.1(1) a pour objet d'empêcher les époux de mettre à profit leur lien de dépendance en réattribuant à l'auteur du transfert, aux fins de l'impôt, tout revenu ou perte provenant du bien transféré.

[33] La deuxième étape de l'analyse que commande le par. 245(4) consiste à déterminer si l'opération d'évitement contrecarre l'objet ou l'esprit des dispositions pertinentes. Les appelants prétendent que les tribunaux inférieurs ont eu tort de tenir compte de l'« objet global » des opérations, c'est-à-dire de ramener plusieurs opérations juridiquement valables à une seule et de les qualifier différemment en leur attribuant un objet global (mémoire des appelants, par. 134-143). Si je comprends bien, les appelants s'opposent à l'attribution d'un « objet

submissions, the objection to an “overall purpose” approach is twofold: First, transactions under s. 20(1)(c) should be assessed individually rather than as a series (Appellants’ Factum, at paras. 90-91). This is an objection to the “overall” aspect of the “overall purpose” test. Second, this approach is legally incorrect because the purpose of the transactions — whether in the sense of the taxpayer’s motivation, of the primary purpose or perhaps even of economic substance — is not determinative in the s. 245(4) inquiry. This is an objection to the “purpose” aspect of the “overall purpose” test.

[34] It is true, as the appellants argue, that in assessing a series of transactions, the misuse and abuse must be related to the specific transactions forming part of the series. However, the entire series of transactions should be considered in order to determine whether the individual transactions within the series abuse one or more provisions of the Act. Individual transactions must be viewed in the context of the series. Consideration of this context will enable a reviewing court to assess and understand the nature of the individual parts of the series when analysing whether abusive tax avoidance has occurred. At the same time, care should be taken not to shift the focus of the analysis to the “overall purpose” of the transactions. Such an approach might incorrectly imply that the taxpayer’s motivation or the purpose of the transaction is determinative. In such a context, it may be preferable to refer to the “overall result”, which more accurately reflects the wording of s. 245(4) and this Court’s judgment in *Canada Trustco*. I will now review the arguments of the parties from this perspective.

[35] First, with regard to viewing transactions individually versus as a series (i.e., the “overall” aspect of the “overall purpose” test), the appellants argue that the results of a series of transactions are not relevant in an analysis under s. 20(1)(c). This submission is based both on the wording of s. 20(1)(c) itself, which does not refer to a series of transactions, and on the decisions of this Court and of the Federal Court of Appeal in *Singleton*.

global » pour deux raisons. Premièrement, aux fins de l’al. 20(1)c), les opérations devraient être considérées séparément, et non comme une série (mémoire des appelants, par. 90-91). Ils s’en prennent donc au volet « global » du critère de l’« objet global ». Deuxièmement, cette approche ne serait pas fondée en droit, car l’objet des opérations — au sens de la motivation du contribuable, de la fin principale, voire de la raison d’être économique — n’est pas déterminant pour l’application du par. 245(4). Ils s’en prennent donc alors au volet « objet » du critère de l’« objet global ».

[34] Les appelants font valoir à juste titre que dans le cas d’une série d’opérations, l’abus doit être lié aux opérations mêmes qui la constituent. Cependant, l’ensemble des opérations doit être pris en compte pour déterminer si, individuellement, elles entraînent un abus dans l’application d’une ou de plusieurs dispositions de la *LIR*. Chacune des opérations doit être considérée dans le contexte de la série. Le tribunal de révision appelé à déterminer s’il y a eu évitement fiscal abusif peut ainsi apprécier et saisir la nature des éléments individuels de la série. Il faut toutefois se garder de mettre l’accent sur l’« objet global » des opérations, car cela pourrait impliquer à tort que la motivation du contribuable ou la fin de l’opération est décisive. Il est alors préférable de parler d’« effet global », ce qui correspond plus précisément au libellé du par. 245(4) et à l’arrêt *Trustco Canada*. J’examinerai donc les thèses des parties dans cette optique.

[35] D’abord, pour ce qui est de la nécessité de considérer les opérations individuellement plutôt que dans leur ensemble (soit le volet « global » du critère de l’« objet global »), les appelants soutiennent qu’il n’y a pas lieu de tenir compte de l’effet d’une série d’opérations aux fins de l’al. 20(1)c). Ils invoquent à l’appui de leur thèse le libellé de la disposition, qui ne fait pas mention d’une série d’opérations, et les décisions de notre Cour et de la Cour d’appel fédérale dans l’affaire *Singleton*.

[36] It is true that this Court has held that no recourse may be had to a series of transactions in determining whether s. 20(1)(c) applies (*Singleton*, at para. 34). However, at issue is not whether the series is relevant in a s. 20(1)(c) analysis, but rather whether it is relevant to an analysis under s. 245(4) of the GAAR. There is no question that a court may consider a series of transactions of which the transaction is a part in order to determine whether the transaction results in abuse and misuse of one or more provisions of the Act. As Noël J.A. noted, this is clear from the wording of the GAAR provisions, and in particular from ss. 245(2) and 245(3)(b), which contemplate the denial of a tax benefit resulting from a series of transactions.

[37] Section 245(3)(b) indicates that an avoidance transaction is not necessarily a transaction that results in a tax benefit on its own, but may instead be one that is part of a series of transactions that result in a tax benefit. It would be odd if a court could not then consider the rest of that series in determining whether an avoidance transaction resulted in abuse and misuse of provisions of the Act. Further, s. 245(4) states that a tax benefit may be denied if a transaction would result “directly or indirectly” in a misuse of the provisions of the Act or in an abuse having regard to those provisions read as a whole. The use of the words “directly or indirectly” indicates that Parliament intended the GAAR to apply even where abuse is an indirect result of a transaction. It follows logically that regard may be had to the series of transactions when determining whether a transaction within the series is abusive; otherwise, the GARR would apply only to transactions that directly result in abuse and misuse. Finally, this Court agreed in *Kaulius* that the s. 245(4) analysis may be conducted “in light of the series of transactions” (para. 46; see also para. 56).

[38] The appellants raise another objection to an “overall purpose” approach. In their view, the Tax Court judge may have been relying on the taxpayers’ motivation, the true economic purpose of the transactions, or their economic substance when he adopted this approach. They submit that none of these is determinative at this stage of the analysis

[36] Certes, notre Cour a statué qu’il ne faut pas considérer une série d’opérations pour statuer sur l’application de l’al. 20(1)(c) (*Singleton*, par. 34). Toutefois, la question n’est pas de savoir si l’examen de la série joue un rôle dans l’application de l’al. 20(1)(c), mais bien si elle est pertinente dans l’analyse que commande le par. 245(4). Le tribunal peut assurément considérer la série dont l’opération fait partie pour déterminer si elle entraîne un abus dans l’application d’une ou de plusieurs dispositions de la Loi. Comme le fait remarquer le juge Noël de la Cour d’appel fédérale, c’est ce qui ressort du libellé de la RGAÉ, en particulier le par. 245(2) et l’al. 245(3)(b), qui prévoient la suppression d’un avantage fiscal découlant d’une série d’opérations.

[37] L’alinéa 245(3)(b) n’exige pas que l’opération d’évitement confère elle-même un avantage fiscal : elle peut avoir cet effet en tant qu’élément d’une série d’opérations. Il serait incongru qu’un tribunal ne puisse tenir compte des autres opérations de la série pour déterminer si une opération d’évitement a entraîné un abus dans l’application des dispositions de la Loi. De plus, le par. 245(4) prévoit qu’un avantage fiscal peut être supprimé lorsqu’une opération entraîne « directement ou indirectement » un abus dans l’application des dispositions de la Loi lues ou non dans leur ensemble. L’emploi des adverbes « directement ou indirectement » traduit l’intention du législateur que la RGAÉ s’applique même lorsque l’abus résulte indirectement d’une opération. Il s’ensuit logiquement qu’il faut tenir compte de la série d’opérations pour déterminer si l’une d’elles est abusive, sinon seules les opérations entraînant directement un abus tomberaient sous le coup de la disposition. Enfin, dans l’arrêt *Kaulius*, notre Cour a convenu que pour l’application du par. 245(4), l’analyse peut être effectuée « à la lumière de la série d’opérations » (par. 46; voir aussi le par. 56).

[38] Les appelants contestent le critère de l’« objet global » pour une autre raison. À leur avis, le juge de la Cour de l’impôt a pu, en appliquant ce critère, tenir compte de la motivation des contribuables ou de la véritable fin économique des opérations ou de leur raison d’être économique. Ils soutiennent qu’aucun de ces éléments n’est déterminant à cette

(Appellants' Factum, at para. 140). The appellants are correct on this point: it is clear from *Canada Trustco* that the proper approach under s. 245(4) is to determine whether the transaction frustrates the object, spirit or purpose of the provisions giving rise to the tax benefit. An avoidance purpose is needed to establish a violation of the GAAR when s. 245(3) is in issue, but is not determinative in the s. 245(4) analysis. Motivation, purpose and economic substance are relevant under s. 245(4) only to the extent that they establish whether the transaction frustrates the purpose of the relevant provisions (*Canada Trustco*, at paras. 57-60).

[39] Turning to the Tax Court judge's reasons, it is not entirely clear what Bowman C.J.T.C. meant by "overall purpose". He cited and applied the *Canada Trustco* analysis (paras. 17-30), but also appeared, at times, to rely on the taxpayers' motivation and on the economic substance of the transactions. For example, in para. 31, he mentioned that the primary objective of the transactions was to make the interest on the purchase of the house tax deductible. However, as I mentioned above, Bowman C.J.T.C. seems to have focussed on the result of the series of transactions. I will now turn to a review of the specific transactions within the series at issue.

#### D. Abuse and Misuse

[40] According to the framework set out in *Canada Trustco*, a transaction can result in an abuse and misuse of the Act in one of three ways: where the result of the avoidance transaction (a) is an outcome that the provisions relied on seek to prevent; (b) defeats the underlying rationale of the provisions relied on; or (c) circumvents certain provisions in a manner that frustrates the object, spirit or purpose of those provisions (*Canada Trustco*, at para. 45). One or more of these possibilities may apply in a given case. I should reiterate that in a case like the one at bar, the individual tax benefits must be analysed separately, but always in the context of the entire series of transactions and bearing in mind that each step may have an impact on the others, in order to determine whether any of the

étape de l'analyse (mémoire des appelants, par. 140). Ils ont raison sur ce point. Il ressort en effet de l'arrêt *Trustco Canada* que la démarche appropriée pour l'application du par. 245(4) consiste à déterminer si l'opération contrecarre l'objet ou l'esprit des dispositions qui confèrent l'avantage fiscal. Un objectif d'évitement est nécessaire pour qu'il y ait violation de la RGAÉ suivant le par. 245(3), mais son existence n'est pas décisive pour l'application du par. 245(4). Ce n'est que dans la mesure où ils établissent que l'opération contrecarre ou non l'objet des dispositions pertinentes que la motivation, la fin et la raison d'être économique sont prises en compte pour les besoins du par. 245(4) (*Trustco Canada*, par. 57-60).

[39] En ce qui concerne les motifs de la Cour de l'impôt, ce que le juge en chef Bowman entend par « objet global » n'est pas tout à fait clair. Il applique certes le cadre d'analyse établi par notre Cour dans l'arrêt *Trustco Canada* (par. 17-30), mais à certains moments, il paraît aussi s'appuyer sur la motivation des contribuables et sur la raison d'être économique des opérations. Par exemple, au par. 31, il dit que l'objectif principal des opérations était de rendre déductible l'intérêt hypothécaire. Or, je le répète, il semble mettre l'accent sur l'effet de la série d'opérations. J'examine maintenant les opérations comprises dans la série.

#### D. Abus

[40] Suivant le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Trustco Canada*, une opération d'évitement peut entraîner un abus dans l'application de la Loi de trois façons : a) elle donne lieu à un résultat que les dispositions invoquées visent à empêcher, b) elle va à l'encontre de la raison d'être de ces dispositions ou c) elle contourne l'application de certaines dispositions de manière à contrecarrer leur objet ou leur esprit (*Trustco Canada*, par. 45). Une ou plusieurs de ces conditions peuvent être remplies dans un cas donné. Il importe de rappeler que dans une affaire comme celle dont nous sommes saisis, déterminer s'il y a eu abus ou non dans l'application de l'une ou l'autre des dispositions invoquées exige que chacun des avantages fiscaux soit considéré séparément, mais toujours dans le contexte de la série en entier

provisions relied upon for each tax benefit was misused and abused.

[41] First of all, in accordance with the analytical approach described above, we must consider the tax benefit conferred on Mrs. Lipson by ss. 20(1)(c) and 20(3), namely the entitlement to deduct the interest. In my opinion, the respondent has not established that in view of their purpose, these provisions have been misused and abused. Mr. Lipson sold his shares to his wife and bought the residence with the proceeds of that sale (Statement of Agreed Facts and Conclusion, at para. 12). In the result, Mrs. Lipson financed the purchase of income-producing property with debt, whereas Mr. Lipson financed the purchase of the residence with equity. To this point, the transactions were unimpeachable. They became problematic when the parties took further steps in their series of transactions. The problem arose when Mr. Lipson and his wife turned to ss. 73(1) and 74.1(1) in order to obtain the result contemplated in the design of the series of transactions, namely to have Mr. Lipson apply his wife's interest deduction to his own income. This was contrary to the purpose of s. 74.1(1).

[42] As I mentioned above in para. 32, the purpose of s. 74.1(1) is to prevent spouses from reducing tax by taking advantage of their non-arm's length relationship when transferring property between themselves. In this case, the attribution to Mr. Lipson of the net income or loss derived from the shares would enable him to reduce the dividend income attributed to him by the amount of the interest on the loan that financed his wife's purchase of those shares. However, before the transfer, when the dividend income was in Mr. Lipson's hands, no interest expense could have been deducted from it. It seems strange that the operation of s. 74.1(1) can result in the reduction of the total amount of tax payable by Mr. Lipson on the income from the transferred property. The only way the Lipsons could have produced the result in this case was by taking advantage of their non-arm's length relationship. Therefore, the attribution by operation of s. 74.1(1) that allowed Mr. Lipson to deduct the interest in order to reduce the tax payable on the dividend

et en gardant présent à l'esprit que chacune d'elles peut avoir des répercussions sur les autres.

[41] Dans un premier temps, conformément au cadre d'analyse susmentionné, nous devons examiner l'avantage fiscal que l'al. 20(1)c) et le par. 20(3) confèrent à M<sup>me</sup> Lipson, à savoir le droit de déduire l'intérêt. À mon avis, l'intimée n'a pas établi que les opérations entraînent un abus dans l'application de ces dispositions eu égard à leur objet. M. Lipson a vendu ses actions à son épouse, puis il a utilisé le produit de la vente pour acheter leur résidence (exposé conjoint des faits et conclusion, par. 12). Ainsi, M<sup>me</sup> Lipson a financé par emprunt l'achat de biens productifs de revenu, alors que M. Lipson a financé par actions l'achat de la résidence. Jusque-là, les opérations étaient inattaquables. Elles sont devenues problématiques lorsque les parties ont effectué les autres opérations de la série. M. Lipson et son épouse ont en effet eu recours aux par. 73(1) et 74.1(1) pour atteindre l'objectif sous-tendant la série d'opérations, à savoir que M. Lipson déduise de propre revenu les intérêts que M<sup>me</sup> Lipson pouvait déduire du sien, ce qui était contraire à l'objet du par. 74.1(1).

[42] Comme je l'indique au par. 32, le par. 74.1(1) vise à empêcher les époux de réduire l'impôt exigible en tirant avantage de leur lien de dépendance lors du transfert d'un bien de l'un à l'autre. En l'espèce, la réattribution à M. Lipson du revenu net ou de la perte nette provenant des actions lui permettrait de déduire du revenu de dividendes qui lui est attribué les intérêts payés sur le prêt contracté par M<sup>me</sup> Lipson pour acheter les actions. Or, avant le transfert, lorsque le revenu de dividendes se trouvait entre les mains de M. Lipson, aucuns frais d'intérêts n'auraient pu en être déduits. Il paraît étrange que l'application du par. 74.1(1) puisse entraîner la réduction du montant total de l'impôt payable par M. Lipson sur le revenu tiré du bien transféré. Ce n'est qu'en tirant avantage de leur lien de dépendance que les Lipson pouvaient obtenir ce résultat en l'espèce. Par conséquent, la réattribution qui, par application du par. 74.1(1), a permis à M. Lipson de déduire l'intérêt de l'impôt payable sur le revenu de dividendes tiré des actions et sur d'autres

income from the shares and other income, which he would not have been able to do were Mrs. Lipson dealing with him at arm's length, qualifies as abusive tax avoidance. It does not matter that s. 74.1(1) was triggered automatically when Mr. Lipson did not elect to opt out of s. 73(1). His motivation or purpose is irrelevant. But to allow s. 74.1(1) to be used to reduce Mr. Lipson's income tax from what it would have been without the transfer to his spouse would frustrate the purpose of the attribution rules. Indeed, a specific anti-avoidance rule is being used to facilitate abusive tax avoidance.

[43] My colleague Rothstein J. agrees that the impugned transactions fall afoul of the *Income Tax Act* but would nevertheless refer the reassessment back to the Minister on the ground that the Minister ought to have relied on the specific anti-avoidance rule in s. 74.5(11) *ITA* instead of the GAAR. In my respectful view, this approach is not open to the Court in this case. Both parties have contended from the outset and reasserted in this Court that s. 74.5(11) *ITA*, on which Rothstein J. rests his conclusion, does not apply on the facts of this case.

[44] Although I agree with Rothstein J. that this Court is not bound to adopt, on a question of law, an interpretation on which the parties agree, it is quite another matter to settle their dispute on a basis of a construction and an application of the statute expressly disavowed by all parties throughout the proceedings. Our decision must turn on the issues as framed in the proceedings and litigated in the courts below and on appeal to this Court. The issue in these appeals was whether the GAAR applies to the impugned transactions.

[45] In my view, for the reasons set out above, the GAAR applies to these transactions. It is true that courts should avoid extending the GAAR beyond its statutory purpose. But, bearing this purpose in

revenus, ce qu'il n'aurait pu faire n'eût été le lien de dépendance avec M<sup>me</sup> Lipson, constitue de l'évitement fiscal abusif. Il importe peu que la décision de M. Lipson de ne pas soustraire le bien en cause à l'application du par. 73(1) ait automatiquement emporté l'application du par. 74.1(1). L'objectif poursuivi demeure sans importance. Cependant, permettre à M. Lipson de se prévaloir du par. 74.1(1) pour que son impôt sur le revenu soit inférieur à ce qu'il aurait été sans le transfert des actions à son épouse contrecarrerait l'objet des règles d'attribution. En fait, une disposition anti-évitement est utilisée pour faciliter un évitement fiscal abusif.

[43] Mon collègue le juge Rothstein reconnaît que les opérations litigieuses vont à l'encontre de la *LIR*. Il est néanmoins d'avis de renvoyer la nouvelle cotisation au ministre au motif que ce dernier aurait dû s'appuyer sur la règle anti-évitement particulière prévue au par. 74.5(11) de la *LIR* au lieu de la RGAÉ. À mon humble avis, une telle avenue ne s'offre pas à notre Cour en l'espèce. Les deux parties soutiennent depuis le début que le par. 74.5(11) de la *LIR*, sur lequel le juge Rothstein fonde sa conclusion, ne s'applique pas eu égard aux faits, et elles l'ont confirmé devant notre Cour.

[44] Je conviens avec le juge Rothstein que lorsqu'elle est saisie d'une question de droit, notre Cour n'est pas tenue d'acquiescer à une interprétation sur laquelle s'entendent les parties, mais c'est tout autre chose que de statuer sur le différend qui les oppose en s'appuyant sur une interprétation et une application législatives qu'elles ont toutes deux expressément rejetées au fil des différentes instances. Nous devons trancher les questions en litige selon leur formulation dans les actes de procédure et lors des débats devant les tribunaux inférieurs et en appel devant notre Cour. La question en litige dans le cadre des présents pourvois est celle de savoir si la RGAÉ s'applique aux opérations en cause.

[45] Pour les motifs qui précèdent, j'estime que ces opérations tombent sous le coup de la RGAÉ. Les tribunaux doivent assurément s'abstenir d'étendre la portée de la RGAÉ au-delà de l'objectif

mind, where the language of and principles flowing from the GAAR apply to a transaction, the court should not refuse to apply it on the ground that a more specific provision — one that both the Minister and the taxpayers considered to be inapplicable throughout the proceedings — might also apply to the transaction.

[46] In this context, I need not decide whether the taxpayers could have succeeded under s. 74.5(11) *ITA*. I seriously doubt that that provision would have properly addressed the complex series of transactions before this Court in the present appeals. It may have been mentioned in factums and in questions at the hearing, but its interpretation and application were not the issues litigated by the parties in this case. The GAAR was and remains the focus of the present appeals. I would leave the issue of the interpretation of s. 74.5(11) *ITA* for another day.

[47] In the end, the parties focussed on the application of the GAAR, which was the proper basis for the reassessment. The GAAR is a residual provision, but it is designed to address the complexity of transactions which fall outside the scope of specific anti-avoidance provisions. As I mentioned above, it relates specifically to the impact of complex series of transactions which often depend on the interplay of discrete provisions of the *ITA*. The Minister could properly use the GAAR in respect of a series of transactions that had an impact on more than just one stream of income.

[48] In summary, the tax benefit of the interest deduction resulting from the refinancing of the shares of the family corporation by Mrs. Lipson is not abusive viewed in isolation, but the ensuing tax benefit of the attribution of Mrs. Lipson's interest deduction to Mr. Lipson is. It follows that this latter tax benefit can be denied under s. 245(2), which is triggered because the transactions in the series include the attribution of the interest deduction under s. 74.1(1) and this attribution frustrates the object, spirit and purpose of that provision. I must now briefly consider the tax consequences of the

sous-jacent, mais cela dit, lorsque son libellé et les principes qui en découlent s'appliquent à une opération, ils ne doivent pas refuser de l'appliquer au motif qu'une disposition plus particulière que le ministre et les contribuables ont tenue pour inapplicable tout au long de la procédure pourrait également s'appliquer.

[46] Partant, je n'ai pas à décider si les contribuables auraient pu avoir gain de cause sur le fondement du par. 74.5(11) de la *LIR*. Je doute sérieusement que cette disposition ait pu tenir compte en l'espèce de la série d'opérations dans toute sa complexité. Elle a pu être mentionnée dans les mémoires et faire l'objet de questions à l'audience, mais ni son interprétation ni son application n'ont été au cœur du litige qui oppose les parties en l'espèce. La RGAÉ était et demeure le point central des présents pourvois. Il faudra attendre qu'une autre occasion se présente pour se prononcer sur l'application du par. 74.5(11) de la *LIR*.

[47] En fin de compte, les parties ont mis l'accent sur l'application de la RGAÉ, qui fonde à juste titre la nouvelle cotisation. Il s'agit d'une disposition supplétive, mais elle est conçue pour tenir compte de la complexité d'opérations qui échappent à l'application de dispositions anti-évitement particulières. Je le répète, la RGAÉ s'intéresse précisément aux conséquences d'une série complexe d'opérations qui tient souvent à l'interaction de dispositions distinctes de la *LIR*. Le ministre pouvait légitimement l'appliquer à une série d'opérations ayant une incidence sur plus d'une source de revenu.

[48] En somme, considéré isolément, l'avantage fiscal de la déduction des intérêts issu du refinancement des actions de l'entreprise familiale par M<sup>me</sup> Lipson n'est pas abusif, contrairement à l'avantage fiscal découlant de l'attribution à M. Lipson du droit de M<sup>me</sup> Lipson à la déduction de l'intérêt. Cet avantage fiscal peut donc être supprimé en vertu du par. 245(2), qui s'applique du fait que l'une des opérations de la série consiste dans l'attribution du droit à la déduction de l'intérêt, une opération fondée sur le par. 74.1(1), mais contraire à l'objet et à l'esprit de cette disposition. Je dois maintenant examiner

denial of the tax benefit and the application of the GAAR.

*E. Determination of the Tax Consequences of the Application of Section 245(2)*

[49] The Minister seeks to deny the deductibility of the interest expense in the hands of Mr. Lipson, while still attributing the dividend income back to him (see Transcript, at p. 40). The appellants respond that such an outcome is impossible, since s. 74.1(1) only attributes the income or loss back to the transferor (see Transcript, at p. 22). Thus, the tax consequences of the application of s. 245(2) are in issue here.

[50] Section 245(5), without restricting the generality of s. 245(2), sets forth a scheme for determining the tax consequences of the application of that provision. Section 245(5) reads as follows:

245. . . .

(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.

[51] When considering the application of s. 245(5), a court must be satisfied that there is an avoidance transaction that satisfies the requirements of

brèvement les effets fiscaux qu'entraînent la suppression de l'avantage fiscal et l'application de la RGAÉ.

*E. Détermination des attributs fiscaux résultant de l'application du par. 245(2)*

[49] Le ministre s'oppose à ce que M. Lipson déduise les frais d'intérêts, mais il persiste à lui réattribuer le revenu de dividendes (transcription, p. 40). Les appelants rétorquent qu'une telle issue est impossible, car le par. 74.1(1) ne prévoit que la réattribution du revenu ou de la perte à l'auteur du transfert (transcription, p. 22). Le litige porte donc sur les conséquences fiscales de l'application du par. 245(2).

[50] Sans préjudice de la portée générale du par. 245(2), le par. 245(5) encadre la détermination des conséquences fiscales de son application. Il est libellé ainsi :

245. . . .

(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.

[51] Appelé à se prononcer sur l'application du par. 245(5), le tribunal doit être convaincu qu'il y a opération d'évitement satisfaisant aux exigences du

s. 245(4), that s. 245(5) provides for the tax consequences and that the tax benefits that would flow from the abusive transactions should accordingly be denied. The court must then determine whether these tax consequences are reasonable in the circumstances. In the present case, disallowing the interest deduction in computing the income or loss attributed to Mr. Lipson and attributing that deduction back to Mrs. Lipson is a reasonable outcome.

#### F. *Uncertainty and the GAAR*

[52] The appellants and several commentators have warned of the potential for uncertainty should this Court find that the GAAR applies in the instant case. The appellants argue that to maintain certainty for taxpayers, the direct use of the borrowed funds — as determined by tracing — should be determinative of whether the GAAR applies to deductions claimed under s. 20(1)(c) (Appellants' Factum, at para. 82). As I mentioned above, such an approach would effectively read the GAAR out of the *ITA*, since the "direct use" test applies only to determine whether interest is deductible under s. 20(1)(c) and involves an inquiry that is distinct from the one under s. 245, in which it must be asked whether otherwise valid transactions, such as those in *Singleton* and in the present case, frustrate the object, spirit and purpose of the provisions relied on. Indeed, contrary to the judgments in *Canada Trustco* and *Kaulius*, my colleague Binnie J. essentially guts the GAAR and reads it out of the *ITA* under the guise of an exercise in legal interpretation. To the extent that it may not always be obvious whether the purpose of a provision is frustrated by an avoidance transaction, the GAAR may introduce a degree of uncertainty into tax planning, but such uncertainty is inherent in all situations in which the law must be applied to unique facts. The GAAR is neither a penal provision nor a hammer to pound taxpayers into submission. It is designed, in the complex context of the *ITA*, to restrain abusive tax avoidance and to make sure that the fairness of the tax system is preserved. A desire to avoid uncertainty cannot justify ignoring a provision of the *ITA* that

par. 245(4), que le par. 245(5) prévoit les conséquences fiscales et que les avantages fiscaux découlant des opérations abusives devraient de ce fait être supprimés. Il doit ensuite déterminer si ces attributs fiscaux sont raisonnables dans les circonstances. En l'espèce, le refus de la déduction de l'intérêt dans le calcul du revenu ou de la perte attribué à M. Lipson et la réattribution de cette déduction à M<sup>me</sup> Lipson est une issue raisonnable.

#### F. *Incertitude et RGAÉ*

[52] Les appelants et plusieurs observateurs mettent la Cour en garde contre l'incertitude susceptible de découler de la conclusion que la RGAÉ s'applique en l'espèce. Selon les appelants, le respect du besoin de certitude des contribuables exige que l'utilisation directe de l'argent emprunté — selon son affectation — soit décisive quant à l'applicabilité de la RGAÉ aux sommes déduites sur le fondement de l'al. 20(1)c) (mémoire des appelants, par. 82). Comme je l'ai signalé, pareille interprétation fait abstraction de la présence de la RGAÉ dans la *LIR*, car l'« utilisation directe » n'est pertinente que pour déterminer si l'intérêt est déductible suivant l'al. 20(1)c) et suppose une démarche différente de celle que commande l'art. 245, qui consiste à se demander si des opérations par ailleurs valables, comme celles considérées dans l'affaire *Singleton* et en l'espèce, vont néanmoins à l'encontre de l'objet et de l'esprit des dispositions invoquées. En fait, malgré les arrêts *Trustco Canada* et *Kaulius*, mon collègue le juge Binnie neutralise essentiellement la RGAÉ et en fait abstraction dans la *LIR*, et ce, sous couvert d'interprétation législative. Dans la mesure où il n'est pas toujours manifeste qu'une opération d'évitement ou une série d'opérations d'évitement contrecarre ou non l'objet d'une disposition, la RGAÉ peut rendre la planification fiscale quelque peu incertaine, mais il en va de même pour toute application de la loi à des circonstances particulières. La RGAÉ n'est ni une disposition pénale ni un instrument de soumission du contribuable. Dans le cadre complexe de la *LIR*, elle vise à empêcher l'évitement fiscal abusif et à préserver l'équité du régime fiscal. La volonté d'éviter l'incertitude

is clearly intended to apply to transactions that would otherwise be valid on their face.

[53] I would therefore dismiss the appeal of Earl Lipson with costs in this Court. Given the agreement between the parties, I would also dismiss the appeal of Jordan B. Lipson with costs in this Court.

The reasons of Binnie and Deschamps JJ. were delivered by

[54] BINNIE J. (dissenting) — How healthy is the *Duke of Westminster*? There is cause for concern. Although this Court in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, affirmed, at para. 11, the continuing viability of the principle that taxpayers are entitled to arrange their affairs to minimize the amount of tax payable (a principle enshrined in *Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1 (H.L.)), the traditional approach is now tempered by the application of the general anti-avoidance rule (“GAAR”). The question in these appeals, as it was in *Canada Trustco*, is where the appropriate balance is to be struck.

[55] The GAAR is a weapon that, unless contained by the jurisprudence, could have a widespread, serious and unpredictable effect on legitimate tax planning. At the same time, of course, the GAAR must be given a meaningful role. That role is circumscribed by the requirement in s. 245(4) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), that the transactions not only be shown to be “avoidance transaction[s]”, i.e. transactions structured primarily to obtain a tax benefit, but *in addition* that the Minister demonstrate that the tax benefit results from a misuse/abuse of the provisions of the Act relied upon to produce it.

[56] The tax plan at issue in this case is “*Singleton* with a spousal dimension” — or *Singleton* with a

ne saurait justifier que l’on fasse abstraction d’une disposition de la *LIR* à laquelle le législateur a clairement voulu assujettir des opérations qui sont par ailleurs valables à première vue.

[53] Par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi d’Earl Lipson avec dépens devant notre Cour. Vu l’entente intervenue entre les parties, je rejetterais également le pourvoi de Jordan B. Lipson avec dépens devant notre Cour.

Version française des motifs des juges Binnie et Deschamps rendus par

[54] LE JUGE BINNIE (dissident) — Faut-il s’inquiéter de l’état de santé du *Duke of Westminster*? Je le crains. Même si, dans l’arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, notre Cour a confirmé au par. 11 la validité du principe consacré dans *Commissioners of Inland Revenue c. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1 (H.L.), à savoir que le contribuable a le droit d’organiser ses affaires de façon à réduire le plus possible l’impôt qu’il lui faut payer, l’approche traditionnelle est désormais tempérée par l’application de la règle générale anti-évitement (« RGAÉ »). Dans les présents pourvois, comme dans l’affaire *Trustco Canada*, notre Cour est appelée à établir un juste équilibre.

[55] Si son application n’est pas balisée par la jurisprudence, la RGAÉ est une arme susceptible d’avoir un effet considérable, sérieux et imprévisible sur la planification fiscale légitime. Néanmoins, elle doit évidemment jouer un rôle véritable. Ce rôle est circonscrit au par. 245(4) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.) : le ministre doit non seulement établir que l’opération est une « opération d’évitement », c’est-à-dire une opération effectuée dans le but principal d’obtenir un avantage fiscal, mais *aussi* que l’avantage fiscal découle d’un abus dans l’application des dispositions de la Loi qui sont invoquées.

[56] En l’espèce, le stratagème financier correspond à celui de l’affaire *Singleton*, plus la

twist — see *Singleton v. Canada*, 2001 SCC 61, [2001] 2 S.C.R. 1046. In that case, the taxpayer used \$300,000 of existing equity in his law firm to purchase a house. He refinanced his law firm equity with borrowed money. He deducted the interest on the loan claiming that the borrowed money now represented his investment in the law firm. Despite the Minister's objection, our Court held that he was entitled to do so.

[57] *Singleton* was not a GAAR case, and it did not involve the spousal attribution rules. Its outcome turned on the Court's view of s. 20(1)(c) interest deductibility. Nevertheless, it is important to emphasize at the outset that the Minister is not asking the Court to revisit *Singleton*. He does not claim that the GAAR would have applied on the facts of that case.

[58] In the Statement of Agreed Facts and Conclusion, the Minister acknowledged that it is common ground that the interest was deductible (para. 15). Applying *Singleton*, the only question is whether the deduction becomes "abusive" when income or losses are attributed back to the transferor (appellant) by the spousal attribution rules in ss. 73(1) and 74.1(1).

[59] In my opinion, the spousal "twist" added to *Singleton* should not cause the entire series of transactions to be characterized as abusive. After all, there is nothing in the Act to discourage the transfer of property at fair market value between spouses. Indeed, by allowing a spouse to transfer property to the other spouse at the transferor's adjusted cost base, Parliament intended to make such transfers attractive. If the tax plan in *Singleton* is not abusive, I do not believe the Minister has established that *Singleton* with a spousal twist is abusive tax avoidance either. I would therefore allow the appeals.

« dimension conjugale » — ou à une variante de celui en cause dans cette autre affaire : voir l'arrêt *Singleton c. Canada*, 2001 CSC 61, [2001] 2 R.C.S. 1046. Dans cette affaire, le contribuable avait utilisé sa participation de 300 000 \$ dans son cabinet d'avocats pour acheter une maison, puis il avait refinancé sa participation au moyen d'un emprunt. Il avait ensuite déduit les intérêts sur le prêt, affirmant que l'argent emprunté constituait désormais son apport en capital dans le cabinet d'avocats. Malgré l'opposition du ministre, notre Cour a conclu qu'il avait droit à la déduction.

[57] Dans l'affaire *Singleton*, ni la RGAÉ ni les règles d'attribution entre époux n'étaient en cause. L'issue du pourvoi tenait à la déductibilité de l'intérêt suivant l'al. 20(1)c) et à l'interprétation de cette disposition. Néanmoins, il importe de signaler dès le départ que le ministre ne demande pas à la Cour de revenir sur l'arrêt *Singleton*. Il ne prétend pas que la RGAÉ se serait appliquée eu égard aux faits de cette affaire.

[58] Le ministre reconnaît que nul ne conteste la déductibilité des intérêts (exposé conjoint des faits et conclusion, par. 15). Si on applique l'arrêt *Singleton*, la seule question est celle de savoir si la déduction devient « abusive » lorsque le revenu ou la perte est réattribué au cédant (l'appelant) en application des règles d'attribution entre époux énoncées aux par. 73(1) et 74.1(1).

[59] À mon avis, la dimension conjugale, qui était absente dans l'affaire *Singleton*, ne devrait pas rendre la série d'opérations globalement abusive. Après tout, la Loi ne décourage pas le transfert de biens à leur juste valeur marchande entre époux. En effet, en permettant le transfert d'un bien à l'époux au prix de base rajusté pour l'auteur du transfert, le législateur a voulu rendre l'opération attrayante. Si la planification fiscale n'était pas abusive dans l'affaire *Singleton*, je ne crois pas que le ministre ait établi l'évitement fiscal abusif dans la présente espèce, qui se distingue uniquement par sa dimension conjugale. Je suis donc d'avis d'accueillir les pourvois.

## Overview

[60] My colleague LeBel J. concludes that the series of transactions in the two appeals at issue here not only amounted to tax avoidance (which it was conceded to be) but *abusive* tax avoidance in the GAAR sense that the series of transactions initiated by the husband's sale of dividend-producing shares to his wife, and ending with his deduction of the interest on the loan used to fund the share acquisition, frustrated "the object, spirit or purpose of one or more of the provisions relied on by the taxpayer" (para. 2). It is true that by means of a series of transactions, the appellant turned the equity in his shares into the part purchase (with his wife) of a house, but as stated, *Singleton* illustrates the proposition that there is nothing abusive in principle for a taxpayer to rearrange his or her capital (borrowed or non-borrowed) in a tax efficient manner.

[61] My colleague Rothstein J. finds in s. 74.5(11) a sort of *deus ex machina* to dispose of the appeals on a basis not advanced by any of the parties. When asked at the hearing of the appeal by Rothstein J. about the possible application of s. 74.5(11), counsel for the Minister stated that in the Minister's view s. 74.5(11) "did not address the particular problem[s] of this case" because "the transfer of the shares by the appellant to the wife was not merely to reduce the tax payable on any future dividends. It was really to get the interest expense up to the appellant" (Transcript, at p. 41). The Minister was not prepared even to argue as a matter of *fact* "that one of the main reasons for the transfer or loan was to reduce the amount of tax that would, but for this subsection, be payable" within the meaning of s. 74.5(11). The appellant taxpayer was not called on to meet a case under s. 74.5(11) and I do not believe we should assume a factual basis for the application of s. 74.5(11) ("one of the main reasons") which none of the parties was prepared to support. The Minister defends the disputed reassessment squarely on the basis of the GAAR. The appellant responds that the GAAR, in its own terms, has no application. The proper limits of the GAAR raise questions of considerable interest to both taxpayers

## Aperçu

[60] Mon collègue le juge LeBel conclut que la série d'opérations en cause dans les deux présents pourvois constituait non seulement de l'évitement fiscal (ce qui est reconnu), mais aussi de l'évitement fiscal *abusif* au sens de la RGAÉ, c'est-à-dire que les opérations ayant débuté par la vente du mari à l'épouse d'actions donnant droit à des dividendes pour se terminer par la déduction par le mari de l'intérêt payé sur le prêt contracté pour financer l'acquisition des actions allaient à l'encontre « de l'objet ou de l'esprit d'une ou de plusieurs des dispositions invoquées par le contribuable » (par. 2). Il est vrai que grâce à la série d'opérations, l'appelant a transformé sa participation dans le capital-actions en part de copropriété (avec son épouse) d'une résidence. Or, je le répète, l'arrêt *Singleton* enseigne qu'il n'y a rien d'abusif en principe à ce que le contribuable réorganise son capital (emprunté ou non) de façon avantageuse sur le plan fiscal.

[61] Mon collègue le juge Rothstein voit dans le par. 74.5(11) une sorte de *deus ex machina* permettant de trancher le litige sur un fondement qu'aucune des parties ne fait valoir. Interrogé à l'audience par le juge Rothstein au sujet de l'application éventuelle du par. 74.5(11), l'avocate du ministre a dit que, selon ce dernier, ce paragraphe [TRADUCTION] « ne s'appliquait pas aux problèmes particuliers soulevés en l'espèce », car « la cession des actions par l'appelant à l'épouse ne visait pas qu'à réduire l'impôt exigible sur les dividendes futurs. L'objectif véritable était de refiler les frais d'intérêts à l'appelant » (transcription, par. 41). Le ministre n'était même pas disposé à faire valoir sur le plan *factuel* « qu'un des principaux motifs du transfert ou prêt, selon le cas, consiste à réduire l'impôt qui, sans le présent paragraphe, serait payable » au sens du par. 74.5(11). I.e contribuable appelant n'avait pas à réfuter une preuve au regard du par. 74.5(11), et je ne crois pas que l'on devrait supposer, pour l'application de cette disposition, un fondement factuel (« un des principaux motifs ») qu'aucune des parties n'était disposée à reconnaître. Le ministre défend la nouvelle cotisation contestée en s'appuyant catégoriquement sur la RGAÉ. L'appelant oppose que suivant son libellé même, la RGAÉ ne s'applique pas.

and tax collectors. I believe we should respond to these questions and leave the more narrowly circumscribed role of s. 74.5(11) to another day when one or other of the parties sees fit to allege a factual basis for its application.

[62] The Minister takes the selective view that while it was perfectly appropriate for s. 74.1(1) to attribute the net dividend income to increase the tax payable by the appellant, it was abusive for s. 74.1(1) to attribute the losses to him, even though, as I see it, (i) the losses and income were both associated with the same transferred shares, (ii) whether the transfer resulted in net income or loss depended on the fluctuating dividends generated by the shares from year to year and (iii) s. 74.1(1) itself draws no distinction between the attribution of “income or loss[es]”. Counsel for the Minister maintains that “[i]t is perfectly logical that the attribution rule works to attribute back the net income and that application of the GAAR then denies the interest deduction, under 245(2)” (Transcript, at p. 40). With respect, once it is accepted (as it was here by the Federal Court of Appeal) that the wife borrowed money from the bank to purchase the shares, which qualified the interest as deductible under s. 20(1)(c), and that the subsequent bank borrowing secured by a mortgage on the house constituted a refinancing of the original share purchase loan under s. 20(3), which is the result anticipated by *Singleton*, I do not believe that the Minister has shown that the application of the spousal attribution rules to the appellant by operation of law was abusive even though, in the end result, it produced the intended tax benefit. To hold otherwise is to say that whereas it is legitimate for a taxpayer to rearrange his or her capital (borrowed or non-borrowed) in a tax efficient manner, it becomes abusive when the rearrangement involves a sale of property at fair market value between spouses. Introduction of the spousal element, according to the Minister, forfeits the s. 20(1)(c) interest deduction otherwise available under *Singleton*. Neither spouse in this case is to be allowed the benefit even though, under our system of tax assessment,

Les justes limites de l’application de la RGAÉ soulèvent des questions d’un intérêt considérable tant pour le contribuable que pour le percepteur d’impôt. J’estime que nous devrions trancher ces questions et nous prononcer ultérieurement sur le rôle plus étroitement circonscrit du par. 74.5(11) dans un dossier où les parties allégueront un fondement factuel permettant l’application de cette disposition.

[62] Le ministre estime d’une part qu’il était parfaitement légitime d’attribuer à l’appellant, sur le fondement du par. 74.1(1), le revenu de dividendes net, de manière à augmenter l’impôt exigible, mais, d’autre part, qu’il était abusif de lui attribuer en application du même paragraphe la perte subie, même si, à mon sens, (i) la perte et le revenu se rattachaient aux mêmes actions transférées, (ii) la question de savoir si le transfert avait donné lieu à un revenu net ou à une perte nette dépendait de la fluctuation des dividendes produits par les actions selon les années et (iii) le par. 74.1(1) lui-même ne fait aucune distinction entre l’attribution d’un « revenu ou [d’une] perte ». L’avocate du ministre soutient qu’[TRADUCTION] « [i]l est parfaitement logique que la règle d’attribution permette de réattribuer le revenu net et que la RGAÉ (par. 245(2)) empêche la déduction des intérêts » (transcription, p. 40). En toute déférence, une fois reconnu (par la Cour d’appel fédérale en l’espèce) que l’épouse a emprunté des fonds à la banque pour acheter les actions, ce qui rendait l’intérêt déductible suivant l’al. 20(1)c, et que l’emprunt subséquent garanti par une hypothèque grevant la maison constituait un refinancement du prêt initial contracté pour l’achat des actions suivant le par. 20(3), ce qui correspondait au résultat envisagé dans l’arrêt *Singleton*, je ne crois pas que le ministre a prouvé que l’application à l’appellant par effet de la loi des règles d’attribution entre époux était abusive bien que, en fin de compte, elle ait permis d’obtenir l’avantage fiscal voulu. Conclure le contraire revient à dire que même si le contribuable peut légitimement réorganiser son capital (emprunté ou non) de manière fiscalement optimale, cette réorganisation devient abusive lorsqu’elle englobe la vente d’un bien à l’époux à la juste valeur marchande. Pour le ministre, l’existence de la dimension conjugale fait obstacle à la déductibilité de l’intérêt en application de l’al. 20(1)c confirmée par ailleurs dans

each spouse is taxed individually. As observed in *Jabs Construction Ltd. v. The Queen*, 99 D.T.C. 729 (T.C.C.): “Section 245 is an extreme sanction. It should not be used routinely every time the Minister gets upset just because a taxpayer structures a transaction in a tax effective way, or does not structure it in a manner that maximizes the tax” (para. 48).

### Identification of the Alleged Abuse

[63] The GAAR declares that a transaction or series of transactions which comply with the letter of the *Income Tax Act* may nevertheless be disallowed if the result is directly or indirectly “a misuse of the provisions [of the Act] or . . . an abuse having regard to [the] provisions [of this Act], other than this section, read as a whole” (s. 245(4)). The principles governing the application of the GAAR were considered by the Court in the companion cases of *Canada Trustco*, where the GAAR was held not to be applicable, and *Mathew v. Canada*, 2005 SCC 55, [2005] 2 S.C.R. 643 (“*Kaulius*”), where the GAAR was applied to disallow deductions claimed by the taxpayers. *Canada Trustco* recognized that the line between legitimate tax minimization and abusive tax avoidance is “far from bright” (para. 16). This has proven to be an understatement, and must be read together with the rule in *Canada Trustco* that

[i]f the existence of abusive tax avoidance is unclear, the benefit of the doubt goes to the taxpayer. [para. 66, point 3]

[64] In my view, when the series of transactions at issue in this case is properly characterized, it is a tax avoidance scheme that falls on the *Canada Trustco* side of the line, and should not have been found to be abusive under the GAAR.

[65] Here, as in *Canada Trustco* and *Kaulius*, it is clear that the series of transactions in question

l’arrêt *Singleton*. En l’espèce, aucun des époux n’a droit à l’avantage bien que, dans notre régime fiscal, les époux soient assujettis à l’impôt individuellement. Comme le tribunal l’a fait remarquer dans la décision *Jabs Construction Ltd. c. La Reine*, 1999 CanLII 520 (C.C.I.) : « L’article 245 est une sanction extrême. Cela ne doit pas être utilisé de façon routinière chaque fois que le ministre est mécontent du simple fait qu’un contribuable structure une opération d’une manière fiscalement efficace ou ne structure pas une opération d’une manière qui optimise l’impôt » (par. 48).

### Nature de l’abus allégué

[63] Suivant la RGAÉ, l’opération ou la série d’opérations qui respecte la lettre de la *Loi de l’impôt sur le revenu* peut néanmoins être écartée lorsqu’elle entraîne directement ou non un « abus dans l’application des dispositions [de la *Loi*] ou [ . . . ] un abus dans l’application de ces dispositions compte non tenu du présent article lues dans leur ensemble » (par. 245(4)). Dans les pourvois connexes *Trustco Canada*, où elle a statué que la RGAÉ était inapplicable, et *Mathew c. Canada*, 2005 CSC 55, [2005] 2 R.C.S. 643 (« *Kaulius* »), où elle a appliqué la RGAÉ à l’encontre de la déductibilité alléguée par les contribuables, la Cour s’est penchée sur les principes régissant l’application de la RGAÉ. L’arrêt *Trustco Canada* reconnaît que la ligne de démarcation entre la réduction légitime de l’impôt et l’évitement fiscal abusif est « loin d’être nette » (par. 16). C’est le moins qu’on puisse dire, et il faut y ajouter le principe suivant établi dans le même arrêt :

S’il n’est pas certain qu’il y a eu évitement fiscal abusif, il faut laisser le bénéfice du doute au contribuable. [par. 66, point 3]

[64] À mon avis, une fois correctement qualifiée, la série d’opérations visée en l’espèce constitue un stratagème d’évitement fiscal semblable à celui considéré dans l’affaire *Trustco Canada* et elle n’aurait pas dû être jugée abusive au sens de la RGAÉ.

[65] Comme dans les affaires *Trustco Canada* et *Kaulius*, il est clair que la série d’opérations a

produced a tax benefit in some years for the appellant, and that the “shuffle of cheques” (as these schemes are sometimes characterized) was designed to obtain a tax benefit. Nevertheless the following cautionary observations in *Canada Trustco* are pertinent:

The courts cannot search for an overriding policy of the Act that is not based on a unified, textual, contextual and purposive interpretation of the specific provisions in issue. . . . To send the courts on the search for some overarching policy and then to use such a policy to override the wording of the provisions of the *Income Tax Act* would inappropriately place the formulation of taxation policy in the hands of the judiciary . . . .

Second, to search for an overriding policy of the *Income Tax Act* that is not anchored in a textual, contextual and purposive interpretation of the specific provisions that are relied upon for the tax benefit would run counter to the overall policy of Parliament that tax law be certain, predictable and fair, so that taxpayers can intelligently order their affairs. [Emphasis added; paras. 41-42.]

Counsel for the Minister argues that the appellant “wanted to take advantage of the tax-free rollover. He wanted to sell the shares to his wife in order to trigger the income-earning use, but he didn’t want the consequences that a sale of shares would normally carry with it” (Transcript, at p. 47). But this is precisely the outcome contemplated by Parliament when it enacted the spousal attribution rules. The outcome was not so much an abuse “of the specific provisions” as it was a fulfilment of them. The Minister’s argument paints with too broad a brush. *Canada Trustco* requires him to identify the misuse and abuse of an “object, spirit or purpose” that is “anchored in a textual, contextual and purposive interpretation of the specific provisions that are relied upon for the tax benefit” (para. 42 (emphasis added)). By ignoring the initial sale of shares and recharacterizing the interest payment in relation thereto as nothing more than interest on a house mortgage, and effectively arguing for a stand-alone prohibition on the deductibility of a house mortgage interest (despite *Singleton*), the Minister, with respect, engages in the sort of

permis à l’appelant de bénéficier d’un avantage fiscal pendant quelques années et que l’« échange de chèques » (expression parfois utilisée pour qualifier ce type de stratagème) visait l’obtention d’un avantage fiscal. Néanmoins, les mises en garde suivantes formulées dans l’arrêt *Trustco Canada* valent d’être citées :

Les tribunaux ne peuvent chercher une politique prépondérante de la Loi qui n’est pas fondée sur une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique unifiée des dispositions en cause. [. . .] Demander aux tribunaux de chercher une politique globale quelconque pour ensuite se servir de cette politique pour passer outre au libellé des dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu* reviendrait à confier indûment à l’appareil judiciaire l’établissement de politiques fiscales. . . .

Deuxièmement, la recherche d’une politique prépondérante de la *Loi de l’impôt sur le revenu* qui n’est pas fondée sur une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique des dispositions invoquées pour obtenir l’avantage fiscal irait à l’encontre de la politique globale du législateur voulant que le droit fiscal soit certain, prévisible et équitable afin que le contribuable puisse organiser intelligemment ses affaires. [Je souligne; par. 41-42.]

L’avocate du ministre prétend que l’appelant [TRADUCTION] « voulait se prévaloir du transfert en franchise d’impôt. Il voulait vendre les actions à son épouse pour donner lieu à une utilisation produisant un revenu, mais se soustraire aux conséquences habituelles d’une vente d’actions » (transcription, p. 47). Or, c’est précisément le résultat envisagé par le législateur lors de l’adoption des règles d’attribution entre époux. Il s’agit, de la part de l’appelant, non d’un véritable abus « des dispositions invoquées », mais bien de leur pleine application. La thèse du ministre dépasse les limites. Suivant l’arrêt *Trustco Canada*, le ministre doit décrire l’abus de « l’objet ou l’esprit » des dispositions « [selon] une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique des dispositions invoquées pour obtenir l’avantage fiscal » (par. 42 (je souligne)). En faisant fi de la vente initiale des actions, en considérant plutôt les intérêts payés à cet égard comme de simples intérêts sur le prêt hypothécaire résidentiel et en faisant effectivement valoir la non-déductibilité en soi de l’intérêt hypothécaire (malgré l’arrêt *Singleton*), le ministre, en toute déférence, s’en remet plus ou

vague appeal to “overriding policy” or “overarching policy” that *Canada Trustco* sought to eliminate from the GAAR analysis (para. 41).

[66] The Minister argues that Mr. Lipson’s use of the attribution rules was abusive because he used them to reduce his tax. At the same time, his counsel readily acknowledged at the hearing that s. 74.1(1) can operate to transfer a loss from the lower income spouse up to the higher income spouse (Transcript, at p. 46), thereby opening the door to the higher income spouse (in this case Mr. Lipson) to reduce his tax (see further para. 75 below). Of course Mr. Lipson obtained a tax benefit in some years but the Minister’s proposition would, in this respect, further blur the distinction under the GAAR between tax avoidance and *abusive* tax avoidance. As *Canada Trustco* states:

Even if an avoidance transaction is established under the s. 245(3) inquiry, the GAAR will not apply to deny the tax benefit if it may be reasonable to consider that it did not result from abusive tax avoidance under s. 245(4), as discussed more fully below. [para. 35]

[67] In my opinion the Minister has failed to identify a specific policy shown to be frustrated by the appellant’s plan. The approbation by the Court of the Minister’s resort to vague generalities or “overriding policy” would only increase the element of uncertainty in tax planning that *Canada Trustco* sought to avoid.

#### The Series of Transactions

[68] In order to gain a proper appreciation of the context in which abuse is alleged to have resulted, it is useful to identify each distinct legal step in the series of transactions, and relate that step to the relevant provision of the *Income Tax Act*. Of course, in the GAAR analysis, the entire series of transactions must ultimately be taken into consideration to determine whether the tax benefit results from an abuse of the provisions relied upon.

moins à une espèce de « politique prépondérante » ou « politique globale » que notre Cour, dans l’arrêt *Trustco Canada*, a voulu exclure de l’analyse que commande la RGAÉ (par. 41).

[66] Le ministre fait valoir que M. Lipson a eu recours aux règles d’attribution de manière abusive, car il les a utilisées pour réduire son impôt. Pourtant, son avocat a volontiers reconnu à l’audience que le par. 74.1(1) peut s’appliquer pour que l’époux moins bien nanti transfère une perte à l’époux mieux nanti (transcription, p. 46), permettant ainsi à l’époux plus fortuné (en l’occurrence M. Lipson) de réduire l’impôt exigible (voir également le par. 75 des présents motifs). Certes, M. Lipson a bénéficié d’un avantage fiscal pendant quelques années, mais la thèse du ministre sur ce point, si elle était retenue, brouillerait davantage la ligne de démarcation entre l’évitement fiscal et l’évitement fiscal *abusif* pour les besoins de la RGAÉ. Notre Cour a dit ce qui suit dans l’arrêt *Trustco Canada* :

Comme nous le verrons en détail plus loin, même si l’examen fondé sur le par. 245(3) permet de constater l’existence d’une opération d’évitement, la RGAÉ ne permet pas de supprimer l’avantage fiscal dont il est raisonnable de considérer qu’il ne découle pas d’un évitement fiscal abusif au sens du par. 245(4). [par. 35]

[67] J’estime que le ministre a omis de mettre au jour la politique précise que contrecarrerait le stratagème de l’appelant. Si notre Cour permettait au ministre de s’en remettre à de vagues généralités ou à l’existence d’une « politique prépondérante », l’incertitude entourant la planification fiscale qu’elle a voulu lever en rendant l’arrêt *Trustco Canada* n’en serait que plus grande.

#### La série d’opérations

[68] Pour bien saisir le contexte dans lequel il y aurait eu abus, il convient de relever chacune des étapes distinctes de la série d’opérations et de la relier à la disposition pertinente de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Évidemment, l’analyse fondée sur la RGAÉ exige finalement que l’on tienne compte de la série d’opérations en entier pour déterminer si l’avantage fiscal découle d’un abus dans l’application des dispositions invoquées.

[69] Counsel for the Minister concedes that the GAAR does not permit the re-characterization of these individual transactions. “[E]ach transaction has to be respected for what it is” (Transcript, at p. 35).

[70] At the outset, the appellant owned a substantial block of stock in Lipson Family Investments Ltd. (which I will refer to as “Holdco”). At the conclusion of the series of transactions, he was no longer the owner of \$562,500 of the stock. It had been sold to his wife, Jordanna, at what the Minister does not dispute was fair market value.

[71] The wife did not have the cash on hand to buy the shares, so she took out a \$562,500 bank loan. I agree with the Federal Court of Appeal that, viewed in isolation, the interest on this loan was clearly deductible under s. 20(1)(c) of the Act as money borrowed to acquire an income-producing asset, i.e. the shares in Holdco. Noël J.A. wrote:

Jordanna having acquired an income producing asset and having financed the cost of acquisition, there is an obvious link between the borrowed money and a current eligible use. As such, paragraph 20(1)(c) cannot be said to have been misused.

(2007 FCA 113, [2007] 4 F.C.R. 641, at para. 40)

In other words, deductibility of the interest on the share purchase loan satisfied both the letter *and* the spirit of s. 20(1)(c).

[72] Prior to the share purchase, but plainly as part of the same series of transactions, the appellant and his wife agreed to purchase a house for \$750,000. On closing, the Lipsons took out a \$562,500 mortgage whose proceeds were used to pay off the wife’s bank loan. The advantage to the bank of this refinancing was that the \$562,500 loan was now secured by a \$750,000 house. The Minister concedes that the \$562,500 mortgage loan is properly considered to be a refinancing of the \$562,500 stock purchase loan. (It is true that the husband was co-charger on the mortgage, but this was necessarily so, given his joint ownership interest in

[69] L’avocate du ministre reconnaît que la RGAÉ ne permet pas de qualifier à nouveau ces opérations individuelles. [TRADUCTION] « [C]haque des opérations doit être respectée pour ce qu’elle est » (transcription, p. 35).

[70] Au départ, l’appelant détenait un important bloc d’actions de Lipson Family Investments Ltd. (ci-après « Holdco »). Au terme des opérations successives, il a cessé d’être propriétaire d’actions d’une valeur de 562 500 \$. Il les avait vendues à son épouse, Jordanna, à un prix qui, de l’aveu du ministre, correspondait à leur juste valeur marchande.

[71] Comme elle ne disposait pas de la somme nécessaire pour acheter les actions, l’épouse de l’appelant a emprunté 562 500 \$ à la banque. Je conviens avec la Cour d’appel fédérale que, considéré en vase clos, l’intérêt sur ce prêt était clairement déductible suivant l’al. 20(1)(c) de la Loi, car l’argent avait été emprunté pour acquérir un bien productif de revenu, à savoir les actions de Holdco. Le juge Noël dit ce qui suit :

Jordanna ayant acquis un actif productif de revenu et ayant financé le coût de l’acquisition, il y a un lien évident entre l’argent emprunté et une utilisation admissible courante. On ne saurait donc dire qu’il y a eu abus de l’alinéa 20(1)(c).

(2007 CAF 113, [2007] 4 R.C.F. 641, par. 40)

En d’autres mots, la déductibilité des intérêts sur le prêt contracté pour acheter les actions était conforme au texte *et* à l’esprit de l’al. 20(1)(c).

[72] Avant l’achat des actions, mais clairement dans le cadre de la même série d’opérations, l’appelant et son épouse ont convenu d’acheter une maison au coût de 750 000 \$. À la date de transfert du droit de propriété, les Lipson ont contracté un prêt hypothécaire dont le montant de 562 500 \$ a été affecté au remboursement du prêt bancaire de M<sup>me</sup> Lipson. Ce refinancement présentait un avantage pour la banque en ce que le prêt de 562 500 \$ était dès lors garanti par une maison d’une valeur de 750 000 \$. Le ministre reconnaît que le prêt hypothécaire de 562 500 \$ est à juste titre considéré comme un refinancement du prêt de 562 500 \$ contracté pour

the \$750,000 house.) Interest payments were made from a joint account. There is no evidence about the source of funds going into that account. The Minister concedes that viewed in isolation s. 20(3) properly applied to preserve the deductibility of the interest payments. If the Minister's position were otherwise, the parties would be arguing about deductibility under s. 20(3), not the GAAR.

[73] Deductibility is based on the use of the borrowed funds prior to the refinancing (in this case the purchase of income-producing shares), not on the nature of the security eventually provided to secure the refinanced borrowings. Again, I agree with the Federal Court of Appeal that, viewed in isolation, the refinancing of the share purchase loan preserved the deductibility of the interest payments. Noël J.A. wrote:

In this case, the mortgage loan was used to repay the money which had been previously borrowed to purchase the shares. As such, the text, context and purpose of subsection 20(3), is to attribute to the mortgage loan the same purpose as the demand loan. Again, ignoring the overall purpose identified by Bowman C.J., I see no basis for holding that there has been an abuse or a misuse of that provision. [para. 42]

[74] At this point, in the sequence of events, the choice offered by Parliament in s. 73(1) presents itself, as explained by Bowman C.J.T.C.:

Subsection 73(1) has as its purpose the facilitation of inter-spousal transfers of property without immediate tax consequences. Such transfers, in the case of non-depreciable property, are deemed to take place at the transferor's [adjusted cost base] unless the transferor elects to have subsection 73(1) not apply.

(2006 TCC 148, [2006] 3 C.T.C. 2494, at para. 21)

The appellant *could* have elected not to enjoy the s. 73(1) rollover. In that event, the disposition of the shares would have been subject to the capital gains tax provisions. However, he did not make that

acheter des actions. (Il est vrai que le mari était codébiteur hypothécaire, mais il devait nécessairement en être ainsi puisqu'il était copropriétaire de la maison de 750 000 \$.) Les intérêts étaient payés par prélèvement sur un compte conjoint. Aucun élément ne précise la provenance des fonds déposés dans ce compte. Le ministre concède que, considéré isolément, le par. 20(3) s'appliquait bel et bien de manière à préserver la déductibilité de l'intérêt. Si la thèse du ministre était différente, les parties débattraient de la déductibilité en fonction du par. 20(3), et non de la RGAÉ.

[73] La déductibilité tient à l'utilisation des fonds empruntés avant le refinancement (en l'espèce, l'achat d'actions produisant un revenu), et non à la nature de la sûreté finalement consentie pour garantir les emprunts refinancés. Encore là, je conviens avec la Cour d'appel fédérale que, considéré isolément, le refinancement du prêt contracté pour acheter des actions assurait la déductibilité de l'intérêt. Le juge Noël dit ce qui suit :

En l'espèce, le prêt hypothécaire a servi à rembourser la somme qui avait été auparavant empruntée pour acheter les actions. Le texte, le contexte et l'objet du paragraphe 20(3) attribuent donc au prêt hypothécaire la même fin qu'au prêt remboursable sur demande. Encore une fois, si l'on ne tient pas compte de l'objet global défini par le juge en chef Bowman, je ne vois aucune raison de dire qu'il y a eu abus de ladite disposition. [par. 42]

[74] À ce stade, dans la suite des événements, le choix prévu par le législateur au par. 73(1) se dessine, comme l'explique le juge en chef Bowman :

Le paragraphe 73(1) a pour objet de faciliter les transferts de biens entre époux ou conjoints sans attributs fiscaux immédiats. De tels transferts, s'il s'agit de biens non amortissables, sont réputés avoir lieu au [prix de base rajusté] pour l'auteur du transfert, à moins que ce dernier ne choisisse de soustraire le bien à l'application du paragraphe 73(1).

(2006 CCI 148, [2006] A.C.I. n° 174 (QL), par. 21)

L'appellant *aurait pu* choisir de ne pas se prévaloir du mécanisme prévu au par. 73(1), auquel cas la vente des actions aurait été assujettie aux dispositions sur l'imposition des gains en capital. Toutefois, il ne l'a

election, and as the Federal Court of Appeal held, *per* Noël J.A.:

Subsection 73(1) also operated as intended. The shares were transferred from the appellant to Jordanna on a rollover basis (i.e., at the appellant's [adjusted cost base]) and any future gain or loss resulting from the disposition of the shares by Jordanna will be attributed back to the appellant. [para. 37]

[75] Since the appellant did not opt out of s. 73(1), any income or loss from the shares in the hands of Jordanna are deemed to be that of the appellant pursuant to s. 74.1(1) of the *Income Tax Act*. This is understandable. If for tax purposes there is no realization of the property, then for tax purposes Parliament has decided that the income or losses should stay with the transferor.

[76] My colleague LeBel J. states that “the purpose of s. 74.1(1) is to prevent spouses from reducing tax by taking advantage of their non-arm’s length relationship when transferring property between themselves” (para. 42). This concept of an abuse of s. 74.1(1) is so broad that it would include interspousal transfers of assets at fair market value for *bona fide* economic reasons. It offers, I think, too large a field of operation for the GAAR. The reality is that such a reduction in the total amount of tax is the likely result of any interspousal rollover from a higher income spouse to a lower income spouse, a result that s. 74.1 plainly contemplates. Nowhere in the provisions at issue does Parliament indicate that attribution of a loss could only be made from lower income spouses to higher income spouses. On the contrary, even counsel for the Minister acknowledged at the hearing that

there could be a situation where it is the lower-income spouse transferring a loss up to the higher-income spouse. It can work both ways and that is why you have “income or loss.” [Transcript, at p. 46]

Further, it seems that my colleague’s definition of s. 74.1(1) abuse is framed broadly enough to include *any* debt-financed transfer of assets between spouses where the tax consequences are attributed

pas fait, et la Cour d’appel fédérale conclut ce qui suit par la voix du juge Noël :

Le paragraphe 73(1) s’est également appliqué comme prévu. Les actions sont passées de l’appelant à Jordanna par roulement (c’est-à-dire au [prix de base rajusté] de l’appelant), et tout gain ou perte futur résultant de la disposition des actions par Jordanna sera réattribué à l’appelant. [par. 37]

[75] Comme l’appelant n’a pas soustrait les actions à l’application du par. 73(1), le revenu qu’en tire M<sup>me</sup> Lipson ou la perte qui en découle pour elle est réputé être celui ou celle de l’appelant en vertu du par. 74.1(1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, et cela se comprend. Le législateur a voulu, lorsque aucun bien n’est réalisé aux fins de l’impôt, que l’auteur du transfert conserve le revenu ou la perte pour les besoins de l’impôt.

[76] Mon collègue le juge LeBel fait observer que « le par. 74.1(1) vise à empêcher les époux de réduire l’impôt exigible en tirant avantage de leur lien de dépendance lors du transfert d’un bien de l’un à l’autre » (par. 42). Cette conception de l’abus dans l’application du par. 74.1(1) est si large qu’elle inclut le transfert de biens entre époux à la juste valeur marchande pour des motifs financiers valables. À mon avis, cette interprétation confère une trop grande portée à la RGAÉ. Dans les faits, tout transfert d’un bien de l’époux dont le revenu est supérieur à l’époux dont le revenu est inférieur entraîne une réduction de l’impôt total exigible, comme le prévoit clairement l’art. 74.1. Les dispositions en cause ne permettent aucunement de conclure qu’une perte ne peut être attribuée que de l’époux au revenu inférieur à l’époux au revenu supérieur. Au contraire, et l’avocate du ministre l’a même reconnu à l’audience :

[TRADUCTION] . . . il pourrait arriver que l’époux dont le revenu est inférieur transfère une perte à l’autre. Le transfert peut se faire dans les deux sens, et c’est pourquoi on parle de « revenu ou perte ». [transcription, p. 46]

De plus, il semble que l’abus du par. 74.1(1) au sens où l’entend mon collègue soit large au point d’englober *tout* transfert de bien entre époux financé par emprunt lorsque les attributs fiscaux sont

back to the transferor spouse, whether such attribution happens because the transferor fails to make the election out of s. 73(1) or because the election is not available in the circumstances. This too gives the GAAR too wide a field of potential operation, in my view.

[77] The focus of my colleague's analysis is the appellant's ability to deduct the interest expense against dividend income, and thus to reduce his taxable income from what it would have been if the series of transactions had never taken place. Yet the Minister seems to concede that the *Singleton* deduction *per se* is not abusive. And as well, the Minister seems to accept that the deduction would not be abusive if the "income or loss" had been left in the wife's hands. Before the transactions in *Singleton* occurred, it will be recalled, Singleton was responsible for the tax consequences of his partnership stake and there was no interest deduction. Then he withdrew his stake, spent the proceeds on a house, and borrowed money to deposit back into the partnership. The end result was that the partnership stake remained with Singleton — along with a new interest deduction. If the interest deduction is not *per se* abusive, I do not believe the Minister has shown why it becomes abusive with the addition of a spousal rollover that operates precisely as it was intended by Parliament to operate.

[78] When Parliament used the words "income or loss" in s. 74.1(1), it expressly contemplated that regardless of the relative income of the spouses, interest expenses incurred by the transferee (here the wife) will in the circumstances dictated by Parliament be attributed to the transferor (here the appellant). Section 74.1(1) does not change the ownership of the property. It simply attributes the net income or loss arising from the transferred property to the transferor in circumstances where the transferor has decided not to opt for a deemed disposition and thereby risk capital gains tax.

[79] Parliament recognized that an attribution back to the transferor spouse might be inappropriate

réattribués à l'auteur du transfert, que cette réattribution intervienne parce que le cédant ne soustrait pas le bien à l'application du par. 73(1) ou qu'il ne peut le faire dans les circonstances. Et là encore, la portée éventuelle de la RGAÉ est selon moi bien trop grande.

[77] L'analyse de mon collègue met l'accent sur la faculté qu'a l'appelant de déduire les frais d'intérêts du revenu de dividendes, de sorte que son revenu imposable soit inférieur à ce qu'il aurait été sans la série d'opérations. Pourtant, le ministre semble concéder que la déduction considérée dans l'affaire *Singleton* n'était pas abusive en soi. Et il paraît reconnaître que la déduction effectuée en l'espèce ne serait pas abusive si M<sup>me</sup> Lipson avait conservé « le revenu ou la perte ». Il importe de rappeler que dans l'affaire *Singleton*, avant que ne soient effectuées les opérations en cause, le contribuable assumait les attributs fiscaux de sa participation dans la société de personnes et nul intérêt n'était déductible. Puis, il avait retiré sa participation, affecté la somme à l'achat d'une maison et contracté un prêt pour renflouer son compte de capital dans la société de personnes. Finalement, M. Singleton avait conservé sa participation dans la société de personnes — en sus de la déductibilité nouvelle de l'intérêt. Si celle-ci n'est pas abusive en soi, je ne crois pas que le ministre a établi en quoi elle le devient du fait qu'il y a un transfert libre d'impôt entre époux ayant précisément l'effet voulu par le législateur.

[78] Par l'emploi des mots « le revenu ou la perte » au par. 74.1(1), le législateur a expressément envisagé que malgré la différence des revenus des époux, les frais d'intérêts du cessionnaire (en l'espèce, l'épouse) puissent, aux conditions prescrites, être attribués au cédant (en l'espèce, l'appelant). Le paragraphe 74.1(1) ne modifie pas la propriété du bien, mais attribue seulement le revenu net ou la perte nette découlant du bien transféré à l'auteur du transfert lorsque ce dernier n'a pas opté pour la disposition présumée et s'expose donc à l'exigibilité d'un impôt sur le gain en capital.

[79] Le législateur a reconnu que la réattribution à l'auteur du transfert pouvait être inopportune dans

in some circumstances. The attribution rules include an anti-avoidance provision. Section 74.5(11) provides that the spousal attribution rules

do not apply to a transfer or loan of property where it may reasonably be concluded that one of the main reasons for the transfer or loan was to reduce the amount of tax that would, but for this subsection, be payable under this Part on the income and gains derived from the property or from property substituted therefor.

The Minister made no attempt to bring this case within s. 74.5(11) (Respondent's Factum, at para. 45).

[80] In an effort to identify the "object, spirit or purpose" of s. 74.1(1) abused by the appellant's plan, my colleague LeBel J. states, as mentioned, that "the attribution rules in ss. 74.1 to 74.5 are anti-avoidance provisions whose purpose is to prevent spouses (and other related persons) from reducing tax by taking advantage of their non-arm's length status when transferring property between themselves" (para. 32). In my respectful view, what LeBel J. believes s. 74.1(1) is designed to *prevent* is actually a reasonable statement of what s. 74.1(1) seeks to *permit*. This case, as my colleague appears to acknowledge at para. 32, is not about income splitting. The taxpayer's evident purpose was to postpone capital gains tax on the transfer of property to the wife while in the meantime allowing any "income or loss[es]" to be attributed to himself.

[81] My colleague further says at para. 42 that "[t]he only way the Lipsons could have produced the result in this case was by taking advantage of their non-arm's length relationship." I agree, but, far from constituting an *indicia* of abuse, the spousal relationship is precisely the reason Parliament permits the attribution of income or loss back to the transferor. In other words, in my respectful view, the tax consequence my colleague condemns is precisely the consequence called for by s. 74.1(1) unless the taxpayer opts out. Thus, in the view of Noël J.A. writing for the Federal Court of Appeal:

certain cas. Les règles d'attribution entre époux renferment une disposition anti-évitement — le par. 74.5(11) —, qui prévoit qu'elles

ne s'appliquent pas à un transfert ou prêt de biens lorsqu'il est raisonnable de conclure qu'un des principaux motifs du transfert ou prêt, selon le cas, consiste à réduire l'impôt qui, sans le présent paragraphe, serait payable en vertu de la présente partie sur le revenu et les gains dérivés du bien ou d'un bien y substitué.

Le ministre ne prétend pas que le par. 74.5(11) s'applique à la présente espèce (mémoire de l'intimée, par. 45).

[80] Afin de déterminer « l'objet ou l'esprit » du par. 74.1(1) dont l'appelant aurait abusé par son stratagème, mon collègue le juge LeBel affirme, je le rappelle, que « les règles d'attribution prévues aux art. 74.1 à 74.5 constituent des dispositions anti-évitement destinées à empêcher les époux (ou d'autres contribuables ayant un lien de dépendance entre eux) de réduire l'impôt exigible en tirant avantage de ce lien de dépendance lorsque l'un d'eux transfère un bien à l'autre » (par. 32). En toute déférence, ce que le par. 74.1(1) vise selon lui à *empêcher* est en fait ce que la disposition vise à *permettre* si on l'interprète correctement. Comme mon collègue le juge LeBel paraît le reconnaître au par. 32 de ses motifs, la présente espèce n'a pas pour objet le fractionnement du revenu. Le but évident du contribuable était de reporter l'impôt sur le gain en capital réalisé lors du transfert des biens à son épouse tout en s'attribuant dans l'intervalle le « revenu » ou la « perte ».

[81] Mon collègue ajoute au par. 42 que « [c]e n'est qu'en tirant avantage de leur lien de dépendance que les Lipson pouvaient obtenir ce résultat en l'espèce. » Je suis d'accord. Mais loin de constituer un indice d'abus, le lien conjugal est précisément à l'origine de la décision du législateur de permettre la réattribution du revenu ou de la perte à l'auteur du transfert. Autrement dit, à mon humble avis, les conséquences fiscales que réproouve mon collègue sont justement celles censées découler du par. 74.1(1), à moins que le contribuable ne se soustraie à son application. D'où la conclusion que tire la Cour d'appel fédérale par la voix du juge Noël :

Considering the transactions as they unfolded, the purposes of subsections 74.1(1) and 73(1) were fulfilled. The appellant (presumably in a higher tax bracket his counsel suggests) transferred the shares to his spouse with the result that (pursuant to subsection 74.1(1)) any income or loss incurred by Jordanna with respect to the shares was attributed back to the appellant. [Emphasis added; para. 36.]

I agree with the Federal Court of Appeal to the extent that it recognized that the specific purposes of ss. 74.1(1) and 73(1) were fulfilled, not abused. In my view, moreover, the additional fact that the attribution occurred as part of a *Singleton* “shuffle” does not render the “series of transactions” abusive unless the *Singleton* shuffle itself is abusive, which is a position the Minister declined to advance.

[82] In one of the three years at issue, the appellant’s failure to opt out resulted in an *increase* in the appellant’s income. In 1995, the taxable dividend paid on the transferred shares and attributed to him under s. 74.1(1) exceeded the interest expense paid on the loan. In the other two years (1994 and 1996), the interest expense exceeded the Holdco dividends. Whether or not the appellant suffers a loss or gains additional income in any particular taxation year depends on the fluctuating amount of the dividends. There was no evidence about the dividend practice or policy of Holdco.

[83] In the Minister’s view, apparently, the spousal attribution rules provided in this case a narrow bridge over which income may pass, but not losses.

#### Identification of the “Overall Purpose”

[84] Having accepted that none of the transactions in the series, taken in isolation, offended the letter or intent of the tax provisions relied upon by the appellant, the Federal Court of Appeal nevertheless upheld the Tax Court on the basis of the view of the trial judge that “[t]he overall purpose of the scheme obviously was to make the interest

Compte tenu des opérations telles qu’elles se sont déroulées, les objets des paragraphes 74.1(1) et 73(1) ont été atteints. L’appellant (son avocat suggère qu’il se trouve probablement dans une tranche d’imposition plus élevée) a transféré les actions à son épouse, le résultat étant que, en application du paragraphe 74.1(1), le revenu gagné ou la perte subie par Jordanna au titre des actions a été réattribué à l’appellant. [Je souligne; par. 36.]

Je suis d’accord avec elle dans la mesure où elle reconnaît que les objets spécifiques des par. 74.1(1) et 73(1) ont été respectés et qu’il n’y a pas eu d’abus. De plus, le fait supplémentaire que la réattribution est intervenue dans le cadre d’un échange apparenté à celui de l’affaire *Singleton* ne saurait rendre la série d’opérations abusive à moins que dans cette autre affaire l’échange ne l’ait été lui-même, ce que le ministre n’a pas fait valoir.

[82] Pendant l’une des trois années d’imposition en cause, l’omission de l’appellant de faire le choix prévu dans la Loi a entraîné l’*augmentation* de son revenu. En 1995, les dividendes imposables versés sur les actions transférées et attribués à l’appellant en vertu du par. 74.1(1) dépassaient les frais d’intérêts liés au prêt. Pendant les deux autres années d’imposition (1994 et 1996), les frais d’intérêts ont été supérieurs aux dividendes versés par Holdco. Le fait que l’appellant subit une perte ou touche un revenu supplémentaire pour l’une ou l’autre des années d’imposition dépend de la fluctuation du montant des dividendes. Aucun élément de preuve n’a été offert concernant la politique de Holdco en matière de dividendes.

[83] Il appert qu’aux yeux du ministre, les règles d’attribution entre époux jetaient en l’espèce une passerelle permettant le passage du revenu, mais non celui des pertes.

#### Détermination de l’« objet global »

[84] Après avoir reconnu qu’aucune des opérations successives, considérées isolément, n’allait à l’encontre de la lettre ou de l’objet des dispositions fiscales invoquées par l’appellant, la Cour d’appel fédérale a néanmoins confirmé la décision du juge de la Cour de l’impôt en se fondant sur sa conclusion selon laquelle « [l]e but global du stratagème

on the mortgage on the home deductible by Earl” (Bowman C.J.T.C., at para. 8). Again, at para. 23, the Tax Court judge stated:

The overall purpose as well as the use to which each individual provision was put was to make interest on money used to buy a personal residence deductible.

This, of course, is the issue subsequently decided in the taxpayer’s favour by *Singleton*.

[85] The Federal Court of Appeal saw nothing wrong with the “overall purpose” approach taken by the Tax Court judge:

Bowman C.J. was entitled to consider the transactions as a whole and their overall purpose in the conduct of his misuse and abuse analysis and to give this factor the weight that he did. [para. 43]

[86] While *Canada Trustco* requires deference to Tax Court judges who have “proceeded on a proper construction of the provisions of the *Income Tax Act*” (para. 66), in my view the “overall purpose” approach that he adopted, and the Federal Court of Appeal accepted, was an error of law that invites our intervention. Identification of “purpose” is relevant to a determination under s. 245(3) about whether the impugned transaction is or is not an “avoidance transaction”. The appellant conceded before the Federal Court that it *was* a tax-avoidance scheme. The focus therefore shifts to s. 245(4) which disallows a tax benefit that would, but for the GAAR, “result directly or indirectly in a misuse [or] abuse”. At that stage, the principal focus is on results, not purpose.

[87] Moreover, it is not sufficient, in my view, for the Minister to offer a general “overall” conclusory snapshot of the series of transactions without regard to the legal relationships thereby created. Here, as in *Singleton*, there was a change in the taxpayer’s position with real economic substance. The

était de toute évidence de faire en sorte que les intérêts sur l’hypothèque prise à l’égard de la maison soient déductibles par M. Lipson » (le juge en chef Bowman, par. 8). Puis, au par. 23, le juge de la Cour de l’impôt ajoute :

L’objet global, de même que l’usage qui a été fait de chaque disposition visaient à rendre déductibles les intérêts sur l’argent utilisé pour acheter une résidence personnelle.

Telle est bien sûr la question que notre Cour a tranchée en faveur du contribuable dans l’arrêt *Singleton*.

[85] La Cour d’appel fédérale n’a rien vu d’erroné dans l’interprétation fondée sur l’« objet global » qu’a adoptée le juge de la Cour de l’impôt :

[L]e juge en chef Bowman était fondé à considérer les opérations comme un tout, ainsi que leur objet global, lorsqu’il s’est demandé s’il y avait eu abus de la disposition, et à accorder à ce facteur le poids qu’il lui a accordé. [par. 43]

[86] L’arrêt *Trustco Canada* commande la retenue envers le juge de la Cour de l’impôt qui « s’est fondé sur une interprétation correcte des dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu* » (par. 66), mais j’estime que l’interprétation fondée sur l’« objet global » adoptée par la Cour de l’impôt, puis entérinée par la Cour d’appel fédérale, constituait une erreur de droit qui justifie notre intervention. La détermination de l’« objet » est pertinente pour les besoins du par. 245(3) lorsqu’il s’agit de savoir si l’opération en cause constitue ou non une « opération d’évitement ». L’appellant a reconnu devant la Cour fédérale qu’il *s’agissait* bien d’un stratagème d’évitement fiscal. L’examen porte dès lors sur le par. 245(4), lequel empêche tout avantage fiscal qui, sans la RGAÉ, « entraînerait, directement ou indirectement, [ . . . ] un abus », l’accent étant alors mis principalement sur le résultat, et non sur l’objet.

[87] En outre, j’estime qu’il ne suffit pas au ministre d’offrir une qualification non étayée, générale et « globale » de la série d’opérations sans égard aux rapports juridiques qui en ont résulté. En l’espèce, comme dans l’affaire *Singleton*, il y a eu modification réelle de la situation financière du

wife became owner of the shares. Apart from the spousal attribution rules, which applied automatically as a result of the appellant's failure to opt out of s. 73(1), she would have been taxed on the dividends, and she would have been taxed on the capital gain or loss on the shares when she sold them. While many spouses regard themselves as forming an economic unit, the rate at which spousal units implode serves as a reminder that the economic union of marriage is neither indissoluble nor free of risk. As the Federal Court of Appeal wrote:

In this case, Jordanna borrowed money to acquire shares which had the potential to produce and did produce non-exempt income. The change in the respective ownership positions of the appellant and his spouse is real from both a legal and an economic perspective, and this is unaltered by the distinct treatment which the attribution rules provide for the purposes of the Act. The shares no longer belong to the appellant; they belong to Jordanna. [para. 39]

See also M. Thivierge, "GAAR Redux: After Canada Trustco", in *Report of Proceedings of the Fifty-Eighth Tax Conference* (2007), 4:1; F. Ahmed and C. Priede, "Case Comment — *Lipson v. Canada*" (2007), 17 *Can. Curr. Tax* 77; and T. E. McDonnell, "The Relevance of 'Overall Purpose' in a GAAR Analysis" (2007), 55 *Can. Tax J.* 720.

### The Spousal Attribution Rules

[88] Section 74.5(1) provides that the spousal attribution rules do not apply where an individual transfers property to his or her spouse at fair market value *and* elects out of the s. 73(1) spousal rollover. The spousal attribution rules *do* apply if the transferor does *not* elect out of the spousal rollover (as was the case here). Thus, by operation of the spousal attribution rules in ss. 73(1) and 74.1(1), the losses associated with the shares in Holdco were attributed to the appellant.

[89] My colleague LeBel J. concludes that the only provision of the *Income Tax Act* for which

contribuable : son épouse est devenue propriétaire des actions. N'eût été les règles d'attribution entre époux, qui se sont appliquées automatiquement parce que l'appelant n'a pas soustrait les biens en cause à l'application du par. 73(1), l'épouse aurait été assujettie à l'impôt sur les dividendes ainsi qu'à l'impôt sur le gain en capital réalisé ou sur la perte en capital subie lors de la vente des actions. Bien des couples se considèrent comme une unité économique, mais les nombreuses ruptures rappellent que l'union économique issue du mariage n'est ni indissoluble ni exempte de risques. La Cour d'appel fédérale dit d'ailleurs :

En l'espèce, Jordanna a emprunté de l'argent pour acquérir des actions qui promettaient de produire, et ont effectivement produit, un revenu non exonéré. Les changements de propriété respectifs de l'appelant et de son épouse sont réels, tant du point de vue juridique que du point de vue économique, et cela n'est pas modifié par le traitement distinct que les règles d'attribution prévoient aux fins de la Loi. Les actions n'appartiennent plus à l'appelant; elles appartiennent à Jordanna. [par. 39]

Voir aussi M. Thivierge, « GAAR Redux : After Canada Trustco », dans *Report of Proceedings of the Fifty-Eighth Tax Conference* (2007), 4:1; F. Ahmed et C. Priede, « Case Comment — *Lipson v. Canada* » (2007), 17 *Can. Curr. Tax* 77; T. E. McDonnell, « The Relevance of "Overall Purpose" in a GAAR Analysis » (2007), 55 *Rev. fisc. can.* 720.

### Les règles d'attribution entre époux

[88] Le paragraphe 74.5(1) prévoit que les règles d'attribution entre époux ne s'appliquent pas lorsqu'un particulier transfère un bien à son époux ou à son épouse à la juste valeur marchande *et* qu'il choisit de ne pas se prévaloir du transfert libre d'impôt entre époux prévu au par. 73(1). Elles *s'appliquent* lorsque, comme en l'espèce, l'auteur du transfert *n'opte pas* pour un transfert libre d'impôt entre époux. Ainsi, par application des règles d'attribution entre époux énoncées aux par. 73(1) et 74.1(1), les pertes liées aux actions de Holdco ont été attribuées à l'appelant.

[89] Mon collègue le juge LeBel conclut que le par. 74.1(1) est la seule disposition de la *Loi de*

the Minister had established abuse contrary to the GAAR is s. 74.1(1) because “the attribution by operation of s. 74.1(1) that allowed Mr. Lipson to deduct the interest in order to reduce the tax payable on the dividend income from the shares and other income, which he would not have been able to do were Mrs. Lipson dealing with him at arm’s length, qualifies as abusive tax avoidance” (para. 42). This conclusion it seems to me, with respect, gives the GAAR a sweeping effect not contemplated in *Canada Trustco* or *Kaulius*.

[90] Counsel for the Minister says that in this case, unlike *Singleton*, there was no rearrangement of capital:

Unlike Mr. Singleton, who had cash sitting in his partnership and was then able to take a mortgage out on his house, Mr. Lipson doesn’t have those options because he has only one pot of money, and that is borrowed money. At the end of the day he uses that borrowed money to buy the house. [Transcript, at p. 53]

The Minister’s argument simply ignores the initial step in the “series of transactions”, whereby the appellant did in fact and in law sell his dividend-generating shares to his wife at fair market value. I do not believe that *Singleton* can be distinguished on the basis suggested by the Minister. While the legal relationships actually created by the taxpayer do not control the application of the GAAR, they cannot be ignored.

[91] *Kaulius* states that “the entire factual context of the series of transactions” must be considered and applied to the provisions, properly interpreted (para. 59). If the Minister wished to contend that the share sale was a sham, it was open to him to make the argument, but he didn’t, and it must therefore be accepted as an essential part of the “series of transactions”.

#### Was There an Abuse of Section 74.1(1)?

[92] In my view, Parliament must have contemplated that by giving taxpayers a choice under

*l’impôt sur le revenu* pour laquelle le ministre a établi qu’il y avait eu abus au sens de la RGAÉ du fait que « la réattribution qui, par application du par. 74.1(1), a permis à M. Lipson de déduire l’intérêt de l’impôt payable sur le revenu de dividendes tiré des actions et sur d’autres revenus, ce qu’il n’aurait pu faire n’eût été le lien de dépendance avec M<sup>me</sup> Lipson, constitue de l’évitement fiscal abusif » (par. 42). En toute déférence, cette conclusion me paraît prêter à la RGAÉ une portée beaucoup plus grande que celle envisagée dans les arrêts *Trustco Canada* et *Kaulius*.

[90] L’avocate du ministre soutient qu’en l’espèce, contrairement à ce qui était le cas dans l’affaire *Singleton*, il n’y a pas eu de réorganisation du capital :

[TRADUCTION] Contrairement à M. Singleton, qui disposait de capitaux dans la société de personnes et qui avait pu ainsi grever sa résidence d’une hypothèque, M. Lipson n’avait pas de telles options, car il n’avait qu’une seule source de financement, soit l’argent emprunté. Et il a utilisé cet argent pour acheter la maison. [transcription, p. 53]

La thèse du ministre fait simplement fi de la première opération de la série par laquelle l’appelant a en fait et en droit vendu à son épouse, à leur juste valeur marchande, ses actions produisant des dividendes. Je ne crois pas qu’on puisse faire la distinction que préconise le ministre d’avec l’affaire *Singleton*. Les rapports juridiques créés par le contribuable ne sont pas déterminants pour l’application de la RGAÉ, mais ils ne peuvent être ignorés.

[91] L’arrêt *Kaulius* dit que « tout le contexte factuel de la série d’opérations » doit être pris en considération et appliqué aux dispositions dûment interprétées (par. 59). Le ministre aurait pu faire valoir que la vente des actions était factice, mais il ne l’a pas fait. La vente doit donc être reconnue comme un maillon essentiel de la « série d’opérations ».

#### Y a-t-il eu abus du par. 74.1(1)?

[92] À mon avis, le législateur a certainement prévu que s’il offrait un choix au contribuable au

s. 73(1), they would exercise it in a tax-minimizing manner. Once it is accepted that interest is deductible under *Singleton*, the Minister's argument is simply that the appellant's tax plan offended the "object, spirit or purpose" of the spousal attribution rules when the interest deduction was attributed to him by the operation of s. 73(1) and the application of s. 74.1(1). The appellant's counsel suggests that "[t]he attribution rules will always offend the Crown when there is a reduction of tax by virtue of their application" (Transcript, at p. 23). This seems a plausible summary of the Minister's position in this case.

[93] I have already stated the reasons for my conclusion that far from offending the "object, spirit or purpose" of the spousal attribution rules, the appellant's tax plan fulfilled them, or at a minimum did not abuse them.

#### The Onus Is on the Minister to Establish Abuse

[94] *Canada Trustco* is emphatic that the GAAR "was enacted as a provision of last resort" (para. 21), and Parliament "intends taxpayers to take full advantage of the provisions of the *Income Tax Act* that confer tax benefits" (para. 31). The onus of establishing abuse is on the Minister to identify with some precision the "object, spirit or purpose" frustrated by the impugned series of transactions.

[95] As mentioned earlier, the Minister in the Statement of Agreed Facts and Conclusion acknowledged that the interest was deductible. It is also clear that by virtue of s. 20(3), what is being deducted (despite the refinancing) is correctly characterized for tax purposes as the interest on the original share purchase loan. The only question was whether the deductions available to the wife became abusive when attributed by s. 74.1(1) to the appellant.

[96] My colleague LeBel J. says that the foregoing analysis would essentially "gu[t]" the GAAR provision and "reads it out of the *ITA*" (para. 52), but, with respect, this seems a somewhat apocalyptic

par. 73(1), ce dernier s'en prévaudrait pour réduire son impôt. Une fois établi que l'arrêt *Singleton* reconnaît la déductibilité de l'intérêt, l'argument du ministre revient simplement à dire que le stratagème de l'appelant a contrevenu à « l'objet ou l'esprit » des règles d'attribution entre époux à l'étape où le droit à la déduction des intérêts lui a été attribué par l'effet des par. 73(1) et 74.1(1). L'avocat de l'appelant laisse entendre que [TRADUCTION] « [L]es règles d'attribution dont l'application entraînera une réduction de l'impôt déplairont toujours à l'État » (transcription, p. 23). Cela me semble bien résumer la position du ministre en l'espèce.

[93] J'ai déjà exposé les motifs qui m'incitaient à conclure que, loin de contrevenir à « l'objet ou l'esprit » des règles d'attribution entre époux, le stratagème de l'appelant les respectait ou, du moins, n'en constituait pas un abus.

#### L'obligation du ministre de prouver l'abus

[94] Dans l'arrêt *Trustco Canada*, notre Cour insiste sur le fait que la RGAÉ « représente une mesure de dernier recours » (par. 21) et que le législateur « veut que les contribuables profitent pleinement des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui confèrent des avantages fiscaux » (par. 31). L'obligation d'établir l'abus exige du ministre qu'il cerne assez précisément « l'objet ou l'esprit » qui serait contrecarré par la série d'opérations.

[95] Rappelons que le ministre reconnaît la déductibilité bien établie des intérêts (exposé conjoint des faits et conclusion, par. 15). Il est clair également que, suivant le par. 20(3), ce qui est déduit (malgré le refinancement) est à juste titre considéré, aux fins de l'impôt, comme l'intérêt sur le prêt initial contracté pour l'achat des actions. La seule question était celle de savoir si les déductions auxquelles avait droit l'épouse sont devenues abusives lorsqu'elles ont été attribuées à l'appelant par l'effet du par. 74.1(1).

[96] Mon collègue le juge LeBel estime que l'analyse qui précède « neutralise » essentiellement la RGAÉ et « en fait abstraction dans la *LIR* » (par. 52). Avec tout le respect que je lui dois, ce verdict

verdict on a disagreement about whether or not the Minister has met his onus of demonstrating abuse of a specific “object, spirit or purpose” arising out of the “specific provisions” relied upon by the taxpayers to claim the tax benefit. It cannot be right that whenever a lower income spouse borrows money to purchase shares from a higher income spouse there is an abuse of the spousal attribution rules unless the transferring spouse opts out of ss. 73(1) and 74.1(1), and thereby forfeits a tax benefit clearly available under the Act. As stated in *Canada Trustco*:

Where Parliament has specified precisely what conditions must be satisfied to achieve a particular result, it is reasonable to assume that Parliament intended that taxpayers would rely on such provisions to achieve the result they prescribe. [para. 11]

[97] In *Kaulius*, at para. 58, the Court was satisfied that “[i]nterpreted textually, contextually and purposefully”, the partnership provisions of the *Income Tax Act* were abused by a series of transactions under which a trust company purported to “sell” unrealized losses to unrelated parties who were entirely at arm’s length. The Court stated that the “abusive nature of the transactions [in issue was] confirmed by the vacuity and artificiality” of the transactions which, in the result, “frustrated Parliament’s purpose of confining the transfer of losses such as these to a non-arm’s length partnership” (para. 62). In this case, the sale of the shares in Holdco was neither vacuous nor artificial. No specific policy was frustrated or defeated by the series of transactions, for the reasons already discussed, in my opinion.

[98] The question here is not whether the series of transactions constituted a tax avoidance scheme. Clearly it did. The appellant readily admits it. However, *Canada Trustco* says that

a finding of abuse is only warranted where the opposite conclusion — that the avoidance transaction was

paraît quelque peu apocalyptique dans la mesure où le litige porte sur la question de savoir si le ministre s’est acquitté de son obligation de démontrer qu’il y avait abus d’un élément précis correspondant à « l’objet ou l’esprit » des « dispositions invoquées » par les contribuables pour se prévaloir de l’avantage fiscal. Il ne saurait y avoir abus des règles d’attribution chaque fois qu’un époux dont le revenu est inférieur contracte un prêt pour acheter les actions d’un époux dont le revenu est supérieur, sauf dans le cas où l’auteur du transfert les soustrait à l’application des par. 73(1) et 74.1(1) et renonce ainsi à l’avantage fiscal que prévoit clairement la Loi. Comme notre Cour l’a dit dans l’arrêt *Trustco Canada* :

Lorsque le législateur précise les conditions à remplir pour obtenir un résultat donné, on peut raisonnablement supposer qu’il a voulu que le contribuable s’appuie sur ces dispositions pour obtenir le résultat qu’elles prescrivent. [par. 11]

[97] Dans l’arrêt *Kaulius*, la Cour a dit être convaincue qu’une série d’opérations par laquelle une société de fiducie « vendait » apparemment des pertes non réalisées à des tiers sans lien de dépendance portait atteinte aux dispositions sur les sociétés de personnes de la *Loi de l’impôt sur le revenu* « interprété[s] de manière textuelle, contextuelle et téléologique » (par. 58). Elle a statué que le « caractère abusif des opérations [était] confirmé par la vacuité et la facticité » de la série d’opérations, de sorte que celle-ci « contrecarrait l’objectif du législateur qui est de réserver le transfert de ce type de pertes aux sociétés ayant un lien de dépendance » (par. 62). Dans la présente affaire, la vente des actions de Holdco n’était ni vide de sens ni factice. Pour les motifs déjà exposés, je ne crois pas que la série d’opérations ait contrecarré quelque politique.

[98] La question qui se pose en l’espèce n’est pas celle de savoir si la série d’opérations constituait un stratagème d’évitement fiscal. C’était clairement le cas. L’appelant le reconnaît volontiers. Toutefois, dans l’arrêt *Trustco Canada*, notre Cour a opiné ce qui suit :

[U]ne conclusion d’abus n’est justifiée que lorsqu’il n’est pas raisonnable de conclure le contraire, c’est-à-

consistent with the object, spirit or purpose of the provisions of the Act that are relied on by the taxpayer — cannot be reasonably entertained. In other words, the abusive nature of the transaction must be clear. [para. 62]

I do not believe the Minister has shown that the abusive nature of this transaction is “clear”. The application of the GAAR in these circumstances, in my respectful view, means paying lip service to the *Duke of Westminster* principle without taking seriously its role in promoting consistency, predictability and fairness in the tax system.

### Disposition

[99] I would therefore allow the appeals, with one set of costs throughout.

The following are the reasons delivered by

ROTHSTEIN J. (dissenting) —

### Introduction

[100] I have had the benefit of reading the reasons of my colleagues Binnie J. and LeBel J. I am in agreement with their analyses insofar as ss. 20(1)(c) and 20(3) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“Act”), are concerned. There is no reason why taxpayers may not arrange their affairs so as to finance personal assets out of equity and income earning assets out of debt.

[101] However, I am unable to agree with either of my colleagues’ approaches to the attribution rules.

[102] With respect to the views of my colleague, LeBel J., I do not believe it was appropriate for the Minister to rely on the general anti-avoidance rule (“GAAR”) in this case. In my opinion, the GAAR does not apply here because there is a specific anti-avoidance rule that pre-empted its application. Had the Minister reassessed Mr. Earl Lipson using the relevant specific anti-avoidance provision,

dire que l’opération d’évitement était conforme à l’objet ou à l’esprit des dispositions de la Loi invoquées par le contribuable. Autrement dit, l’opération doit être manifestement abusive. [par. 62]

À mon sens, le ministre n’a pas établi le caractère « clairement » abusif de l’opération. Appliquer la RGAÉ dans ces circonstances équivaut, à mon humble avis, à invoquer pour la forme le principe dégagé dans l’arrêt *Duke of Westminster* sans prendre son rôle au sérieux en ce qui concerne la cohérence, la prévisibilité et l’équité du régime fiscal.

### Dispositif

[99] Je suis donc d’avis d’accueillir les pourvois avec dépens devant toutes les cours, à raison d’un seul mémoire de frais.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ROTHSTEIN (dissident) —

### Introduction

[100] J’ai eu l’avantage de lire les motifs de mes collègues les juges Binnie et LeBel. Je souscris à leurs analyses en ce qui concerne l’application de l’al. 20(1)c) et du par. 20(3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.) (« Loi »). Rien ne s’oppose à ce qu’un contribuable organise ses affaires de façon à acquérir un bien personnel grâce à un financement par actions et un bien productif de revenus grâce à un financement par emprunt.

[101] Cependant, je ne puis souscrire à l’une ou l’autre de leurs interprétations des règles d’attribution.

[102] Pour ce qui concerne l’avis exprimé par mon collègue le juge LeBel, je ne crois pas que le ministre ait eu raison de se fonder sur la règle générale anti-évitement (« RGAÉ »). À mon avis, la RGAÉ ne s’applique pas en l’espèce parce qu’une règle anti-évitement particulière — le par. 74.5(11) — l’emporte sur la règle générale. Si la nouvelle cotisation visant M. Earl Lipson avait été établie sur le

s. 74.5(11), the tax benefit that resulted from Mr. Lipson's use of the attribution rules would have been precluded.

[103] I agree with Binnie J. that the GAAR does not apply in this case. However, I am unable to agree with his reasons because in my view they do not take account of s. 74.5(11) of the Act. He says, at para. 66:

... s. 74.1(1) can operate to transfer a loss from the lower income spouse up to the higher income spouse (Transcript, at p. 46), thereby opening the door to the higher income spouse (in this case Mr. Lipson) to reduce his tax. [Emphasis deleted.]

While s. 74.1(1) permits a net loss to be transferred between spouses, this section must be read harmoniously with s. 74.5(11). I agree with Binnie J. that the attribution of a net loss from a lower income spouse to a higher income spouse can occur, in some cases. However, this is not the case where, as here, s. 74.5(11) precludes the attribution of the net loss because one of the main reasons for the transfer of the shares was to reduce the amount of tax that would be payable on the dividend income derived from the shares. By not addressing s. 74.5(11), Binnie J.'s reasons leave the inaccurate impression that because the GAAR did not apply in this case, nothing in the Act prevented the attribution of the net loss to Mr. Lipson.

#### Analysis

#### *The Relationship Between the GAAR and Section 74.5(11)*

[104] In my opinion, the Minister could not reassess Mr. Lipson's use of the attribution rules on the basis of the GAAR. The Minister can only resort to the GAAR when he has no other recourse. In *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, McLachlin C.J. and Major J. stated at para. 21:

The GAAR was enacted as a provision of last resort in order to address abusive tax avoidance, it was not intended to introduce uncertainty in tax planning.

fondement de cette disposition anti-évitement particulière, l'avantage fiscal issu de l'utilisation des règles d'attribution aurait été supprimé.

[103] Je conviens avec le juge Binnie que la RGAÉ ne s'applique pas au cas considéré en l'espèce. Je ne puis toutefois souscrire à ses motifs car, à mon avis, ils ne tiennent pas compte du par. 74.5(11) de la Loi. Voici ce qu'il dit au par. 66 :

... le par. 74.1(1) peut s'appliquer pour que l'époux moins bien nanti transfère une perte à l'époux mieux nanti (transcription, p. 46), permettant ainsi à l'époux plus fortuné (en l'occurrence M. Lipson) de réduire l'impôt exigible. [Italiques omis.]

Même si le par. 74.1(1) permet le transfert d'une perte nette d'un époux à l'autre, il doit être interprété harmonieusement avec le par. 74.5(11). Le juge Binnie a certes raison d'affirmer que l'époux dont le revenu est inférieur peut dans certains cas transférer une perte nette à l'époux dont le revenu est supérieur. Or, tel n'est pas le cas lorsque, comme en l'espèce, le par. 74.5(11) fait obstacle à l'attribution de la perte nette parce que l'un des principaux objectifs du transfert d'actions est la réduction de l'impôt payable sur les dividendes tirés des actions. En ne se prononçant pas sur l'application de ce paragraphe, le juge Binnie donne erronément à penser que, la RGAÉ ne s'appliquant pas, aucune disposition de la Loi n'empêchait l'attribution de la perte nette à M. Lipson.

#### Analyse

#### *Le lien entre la RGAÉ et le par. 74.5(11)*

[104] À mon sens, le ministre ne pouvait invoquer la RGAÉ pour établir une nouvelle cotisation à l'égard de l'utilisation des règles d'attribution. Il ne peut prendre appui sur la RGAÉ qu'en l'absence de tout autre recours. Dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, la juge en chef McLachlin et le juge Major ont dit ce qui suit au par. 21 :

La RGAÉ, qui représente une mesure de dernier recours destinée à prévenir l'évitement fiscal abusif, ne devait pas créer de l'incertitude en matière de planification fiscale.

In my respectful view, the Minister did have other recourse in this case.

[105] Section 74.5(11) provides:

Notwithstanding any other provision of this Act, sections 74.1 to 74.4 do not apply to a transfer or loan of property where it may reasonably be concluded that one of the main reasons for the transfer or loan was to reduce the amount of tax that would, but for this subsection, be payable under this Part on the income and gains derived from the property or from property substituted therefor.

Section 74.5(11) is a specific anti-avoidance rule that precludes the use of the attribution rules where one of the main reasons for the transfer of property was to reduce the amount of tax that would be payable on the income derived from the property. As I will explain, that is what occurred here.

[106] The fact that the GAAR is a provision of last resort is indicated by the words of s. 245 itself. Section 245(2) provides:

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.

For the Minister to invoke the GAAR, a tax benefit must result unless the GAAR were applied to prevent it.

[107] The wording of s. 245(4) is to the same effect:

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

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

(i) this Act,

À mon humble avis, le ministre disposait d'autres moyens en l'espèce.

[105] Le paragraphe 74.5(11) est libellé comme suit :

Malgré les autres dispositions de la présente loi, les articles 74.1 à 74.4 ne s'appliquent pas à un transfert ou prêt de biens lorsqu'il est raisonnable de conclure qu'un des principaux motifs du transfert ou prêt, selon le cas, consiste à réduire l'impôt qui, sans le présent paragraphe, serait payable en vertu de la présente partie sur le revenu et les gains dérivés du bien ou d'un bien y substitué.

Il s'agit d'une règle anti-évitement particulière faisant obstacle à l'application des règles d'attribution lorsque l'un des principaux objectifs du transfert d'un bien est la réduction de l'impôt payable sur le revenu tiré du bien. Pour les raisons exposées ci-après, tel est le cas en l'espèce.

[106] Le texte même de l'art. 245 précise que la RGAÉ est une disposition de dernier recours. Le paragraphe 245(2) prévoit :

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 opérations fait partie.

Pour que le ministre puisse invoquer la RGAÉ, un avantage fiscal doit découler de l'opération, à moins que la RGAÉ ne s'applique pour y faire obstacle.

[107] Le libellé du par. 245(4) va dans le même sens :

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

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

(i) la présente loi,

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

[108] Again, it is apparent that in order for there to be a finding of misuse and abuse in respect of a transaction, the Act must be read without reference to the GAAR. In other words, s. 245(4) requires that all other relevant provisions of the Act be read before the Minister may have recourse to the GAAR. This would include not only the enabling provision that is alleged to be misused and abused, but also provisions that themselves would prevent the use of the enabling provision for the purpose objected to by the Minister. If there is a specific anti-avoidance rule that precludes the use of an enabling rule to avoid or reduce tax, then the GAAR will not apply.

#### *The Application of Section 74.5(11)*

[109] The issue here is whether s. 74.5(11) applies to preclude the attribution back to Mr. Lipson of the net income or loss with respect to the shares transferred to Mrs. Lipson. As I read s. 74.5(11), it provides that there can be no attribution under s. 74.1(1) when one of the main reasons for the transfer of property (the transfer of the shares from Mr. Lipson to Mrs. Lipson) was to reduce the amount of tax that would, but for s. 74.5(11), be payable on the income (dividends less interest) derived from the property (the shares).

[110] It is uncontroversial that one of the main reasons for the transfer of shares to Mrs. Lipson was to use mortgage interest on a loan to reduce or eliminate the income from the dividends on the shares. There were other reasons, but certainly it is reasonable to conclude that this was one of the main reasons.

[111] In 1995, the dividend income exceeded the interest expense and so there was net income. But that net income was less than what it would have been had the transfer not taken place. Without the transfer, the dividends in Mr. Lipson's hands would not have been reduced by any interest expense. In

(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.

[108] Encore là, la conclusion qu'une opération est abusive doit apparemment se fonder sur une interprétation de la Loi faisant abstraction de la RGAÉ. En d'autres termes, le par. 245(4) exige du ministre qu'il prenne en compte toutes les autres dispositions pertinentes de la Loi avant d'avoir recours à la RGAÉ. Cela comprend non seulement la disposition habilitante dont il y aurait eu abus, mais aussi les dispositions qui font elles-mêmes obstacle à l'utilisation de la disposition habilitante dans le dessein que conteste le ministre. Lorsqu'une règle anti-évitement particulière interdit au contribuable de se prévaloir de la disposition habilitante pour se soustraire entièrement ou partiellement à l'impôt, la RGAÉ ne s'applique pas.

#### *L'application du par. 74.5(11)*

[109] La question qui se pose en l'espèce est celle de savoir si le par. 74.5(11) empêche la réattribution à M. Lipson du revenu net ou de la perte nette provenant des actions transférées à M<sup>me</sup> Lipson. Suivant mon interprétation de ce paragraphe, la règle d'attribution énoncée au par. 74.1(1) ne saurait s'appliquer lorsque l'un des principaux objectifs du transfert (celui des actions de M. Lipson à son épouse) est de réduire le montant de l'impôt qui, sans le par. 74.5(11), serait payable sur le revenu (dividendes moins intérêts) tiré des biens (les actions).

[110] Nul ne conteste que l'une des principales raisons du transfert des actions à M<sup>me</sup> Lipson était de faire en sorte que l'intérêt hypothécaire réduise ou neutralise le revenu de dividendes tiré des actions. Il y en avait d'autres, mais il est assurément raisonnable de conclure que c'était l'une des principales.

[111] En 1995, le revenu de dividendes dépassait les frais d'intérêts, ce qui a donné lieu à un revenu net. Or, ce revenu net était inférieur à ce qu'il aurait été sans le transfert, car sans cette opération, les frais d'intérêts n'auraient pas été déductibles des dividendes touchés par M. Lipson. En 1994 et

1994 and 1996, the interest expense exceeded the gross dividend income and no tax was payable on the dividends. There was a net loss. Again, there would have been tax payable by Mr. Lipson on the dividends had the transfer not taken place, whereas with the transfer, no tax was payable on the dividend income.

[112] By using s. 74.1(1), Mr. Lipson was presumably able to apply the net loss on the dividends in 1994 and 1996 to offset his other income in those years. While reducing tax on income earned from sources other than the transferred property would not be caught directly by s. 74.5(11), offsetting other income cannot take place without the income on the dividends first having been reduced to zero. That is because under s. 74.1(1) the amount attributed back to the transferor, Mr. Lipson, would be the net income or loss from the property transferred. Therefore, the transfer had to have as one of its main purposes the reduction of tax on the income from the transferred property, namely the dividends on the shares transferred to Mrs. Lipson.

[113] In the circumstances, s. 74.5(11) precluded the application of s. 74.1(1). As a result, if it had been invoked by the Minister as the basis for reassessing in respect of the use of s. 74.1(1) by Mr. Lipson, the tax benefit in his hands would have been precluded. By the same reasoning, there could be no misuse and abuse of s. 74.1(1) for purposes of the GAAR because its use would have been pre-empted by s. 74.5(11).

[114] The Minister was obliged to resort to s. 74.5(11) in order to reassess Mr. Lipson in respect of his use of s. 74.1(1). Section 245 did not apply and could not be relied upon by the Minister. The Minister's failure to invoke s. 74.5(11) is fatal to his reassessment in respect of s. 74.1(1).

#### *Responses to LeBel J. and Binnie J.*

[115] LeBel J. (at para. 47 of his reasons) says that the GAAR was the appropriate remedy in this

en 1996, les frais d'intérêts étaient supérieurs au revenu de dividendes brut, de sorte qu'aucun impôt n'était payable sur les dividendes. Il y avait perte nette. Rappelons que n'eût été le transfert, M. Lipson aurait dû payer de l'impôt sur les dividendes, alors que grâce à lui, il n'a pas eu à le faire.

[112] En recourant au par. 74.1(1), M. Lipson a vraisemblablement pu, en 1994 et en 1996, déduire la perte nette du revenu de dividendes afin de compenser son revenu d'autres sources pour ces années. La réduction de l'impôt sur le revenu non tiré des biens transférés ne tombe pas directement sous le coup du par. 74.5(11), mais il est impossible de compenser le revenu d'autres sources sans d'abord abaisser à zéro le revenu de dividendes. En effet, suivant le par. 74.1(1), le montant réattribué à l'auteur du transfert, M. Lipson, s'entend du revenu net ou de la perte nette provenant des biens transférés. Par conséquent, l'un des principaux objectifs du transfert devait être la réduction de l'impôt sur le revenu tiré des biens transférés, à savoir les dividendes versés sur les actions transférées à M<sup>me</sup> Lipson.

[113] Dans les circonstances, le par. 74.5(11) faisait obstacle à l'application du par. 74.1(1). Par conséquent, si le ministre s'était fondé sur cette disposition pour établir une nouvelle cotisation à l'égard du recours au par. 74.1(1), M. Lipson n'aurait pas eu droit à l'avantage fiscal. Suivant le même raisonnement, il n'aurait pu y avoir d'abus dans l'application du par. 74.1(1) au sens de la RGAÉ, car l'application de celle-ci aurait été écartée par l'effet du par. 74.5(11).

[114] Le ministre devait se fonder sur le par. 74.5(11) pour établir la nouvelle cotisation eu égard à l'application du par. 74.1(1). L'article 245 ne s'appliquait pas et ne pouvait être invoqué. L'omission du ministre de s'appuyer sur le par. 74.5(11) porte un coup fatal à la nouvelle cotisation qu'il a établie en liaison avec le par. 74.1(1).

#### *Réponses aux motifs des juges LeBel et Binnie*

[115] Le juge LeBel dit (au par. 47 de ses motifs) que la RGAÉ offre le recours approprié en l'espace

case because, in his view, the GAAR “relates specifically to the impact of complex series of transactions”. I cannot agree. In my respectful view, my colleague can only reach this conclusion by ignoring the relevant specific anti-avoidance rule contained in the Act, s. 74.5(11), which precluded Mr. Lipson’s use of s. 74.1(1). The fact that a transfer of property between spouses, to which s. 74.1(1) applied, was part of a “complex series of transactions” does not preclude a determination that one of the main reasons for the transfer of property between the spouses was to reduce or eliminate tax on the income derived from the property. The fact that the transfer occurred as part of a series does not permit the Minister to ignore the specific anti-avoidance rule that would preclude the attribution of net income or loss under s. 74.1(1) to the transferor. Nothing in s. 74.5(11) says that it does not apply where the transfer of property between spouses is part of a series of transactions. On the contrary, by its express terms, it does apply. The Minister cannot preemptively rely on the GAAR to address the alleged abusive use of s. 74.1(1) as if s. 74.5(11) did not exist.

[116] LeBel J. writes (at para. 45) that “the court should not refuse to apply it [the GAAR] on the ground that a more specific provision . . . might also apply to the transaction”. This passage indicates that both the GAAR and s. 74.5(11) may be concurrently applicable. That cannot be correct. This Court was clear in *Canada Trustco* that the GAAR is a provision of last resort. It can only be relied upon by the Minister to address abusive tax avoidance when a relevant specific anti-avoidance rule in the Act does not apply (see also V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (9th ed. 2006), at p. 1018). The GAAR is a supplementary rule. It is not a catch-all provision that the Minister can choose to deploy any or every time that he suspects a taxpayer of abusive tax avoidance.

[117] At para. 47 of his reasons, LeBel J. says that “[t]he Minister could properly use the GAAR

parce que, selon lui, elle « s’intéresse précisément aux conséquences d’une série complexe d’opérations ». Je ne puis être d’accord. À mon humble avis, mon collègue ne peut arriver à cette conclusion qu’en ignorant la règle anti-évitement particulière énoncée au par. 74.5(11) de la Loi, qui empêchait M. Lipson de se prévaloir du par. 74.1(1). Le fait que le transfert de biens entre les époux, auquel s’appliquait le par. 74.1(1), faisait partie d’une « série complexe d’opérations » n’empêche pas de conclure que l’un des principaux motifs du transfert était la réduction ou la suppression de l’impôt payable sur le revenu tiré des biens. L’appartenance de l’opération à une série ne permet pas au ministre de faire abstraction de la règle anti-évitement particulière qui empêche la réattribution à l’auteur du transfert de la perte ou du revenu net en application du par. 74.1(1). Aucun élément du par. 74.5(11) n’exclut son application lorsque le transfert de biens entre époux fait partie d’une série d’opérations. Au contraire, son libellé dit expressément qu’il s’applique. Le ministre ne peut décider d’emblée de s’en remettre plutôt à la RGAÉ pour réprimer le recours abusif au par. 74.1(1), comme si le par. 74.5(11) n’existait pas.

[116] Le juge LeBel écrit au par. 45 que « lorsque [le] libellé [de la RGAÉ] et les principes qui en découlent s’appliquent à une opération, [les tribunaux] ne doivent pas refuser de l’appliquer au motif qu’une disposition plus particulière [. . .] pourrait également s’appliquer ». À son avis, la RGAÉ et le par. 74.5(11) peuvent s’appliquer concurremment. Je ne peux partager ce point de vue. Notre Cour a clairement statué dans l’arrêt *Trustco Canada* que la RGAÉ était une disposition de dernier recours. Le ministre ne peut l’invoquer en matière d’évitement fiscal abusif que lorsque la règle anti-évitement particulière pertinente de la Loi ne s’applique pas (voir aussi V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (9<sup>e</sup> éd. 2006), p. 1018). La RGAÉ est une règle supplétive, non une disposition générale dont le ministre peut se servir à son gré lorsqu’il soupçonne un contribuable d’évitement fiscal abusif.

[117] Au sujet de la RGAÉ, le juge LeBel ajoute au par. 47 de ses motifs que « [l]e ministre pouvait

in respect of a series of transactions that had an impact on more than just one stream of income”. This passage implies that the tax benefit from the series of transactions included the possibility that Mr. Lipson might set the net losses attributed to him against his other sources of income (other than the dividend income from the shares) to reduce tax and that, because s. 74.5(11) does not preclude this tax benefit, it is not the appropriate provision for the Minister to have relied on. However, in the context of this case, the tax benefit of setting the attributed net losses against Mr. Lipson’s other sources of income was precluded by s. 74.5(11). Section 74.5(11) precludes the operation of s. 74.1(1) where, as here, one of the main reasons that Mr. Lipson transferred the shares to Mrs. Lipson was to reduce the amount of tax payable on the dividends from those same shares. No attributed loss could be set off against Mr. Lipson’s other sources of income unless the dividend income from the shares was first reduced to zero. On the facts of this case, the Minister did not have to resort to the GAAR to preclude Mr. Lipson from setting off the attributed net losses against his other sources of income because s. 74.5(11) precluded this tax benefit.

[118] Finally, LeBel J. asserts at paras. 43-46 of his reasons that s. 74.5(11) was not the focus of this litigation. Rather, this case was litigated on the basis of the GAAR. Binnie J. makes the same argument at para. 61 of his reasons. While this is true, s. 74.5(11) was referred to in both parties’ factums and counsel for both parties were questioned about s. 74.5(11) in oral argument. The fact that the parties did not rely on s. 74.5(11) — either as the basis for reassessment or as the reason why the Minister’s claim should fail — does not change the fact that the section applies in law. In my view, the parties cannot avoid the proper application of the Act by conceding or asserting that the relevant provision does not apply. It is not open to this Court to assist the Minister by allowing him to ignore the applicable specific anti-avoidance rule and instead rely on the GAAR.

légitimement l’appliquer à une série d’opérations ayant une incidence sur plus d’une source de revenu ». Cette affirmation implique que l’avantage fiscal issu de la série d’opérations englobait la possibilité que M. Lipson déduise les pertes nettes réattribuées de ses autres sources de revenu (à l’exclusion des dividendes versés sur les actions) pour réduire son impôt et que, le par. 74.5(11) n’ayant pas pour effet de supprimer cet avantage fiscal, ce n’était pas la bonne disposition à invoquer. Toutefois, dans le contexte de l’espèce, le par. 74.5(11) faisait obstacle à l’avantage fiscal consistant dans la déduction de la perte nette attribuée à M. Lipson de ses autres sources de revenu. Le paragraphe 74.5(11) empêche l’application du par. 74.1(1) parce que, en l’espèce, l’un des motifs principaux pour lesquels M. Lipson a transféré les actions à M<sup>me</sup> Lipson était de réduire l’impôt payable sur les dividendes provenant de ces actions. Nulle perte réattribuée à M. Lipson ne pouvait être déduite de ses revenus d’autres sources avant que le revenu de dividendes tiré des actions ne soit d’abord abaissé à zéro. Dans les circonstances de la présente affaire, le ministre n’avait pas à invoquer la RGAÉ pour empêcher M. Lipson de déduire la perte nette réattribuée de ses revenus d’autres sources parce que le par. 74.5(11) faisait obstacle à cet avantage fiscal.

[118] Enfin, mon collègue le juge LeBel affirme aux par. 43-46 de ses motifs que le par. 74.5(11) n’était pas au cœur du litige, l’affaire ayant plutôt été plaidée en fonction de la RGAÉ. C’est aussi l’avis du juge Binnie (par. 61 de ses motifs). Bien que ce soit exact, les deux parties font mention du par. 74.5(11) dans leurs mémoires et, lors de la plaidoirie, leurs avocats ont été interrogés à son sujet. Le fait que les parties ne l’ont pas invoqué pour établir la nouvelle cotisation ou pour demander le rejet de la thèse du ministre n’empêche pas le par. 74.5(11) de s’appliquer en droit. À mon sens, les parties ne peuvent se soustraire à la juste application de la Loi en reconnaissant ou en affirmant que la disposition pertinente ne s’applique pas. Notre Cour ne saurait venir au secours du ministre en lui permettant de faire abstraction de la règle anti-évitement particulière qui s’applique et d’invoquer plutôt la RGAÉ.

[119] Binnie J. says that the Court should deal with “[t]he proper limits of the GAAR” and leave s. 74.5(11) to another day (para. 61). At para. 46 of his reasons, LeBel J. also says that the “interpretation and application” of s. 74.5(11) should be considered in another case. The problem with this argument is that, as noted above, the GAAR is only intended to operate as a provision of last resort. Debating the proper application of the GAAR without taking into account the specific anti-avoidance rule that displaces it ignores the words of the GAAR itself. In my respectful view, it is impossible to define “[t]he proper limits of the GAAR” while failing to recognize the limits imposed by the express terms of the provision itself. Binnie J.’s reliance on an overly broad foundation to base his opinion distorts the actual site of legal conflict. This leads to an unhelpful legal analysis because it ignores the applicable limits that the legislature has chosen to impose on the operation of the GAAR in favour of an analysis that is based on the assumption that the GAAR would be the appropriate anti-avoidance rule where the Minister is able to establish Mr. Lipson’s abuse and misuse of s. 74.1(1).

[120] Binnie J. also says that I am “assum[ing] a factual basis for the application of s. 74.5(11)” (para. 61). He asserts that s. 74.5(11) was inapplicable in this case because counsel for the Minister was of the view that the purpose of the transfer of shares from Mr. Lipson to Mrs. Lipson “was not merely to reduce the tax payable on any future dividends. It was really to get the interest expense up [from Mrs. Lipson] to the appellant [Mr. Lipson]” (Transcript, at p. 41). With respect, s. 74.5(11) applies so long as “one of the main reasons for the transfer” was to reduce tax payable on the dividend income from the transferred shares. I do not disagree that one of the main reasons for the transfer of shares from Mr. Lipson to Mrs. Lipson was “to get the interest expense up to the appellant”. However to accomplish that objective, the interest expense deduction first had to be applied to reduce the dividend income. This is because the operation of s. 74.1(1) only attributes the net income or losses from Mrs. Lipson (the transferee) to Mr. Lipson (the transferor). Section 74.1(1) mandates that the

[119] Le juge Binnie propose que notre Cour s’attache aux « justes limites de l’application de la RGAÉ » et qu’elle se prononce sur le par. 74.5(11) dans une affaire ultérieure (par. 61). Au paragraphe 46 de ses motifs, le juge LeBel estime lui aussi que nous devrions attendre une autre occasion pour nous pencher sur l’interprétation et l’application du par. 74.5(11). Cette option est problématique en ce que, je le rappelle, la RGAÉ n’est censée constituer qu’une disposition de dernier recours. Débattre de son applicabilité sans tenir compte de la règle anti-évitement particulière qui l’écarte fait abstraction de son libellé même. Malgré tout le respect que je dois à mon collègue, il est impossible de définir les « justes limites de l’application de la RGAÉ » sans reconnaître les limites expressément prévues par la disposition. Le fondement trop large de la thèse du juge Binnie embrouille le véritable enjeu juridique. L’analyse juridique qui en résulte est vaine, car elle ignore les limites que le législateur a choisi d’apporter à l’application de la RGAÉ, et ce, au profit d’une analyse fondée sur la présomption selon laquelle la RGAÉ constitue la règle anti-évitement appropriée lorsque, comme en l’espèce, le ministre peut établir l’abus du par. 74.1(1) par le contribuable.

[120] Le juge Binnie affirme par ailleurs que je « suppos[e], pour l’application [du par. 74.5(11)], un fondement factuel » (par. 61). Il fait valoir l’inapplicabilité de cette disposition du fait que, dans la présente affaire, l’avocate du ministre estimait que la cession des actions par M. Lipson à son épouse [TRADUCTION] « ne visait pas qu’à réduire l’impôt exigible sur les dividendes futurs. L’objectif véritable était de refiler les frais d’intérêts à [M. Lipson] » (transcription, par. 41). En toute déférence, le par. 74.5(11) s’applique dès lors qu’« un des principaux motifs du transfert » consistait à réduire l’impôt payable sur le revenu de dividendes tiré des actions transférées. Je ne nie pas que l’un des principaux motifs du transfert d’actions entre les Lipson était de « refiler les frais d’intérêts à l’appellant ». Mais pour y parvenir, la déduction des frais d’intérêts devait d’abord servir à réduire le revenu de dividendes, car le par. 74.1(1) ne fait qu’attribuer la perte ou le revenu net de M<sup>me</sup> Lipson (la cessionnaire) à M. Lipson (le cédant). Suivant le par. 74.1(1), le seul moyen de « refiler les frais d’intérêts à l’appellant »

only way to “get the interest expense up to the appellant” was by first reducing or eliminating the dividend income from the transferred shares contrary to s. 74.5(11). Thus, s. 74.5(11) was engaged by operation of law, not by reason of an assumed factual basis.

### Conclusion

[121] I accept that the tax benefit that the Minister sought to prevent was obtained by the series of transactions involving ss. 20(1)(c) and 20(3) as well as s. 74.1(1). If the Minister wished to reassess in respect of the transactions, relying on the use of all three sections, then his recourse was to reassess in respect of the alleged misuse and abuse of ss. 20(1)(c) and 20(3) by invoking the GAAR and s. 74.1(1) by invoking s. 74.5(11).

[122] Had the Minister reassessed on the basis of s. 74.5(11), his remedy would simply have been to disallow Mr. Lipson’s use of the attribution rules and leave the dividend income and interest deduction in the hands of Mrs. Lipson. The rollover of the shares from Mr. to Mrs. Lipson at their adjusted cost base would not have been affected.

[123] It may seem anomalous that the rollover would be allowed to stand while the attribution rules would not apply. However, that is the way in which s. 74.5(11) must be interpreted. It does not prevent the operation of s. 73(1) which enables a taxpayer to elect either to rollover the shares to his or her spouse or sell them to him or her at fair market value and pay whatever tax may be applicable on any capital gains on the shares. Section 74.5(11) is the Minister’s remedy when the attribution rules are being used to reduce tax on income from transferred property and it applies “[n]otwithstanding any other provision of this Act”, including the GAAR. It is the remedy that Parliament provided in the circumstances. If it does not go far enough in some cases, it is up to the Minister to ask Parliament to change it.

[124] Because there was no abuse of ss. 20(1)(c) and 20(3) of the Act and because the Minister could

consiste à d’abord réduire ou neutraliser le revenu de dividendes tiré des actions transférées contrairement au par. 74.5(11), de sorte que ce dernier s’applique en raison de la loi, et non de quelque supposé fondement factuel.

### Conclusion

[121] Je reconnais que l’avantage fiscal que le ministre a voulu supprimer découlait de la série d’opérations faisant jouer l’al. 20(1)c) et le par. 20(3), de même que le par. 74.1(1). S’il voulait établir une nouvelle cotisation en fonction de ces trois dispositions, il devait invoquer la RGAÉ pour l’abus allégué de l’al. 20(1)c) et du par. 20(3), et le par. 74.5(11) pour l’abus du par. 74.1(1).

[122] Si le ministre avait établi une nouvelle cotisation sur le fondement du par. 74.5(11), il aurait pu simplement refuser que M. Lipson se prévale des règles d’attribution, de sorte que le revenu de dividendes et la déduction des intérêts demeurent entre les mains de M<sup>me</sup> Lipson, ce qui n’aurait pas eu d’incidence sur le transfert libre d’impôt des actions (de M. Lipson à son épouse) au prix de base rajusté.

[123] Il peut sembler incongru de permettre le transfert libre d’impôt alors que les règles d’attribution ne s’appliquent pas, mais c’est ainsi que le par. 74.5(11) doit être interprété. Celui-ci n’empêche pas l’application du par. 73(1), qui permet au contribuable soit de transférer les actions en franchise d’impôt à son époux, soit de les lui vendre à leur juste valeur marchande et de payer l’impôt exigible sur le gain en capital alors réalisé. C’est le par. 74.5(11) que le ministre doit invoquer lorsque les règles d’attribution sont utilisées pour réduire l’impôt sur le revenu tiré du bien transféré. Il s’applique « [m]algré les autres dispositions de la présente loi », y compris la RGAÉ. C’est le recours prévu par le législateur dans les circonstances. S’il estime qu’il ne va pas assez loin dans certains cas, le ministre doit en demander la modification au législateur.

[124] Comme il n’y a pas eu d’abus dans l’application de l’al. 20(1)c) et du par. 20(3) de la Loi et

not invoke the GAAR to reassess in respect of Mr. Lipson's use of s. 74.1, I am of the opinion that the appeals should be allowed with one set of costs in this Court and the courts below.

## APPENDIX

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

**18.** (1) In computing the income of a taxpayer from a business or property no deduction shall be made in respect of

(a) an outlay or expense except to the extent that it was made or incurred by the taxpayer for the purpose of gaining or producing income from the business or property;

. . .

(h) personal or living expenses of the taxpayer, other than travel expenses incurred by the taxpayer while away from home in the course of carrying on the taxpayer's business;

**20.** (1) Notwithstanding paragraphs 18(1)(a), (b) and (h), in computing a taxpayer's income for a taxation year from a business or property, there may be deducted such of the following amounts as are wholly applicable to that source or such part of the following amounts as may reasonably be regarded as applicable thereto:

. . .

(c) an amount paid in the year or payable in respect of the year (depending on the method regularly followed by the taxpayer in computing the taxpayer's income), pursuant to a legal obligation to pay interest on

(i) borrowed money used for the purpose of earning income from a business or property (other than borrowed money used to acquire property the income from which would be exempt or to acquire a life insurance policy),

(ii) an amount payable for property acquired for the purpose of gaining or producing income

que le ministre ne pouvait invoquer la RGAÉ pour établir une nouvelle cotisation à l'égard de l'utilisation de l'art. 74.1 par M. Lipson, je suis d'avis d'accueillir les pourvois avec dépens devant notre Cour et les tribunaux inférieurs, à raison d'un seul mémoire de frais.

## ANNEXE

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.)

**18.** (1) Dans le calcul du revenu du contribuable tiré d'une entreprise ou d'un bien, les éléments suivants ne sont pas déductibles :

a) les dépenses, sauf dans la mesure où elles ont été engagées ou effectuées par le contribuable en vue de tirer un revenu de l'entreprise ou du bien;

. . .

h) le montant des frais personnels ou de subsistance du contribuable — à l'exception des frais de déplacement engagés par celui-ci dans le cadre de l'exploitation de son entreprise pendant qu'il était absent de chez lui;

**20.** (1) Malgré les alinéas 18(1)a), b) et h), sont déductibles dans le calcul du revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition celles des sommes suivantes qui se rapportent entièrement à cette source de revenus ou la partie des sommes suivantes qu'il est raisonnable de considérer comme s'y rapportant :

. . .

c) la moins élevée d'une somme payée au cours de l'année ou payable pour l'année (suivant la méthode habituellement utilisée par le contribuable dans le calcul de son revenu) et d'une somme raisonnable à cet égard, en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur :

(i) de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien (autre que l'argent emprunté et utilisé pour acquérir un bien dont le revenu serait exonéré ou pour contracter une police d'assurance-vie),

(ii) une somme payable pour un bien acquis en vue d'en tirer un revenu ou de tirer un revenu

from the property or for the purpose of gaining or producing income from a business (other than property the income from which would be exempt or property that is an interest in a life insurance policy),

(iii) an amount paid to the taxpayer under

(A) an appropriation Act and on terms and conditions approved by the Treasury Board for the purpose of advancing or sustaining the technological capability of Canadian manufacturing or other industry, or

(B) the *Northern Mineral Exploration Assistance Regulations* made under an appropriation Act that provides for payments in respect of the Northern Mineral Grants Program, or

(iv) borrowed money used to acquire an interest in an annuity contract in respect of which section 12.2 applies (or would apply if the contract had an anniversary day in the year at a time when the taxpayer held the interest) except that, where annuity payments have begun under the contract in a preceding taxation year, the amount of interest paid or payable in the year shall not be deducted to the extent that it exceeds the amount included under section 12.2 in computing the taxpayer's income for the year in respect of the taxpayer's interest in the contract,

or a reasonable amount in respect thereof, whichever is the lesser;

(3) For greater certainty, it is hereby declared that where a taxpayer has used borrowed money

- (a) to repay money previously borrowed, or
- (b) to pay an amount payable for property described in subparagraph (1)(c)(ii) previously acquired,

subject to subsection 20.1(6), the borrowed money shall, for the purposes of paragraphs (1)(c), (e) and (e.1), subsections 20.1(1) and (2), section 21 and subparagraph 95(2)(a)(ii) and for the purpose of paragraph 20(1)(k) of the *Income Tax Act*, Chapter 148 of the Revised Statutes of Canada, 1952, be deemed to have been used for the purpose for which the money previously borrowed was used or was deemed by this subsection to have been

d'une entreprise (à l'exception d'un bien dont le revenu serait exonéré ou à l'exception d'un bien représentant un intérêt dans une police d'assurance-vie),

(iii) une somme payée au contribuable :

(A) en vertu d'une loi de crédits et selon les modalités approuvées par le Conseil du Trésor en vue de relever ou de maintenir le niveau de compétence technologique des industries manufacturières canadiennes ou d'autres industries canadiennes,

(B) en vertu des *Règlements sur l'aide à l'exploration minière dans le Nord*, pris en vertu d'une loi de crédits qui prévoit les paiements à effectuer relativement au Programme de subventions visant les minéraux dans le Nord,

(iv) de l'argent emprunté et utilisé pour acquérir un intérêt dans un contrat de rente auquel l'article 12.2 s'applique, ou s'appliquerait si le jour anniversaire du contrat tombait dans l'année à un moment où le contribuable détient l'intérêt; toutefois, lorsque la rente a commencé à être versée aux termes du contrat au cours d'une année d'imposition antérieure, les intérêts payés ou payables au cours de l'année ne sont pas déduits dans la mesure où ils dépassent le montant inclus en application de l'article 12.2 dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année quant à son intérêt dans le contrat;

(3) Il est entendu que si un contribuable a utilisé de l'argent emprunté :

- a) pour rembourser un emprunt antérieur;
- b) pour payer une somme due relativement à des biens visés au sous-alinéa (1)c)(ii) et acquis antérieurement,

sous réserve du paragraphe 20.1(6), l'argent emprunté est, pour l'application des alinéas (1)c), (e) et e.1), des paragraphes 20.1(1) et (2), de l'article 21 et du sous-alinéa 95(2)a)(ii), ainsi que de l'alinéa 20(1)k) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, chapitre 148 des Statuts révisés du Canada de 1952, réputé avoir été utilisé aux fins auxquelles l'argent emprunté antérieurement a été utilisé ou était réputé par le présent paragraphe avoir été

used, or to acquire the property in respect of which the amount was payable, as the case may be.

**73.** (1) For the purposes of this Part, where at any time any particular capital property of an individual (other than a trust) has been transferred in circumstances to which subsection (1.01) applies and both the individual and the transferee are resident in Canada at that time, unless the individual elects in the individual's return of income under this Part for the taxation year in which the property was transferred that the provisions of this subsection not apply, the particular property is deemed

(a) to have been disposed of at that time by the individual for proceeds equal to,

(i) where the particular property is depreciable property of a prescribed class, that proportion of the undepreciated capital cost to the individual immediately before that time of all property of that class that the fair market value immediately before that time of the particular property is of the fair market value immediately before that time of all of that property of that class, and

(ii) in any other case, the adjusted cost base to the individual of the particular property immediately before that time; and

(b) to have been acquired at that time by the transferee for an amount equal to those proceeds.

**74.1** (1) Where an individual has transferred or lent property (otherwise than by an assignment of any portion of a retirement pension pursuant to section 65.1 of the *Canada Pension Plan* or a comparable provision of a provincial pension plan as defined in section 3 of that Act or of a prescribed provincial pension plan), either directly or indirectly, by means of a trust or by any other means whatever, to or for the benefit of a person who is the individual's spouse or common-law partner or who has since become the individual's spouse or common-law partner, any income or loss, as the case may be, of that person for a taxation year from the property or from property substituted therefor, that relates to the period in the year throughout which the individual is resident in Canada and that person is the individual's spouse or common-law partner, shall be deemed to be income or a loss, as the case may be, of the individual for the year and not of that person.

utilisé ou pour acquérir les biens relativement auxquels cette somme était due.

**73.** (1) Pour l'application de la présente partie, lorsque l'immobilisation d'un particulier (sauf une fiducie) a été transférée dans les circonstances visées au paragraphe (1.01) et que le particulier et le cessionnaire résident au Canada au moment du transfert, à moins que le particulier ne choisisse, dans sa déclaration de revenu produite en vertu de la présente partie pour l'année d'imposition du transfert, de soustraire l'immobilisation à l'application du présent paragraphe, celle-ci est réputée :

a) d'une part, avoir fait l'objet d'une disposition par le particulier au moment du transfert, pour un produit égal au montant suivant :

(i) si l'immobilisation est un bien amortissable d'une catégorie prescrite, le produit de la multiplication de la fraction non amortie du coût en capital pour le particulier, immédiatement avant ce moment, des biens de cette catégorie par le rapport entre la juste valeur marchande, immédiatement avant ce moment, de l'immobilisation et la juste valeur marchande, immédiatement avant ce moment, de l'ensemble des biens de cette catégorie,

(ii) dans les autres cas, le prix de base rajusté, pour le particulier, de l'immobilisation immédiatement avant ce moment;

b) d'autre part, avoir été acquise par le cessionnaire à ce moment, pour un montant égal à ce produit.

**74.1** (1) Dans le cas où un particulier prête ou transfère un bien — sauf par la cession d'une partie d'une pension de retraite conformément à l'article 65.1 du *Régime de pensions du Canada* ou à une disposition comparable d'un régime provincial de pensions au sens de l'article 3 de cette loi ou d'un régime provincial de pensions visé par règlement —, directement ou indirectement, par le biais d'une fiducie ou par tout autre moyen, à une personne qui est son époux ou conjoint de fait ou qui le devient par la suite ou au profit de cette personne, le revenu ou la perte de cette personne pour une année d'imposition provenant du bien ou d'un bien y substitué et qui se rapporte à la période de l'année tout au long de laquelle le particulier réside au Canada et tout au long de laquelle cette personne est son époux ou conjoint de fait est considéré comme un revenu ou une perte, selon le cas, du particulier pour l'année et non de cette personne.

(3) For the purposes of subsections (1) and (2), where, at any time, an individual has lent or transferred property (in this subsection referred to as the “lent or transferred property”) either directly or indirectly, by means of a trust or by any other means whatever, to or for the benefit of a person, and the lent or transferred property or property substituted therefor is used

(a) to repay, in whole or in part, borrowed money with which other property was acquired, or

(b) to reduce an amount payable for other property,

there shall be included in computing the income from the lent or transferred property, or from property substituted therefor, that is so used, that proportion of the income or loss, as the case may be, derived after that time from the other property or from property substituted therefor that the fair market value at that time of the lent or transferred property, or property substituted therefor, that is so used is of the cost to that person of the other property at the time of its acquisition, but for greater certainty nothing in this subsection shall affect the application of subsections (1) and (2) to any income or loss derived from the other property or from property substituted therefor.

#### 74.5 . . .

(11) Notwithstanding any other provision of this Act, sections 74.1 to 74.4 do not apply to a transfer or loan of property where it may reasonably be concluded that one of the main reasons for the transfer or loan was to reduce the amount of tax that would, but for this subsection, be payable under this Part on the income and gains derived from the property or from property substituted therefor.

**245.** (1) In this section,

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

“tax consequences” to a person means the amount of income, taxable income, or taxable income earned

(3) Pour l’application des paragraphes (1) et (2), lorsqu’un particulier, à un moment donné, prête ou transfère un bien — appelé « bien prêté ou transféré » au présent paragraphe —, directement ou indirectement, par le biais d’une fiducie ou par tout autre moyen, à une personne ou au profit d’une personne et que le bien prêté ou transféré ou un bien y substitué est utilisé :

a) soit pour rembourser tout ou partie de l’argent emprunté et utilisé pour acquérir un autre bien;

b) soit pour réduire un montant payable pour un autre bien,

est inclus dans le calcul du revenu tiré du bien prêté ou transféré, ou du bien y substitué, ainsi utilisé le produit de la multiplication du revenu ou de la perte, dérivé après ce moment de l’autre bien ou du bien y substitué, par le rapport entre la juste valeur marchande à ce moment du bien prêté ou transféré ou du bien y substitué, ainsi utilisé et le coût de l’autre bien pour cette personne au moment de son acquisition; il est entendu toutefois que le présent paragraphe n’a pas pour effet de modifier l’application des paragraphes (1) et (2) à un revenu ou une perte dérivé de l’autre bien ou du bien y substitué.

#### 74.5 . . .

(11) Malgré les autres dispositions de la présente loi, les articles 74.1 à 74.4 ne s’appliquent pas à un transfert ou prêt de biens lorsqu’il est raisonnable de conclure qu’un des principaux motifs du transfert ou prêt, selon le cas, consiste à réduire l’impôt qui, sans le présent paragraphe, serait payable en vertu de la présente partie sur le revenu et les gains dérivés du bien ou d’un bien y substitué.

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

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

« avantage fiscal » Réduction, évitement ou report d’impôt ou d’un autre montant exigible en application

in Canada of, tax or other amount payable by or refundable to the person under this Act, or any other amount that is relevant for the purposes of computing that amount;

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

“transaction” includes an arrangement or event.

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

(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.

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

(3) An avoidance transaction means any transaction

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

(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

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) 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.

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.

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

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

(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

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,

(i) la présente loi,

(ii) the *Income Tax Regulations*,

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

(iii) the *Income Tax Application Rules*,

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

(iv) a tax treaty, or

(iv) un traité fiscal,

(v) any other enactment that is relevant in computing tax or any other amount payable by

(v) tout autre texte législatif qui est utile soit pour le calcul d'un impôt ou de toute autre

or refundable to a person under this Act or in determining any amount that is relevant for the purposes of that computation; or

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

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

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

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

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

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

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

(6) Where with respect to a transaction

(a) a notice of assessment, reassessment or additional assessment involving the application of subsection (2) with respect to the transaction has been sent to a person, or

(b) a notice of determination pursuant to subsection 152(1.11) has been sent to a person with respect to the transaction,

any person (other than a person referred to in paragraph (a) or (b)) shall be entitled, within 180 days after the day of mailing of the notice, to request in writing that the Minister make an assessment, reassessment or additional assessment applying subsection (2) or make a determination applying subsection 152(1.11) with respect to that transaction.

(7) Notwithstanding any other provision of this Act, the tax consequences to any person, following the application of this section, shall only be determined through

somme exigible ou remboursable sous le régime de la présente loi, soit pour la détermination de toute somme à prendre en compte dans ce calcul;

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

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

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

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

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

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

(6) Dans les 180 jours suivant la mise à la poste d'un avis de cotisation, de nouvelle cotisation ou de cotisation supplémentaire, envoyé à une personne, qui tient compte du paragraphe (2) en ce qui concerne une opération, ou d'un avis concernant un montant déterminé en application du paragraphe 152(1.11) envoyé à une personne en ce qui concerne une opération, toute autre personne qu'une personne à laquelle un de ces avis a été envoyé a le droit de demander par écrit au ministre d'établir à son égard une cotisation, une nouvelle cotisation ou une cotisation supplémentaire en application du paragraphe (2) ou de déterminer un montant en application du paragraphe 152(1.11) en ce qui concerne l'opération.

(7) Malgré les autres dispositions de la présente loi, les attributs fiscaux d'une personne, par suite de l'application du présent article, ne peuvent être déterminés

a notice of assessment, reassessment, additional assessment or determination pursuant to subsection 152(1.11) involving the application of this section.

(8) On receipt of a request by a person under subsection (6), the Minister shall, with all due dispatch, consider the request and, notwithstanding subsection 152(4), assess, reassess or make an additional assessment or determination pursuant to subsection 152(1.11) with respect to that person, except that an assessment, reassessment, additional assessment or determination may be made under this subsection only to the extent that it may reasonably be regarded as relating to the transaction referred to in subsection (6).

*Appeals dismissed with costs, BINNIE, DESCHAMPS and ROTHSTEIN JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellants: McCarthy Tétrault, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Ottawa.*

que par avis de cotisation, de nouvelle cotisation ou de cotisation supplémentaire ou que par avis d'un montant déterminé en application du paragraphe 152(1.11), compte tenu du présent article.

(8) Sur réception d'une demande présentée par une personne conformément au paragraphe (6), le ministre doit, dès que possible, après avoir examiné la demande et malgré le paragraphe 152(4), établir une cotisation, une nouvelle cotisation ou une cotisation supplémentaire ou déterminer un montant en application du paragraphe 152(1.11), en se fondant sur la demande. Toutefois, une cotisation, une nouvelle cotisation ou une cotisation supplémentaire ne peut être établie, ni un montant déterminé, en application du présent paragraphe que s'il est raisonnable de considérer qu'ils concernent l'opération visée au paragraphe (6).

*Pourvois rejetés avec dépens, les juges BINNIE, DESCHAMPS et ROTHSTEIN sont dissidents.*

*Procureurs des appelants : McCarthy Tétrault, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général du Canada, Ottawa.*