

[TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE]

1999-464(IT)G

ENTRE :

DOUGLAS H. MATHEW,

appellant,

et

SA MAJESTÉ LA REINE,

intimée.

---

Appels entendus sur preuve commune avec les appels de  
**Steven M. Cook** (1999-466(IT)G), **Eugene Kaulius** (1999-467(IT)G),  
**Charles E. Beil** (1999-468(IT)G), **347059 B.C. Ltd.** (1999-469(IT)G),  
**John R. Owen** (1999-472(IT)G), **Amalio De Cotiis** (1999-473(IT)G),  
**William John Millar** (1999-474(IT)G), **NSFC Holdings Ltd.** (1999-475(IT)G),  
**Warren J.A. Mitchell** (1999-476(IT)G), **TFTI Holdings Limited** (1999-478(IT)G),  
**Ian H. Pitfield** (1999-479(IT)G),  
**La succession de Lorne A. Green** (1999-480(IT)G),  
**Innocenzo De Cotiis** (1999-481(IT)G), **Verlaan Investments Inc.** (1999-484(IT)G),  
**Frank Mayer** (1999-486(IT)G), **Craig C. Sturrock** (1999-487(IT)G)  
et **John N. Gregory** (1999-488(IT)G),

les 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12 et 13 juillet 2001, à Vancouver (Colombie-Britannique),  
et les 23, 24 et 25 juillet 2001, à Ottawa (Ontario), par

l'honorable juge P. R. Dussault

Comparutions

Avocats de l'appelant :

M<sup>e</sup> Kim Hansen  
M<sup>e</sup> David J. Martin  
M<sup>e</sup> Letitia Sears

Avocats de l'intimée :

M<sup>e</sup> Luther P. Chambers, c.r.  
M<sup>e</sup> Robert Carvalho

---

JUGEMENT

Les appels interjetés à l'encontre des cotisations établies en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour les années d'imposition 1993, 1994, 1995, 1996 et 1997 sont rejetés et les dépens sont adjugés à l'intimée selon les motifs du jugement ci-joints.

Cependant, les frais pour la préparation et le déroulement de l'audience se limitent à ceux qui s'appliqueraient à un seul appel.

Signé à Ottawa, Canada, ce 3<sup>e</sup> jour de mai 2002.

« P. R. Dussault »

---

J.C.C.I.

Traduction certifiée conforme  
ce 3<sup>e</sup> jour de novembre 2004.

Yves Bellefeuille, réviseur

[TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE]

1999-466(IT)G

ENTRE :

STEVEN M. COOK,

appellant,

et

SA MAJESTÉ LA REINE,

intimée.

---

Appels entendus sur preuve commune avec les appels de  
**Douglas H. Mathew** (1999-464(IT)G), **Eugene Kaulius** (1999-467(IT)G),  
**Charles E. Beil** (1999-468(IT)G), **347059 B.C. Ltd.** (1999-469(IT)G),  
**John R. Owen** (1999-472(IT)G), **Amalio De Cotiis** (1999-473(IT)G),  
**William John Millar** (1999-474(IT)G), **NSFC Holdings Ltd.** (1999-475(IT)G),  
**Warren J.A. Mitchell** (1999-476(IT)G), **TFTI Holdings Limited** (1999-478(IT)G),  
**Ian H. Pitfield** (1999-479(IT)G),  
**La succession de Lorne A. Green** (1999-480(IT)G),  
**Innocenzo De Cotiis** (1999-481(IT)G), **Verlaan Investments Inc.** (1999-484(IT)G),  
**Frank Mayer** (1999-486(IT)G), **Craig C. Sturrock** (1999-487(IT)G)  
et **John N. Gregory** (1999-488(IT)G),

les 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12 et 13 juillet 2001, à Vancouver (Colombie-Britannique),  
et les 23, 24 et 25 juillet 2001, à Ottawa (Ontario), par

l'honorable juge P. R. Dussault

Comparutions

Avocats de l'appelant :

M<sup>e</sup> Kim Hansen  
M<sup>e</sup> David J. Martin  
M<sup>e</sup> Letitia Sears

Avocats de l'intimée :

M<sup>e</sup> Luther P. Chambers, c.r.  
M<sup>e</sup> Robert Carvalho

---

JUGEMENT

Les appels interjetés à l'encontre des cotisations établies en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour les années d'imposition 1993, 1994 et 1995 sont rejetés et les dépens sont adjugés à l'intimée selon les motifs du jugement ci-joints.

Cependant, les frais pour la préparation et le déroulement de l'audience se limitent à ceux qui s'appliqueraient à un seul appel.

Signé à Ottawa, Canada, ce 3<sup>e</sup> jour de mai 2002.

« P. R. Dussault »

---

J.C.C.I.

Traduction certifiée conforme  
ce 3<sup>e</sup> jour de novembre 2004.

Yves Bellefeuille, réviseur

[TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE]

1999-467(IT)G

ENTRE :

EUGENE KAULIUS,

appelant,

et

SA MAJESTÉ LA REINE,

intimée.

---

Appel entendu sur preuve commune avec les appels de  
**Douglas H. Mathew** (1999-464(IT)G), **Steven M. Cook** (1999-466(IT)G),  
**Charles E. Beil** (1999-468(IT)G), **347059 B.C. Ltd.** (1999-469(IT)G),  
**John R. Owen** (1999-472(IT)G), **Amalio De Cotiis** (1999-473(IT)G),  
**William John Millar** (1999-474(IT)G), **NSFC Holdings Ltd.** (1999-475(IT)G),  
**Warren J.A. Mitchell** (1999-476(IT)G), **TFTI Holdings Limited** (1999-478(IT)G),  
**Ian H. Pitfield** (1999-479(IT)G),  
**La succession de Lorne A. Green** (1999-480(IT)G),  
**Innocenzo De Cotiis** (1999-481(IT)G), **Verlaan Investments Inc.** (1999-484(IT)G),  
**Frank Mayer** (1999-486(IT)G), **Craig C. Sturrock** (1999-487(IT)G)  
et **John N. Gregory** (1999-488(IT)G),

les 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12 et 13 juillet 2001, à Vancouver (Colombie-Britannique),  
et les 23, 24 et 25 juillet 2001, à Ottawa (Ontario), par

l'honorable juge P. R. Dussault

Comparutions

Avocats de l'appelant :

M<sup>e</sup> Kim Hansen  
M<sup>e</sup> David J. Martin  
M<sup>e</sup> Letitia Sears

Avocats de l'intimée :

M<sup>e</sup> Luther P. Chambers, c.r.  
M<sup>e</sup> Robert Carvalho

---

JUGEMENT

L'appel interjeté à l'encontre de la cotisation établie en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour l'année d'imposition 1993 est rejeté et les dépens sont adjugés à l'intimée selon les motifs du jugement ci-joints.

Cependant, les frais pour la préparation et le déroulement de l'audience se limitent à ceux qui s'appliqueraient à un seul appel.

Signé à Ottawa, Canada, ce 3<sup>e</sup> jour de mai 2002.

« P. R. Dussault »

---

J.C.C.I.

Traduction certifiée conforme  
ce 3<sup>e</sup> jour de novembre 2004.

Yves Bellefeuille, réviseur

[TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE]

1999-468(IT)G

ENTRE :

CHARLES E. BEIL,

appelant,

et

SA MAJESTÉ LA REINE,

intimée.

---

Appels entendus sur preuve commune avec les appels de  
**Douglas H. Mathew** (1999-464(IT)G), **Steven M. Cook** (1999-466(IT)G),  
**Eugene Kaulius** (1999-467(IT)G), **347059 B.C. Ltd.** (1999-469(IT)G),  
**John R. Owen** (1999-472(IT)G), **Amalio De Cotiis** (1999-473(IT)G),  
**William John Millar** (1999-474(IT)G), **NSFC Holdings Ltd.** (1999-475(IT)G),  
**Warren J.A. Mitchell** (1999-476(IT)G), **TFTI Holdings Limited** (1999-478(IT)G),  
**Ian H. Pitfield** (1999-479(IT)G),  
**La succession de Lorne A. Green** (1999-480(IT)G),  
**Innocenzo De Cotiis** (1999-481(IT)G), **Verlaan Investments Inc.** (1999-484(IT)G),  
**Frank Mayer** (1999-486(IT)G), **Craig C. Sturrock** (1999-487(IT)G)  
et **John N. Gregory** (1999-488(IT)G),

les 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12 et 13 juillet 2001, à Vancouver (Colombie-Britannique),  
et les 23, 24 et 25 juillet 2001, à Ottawa (Ontario), par

l'honorable juge P. R. Dussault

Comparutions

Avocats de l'appelant :

M<sup>e</sup> Kim Hansen  
M<sup>e</sup> David J. Martin  
M<sup>e</sup> Letitia Sears

Avocats de l'intimée :

M<sup>e</sup> Luther P. Chambers, c.r.  
M<sup>e</sup> Robert Carvalho

---

JUGEMENT

Les appels interjetés à l'encontre des cotisations établies en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour les années d'imposition 1992 et 1993 sont rejetés et les dépens sont adjugés à l'intimée selon les motifs du jugement ci-joints.

Cependant, les frais pour la préparation et le déroulement de l'audience se limitent à ceux qui s'appliqueraient à un seul appel.

Signé à Ottawa, Canada, ce 3<sup>e</sup> jour de mai 2002.

« P. R. Dussault »

---

J.C.C.I.

Traduction certifiée conforme  
ce 3<sup>e</sup> jour de novembre 2004.

Yves Bellefeuille, réviseur

[TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE]

1999-469(IT)G

ENTRE :

347059 B.C. LTD.,

appellante,

et

SA MAJESTÉ LA REINE,

intimée.

---

Appels entendus sur preuve commune avec les appels de  
**Douglas H. Mathew** (1999-464(IT)G), **Steven M. Cook** (1999-466(IT)G),  
**Eugene Kaulius** (1999-467(IT)G), **Charles E. Beil** (1999-468(IT)G),  
**John R. Owen** (1999-472(IT)G), **Amalio De Cotiis** (1999-473(IT)G),  
**William John Millar** (1999-474(IT)G), **NSFC Holdings Ltd.** (1999-475(IT)G),  
**Warren J.A. Mitchell** (1999-476(IT)G), **TFTI Holdings Limited** (1999-478(IT)G),  
**Ian H. Pitfield** (1999-479(IT)G),  
**La succession de Lorne A. Green** (1999-480(IT)G),  
**Innocenzo De Cotiis** (1999-481(IT)G), **Verlaan Investments Inc.** (1999-484(IT)G),  
**Frank Mayer** (1999-486(IT)G), **Craig C. Sturrock** (1999-487(IT)G)  
et **John N. Gregory** (1999-488(IT)G),

les 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12 et 13 juillet 2001, à Vancouver (Colombie-Britannique),  
et les 23, 24 et 25 juillet 2001, à Ottawa (Ontario), par

l'honorable juge P. R. Dussault

Comparutions

Avocats de l'appelante :

M<sup>e</sup> Kim Hansen  
M<sup>e</sup> David J. Martin  
M<sup>e</sup> Letitia Sears

Avocats de l'intimée :

M<sup>e</sup> Luther P. Chambers, c.r.  
M<sup>e</sup> Robert Carvalho

---

JUGEMENT

Les appels interjetés à l'encontre des cotisations établies en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour les années d'imposition 1994 et 1995 sont rejetés et les dépens sont adjugés à l'intimée selon les motifs du jugement ci-joints.

Cependant, les frais pour la préparation et le déroulement de l'audience se limitent à ceux qui s'appliqueraient à un seul appel.

Signé à Ottawa, Canada, ce 3<sup>e</sup> jour de mai 2002.

« P. R. Dussault »

---

J.C.C.I.

Traduction certifiée conforme  
ce 3<sup>e</sup> jour de novembre 2004.

Yves Bellefeuille, réviseur

[TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE]

1999-472(IT)G

ENTRE :

JOHN R. OWEN,

appelant,

et

SA MAJESTÉ LA REINE,

intimée.

---

Appels entendus sur preuve commune avec les appels de  
**Douglas H. Mathew** (1999-464(IT)G), **Steven M. Cook** (1999-466(IT)G),  
**Eugene Kaulius** (1999-467(IT)G), **Charles E. Beil** (1999-468(IT)G),  
**347059 B.C. Ltd.** (1999-469(IT)G), **Amalio De Cotiis** (1999-473(IT)G),  
**William John Millar** (1999-474(IT)G), **NSFC Holdings Ltd.** (1999-475(IT)G),  
**Warren J.A. Mitchell** (1999-476(IT)G), **TFTI Holdings Limited** (1999-478(IT)G),  
**Ian H. Pitfield** (1999-479(IT)G),  
**La succession de Lorne A. Green** (1999-480(IT)G),  
**Innocenzo De Cotiis** (1999-481(IT)G), **Verlaan Investments Inc.** (1999-484(IT)G),  
**Frank Mayer** (1999-486(IT)G), **Craig C. Sturrock** (1999-487(IT)G)  
et **John N. Gregory** (1999-488(IT)G),

les 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12 et 13 juillet 2001, à Vancouver (Colombie-Britannique),  
et les 23, 24 et 25 juillet 2001, à Ottawa (Ontario), par

l'honorable juge P. R. Dussault

Comparutions

Avocats de l'appelant :

M<sup>e</sup> Kim Hansen  
M<sup>e</sup> David J. Martin  
M<sup>e</sup> Letitia Sears

Avocats de l'intimée :

M<sup>e</sup> Luther P. Chambers, c.r.  
M<sup>e</sup> Robert Carvalho

---

JUGEMENT

Les appels interjetés à l'encontre des cotisations établies en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour les années d'imposition 1990, 1991, 1992, 1993, 1994 et 1995 sont rejetés et les dépens sont adjugés à l'intimée selon les motifs du jugement ci-joints.

Cependant, les frais pour la préparation et le déroulement de l'audience se limitent à ceux qui s'appliqueraient à un seul appel.

Signé à Ottawa, Canada, ce 3<sup>e</sup> jour de mai 2002.

« P. R. Dussault »

---

J.C.C.I.

Traduction certifiée conforme  
ce 3<sup>e</sup> jour de novembre 2004.

Yves Bellefeuille, réviseur

[TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE]

1999-473(IT)G

ENTRE :

AMALIO DE COTIIS,

appellant,

et

SA MAJESTÉ LA REINE,

intimée.

---

Appel entendu sur preuve commune avec les appels de  
**Douglas H. Mathew** (1999-464(IT)G), **Steven M. Cook** (1999-466(IT)G),  
**Eugene Kaulius** (1999-467(IT)G), **Charles E. Beil** (1999-468(IT)G),  
**347059 B.C. Ltd.** (1999-469(IT)G), **John R. Owen** (1999-472(IT)G),  
**William John Millar** (1999-474(IT)G), **NSFC Holdings Ltd.** (1999-475(IT)G),  
**Warren J.A. Mitchell** (1999-476(IT)G), **TFTI Holdings Limited** (1999-478(IT)G),  
**Ian H. Pitfield** (1999-479(IT)G),  
**La succession de Lorne A. Green** (1999-480(IT)G),  
**Innocenzo De Cotiis** (1999-481(IT)G), **Verlaan Investments Inc.** (1999-484(IT)G),  
**Frank Mayer** (1999-486(IT)G), **Craig C. Sturrock** (1999-487(IT)G)  
et **John N. Gregory** (1999-488(IT)G),

les 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12 et 13 juillet 2001, à Vancouver (Colombie-Britannique),  
et les 23, 24 et 25 juillet 2001, à Ottawa (Ontario), par

l'honorable juge P. R. Dussault

Comparutions

Avocats de l'appelant :

M<sup>e</sup> Kim Hansen  
M<sup>e</sup> David J. Martin  
M<sup>e</sup> Letitia Sears

Avocats de l'intimée :

M<sup>e</sup> Luther P. Chambers, c.r.  
M<sup>e</sup> Robert Carvalho

---

JUGEMENT

L'appel interjeté à l'encontre de la cotisation établie en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour l'année d'imposition 1993 est rejeté et les dépens sont adjugés à l'intimée selon les motifs du jugement ci-joints.

Cependant, les frais pour la préparation et le déroulement de l'audience se limitent à ceux qui s'appliqueraient à un seul appel.

Signé à Ottawa, Canada, ce 3<sup>e</sup> jour de mai 2002.

« P. R. Dussault »

---

J.C.C.I.

Traduction certifiée conforme  
ce 3<sup>e</sup> jour de novembre 2004.

Yves Bellefeuille, réviseur

[TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE]

1999-474(IT)G

ENTRE :

WILLIAM JOHN MILLAR,

appelant,

et

SA MAJESTÉ LA REINE,

intimée.

---

Appels entendus sur preuve commune avec les appels de  
**Douglas H. Mathew** (1999-464(IT)G), **Steven M. Cook** (1999-466(IT)G),  
**Eugene Kaulius** (1999-467(IT)G), **Charles E. Beil** (1999-468(IT)G),  
**347059 B.C. Ltd.** (1999-469(IT)G), **John R. Owen** (1999-472(IT)G),  
**Amalio De Cotiis** (1999-473(IT)G), **NSFC Holdings Ltd.** (1999-475(IT)G),  
**Warren J.A. Mitchell** (1999-476(IT)G), **TFTI Holdings Limited** (1999-478(IT)G),  
**Ian H. Pitfield** (1999-479(IT)G),  
**La succession de Lorne A. Green** (1999-480(IT)G),  
**Innocenzo De Cotiis** (1999-481(IT)G), **Verlaan Investments Inc.** (1999-484(IT)G),  
**Frank Mayer** (1999-486(IT)G), **Craig C. Sturrock** (1999-487(IT)G)  
et **John N. Gregory** (1999-488(IT)G),

les 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12 et 13 juillet 2001, à Vancouver (Colombie-Britannique),  
et les 23, 24 et 25 juillet 2001, à Ottawa (Ontario), par

l'honorable juge P. R. Dussault

Comparutions

Avocats de l'appelant :

M<sup>e</sup> Kim Hansen  
M<sup>e</sup> David J. Martin  
M<sup>e</sup> Letitia Sears

Avocats de l'intimée :

M<sup>e</sup> Luther P. Chambers, c.r.  
M<sup>e</sup> Robert Carvalho

---

JUGEMENT

Les appels interjetés à l'encontre des cotisations établies en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour les années d'imposition 1991, 1992 et 1993 sont rejetés et les dépens sont adjugés à l'intimée selon les motifs du jugement ci-joints.

Cependant, les frais pour la préparation et le déroulement de l'audience se limitent à ceux qui s'appliqueraient à un seul appel.

Signé à Ottawa, Canada, ce 3<sup>e</sup> jour de mai 2002.

« P. R. Dussault »

---

J.C.C.I.

Traduction certifiée conforme  
ce 3<sup>e</sup> jour de novembre 2004.

Yves Bellefeuille, réviseur

[TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE]

1999-475(IT)G

ENTRE :

NSFC HOLDINGS LTD.,

appellante,

et

SA MAJESTÉ LA REINE,

intimée.

---

Appel entendu sur preuve commune avec les appels de  
**Douglas H. Mathew** (1999-464(IT)G), **Steven M. Cook** (1999-466(IT)G),  
**Eugene Kaulius** (1999-467(IT)G), **Charles E. Beil** (1999-468(IT)G),  
**347059 B.C. Ltd.** (1999-469(IT)G), **John R. Owen** (1999-472(IT)G),  
**Amalio De Cotiis** (1999-473(IT)G), **William John Millar** (1999-474(IT)G),  
**Warren J.A. Mitchell** (1999-476(IT)G), **TFTI Holdings Limited** (1999-478(IT)G),  
**Ian H. Pitfield** (1999-479(IT)G),  
**La succession de Lorne A. Green** (1999-480(IT)G),  
**Innocenzo De Cotiis** (1999-481(IT)G), **Verlaan Investments Inc.** (1999-484(IT)G),  
**Frank Mayer** (1999-486(IT)G), **Craig C. Sturrock** (1999-487(IT)G)  
et **John N. Gregory** (1999-488(IT)G),

les 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12 et 13 juillet 2001, à Vancouver (Colombie-Britannique),  
et les 23, 24 et 25 juillet 2001, à Ottawa (Ontario), par

l'honorable juge P. R. Dussault

Comparutions

Avocats de l'appelante :

M<sup>e</sup> Kim Hansen  
M<sup>e</sup> David J. Martin  
M<sup>e</sup> Letitia Sears

Avocats de l'intimée :

M<sup>e</sup> Luther P. Chambers, c.r.  
M<sup>e</sup> Robert Carvalho

---

JUGEMENT

L'appel interjeté à l'encontre de la cotisation établie en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour l'année d'imposition 1994 est rejeté et les dépens sont adjugés à l'intimée selon les motifs du jugement ci-joints.

Cependant, les frais pour la préparation et le déroulement de l'audience se limitent à ceux qui s'appliqueraient à un seul appel.

Signé à Ottawa, Canada, ce 3<sup>e</sup> jour de mai 2002.

« P. R. Dussault »

---

J.C.C.I.

Traduction certifiée conforme  
ce 3<sup>e</sup> jour de novembre 2004.

Yves Bellefeuille, réviseur

[TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE]

1999-476(IT)G

ENTRE :

WARREN J.A. MITCHELL,

appellant,

et

SA MAJESTÉ LA REINE,

intimée.

---

Appel entendu sur preuve commune avec les appels de  
**Douglas H. Mathew** (1999-464(IT)G), **Steven M. Cook** (1999-466(IT)G),  
**Eugene Kaulius** (1999-467(IT)G), **Charles E. Beil** (1999-468(IT)G),  
**347059 B.C. Ltd.** (1999-469(IT)G), **John R. Owen** (1999-472(IT)G),  
**Amalio De Cotiis** (1999-473(IT)G), **William John Millar** (1999-474(IT)G),  
**NSFC Holdings Ltd.** (1999-475(IT)G), **TFTI Holdings Limited** (1999-478(IT)G),  
**Ian H. Pitfield** (1999-479(IT)G),  
**La succession de Lorne A. Green** (1999-480(IT)G),  
**Innocenzo De Cotiis** (1999-481(IT)G), **Verlaan Investments Inc.** (1999-484(IT)G),  
**Frank Mayer** (1999-486(IT)G), **Craig C. Sturrock** (1999-487(IT)G)  
et **John N. Gregory** (1999-488(IT)G),

les 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12 et 13 juillet 2001, à Vancouver (Colombie-Britannique),  
et les 23, 24 et 25 juillet 2001, à Ottawa (Ontario), par

l'honorable juge P. R. Dussault

Comparutions

Avocats de l'appelant :

M<sup>e</sup> Kim Hansen  
M<sup>e</sup> David J. Martin  
M<sup>e</sup> Letitia Sears

Avocats de l'intimée :

M<sup>e</sup> Luther P. Chambers, c.r.  
M<sup>e</sup> Robert Carvalho

---

JUGEMENT

L'appel interjeté à l'encontre de la cotisation établie en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour l'année d'imposition 1993 est rejeté et les dépens sont adjugés à l'intimée selon les motifs du jugement ci-joints.

Cependant, les frais pour la préparation et le déroulement de l'audience se limitent à ceux qui s'appliqueraient à un seul appel.

Signé à Ottawa, Canada, ce 3<sup>e</sup> jour de mai 2002.

« P. R. Dussault »

---

J.C.C.I.

Traduction certifiée conforme  
ce 3<sup>e</sup> jour de novembre 2004.

Yves Bellefeuille, réviseur

[TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE]

1999-478(IT)G

ENTRE :

TFTI HOLDINGS LIMITED,

appelante,

et

SA MAJESTÉ LA REINE,

intimée.

---

Appel entendu sur preuve commune avec les appels de  
**Douglas H. Mathew** (1999-464(IT)G), **Steven M. Cook** (1999-466(IT)G),  
**Eugene Kaulius** (1999-467(IT)G), **Charles E. Beil** (1999-468(IT)G),  
**347059 B.C. Ltd.** (1999-469(IT)G), **John R. Owen** (1999-472(IT)G),  
**Amalio De Cotiis** (1999-473(IT)G), **William John Millar** (1999-474(IT)G),  
**NSFC Holdings Ltd.** (1999-475(IT)G), **Warren J.A. Mitchell** (1999-476(IT)G),  
**Ian H. Pitfield** (1999-479(IT)G),  
**La succession de Lorne A. Green** (1999-480(IT)G),  
**Innocenzo De Cotiis** (1999-481(IT)G), **Verlaan Investments Inc.** (1999-484(IT)G),  
**Frank Mayer** (1999-486(IT)G), **Craig C. Sturrock** (1999-487(IT)G)  
et **John N. Gregory** (1999-488(IT)G),

les 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12 et 13 juillet 2001, à Vancouver (Colombie-Britannique),  
et les 23, 24 et 25 juillet 2001, à Ottawa (Ontario), par

l'honorable juge P. R. Dussault

Comparutions

Avocats de l'appelante :

M<sup>c</sup> Kim Hansen  
M<sup>c</sup> David J. Martin

Avocats de l'intimée :

M<sup>c</sup> Luther P. Chambers, c.r.  
M<sup>c</sup> Robert Carvalho

---

JUGEMENT

L'appel interjeté à l'encontre de la cotisation établie en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour l'année d'imposition 1994 est rejeté et les dépens sont adjugés à l'intimée selon les motifs du jugement ci-joints.

Cependant, les frais pour la préparation et le déroulement de l'audience se limitent à ceux qui s'appliqueraient à un seul appel.

Signé à Ottawa, Canada, ce 3<sup>e</sup> jour de mai 2002.

« P. R. Dussault »

---

J.C.C.I.

Traduction certifiée conforme  
ce 3<sup>e</sup> jour de novembre 2004.

Yves Bellefeuille, réviseur

[TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE]

1999-479(IT)G

ENTRE :

IAN H. PITFIELD,

appelant,

et

SA MAJESTÉ LA REINE,

intimée.

---

Appels entendus sur preuve commune avec les appels de  
**Douglas H. Mathew** (1999-464(IT)G), **Steven M. Cook** (1999-466(IT)G),  
**Eugene Kaulius** (1999-467(IT)G), **Charles E. Beil** (1999-468(IT)G),  
**347059 B.C. Ltd.** (1999-469(IT)G), **John R. Owen** (1999-472(IT)G),  
**Amalio De Cotiis** (1999-473(IT)G), **William John Millar** (1999-474(IT)G),  
**NSFC Holdings Ltd.** (1999-475(IT)G), **Warren J.A. Mitchell** (1999-476(IT)G),  
**TFTI Holdings Limited** (1999-478(IT)G),  
**La succession de Lorne A. Green** (1999-480(IT)G),  
**Innocenzo De Cotiis** (1999-481(IT)G), **Verlaan Investments Inc.** (1999-484(IT)G),  
**Frank Mayer** (1999-486(IT)G), **Craig C. Sturrock** (1999-487(IT)G)  
et **John N. Gregory** (1999-488(IT)G),

les 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12 et 13 juillet 2001, à Vancouver (Colombie-Britannique),  
et les 23, 24 et 25 juillet 2001, à Ottawa (Ontario), par

l'honorable juge P. R. Dussault

Comparutions

Avocats de l'appelant :

M<sup>e</sup> Kim Hansen  
M<sup>e</sup> David J. Martin  
M<sup>e</sup> Letitia Sears

Avocats de l'intimée :

M<sup>e</sup> Luther P. Chambers, c.r.  
M<sup>e</sup> Robert Carvalho

---

JUGEMENT

Les appels interjetés à l'encontre des cotisations établies en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour les années d'imposition 1992 et 1993 sont rejetés et les dépens sont adjugés à l'intimée selon les motifs du jugement ci-joints.

Cependant, les frais pour la préparation et le déroulement de l'audience se limitent à ceux qui s'appliqueraient à un seul appel.

Signé à Ottawa, Canada, ce 3<sup>e</sup> jour de mai 2002.

« P. R. Dussault »

---

J.C.C.I.

Traduction certifiée conforme  
ce 3<sup>e</sup> jour de novembre 2004.

Yves Bellefeuille, réviseur

[TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE]

1999-480(IT)G

ENTRE :

LA SUCCESSION DE LORNE A. GREEN,

appelante,

et

SA MAJESTÉ LA REINE,

intimée.

---

Appel entendu sur preuve commune avec les appels de  
**Douglas H. Mathew** (1999-464(IT)G), **Steven M. Cook** (1999-466(IT)G),  
**Eugene Kaulius** (1999-467(IT)G), **Charles E. Beil** (1999-468(IT)G),  
**347059 B.C. Ltd.** (1999-469(IT)G), **John R. Owen** (1999-472(IT)G),  
**Amalio De Cotiis** (1999-473(IT)G), **William John Millar** (1999-474(IT)G),  
**NSFC Holdings Ltd.** (1999-475(IT)G), **Warren J.A. Mitchell** (1999-476(IT)G),  
**TFTI Holdings Limited** (1999-478(IT)G), **Ian H. Pitfield** (1999-479(IT)G),  
**Innocenzo De Cotiis** (1999-481(IT)G), **Verlaan Investments Inc.** (1999-484(IT)G),  
**Frank Mayer** (1999-486(IT)G), **Craig C. Sturrock** (1999-487(IT)G)  
et **John N. Gregory** (1999-488(IT)G),

les 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12 et 13 juillet 2001, à Vancouver (Colombie-Britannique),  
et les 23, 24 et 25 juillet 2001, à Ottawa (Ontario), par

l'honorable juge P. R. Dussault

Comparutions

Avocats de l'appelante :

M<sup>e</sup> Kim Hansen  
M<sup>e</sup> David J. Martin  
M<sup>e</sup> Letitia Sears

Avocats de l'intimée :

M<sup>e</sup> Luther P. Chambers, c.r.  
M<sup>e</sup> Robert Carvalho

---

JUGEMENT

L'appel interjeté à l'encontre de la cotisation établie en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour l'année d'imposition 1993 est rejeté et les dépens sont adjugés à l'intimée selon les motifs du jugement ci-joints.

Cependant, les frais pour la préparation et le déroulement de l'audience se limitent à ceux qui s'appliqueraient à un seul appel.

Signé à Ottawa, Canada, ce 3<sup>e</sup> jour de mai 2002.

« P. R. Dussault »

---

J.C.C.I.

Traduction certifiée conforme  
ce 3<sup>e</sup> jour de novembre 2004.

Yves Bellefeuille, réviseur

[TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE]

1999-481(IT)G

ENTRE :

INNOCENZO DE COTIIS,

appelant,

et

SA MAJESTÉ LA REINE,

intimée.

---

Appel entendu sur preuve commune avec les appels de  
**Douglas H. Mathew** (1999-464(IT)G), **Steven M. Cook** (1999-466(IT)G),  
**Eugene Kaulius** (1999-467(IT)G), **Charles E. Beil** (1999-468(IT)G),  
**347059 B.C. Ltd.** (1999-469(IT)G), **John R. Owen** (1999-472(IT)G),  
**Amalio De Cotiis** (1999-473(IT)G), **William John Millar** (1999-474(IT)G),  
**NSFC Holdings Ltd.** (1999-475(IT)G), **Warren J.A. Mitchell** (1999-476(IT)G),  
**TFTI Holdings Limited** (1999-478(IT)G), **Ian H. Pitfield** (1999-479(IT)G),  
**La succession de Lorne A. Green** (1999-480(IT)G),  
**Verlaan Investments Inc.** (1999-484(IT)G), **Frank Mayer** (1999-486(IT)G),  
**Craig C. Sturrock** (1999-487(IT)G) et **John N. Gregory** (1999-488(IT)G),

les 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12 et 13 juillet 2001, à Vancouver (Colombie-Britannique),  
et les 23, 24 et 25 juillet 2001, à Ottawa (Ontario), par

l'honorable juge P. R. Dussault

Comparutions

Avocats de l'appelant :

M<sup>e</sup> Kim Hansen  
M<sup>e</sup> David J. Martin  
M<sup>e</sup> Letitia Sears

Avocats de l'intimée :

M<sup>e</sup> Luther P. Chambers, c.r.  
M<sup>e</sup> Robert Carvalho

---

JUGEMENT

L'appel interjeté à l'encontre de la cotisation établie en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour l'année d'imposition 1993 est rejeté et les dépens sont adjugés à l'intimée selon les motifs du jugement ci-joints.

Cependant, les frais pour la préparation et le déroulement de l'audience se limitent à ceux qui s'appliqueraient à un seul appel.

Signé à Ottawa, Canada, ce 3<sup>e</sup> jour de mai 2002.

« P. R. Dussault »

---

J.C.C.I.

Traduction certifiée conforme  
ce 3<sup>e</sup> jour de novembre 2004.

Yves Bellefeuille, réviseur

[TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE]

1999-484(IT)G

ENTRE :

VERLAAN INVESTMENTS INC.,

appelante,

et

SA MAJESTÉ LA REINE,

intimée.

---

Appels entendus sur preuve commune avec les appels de  
**Douglas H. Mathew** (1999-464(IT)G), **Steven M. Cook** (1999-466(IT)G),  
**Eugene Kaulius** (1999-467(IT)G), **Charles E. Beil** (1999-468(IT)G),  
**347059 B.C. Ltd.** (1999-469(IT)G), **John R. Owen** (1999-472(IT)G),  
**Amalio De Cotiis** (1999-473(IT)G), **William John Millar** (1999-474(IT)G),  
**NSFC Holdings Ltd.** (1999-475(IT)G), **Warren J.A. Mitchell** (1999-476(IT)G),  
**TFTI Holdings Limited** (1999-478(IT)G), **Ian H. Pitfield** (1999-479(IT)G),  
**La succession de Lorne A. Green** (1999-480(IT)G),  
**Innocenzo De Cotiis** (1999-481(IT)G), **Frank Mayer** (1999-486(IT)G),  
**Craig C. Sturrock** (1999-487(IT)G) et **John N. Gregory** (1999-488(IT)G),

les 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12 et 13 juillet 2001, à Vancouver (Colombie-Britannique),  
et les 23, 24 et 25 juillet 2001, à Ottawa (Ontario), par

l'honorable juge P. R. Dussault

Comparutions

Avocats de l'appelante :

M<sup>e</sup> Kim Hansen  
M<sup>e</sup> David J. Martin  
M<sup>e</sup> Letitia Sears

Avocats de l'intimée :

M<sup>e</sup> Luther P. Chambers, c.r.  
M<sup>e</sup> Robert Carvalho

---

JUGEMENT

Les appels interjetés à l'encontre des cotisations établies en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour les années d'imposition 1994 et 1995 sont rejetés et les dépens sont adjugés à l'intimée selon les motifs du jugement ci-joints.

Cependant, les frais pour la préparation et le déroulement de l'audience se limitent à ceux qui s'appliqueraient à un seul appel.

Signé à Ottawa, Canada, ce 3<sup>e</sup> jour de mai 2002.

« P. R. Dussault »

---

J.C.C.I.

Traduction certifiée conforme  
ce 3<sup>e</sup> jour de novembre 2004.

Yves Bellefeuille, réviseur

[TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE]

1999-486(IT)G

ENTRE :

FRANK MAYER,

appellant,

et

SA MAJESTÉ LA REINE,

intimée.

---

Appels entendus sur preuve commune avec les appels de  
**Douglas H. Mathew** (1999-464(IT)G), **Steven M. Cook** (1999-466(IT)G),  
**Eugene Kaulius** (1999-467(IT)G), **Charles E. Beil** (1999-468(IT)G),  
**347059 B.C. Ltd.** (1999-469(IT)G), **John R. Owen** (1999-472(IT)G),  
**Amalio De Cotiis** (1999-473(IT)G), **William John Millar** (1999-474(IT)G),  
**NSFC Holdings Ltd.** (1999-475(IT)G), **Warren J.A. Mitchell** (1999-476(IT)G),  
**TFTI Holdings Limited** (1999-478(IT)G), **Ian H. Pitfield** (1999-479(IT)G),  
**La succession de Lorne A. Green** (1999-480(IT)G),  
**Innocenzo De Cotiis** (1999-481(IT)G), **Verlaan Investments Inc.** (1999-484(IT)G),  
**Craig C. Sturrock** (1999-487(IT)G) et **John N. Gregory** (1999-488(IT)G),

les 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12 et 13 juillet 2001, à Vancouver (Colombie-Britannique),  
et les 23, 24 et 25 juillet 2001, à Ottawa (Ontario), par

l'honorable juge P. R. Dussault

Comparutions

Avocats de l'appelant :

M<sup>e</sup> Kim Hansen  
M<sup>e</sup> David J. Martin  
M<sup>e</sup> Letitia Sears

Avocats de l'intimée :

M<sup>e</sup> Luther P. Chambers, c.r.  
M<sup>e</sup> Robert Carvalho

---

JUGEMENT

Les appels interjetés à l'encontre des cotisations établies en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour les années d'imposition 1990, 1991, 1992, 1993 et 1994 sont rejetés et les dépens sont adjugés à l'intimée selon les motifs du jugement ci-joints.

Cependant, les frais pour la préparation et le déroulement de l'audience se limitent à ceux qui s'appliqueraient à un seul appel.

Signé à Ottawa, Canada, ce 3<sup>e</sup> jour de mai 2002.

« P. R. Dussault »

---

J.C.C.I.

Traduction certifiée conforme  
ce 3<sup>e</sup> jour de novembre 2004.

Yves Bellefeuille, réviseur

[TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE]

1999-487(IT)G

ENTRE :

CRAIG C. STURROCK,

appelant,

et

SA MAJESTÉ LA REINE,

intimée.

---

Appels entendus sur preuve commune avec les appels de  
**Douglas H. Mathew** (1999-464(IT)G), **Steven M. Cook** (1999-466(IT)G),  
**Eugene Kaulius** (1999-467(IT)G), **Charles E. Beil** (1999-468(IT)G),  
**347059 B.C. Ltd.** (1999-469(IT)G), **John R. Owen** (1999-472(IT)G),  
**Amalio De Cotiis** (1999-473(IT)G), **William John Millar** (1999-474(IT)G),  
**NSFC Holdings Ltd.** (1999-475(IT)G), **Warren J.A. Mitchell** (1999-476(IT)G),  
**TFTI Holdings Limited** (1999-478(IT)G), **Ian H. Pitfield** (1999-479(IT)G),  
**La succession de Lorne A. Green** (1999-480(IT)G),  
**Innocenzo De Cotiis** (1999-481(IT)G), **Verlaan Investments Inc.** (1999-484(IT)G),  
**Frank Mayer** (1999-486(IT)G) et **John N. Gregory** (1999-488(IT)G),

les 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12 et 13 juillet 2001, à Vancouver (Colombie-Britannique),  
et les 23, 24 et 25 juillet 2001, à Ottawa (Ontario), par

l'honorable juge P. R. Dussault

Comparutions

Avocats de l'appelant :

M<sup>e</sup> Kim Hansen  
M<sup>e</sup> David J. Martin  
M<sup>e</sup> Letitia Sears

Avocats de l'intimée :

M<sup>e</sup> Luther P. Chambers, c.r.  
M<sup>e</sup> Robert Carvalho

---

JUGEMENT

Les appels interjetés à l'encontre des cotisations établies en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour les années d'imposition 1992 et 1993 sont rejetés et les dépens sont adjugés à l'intimée selon les motifs du jugement ci-joints.

Cependant, les frais pour la préparation et le déroulement de l'audience se limitent à ceux qui s'appliqueraient à un seul appel.

Signé à Ottawa, Canada, ce 3<sup>e</sup> jour de mai 2002.

« P. R. Dussault »

---

J.C.C.I.

Traduction certifiée conforme  
ce 3<sup>e</sup> jour de novembre 2004.

Yves Bellefeuille, réviseur

[TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE]

1999-488(IT)G

ENTRE :

JOHN N. GREGORY,

appelant,

et

SA MAJESTÉ LA REINE,

intimée.

---

Appels entendus sur preuve commune avec les appels de  
**Douglas H. Mathew** (1999-464(IT)G), **Steven M. Cook** (1999-466(IT)G),  
**Eugene Kaulius** (1999-467(IT)G), **Charles E. Beil** (1999-468(IT)G),  
**347059 B.C. Ltd.** (1999-469(IT)G), **John R. Owen** (1999-472(IT)G),  
**Amalio De Cotiis** (1999-473(IT)G), **William John Millar** (1999-474(IT)G),  
**NSFC Holdings Ltd.** (1999-475(IT)G), **Warren J.A. Mitchell** (1999-476(IT)G),  
**TFTI Holdings Limited** (1999-478(IT)G), **Ian H. Pitfield** (1999-479(IT)G),  
**La succession de Lorne A. Green** (1999-480(IT)G),  
**Innocenzo De Cotiis** (1999-481(IT)G), **Verlaan Investments Inc.** (1999-484(IT)G),  
**Frank Mayer** (1999-486(IT)G) et **Craig C. Sturrock** (1999-487(IT)G),

les 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12 et 13 juillet 2001, à Vancouver (Colombie-Britannique),  
et les 23, 24 et 25 juillet 2001, à Ottawa (Ontario), par

l'honorable juge P. R. Dussault

Comparutions

Avocats de l'appelant :

M<sup>e</sup> Kim Hansen  
M<sup>e</sup> David J. Martin  
M<sup>e</sup> Letitia Sears

Avocats de l'intimée :

M<sup>e</sup> Luther P. Chambers, c.r.  
M<sup>e</sup> Robert Carvalho

---

JUGEMENT

Les appels interjetés à l'encontre des cotisations établies en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour les années d'imposition 1993, 1994, 1995, 1996 et 1997 sont rejetés et les dépens sont adjugés à l'intimée selon les motifs du jugement ci-joints.

Cependant, les frais pour la préparation et le déroulement de l'audience se limitent à ceux qui s'appliqueraient à un seul appel.

Signé à Ottawa, Canada, ce 3<sup>e</sup> jour de mai 2002.

« P. R. Dussault »

---

J.C.C.I.

Traduction certifiée conforme  
ce 3<sup>e</sup> jour de novembre 2004.

Yves Bellefeuille, réviseur

[TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE]

Date : 20020503

Dossier: 1999-464(IT)G, 1999-466(IT)G, 1999-467(IT)G, 1999-468(IT)G, 1999-469(IT)G, 1999-472(IT)G, 1999-473(IT)G, 1999-474(IT)G, 1999-475(IT)G, 1999-476(IT)G, 1999-478(IT)G, 1999-479(IT)G, 1999-480(IT)G, 1999-481(IT)G, 1999-484(IT)G, 1999-486(IT)G, 1999-487(IT)G, 1999-488(IT)G

ENTRE :

DOUGLAS H. MATHEW, STEVEN M. COOK, EUGENE KAULIUS,  
CHARLES E. BEIL, 347059 B.C. LTD., JOHN R. OWEN,  
AMALIO DE COTIIS, WILLIAM JOHN MILLAR, NSFC HOLDINGS LTD.,  
WARREN J.A. MITCHELL, TFTI HOLDINGS LIMITED, IAN H. PITFIELD,  
LA SUCCESSION DE LORNE A. GREEN, INNOCENZO DE COTIIS,  
VERLAAN INVESTMENTS INC., FRANK MAYER, CRAIG C. STURROCK,  
JOHN N. GREGORY,

appelants,

et

SA MAJESTÉ LA REINE,

intimée.

### **MOTIFS DU JUGEMENT**

#### **Le juge P. R. Dussault, C.C.I.**

[1] Les présents appels portent sur des pertes attribuées aux associés de la société en nom collectif SRMP Realty & Mortgage Partnership (« SRMP ») lors de la clôture de l'exercice 1993 de cette société, le 1<sup>er</sup> octobre 1993. Lors du calcul de leurs revenus pour l'année d'imposition 1993, les 14 particuliers appelants ont déduit leurs parts des pertes de SRMP. Parce que le 1<sup>er</sup> octobre 1993 était compris dans l'année d'imposition 1994 des sociétés appelantes (347059 B.C. Ltd., NSFC Holdings Ltd.,

TFTI Holdings Limited et Verlaan Investments Inc.), ces appelantes ont déduit leurs parts des pertes de SRMP pendant l'année d'imposition 1994. Dans le cas d'un certain nombre des appelants, leurs parts des pertes de SRMP excédaient leur revenu au cours de l'année en cause. Ils ont donc calculé des pertes autres qu'en capital qu'ils ont reportées sur des années d'imposition antérieures ou postérieures. Le ministre du Revenu national (le « ministre ») a établi de nouvelles cotisations pour tous les appelants et a rejeté la déduction des pertes de SRMP et, le cas échéant, des pertes autres qu'en capital.

## I LES QUESTIONS EN LITIGE

[2] Dans un premier temps, le ministre a refusé la déduction des pertes en s'appuyant sur un certain nombre de motifs, l'un étant la disposition générale anti-évitement (la « DGAÉ ») en application de l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la « Loi »). Les appelants ont contesté non seulement l'applicabilité de la DGAÉ, mais aussi sa constitutionnalité. Avant l'audition des présents appels, l'intimée a abandonné les autres motifs à l'appui des cotisations et a décidé de s'appuyer uniquement sur la DGAÉ. Le juge Beaubier de notre cour a rendu, le 7 juin 2001, une ordonnance concernant une requête entendue le 4 juin 2001. Cette ordonnance limite l'appel à deux questions seulement et se lit notamment comme suit :

[TRADUCTION]

Vu que l'intimée a abandonné toutes les autres questions en litige entre les parties et que les appelants y ont donné leur consentement, l'audition des présents appels portera uniquement sur les deux questions suivantes :

- a) A-t-on refusé à juste titre la déduction des pertes de SRMP en vertu de la disposition générale anti-évitement (« DGAÉ ») à l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*?
- b) L'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est-il d'une imprécision inacceptable et donc contraire à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la « Charte ») ou aux règles de fond sur la primauté du droit, et en conséquence inopérant en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, comme les appelants le prétendent?

[3] Conformément à l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale*, M<sup>c</sup> David J. Martin, l'avocat de l'appelant John N. Gregory (1999-488(IT)G), a fait signifier, le 31 janvier 2000, un avis de question constitutionnelle au procureur général du Canada et au procureur général de chacune des provinces. Étant donné

que tous les autres appels ont été entendus avec celui de John N. Gregory, je suppose qu'on a satisfait à l'exigence de l'article 57 pour tous les appels.

[4] Conformément à l'alinéa 58(1)*b*) des *Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)*, l'intimée a présenté des requêtes préliminaires demandant que des paragraphes des avis d'appel modifiés des quatre sociétés appelantes portant sur l'article 7 de la *Charte* soient radiés en tout ou en partie du fait qu'ils ne renfermaient aucun moyen raisonnable d'appel. Au cours de l'audition du 3 juillet 2001, les avocats ont accepté d'aborder cette question lors du plaidoyer final.

## II LES FAITS ADMIS

[5] Avant l'audition, les parties ont présenté l'exposé suivant des faits admis :

[TRADUCTION]

1. La Compagnie Standard Trust (« CST ») exploitait une entreprise consistant notamment à accorder des prêts garantis par des hypothèques sur des biens immeubles.

2. En mai 1991, la CST était insolvable et, le 2 mai 1991, le juge Houlden de la Cour de l'Ontario (Division générale) a ordonné que la CST soit liquidée en application des dispositions de la *Loi sur les liquidations*, L.R.C., ch. W-11, et a nommé Ernst & Young Inc. (« E & Y ») comme liquidateur. Par la suite, messieurs Bradeen et Drake, de E & Y, ont été, à titre de liquidateurs de la CST, l'âme dirigeante de la CST.

3. Au début de la liquidation, la valeur du portefeuille de prêts hypothécaires de la CST s'élevait à environ 1,6 milliard de dollars, dont la moitié correspondait à des prêts non productifs, c'est-à-dire des prêts dont le remboursement du capital et des intérêts était en souffrance de 90 jours ou plus.

4. La tâche de E & Y à titre de liquidateur était de liquider les éléments d'actif de la CST de façon à en tirer les montants les plus élevés possible. Elle était donc habilitée, en vertu de la *Loi sur les liquidations* et de l'ordonnance du juge Houlden, à exploiter l'entreprise de la CST dans la mesure où cela était nécessaire pour liquider la société de façon avantageuse.

5. En conséquence, E & Y a élaboré un projet en vue de céder les hypothèques non productives à une société en nom collectif devant comprendre la CST et une filiale en propriété exclusive de la CST, c'est-à-dire une société en nom collectif avec laquelle la CST, à titre de personne morale, aurait un lien de dépendance au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La CST détiendrait une

participation de 99 p. 100 dans la société en nom collectif et sa filiale en propriété exclusive détiendrait 1 p. 100.

6. En conséquence, E & Y a été à l'origine des opérations ou des événements suivants :

a) Le 16 octobre 1992, E & Y a vu à la constitution de la société par actions numéro 1004568.

b) Le 21 octobre 1992, à la requête de E & Y, la Cour de l'Ontario (Division générale) a autorisé la constitution en société d'une filiale en propriété exclusive de la CST, la constitution de deux sociétés en nom collectif, soit STIL I et STIL II, dont la CST et sa filiale en propriété exclusive étaient des associés, et la cession à ces deux sociétés, à titre bénéficiaire, de deux portefeuilles composés d'hypothèques non productives choisies par E & Y.

c) La CST et 1004568 ont conclu un contrat de société le 23 octobre 1992 en vue de constituer la société en nom collectif STIL II.

d) Le 23 octobre 1992, 1004568 a emprunté 730 220 \$ de la CST et a versé, à partir de cette somme, 312 902 \$ à STIL I et 417 318 \$ à STIL II à titre d'apport de capital pour une participation de 1 p. 100 dans chacune de ces deux sociétés en nom collectif.

e) Le 23 octobre 1992, la CST a cédé un des portefeuilles d'hypothèques (le « portefeuille d'hypothèques de STIL II ») à STIL II pour 41 314 434 \$ à titre d'apport de capital de la CST correspondant à cette somme pour une participation de 99 p. 100 dans STIL II. Le portefeuille d'hypothèques de STIL II consistait en 17 hypothèques non productives, qui correspondaient à neuf biens immobiliers sous-jacents. En vertu du paragraphe 97(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la CST est réputée avoir disposé de ces éléments d'actif, et STIL II est réputée les avoir acquis, à leur juste valeur marchande, soit 33 262 000 \$, ventilée de la façon suivante :

<u>Bien immobilier</u>	<u>Juste valeur marchande</u>
99, rue Rideau	2 000 000 \$
Shurguard Oakville	1 170 000 \$
Georgian Estates	11 370 000 \$
Masonville Estates	9 600 000 \$
Mount Baker Enterprises	1 000 000 \$
Turner Crossing	1 211 000 \$
23, rue Lesmill	5 700 000 \$
Atherton	519 000 \$
Shurguard Hamilton	<u>692 000 \$</u>
Total	<u>33 262 000 \$</u>

f) Au moment de cette disposition, le coût d'acquisition de ces éléments d'actif pour la CST s'élevait à 85 368 872 \$, ventilé de la façon suivante :

<u>Bien immobilier</u>	<u>Coût</u>
99, rue Rideau	\$ 5 792 692 \$
Shurguard Oakville	3 020 392 \$
Georgian Estates	31 215 480 \$
Masonville Estates	27 198 952 \$
Mount Baker Enterprises	1 262 823 \$
Turner Crossing	1 961 653 \$
23, rue Lesmill	10 621 355 \$
Atherton	1 270 768 \$
Shurguard Hamilton	<u>3 024 757 \$</u>
Total	<u>85 368 872 \$</u>

g) En application du paragraphe 18(13) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le coût à STIL II des hypothèques dans le portefeuille d'hypothèques de STIL II est réputé, aux fins de l'impôt sur le revenu, être leur coût d'origine pour la CST, tel qu'indiqué à l'alinéa f) ci-dessus.

7. Du mois d'août 1992 au mois de janvier 1993, E & Y est entrée en contact avec 38 acheteurs potentiels de la participation de 99 p. 100 de la CST dans STIL I et STIL II. E & Y est notamment entrée en contact avec OSFC Holdings Limited (« OSFC »), une société avec laquelle la CST n'avait pas de lien de dépendance, et, en décembre 1992, elle a vendu sa participation dans la société STIL I à un tiers non pertinent au présent appel.

8. En janvier 1993, la OSFC a entrepris des négociations avec E & Y en vue d'acquérir la participation de 99 p. 100 de la CST dans STIL II (la « participation dans STIL II »).

9. Les négociations entre la OSFC et E & Y en vue de la vente de la participation de la CST dans STIL II ont été difficiles.

10. E & Y a d'abord tenté d'obtenir 33 262 000 \$ pour sa participation dans STIL II, soit la juste valeur marchande du portefeuille de STIL II selon l'estimation de E & Y. Toutefois, la OSFC a fait savoir à E & Y que le portefeuille de STIL II ne pourrait, à son avis, être vendu pour ce que E & Y croyait être sa juste valeur marchande. E & Y et la OSFC ont donc négocié, pour la participation de la CST dans STIL II, un prix qui devait être payable selon une formule de partage sur plusieurs années du produit de la vente des biens immobiliers sous-jacents au portefeuille de STIL II.

11. Le 31 mai 1993, les négociations ont abouti à la conclusion d'un volumineux contrat écrit d'achat-vente par lequel la CST vendait et la OSFC achetait la participation de la CST dans STIL II (le « contrat d'achat de STIL II »).

12. En vertu de ce contrat, le prix d'achat que devait verser la OSFC pour ladite participation de 99 p. 100 dans STIL II comprendrait les éléments suivants :

a)	Espèces	3 000 000 \$
	Billet de 5 ans portant intérêts de 7,5 p. 100 remboursable en tout temps	<u>14 500 000 \$</u> 17 500 000 \$
	Plus : un « versement supplémentaire » d'un montant maximal de	<u>5 000 000 \$</u> 22 500 000 \$

b) une « contrepartie conditionnelle » selon le produit de la vente des biens immobiliers sous-jacents aux hypothèques, soit :

ii) [*sic*] si le produit de la vente est de moins de 17 500 000 \$, la contrepartie conditionnelle serait nulle;

iii) si le produit de la vente excède 17 500 000 \$, mais est inférieur à 32 434 751 \$, la contrepartie conditionnelle correspondrait à 91 p. 100 de 99 p. 100 de la différence entre le montant (n'excédant pas 32 434 751 \$) et 17 500 000 \$;

iv) si le produit de la vente excède 32 434 751 \$, mais est inférieur à 38 000 000 \$, la contrepartie conditionnelle serait la somme de 13 454 716 \$ et 50 p. 100 de 99 p. 100

de la différence entre le montant (n'excédant pas 38 000 000 \$) et 32 434 751 \$;

v) si le produit de la vente excède 38 000 000 \$, la contrepartie conditionnelle serait la somme de 16 209 514 \$ et 25 p. 100 de 99 p. 100 du montant du produit de la vente qui excède 38 000 000 \$.

c) Le remboursement dudit billet de 14 500 000 \$ serait fait à partir du produit de la vente des biens sous-jacents aux hypothèques non productives de sorte que le billet serait remboursé intégralement lorsque le produit de la vente atteindrait 17 500 000 \$.

d) Les intérêts à payer sur ce billet devaient provenir des « rentrées nettes de fonds » tirées de ces biens, c'est-à-dire le loyer net tiré des biens, moins les coûts d'exploitation. Les intérêts qui n'étaient pas versés devaient être ajoutés au capital du billet. Aucune distribution en espèces ne devait être faite aux associés tant que le billet n'avait pas été payé intégralement.

e) Le versement supplémentaire de 5 000 000 \$ devait être rajusté selon les pertes réelles découlant de la vente de ces biens et selon la déductibilité des pertes en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La OSFC devait verser à la CST le versement supplémentaire le 30 avril 1999 et devait faire les versements suivants dans un compte entiercé en garantie du versement supplémentaire :

- a) 1 000 000 \$ le 31 mai 1994;
- b) 1 000 000 \$ le 31 mai 1995;
- c) 1 500 000 \$ le 31 mai 1996;
- d) 1 500 000 \$ le 31 mai 1997.

13. L'une des conditions du contrat d'achat de STIL II était que la CST et la société 1004568 Ontario Inc. concluent un « contrat de société en nom collectif modifié et révisé » au plus tard lors de la conclusion du contrat d'achat de STIL II. Le 22 juin 1993, 1004568 Ontario Inc. et la CST ont conclu un contrat de société en nom collectif modifié et révisé modifiant et révisant les modalités du premier contrat de société de STIL II de sorte que la OSFC a acheté de la CST la participation de cette dernière dans STIL II telle qu'elle avait été constituée par le contrat de société modifié et révisé.

14. Selon le contrat de société modifié et révisé, l'entreprise de STIL II devait être exploitée conformément au « plan d'entreprise » approuvé par les associés;

E & Y (au nom de la CST) et la OSFC ont expressément consenti à ce plan par écrit le 18 juin 1993. Le plan d'entreprise affirmait qu'il tenait compte de l'estimation actuelle faite par les associés du produit probable tiré de la vente des éléments d'actif de STIL II fondée sur les hypothèses relativement au milieu commercial dans lequel STIL II devait gérer et réaliser ses éléments d'actif et dont le plan discutait.

15. Ledit plan d'entreprise exposait pour la période de juillet 1993 à décembre 1996 une « hypothèse favorable » et une « hypothèse défavorable » relativement à la vente des hypothèques ou des biens immobiliers les garantissant. Selon l'« hypothèse favorable », on prévoyait pour les 9 immeubles un produit de vente brut de 39 820 200 \$ et un produit net de 37 611 200 \$. Selon l'« hypothèse défavorable », on prévoyait, pour ces hypothèques non productives ou ces immeubles, un produit de vente brut de 23 351 200 \$ et un produit net de 21 969 800 \$.

16. Le 18 juin 1993, la CST et la OSFC ont consenti au plan d'entreprise.

17. Aux termes du contrat de société modifié et révisé de STIL II, la CST avait droit à des honoraires de gestion de 250 000 \$ par an et 1004568 avait droit à des honoraires de 200 000 \$ par an (au début, pour deux ans; par la suite, le comité de gestion de STIL II devait fixer le montant des honoraires).

18. La OSFC et la TFTI ont conclu un accord en date du 5 juillet 1993 (le « contrat de société en nom collectif de SRMP ») en vue de constituer une société en nom collectif faisant affaires sous la raison sociale « SRMP Realty & Mortgage Partnership » (la « société SRMP » ou « SRMP ») afin d'acquérir et de gérer la participation de la OSFC dans la société en nom collectif STIL II.

19. Les capitaux propres de SRMP se composaient de 35 unités de catégorie « A » et de 15 unités de catégorie « B ». Les unités de catégorie B étaient réparties ainsi :

<u>Détenteur d'unités de catégorie B</u>	<u>Nombre d'unités de catégorie B</u>
OSFC	12
TFTI	2
NSFC	0,5
Eugene Kaulius	<u>0,5</u>
	15

20. Les unités de catégorie B ont été émises à la TFTI, à la NSFC et à Eugene Kaulius en contrepartie de 1 \$ par unité et la OSFC a reçu 12 unités de

catégorie B en contrepartie de la cession à SRMP de sa participation dans STIL II. La OSFC était l'associée directrice générale de SRMP et était autorisée à mobiliser des capitaux pour celle-ci afin d'acheter la participation de la OSFC dans STIL II en offrant et en vendant à d'autres parties des unités de catégorie A au prix indiqué dans les « souscriptions » en vertu desquelles ces parties s'engageaient à acheter des unités de catégorie A.

21. Le contrat de société de SRMP entérinait le droit de la OSFC de recevoir des honoraires de gestion de 250 000 \$ par an en vertu du contrat de société modifié et révisé de STIL II. Le contrat accordait également à la OSFC le droit de recevoir 12 000 \$ par an à titre de frais d'administration ainsi que des « honoraires de gestion incitatifs » correspondant à 75 p. 100 des « recettes brutes de STIL II », c'est-à-dire, en bref, le montant versé par STIL II à SRMP, en excluant le produit de la vente des éléments d'actif, moins les coûts d'exploitation (y compris les intérêts du billet de 14 500 000 \$).

22. E & Y a préparé un rapport (rapport du liquidateur n° 22) en date du 22 juin 1993 et l'a déposé à la Cour de justice de l'Ontario (Division générale) à l'appui d'une requête pour une ordonnance approuvant la cession à la OSFC de la participation de Standard dans la société STIL II.

23. Le juge Houlden a approuvé la cession à la OSFC de la participation de Standard dans la société STIL II par une ordonnance rendue le 25 juin 1993.

24. Standard et 1004568 avaient l'intention d'exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice relativement aux hypothèques de la société STIL II, et ont effectivement exploité une entreprise en commun.

25. La OSFC a invité un certain nombre d'investisseurs possibles, y compris les appelants, à devenir associés de la société SRMP.

26. Le 7 juillet 1993, la OSFC a vendu à SRMP sa participation dans STIL II pour un prix d'achat composé de :

(1) 3 850 000 \$ en espèces;

(2) la prise en charge du billet au montant de 14 500 000 \$ que la OSFC était tenue de verser à la CST en vertu du contrat d'achat de STIL II;

(3) la prise en charge de la contrepartie conditionnelle, c'est-à-dire les sommes que la OSFC était tenue de verser à la CST en vertu du contrat d'achat de STIL II conformément aux dispositions sur la contrepartie conditionnelle incluses dans ledit contrat;

(4) la prise en charge du versement supplémentaire (d'environ 5 000 000 \$) que la OSFC devait verser à la CST en vertu du contrat d'achat de STIL II;

(5) le « versement excédentaire de SRMP », c'est-à-dire l'excédent d'un montant calculé le 22 octobre 1998 ou à une date ultérieure, comme il est stipulé dans le contrat d'achat de STIL II, sur le « versement supplémentaire », comme il est aussi stipulé dans le contrat d'achat de STIL II;

(6) la juste valeur marchande de 12 unités de catégorie B de SRMP, à acquitter par l'émission à la OSFC de 12 unités de catégorie B.

27. Conformément au contrat d'achat de SRMP, la OSFC a conclu un acte de cession le 5 [sic] juillet 1993 cédant à la société SRMP sa participation dans la société STIL II, sauf le droit de la OSFC d'exécuter certains services pour la société STIL II et de recevoir une rétribution en conséquence.

28. La OSFC, la société SRMP et 1004568 ont conclu un accord en date du 7 juillet 1993 pour confirmer que la OSFC avait cédé à la société SRMP, et que la société SRMP avait pris en charge de la OSFC, l'ensemble des droits et des obligations de la OSFC relativement à la société STIL II, sauf le droit de la OSFC d'exécuter certains services pour la société STIL II et de recevoir une rétribution en conséquence.

29. Le 9 juillet 1993 ou vers cette date, les détenteurs d'unités de catégorie A dont les noms apparaissent à l'annexe « A » ci-jointe se sont engagés à acheter le nombre indiqué d'unités ou de fractions d'unités de catégorie A de SRMP pour un prix global de 110 000 \$ par unité de catégorie A (soit un total de 3 850 000 \$ pour l'ensemble des 35 détenteurs d'unités de catégorie A). En outre, les détenteurs d'unités de catégorie A devaient consentir à payer à SRMP un produit de souscription supplémentaire pour financer au prorata leur part du « versement supplémentaire » que SRMP était tenue de verser en conséquence à la OSFC. En garantie du versement supplémentaire, les souscripteurs d'unités de catégorie A de SRMP devaient fournir une lettre de crédit d'un montant de 60 000 \$ par unité de catégorie A et verser les montants suivants aux dates indiquées à un tiers en garantie du versement supplémentaire de la OSFC :

a)	le 30 avril 1994 :	28 571 \$
b)	le 30 avril 1995 :	28 571 \$
c)	le 30 avril 1996 :	42 857 \$
d)	le 30 avril 1997 :	<u>25 701 \$</u>
		125 700 \$

Le montant total était donc de 4 399 500 \$ pour l'ensemble des 35 détenteurs d'unités de catégorie A. Si le versement supplémentaire venait à dépasser 125 700 \$ par unité de catégorie A, la OSFC avait le droit de réclamer une augmentation des paiements fait en garantie.

30. Chaque appelant qui a acheté des unités de catégorie A de SRMP a remis les documents suivants :

- a) un chèque certifié de 110 000 \$ par unité de catégorie A;
- b) une lettre de crédit de 60 000 \$ par unité de catégorie A;
- c) une convention de gage;
- d) une directive concernant les distributions en espèces;
- e) une convention relative à l'entiercement;
- f) un acte de reconnaissance et une convention de concession de rang et de subordination;
- g) une lettre d'engagement du souscripteur;
- h) une procuration au bénéfice de la OSFC.

31. Les rentrées nettes de fonds après le paiement des coûts d'exploitation de la société STIL II, autres que ceux liés à la vente ou à la disposition d'hypothèques ou de biens sous-jacents, devaient être réparties ainsi :

En premier lieu : les honoraires de gestion de 250 000 \$ par année à la OSFC\*;

En deuxième lieu : les frais d'administration de 200 000 \$ par année à la société 1004568 Ontario Inc.\*;

En troisième lieu : les intérêts sur le billet de 14,5 millions de dollars au taux de 7,5 p. 100 par an;

En quatrième lieu : 75 p. 100 du solde des rentrées nettes à la OSFC à titre d'honoraires de gestion incitatifs;

En cinquième lieu : 70 p. 100 du solde aux unités de catégorie A et 30 p. 100 aux unités de catégorie B.

\* Les montants de ces frais feraient l'objet de nouvelles négociations après deux ans.

32. Le produit net après le paiement de tous les frais liés à la vente ou à la disposition d'hypothèques ou de biens sous-jacents de la société STIL II devait être réparti ainsi :

- En premier lieu : le montant de 14,5 millions de dollars serait réparti à 82,684 p. 100 à la CST en paiement du billet et à 17,316 p. 100 à un fonds entiercé en garantie du paiement du billet;
- En deuxième lieu : 3 millions de dollars (après le remboursement du billet grâce au fonds entiercé) seraient répartis aux unités de catégorie A, pour le compte de la garantie du versement supplémentaire;
- En troisième lieu : le montant de 14,9 millions de dollars serait réparti à 91 p. 100 à la CST et à 9 p. 100 à la société STIL II, dont 99 p. 100 serait remis à la société SRMP et 1 p. 100 à la 1004568 Ontario Inc. Du montant remis à la société SRMP, les premiers 850 000 \$ devaient être répartis aux unités de catégorie A et le solde devait être réparti à 70 p. 100 aux unités de catégorie A et à 30 p. 100 aux unités de catégorie B;
- En quatrième lieu : le solde serait réparti à 50 p. 100 à la CST et à 50 p. 100 à STIL II, dont 99 p. 100 serait réparti à la société SRMP et 1 p. 100 à la 1004568 Ontario Inc. Du montant remis à la société SRMP, 70 p. 100 devait être réparti aux unités de catégorie A et 30 p. 100 aux unités de catégorie B.

33. La OSFC et la société SRMP ont conclu un accord en date du 10 septembre 1993. Aux termes de cet accord, les associés de SRMP prenaient en charge les obligations de la OSFC en vertu du contrat d'achat de STIL II et du contrat de société en nom collectif modifié et révisé de STIL II et s'engageaient à exécuter ces obligations.

34. En date du 30 septembre 1993, à la suite de la vente de quelques-uns de ces biens immobiliers et à la suite de la réduction de la valeur des autres biens immobiliers à leur juste valeur marchande, la différence entre le coût des biens pour STIL II, soit 85 368 872 \$, et leur prix de vente ou leur juste valeur marchande, selon le cas, a donné lieu à une perte fiscale de plus de 52 000 000 \$ à STIL II. De cette perte, 99 p. 100 a été attribué à SRMP, qui l'a ensuite réparti parmi ses associés au prorata du nombre d'unités détenues; les parts des appelants correspondent à celles figurant à l'annexe « A » ci-jointe.

35. Les appelants ont déduit leurs parts des pertes de SRMP lors du calcul de leurs revenus pour leur année d'imposition 1993 ou 1994, selon la date à laquelle prenait fin leur année d'imposition. Quelques-uns des appelants, en plus de réduire à néant leur revenu imposable pour ces années d'imposition, ont également

calculé des pertes autres qu'en capital et les ont reportées sur des années d'imposition antérieures ou postérieures.

36. En établissant pour les appelants de nouvelles cotisations pour les années d'imposition 1993 ou 1994, selon le cas, le ministre du Revenu national a refusé aux appelants la déduction de leurs parts des pertes de SRMP. En conséquence, les appelants ont eu des revenus imposables pour ces années plutôt que d'avoir des pertes autres qu'en capital qu'ils pouvaient reporter sur des années d'imposition antérieures ou postérieures.

37. Lors des exercices 1992 et 1993, la société STIL II a exploité une entreprise avec une attente raisonnable de profit.

38. Lors de l'exercice 1993, la société SRMP et ses associés ont exploité une entreprise avec une attente raisonnable de profit.

39. Sauf pour les biens se trouvant dans le portefeuille de STIL II, ni STIL II ni SRMP n'a acheté ou vendu de biens immobiliers.

ANNEXE « A »

**SRMP REALTY & MORTGAGE PARTNERSHIP  
ANALYSE DES COMPTES DE CAPITAL**

ASSOCIÉ	NOMBRE D'UNITÉS	SOLDE D'OUVERTURE	APPORT	RETRAITS	REVENU NET (PERTE)	SOLDE DE CLÔTURE
<b>UNITÉS DE CATÉGORIE « A »</b>						
TFTI Holdings Ltd	1,00	0	110 000	0	(1 047 689)	(937 689)
NSFC Holdings Ltd	1,00	0	110 000	0	(1 047 689)	(937 689)
Viam Properties Ltd	19,00	0	2 090 000	0	(19 906 100)	(17 816 100)
Amalio De Cotiis	0,33	0	36 667	0	(349 195)	(312 528)
Innocenzo De Cotiis	0,33	0	36 667	0	(349 195)	(312 528)
Michael De Cotiis	0,33	0	36 667	0	(349 195)	(312 528)
Frank B. Mayer	3,00	0	330 000	0	(3 143 068)	(2 813 068)
347059 BC Ltd et Verlaan Investments Inc.	3,00	0	330 000	0	(3 143 068)	(2 813 068)
Charles E. Beil	0,80	0	88 000	0	(838 152)	(750 152)
Steven M. Cook	0,70	0	77 000	0	(733 383)	(656 383)
A. Barrie Davidson	1,00	0	110 000	0	(1 047 689)	(937 689)
Lorne A. Green	0,40	0	44 000	0	(419 076)	(375 076)
John N. Gregory	0,50	0	55 000	0	(523 845)	(468 845)
Douglas H. Mathew	0,40	0	44 000	0	(419 076)	(375 076)
W. Jack Millar	0,50	0	55 000	0	(523 845)	(468 845)
Warren J. A. Mitchell	0,50	0	55 000	0	(523 845)	(468 845)
John R. Owen	0,40	0	44 000	0	(419 076)	(375 076)
Ian H. Pitfield	0,50	0	55 000	0	(523 845)	(468 845)
James H.G. Roche	0,50	0	55 000	0	(523 845)	(468 845)
Craig C. Sturrock	0,80	0	88 000	0	(838 152)	(750 152)
<b>Total — catégorie « A »</b>	<b>35,00</b>	<b>0</b>	<b>3 850 001</b>	<b>0</b>	<b>(36 669 029)</b>	<b>(32 819 028)</b>
<b>UNITÉS DE CATÉGORIE « B »</b>						
OSFC Holdings Ltd	12,00	0	12	0	(12 572 274)	(12 572 262)
TFTI Holdings Ltd	2,00	0	2	0	(2 095 379)	(2 095 377)
NSFC Holdings Ltd	0,50	0	1	0	(523 845)	(523 844)
Eugene Kaulius	0,50	0	1	0	(523 845)	(523 844)
<b>Total — catégorie « B »</b>	<b>15,00</b>	<b>0</b>	<b>15 [sic]</b>	<b>0</b>	<b>(15 715 342)</b>	<b>(15 715 327)</b>
<b>ÉCARTS DUS À L'ARRONDISSEMENT</b>		<b>0</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>(103)</b>	<b>(103)</b>
<b>TOTAL</b>	<b>50,00</b>	<b>0</b>	<b>3 850 016</b>	<b>0</b>	<b>(52 384 474)</b>	<b>(48 534 458)</b>

[6] Si on laisse de côté, pour le moment, les nombreux détails énoncés dans cet exposé exhaustif des faits admis, on constate que les pertes déclarées par les appelants provenaient en fin de compte des six opérations suivantes :

1. La constitution en société de 1004568 par la CST.  
(« OPÉRATION N° 1 »)

2. La constitution de la société en nom collectif STIL II par la CST (99 p. 100) et 1004568 (1 p. 100). (« OPÉRATION N° 2 »)
3. La vente par la CST à STIL II d'hypothèques non productives en vertu du paragraphe 18(13) de la *Loi*. (« OPÉRATION N° 3 »)
4. La vente par la CST de sa participation dans STIL II (99 p. 100) à la OSFC. (« OPÉRATION N° 4 »)
5. La constitution de la société en nom collectif SRMP par la OSFC et la TFTI. (« OPÉRATION N° 5 »)
6. La vente par la OSFC de 76 p. 100 de sa participation à 99 p. 100 dans STIL II aux autres associés de SRMP, dont quelques-uns sont des appelants dans la présente affaire. (« OPÉRATION N° 6 »)

[7] Dans les présents motifs du jugement, les opérations visées ci-dessus peuvent à l'occasion être citées par leur numéro.

[8] Les pertes totales réclamées par les associés de SRMP détenant les 35 unités de catégorie « A » ainsi que les 15 unités de catégorie « B » s'élevaient à 52 384 474 \$, ou 1 047 689 \$ par unité. L'annexe « A » jointe à l'exposé des faits admis donne des détails sur la participation de chaque associé de SRMP et sur son apport à la société en nom collectif, ainsi que sur les pertes déclarées par chacun. Lors de la présentation de la preuve et de l'argumentation, les pertes de 52 384 474 \$ ont souvent été arrondies à 50 millions de dollars.

### **III EXAMEN DE LA PREUVE**

#### **(A) REMARQUES GÉNÉRALES**

[9] Conformément à l'ordonnance du juge Beaubier du 7 juin 2001, la transcription du témoignage de M. Richard Bradeen devant le juge Bowie de notre cour dans l'affaire *OSFC Holdings Ltd. c. La Reine*, n° 97-225(IT)G, 25 juin 1999, 99 D.T.C. 1044, [1999] 3 C.T.C. 2649 (« OSFC-C.C.I. »), a été déposée avec le consentement des parties à titre de témoignage de M. Bradeen aux fins des présents appels. Monsieur Bradeen est un comptable agréé et était, pendant la période en

cause et jusqu'en 1997, un associé du cabinet d'experts-comptables Ernst & Young (« E & Y ») à Toronto. En mai 1991, M. Bradeen, sous la direction de M. William Drake, l'associé principal chargé des liquidations à E & Y, a pris la responsabilité de superviser la liquidation des portefeuilles de prêts hypothécaires de la CST. Les tâches de M. Bradeen consistaient à superviser la gestion quotidienne des éléments d'actif, à réaliser les garanties, à recouvrer en vertu des garanties de particuliers et de sociétés et à vendre les biens immobiliers sous-jacents en vue de tirer le montant le plus élevé possible de l'actif pour le bénéfice des créanciers.

[10] Sept témoins ont témoigné pour les appelants.

[11] Eugene Kaulius, en plus d'expliquer la participation de la OSFC dans les opérations, a témoigné pour son propre compte et pour le compte de la NSFC Holdings Ltd. et de la TFTI Holdings Limited, des sociétés dont Peter Thomas avait le contrôle ultime, ainsi que celui de la OSFC. Monsieur Kaulius a souligné que M. Thomas possédait une grande expérience dans l'immobilier, puisqu'il avait créé la société immobilière Century 21 au Canada. Monsieur Kaulius a une formation de comptable agréé et a été, de 1992 jusqu'en 1998, le président de la OSFC, de la NSFC, de la TFTI et de la Samoth Capital Corporation (« Samoth »), une société ouverte dont M. Thomas était le président pendant ces années.

[12] John Norman Gregory et Steven Mark Cook ont témoigné au nom des avocats du cabinet Thorsteinssons qui étaient des associés de SRMP, notamment M. Gregory et M. Cook eux-mêmes, Charles E. Beil, A. Barrie Davidson, Lorne A. Green, Douglas H. Mathew, W. Jack Millar, Warren J.A. Mitchell, John R. Owen, Ian H. Pitfield, James H.G. Roche et Craig C. Sturrock. Monsieur Gregory a précisé, toutefois, que messieurs Davidson, Green et Roche sont maintenant décédés. En outre, il a déclaré que M. Millar avait quitté le cabinet il y a quelques années pour créer son propre cabinet et que M. Pitfield est maintenant juge à la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Sauf pour messieurs Roche et Davidson, ces personnes sont toutes des appelants dans la présente instance. Monsieur Gregory a en outre témoigné qu'il avait une bonne expérience dans l'immobilier lorsqu'il a acquis sa participation d'une demi-unité dans SRMP. Son expérience venait de sa formation ainsi que de son expérience personnelle relativement à des immeubles locatifs résidentiels et commerciaux. Il a déclaré qu'il n'avait jamais participé à un consortium sous forme de société en nom collectif, mais qu'il connaissait très bien les consortiums immobiliers à titre d'avocat. Monsieur Cook a témoigné qu'il connaissait l'immobilier en raison de sa formation.

[13] Michael De Cotiis a témoigné pour le compte de ses deux frères, Amalio et Innocenzo De Cotiis. Messieurs De Cotiis sont très impliqués dans l'industrie immobilière et possèdent, parmi d'autres sociétés et participations, des actions d'une société appelée Viam Properties Ltd., dont ils sont aussi administrateurs. Tandis que messieurs De Cotiis et Viam Properties Ltd. étaient des associés de SRMP, seuls Innocenzo et Amalio De Cotiis sont des appelants dans la présente affaire. L'audience de l'appel de Michael De Cotiis (1999-482(IT)G) a été ajournée par ordonnance du juge Beaubier du 7 juin 2001 et doit être entendue à une date ultérieure conjointement avec l'appel de Viam Properties Ltd. (2000-5103(IT)G). Cependant, des trois frères, Michael De Cotiis était celui qui était principalement impliqué dans le placement dans SRMP. Puisqu'il connaissait le mieux la langue anglaise, il était également mieux placé pour témoigner.

[14] William Verlaan a témoigné pour le compte de la société Verlaan Investments Inc. et de la société 347059 B.C. Ltd., des sociétés d'aménagement immobilier dont il est président et actionnaire et qui sont des associés de SRMP. Monsieur Verlaan a commencé dans l'immobilier dans les années 1960; il est également très impliqué dans ce genre d'activité et a acquis une grande expérience dans ce domaine.

[15] Frank Benjamin Mayer a témoigné pour son propre compte. Monsieur Mayer est analyste en placements; il se spécialise depuis 28 ans en immobilier.

[16] Stewart Robertson a aussi témoigné pour le compte des appelants; il a été impliqué dans les opérations de STIL II en raison de son emploi avec la OSFC. Quoique M. Robertson ait participé aux négociations avec E & Y, son rôle était principalement d'effectuer le contrôle préalable et de s'occuper de la gestion quotidienne des biens immobiliers faisant partie du portefeuille d'hypothèques de STIL II (le « portefeuille »). Il donnait aussi aux associés de SRMP des renseignements au sujet de ces biens immobiliers. À la OSFC, M. Robertson relevait de M. Kaulius.

[17] Enfin, l'avocat des appelants a consigné en preuve des extraits de l'interrogatoire préalable de M. Turner, un agent supérieur des appels à l'Agence des douanes et du revenu du Canada.

[18] L'avocat de l'intimée a essayé d'obtenir que M. Richard Charles Taylor, un comptable agréé et un expert en évaluation d'entreprises au cabinet Low Rosen Taylor Soriano de Toronto, soit reconnu comme témoin expert et que son rapport soit reçu en preuve ou, subsidiairement, qu'il puisse témoigner sur des questions se

limitant au taux de rendement du marché ou au calcul correct des taux de rendement. L'avocat des appelants a contesté l'admissibilité de la preuve d'expert de M. Taylor principalement parce qu'une grande partie de son rapport consistait en des conclusions de fait qu'il avait faites lors de l'audience de l'affaire *OSFC-C.C.I.* et qui ne relevaient pas de son domaine d'expertise. De plus, si on acceptait le témoignage de M. Taylor sur des questions se limitant au taux de rendement du marché ou au calcul correct des taux de rendement, il serait appelé, selon l'avocat des appelants, à faire des travaux complètement différents de ceux qu'il devait faire à l'origine. Par ordonnance du 18 juillet 2001, j'ai refusé d'accepter le témoignage de M. Taylor, sensiblement pour les motifs avancés par l'avocat des appelants. Les motifs de l'ordonnance ont été signés le 30 juillet 2001.

[19] Des extraits des interrogatoires préalables de Douglas H. Mathew, Warren J.A. Mitchell, Ian H. Pitfield et Craig G. Sturrock ont toutefois été consignés en preuve pour le compte de l'intimée. La transcription de l'interrogatoire préalable de Steven M. Cook ainsi que celle du témoignage de Eugene Kaulius dans l'affaire *OSFC-C.C.I.*, précitée, devant le juge Bowie ont aussi été présentées par l'intimée.

[20] La preuve documentaire comprend les pièces 1 à 203 se trouvant dans les volumes I à XV, d'autres pièces numérotées de 204 à 209, les pièces A-1 à A-17 se trouvant dans le recueil supplémentaire de documents des appelants, et d'autres documents numérotés de A-18 à A-21. De plus, l'avocat de l'intimée a déposé un mémoire Brandeis comprenant des documents sur l'origine législative de l'article 245 de la *Loi* et sur la législation fiscale étrangère. Le mémoire Brandeis renferme aussi de nombreux articles sur l'évitement fiscal.

[21] Au cours de l'interrogatoire des témoins, l'avocat des appelants a donné beaucoup d'importance aux éléments d'actif sous-jacents au portefeuille, et plus précisément à leur valeur cible de réalisation, pour démontrer l'objet commercial principal des appelants lorsqu'ils sont devenus associés de SRMP. Lors du contre-interrogatoire, l'avocat de l'intimée a contesté leurs prétentions à cet égard. La pièce A-16 intitulée [TRADUCTION] « Résumé des éléments d'actif de STIL II », un document que M. Robertson a préparé et mis à jour régulièrement et qu'il remettait à l'occasion aux appelants, occupait un rôle primordial à cet égard. Je ne désire pas pour le moment donner mon opinion sur la pertinence ou l'importance de ce document. Toutefois, afin de permettre une meilleure compréhension de la preuve produite par les parties, j'ai décidé de l'inclure à cet endroit. Afin de faciliter cette compréhension, j'ai aussi décidé de donner ci-après une courte description des biens énumérés dans la pièce A-16. La description des biens selon l'état dans lequel ils étaient au début de 1993 provient du témoignage de M. Gregory et, dans une plus

grande mesure, de celui de M. Robertson. Monsieur Kaulius a également donné de nombreux commentaires.

[22] La pièce A-16 se lit comme suit :

[TRADUCTION]

## RÉSUMÉ DES ÉLÉMENTS D'ACTIF DE STIL II

Bien immobilier	Nombre d'unités	Pieds carrés	Rentrées par an	Produit de vente net minimal	Prix par unité au prix d'achat	Taux de capitalisation selon le prix d'achat	Valeur d'expertise	Date de l'expertise	Estimation de valeur de M. Milborne (avril 1993)	Valeur cible de réalisation totale	Date de vente cible	Offres reçues	Produit de vente	Date du règlement
99, rue Rideau		21 270	(61 000)	500 265	23,50 \$ /pi <sup>2</sup>		2 387 000	7/92		700 000	12/93			
23, rue Lesmill		71 230	(438 000)	247 630	3,48 \$ /pi <sup>2</sup>		6 200 000	5/91		2 000 000	9/93			
Shurguard Oakville	766		150 000	1 021 500		15 p. 100	2 000 000	5/92		1 250 000	12/93			
Georgian Estates	258 165		270 000 470 000	Phase I 1 792 782 Phase II 2 690 909 Phase II 498 768 Phase III 997 536 <u>5 979 995</u>	27 272 \$	15 p. 100 11 p. 100	3 870 000 13 150 000	5/92	55 000	2 000 000 9 000 000	6/95			
Shurguard Hamilton	639		60 000	309 125		19 p. 100	1 600 000	5/92		500 000	6/96			
Masonville Estates	332		848 000	3 805 520 3 805 520	22 891 \$	11 p. 100	17 400 000	6/92	60 000	19 900 000	12/96			
Mt. Baker Enterprises		31 200	30 000	495 265	20 \$ /pi <sup>2</sup>	6 p. 100	1 000 000	7/92		800 000	6/93			
Atherton Place	47		0	394 835	8 500 \$	vendu	519 000	2/93		450 000	9/93	450 000		
Turner Crossing (75,7 %)		14 943	110 000	940 315		12 p. 100	1 211 000	1/93		1 200 000	7/93	1 211 200		
Biens immobiliers		170 495	1 439 000 \$	17 500 000 \$			49 337 000 \$			37 800 000 \$	9/93			

[23] D'abord, il vaut la peine de mentionner que, selon M. Robertson, les biens n'étaient pas de catégorie « A » ou « B » et que plusieurs n'auraient pas été achetés s'ils n'avaient pas fait partie de l'offre globale, à prendre ou à laisser, présentée par E & Y. La majorité des biens immobiliers se trouvaient en Ontario.

[24] L'immeuble au 99, rue Rideau est situé dans le quartier du marché Byward d'Ottawa. À l'époque, c'était un édifice de trois étages occupé par un restaurant McDonald's et d'autres locataires. Cet immeuble était destiné à être un hôtel; Samoth et M. Thomas connaissaient très bien le projet. Toutefois, il a fallu y mettre fin, car les règlements de zonage et les règlements en matière de hauteur maximale ont empêché la réalisation du projet tel que conçu. L'immeuble était essentiellement « un hall d'hôtel sans l'hôtel ». Cependant, M. Robertson a mentionné que la OSFC, et plus tard SRMP, avaient envisagé de se joindre à un promoteur local afin de terminer un hôtel de cinq ou sept étages au lieu de 17, mais à la condition que les locataires, et plus particulièrement le restaurant McDonald's, acceptent le rachat de leurs baux. Cependant, McDonald's détenait un bail de 99 ans payé d'avance en grande partie. Selon la description de M. Robertson, « la situation était imprévisible ».

[25] L'immeuble au 23, rue Lesmill est un édifice à bureaux très bien construit dans le quartier Don Mills de Toronto. Par contre, il présentait de nombreux problèmes, puisqu'il était presque vide et produisait à l'époque des flux de trésorerie négatifs de 438 000 \$. Selon M. Robertson, le problème venait du fait que l'immeuble avait été conçu comme un condominium à bureaux; 26 p. 100 des unités avaient été vendues à cette époque. En conséquence, ce qu'avait acquis la société OSFC, et ensuite SRMP, était une hypothèque sur le 74 p. 100 de l'immeuble qui restait. Elles ont donc fini par être les associées de petits propriétaires-occupants, dont certains n'avaient pas les moyens de contribuer au capital si cela s'avérait nécessaire. Le taux d'inoccupation était imputable au marché locatif du quartier où se trouvait l'immeuble. Selon M. Robertson, il était peu probable que les rentrées nettes d'exploitation s'améliorent dans un avenir proche. On avait envisagé une vente aux enchères au début du processus.

[26] Les immeubles Shurguard Oakville et Shurguard Hamilton sont de mini-entrepôts situés à Oakville et à Hamilton. Celui d'Oakville, bien que plus vieux, était plus grand et profitait d'un meilleur revenu net d'exploitation. Celui de Hamilton était plus neuf et mieux construit, mais les impôts fonciers étaient élevés, et il générait en conséquence un revenu net d'exploitation relativement faible. Monsieur Robertson a précisé que ces immeubles étaient considérés comme offrant une occasion de détenir des propriétés foncières profitables générant des revenus en

attendant que les conditions du marché changent et que l'on puisse vendre les immeubles à un constructeur ou participer à une coentreprise avec un constructeur.

[27] Le bien immobilier Georgian Estates est un lotissement de grande superficie à Barrie, en Ontario. Les édifices qui s'y trouvaient étaient construits de bois et non de ciment et ne convenaient donc pas à un climat rude. Monsieur Robertson a décrit le lotissement comme étant un terrain de neuf acres constitué de trois groupes d'édifices. Le premier groupe comprenait trois résidences d'étudiants totalisant 258 chambres à coucher, lesquelles généraient pendant huit mois de l'année d'importantes rentrées de fonds. Le second groupe comprenait deux condominiums ayant chacun 66 unités. Le troisième groupe était constitué d'un immeuble en forme de L comprenant un centre commercial linéaire de 30 000 pieds carrés au rez-de-chaussée et 34 unités condominiales résidentielles aux deuxième et troisième étages. On doit noter l'absence de rentrées en provenance du centre commercial, parce que la moitié de l'édifice était inoccupée. Quoique l'édifice ait plusieurs vices de construction, E & Y avait fait des mises de fonds importantes pour corriger les défauts. Du reste, les rentrées nettes d'exploitation provenant de certaines parties du lotissement étaient bonnes, et il était possible de les améliorer de façon importante si on pouvait résoudre le problème lié aux périodes d'inoccupation des résidences d'étudiants. Selon M. Robertson, les possibilités de rentrées de fonds importantes provenant de ce lotissement, de même que de Masonville Estates, étaient l'un des éléments clés du portefeuille dans son ensemble, puisqu'elles donnaient à la OSFC et à SRMP [TRADUCTION] « le loisir d'attendre la suite des événements pour le portefeuille tout entier ».

[28] Le bien immobilier Masonville Estates est situé à London, en Ontario, près de la University of Western Ontario et comprend deux tours à usage d'habitation. Ces tours n'ont pas été particulièrement bien construites, mais elles étaient neuves. La plupart des appartements possédaient deux chambres à coucher et deux salles de bain, ce qui était considéré comme un avantage puisque cela favorisait la vie privée des locataires. Puisqu'ils sont dans le voisinage immédiat de l'université, la plupart des appartements étaient loués à un prix fort à des étudiants. À l'époque, cependant, à cause de leur mode d'exploitation, les tours étaient louées seulement huit mois par an parce qu'en été, les étudiants pliaient bagages pour quatre mois. De plus, on avait reporté l'exécution de travaux d'entretien des bâtiments, et il y avait des vices de construction fondamentaux et importants. Cependant, M. Robertson a fait savoir que, dans ce cas aussi, E & Y avait dépensé des millions de dollars pour remédier aux défauts de construction et, lorsque la OSFC a commencé à participer au projet et que les négociations étaient terminées, la plupart des travaux avaient été réalisés. Comme on avait affirmé à la OSFC que Masonville Estates et Georgian Estates avaient été

enregistrés comme condominiums ou le seraient sous peu, le projet Masonville Estates était considéré comme avantageux, puisque les condominiums ont une valeur plus élevée que les immeubles d'appartements. Selon M. Robertson, si la OSFC, ou plus tard SRMP, vendait Masonville Estates sous forme d'unités condominiales individuelles ou le vendait en bloc à un revendeur de condominiums ou à un consortium immobilier, elle s'attendait à obtenir un prix plus élevé, puisqu'il s'agirait déjà d'unités condominiales. Au demeurant, les rentrées tirées du bien immobilier étaient importantes et on prévoyait une diminution de l'impôt foncier à la suite de l'enregistrement du condominium. Puisqu'à cette époque les tours avaient des locataires, il y avait très peu de risques à vendre les unités condominiales, en autant que les rentrées suffisaient au service de la dette.

[29] Les immeubles Mount Baker et Atherton Place étaient situés à Winnipeg. Mount Baker était un petit entrepôt qui avait des problèmes d'affaissement du sol. En raison des problèmes de structure que cela causait, seulement la moitié du bâtiment pouvait être utilisée pour l'entreposage d'objets d'un poids important. De plus, l'entrepôt avait un problème d'accès : on se rendait à l'entrée existante en traversant la propriété voisine grâce à une servitude. Pour pouvoir entrer de l'autre côté du terrain, il faudrait construire un ponceau pour traverser un caniveau, ce qui coûterait de 75 000 \$ à 100 000 \$. En outre, le débiteur hypothécaire de l'immeuble était irrationnel et prétendait être à la fois le propriétaire et le locataire et la question était de savoir si on pouvait s'en débarrasser pour pouvoir percevoir des loyers plus élevés. Atherton Place était un petit immeuble d'appartements avec de nombreux problèmes, la plupart étant liés au fait qu'il était situé dans un quartier dangereux. Il convient de souligner qu'il existait un contrat de vente pour l'acquisition d'Atherton Place au moment où la OSFC négociait l'achat de la participation de 99 p. 100 de la CST dans STIL II. La vente s'est faite tout juste avant la conclusion de l'opération de la OSFC et la CST, mais pour moins de 450 000 \$.

[30] Turner Crossing était un centre commercial situé à Regina. Comme on peut le voir à la pièce A-16 (au paragraphe 22 des présents motifs), il y avait une offre d'achat de 1 211 200 \$ pour ce bien immeuble au moment de la conclusion de l'opération de la CST et la OSFC. Toutefois, la vente n'a pas eu lieu et le bien a été vendu une ou deux années plus tard à un autre acheteur.

[31] Malgré l'exposé exhaustif des faits admis, la présentation de la preuve au procès a duré presque neuf jours. Dans l'examen qui suit de la preuve relative aux circonstances entourant les opérations clés citées au paragraphe 6 des présents motifs du jugement, je m'occuperai surtout des faits admis et des aspects les plus importants de la preuve sur lesquels les avocats des deux parties ont insisté avant leur plaidoirie.

Bien que mon objectif soit d'éviter les répétitions, il en restera inévitablement quelques-unes. Au besoin, j'ajouterai des éléments que je considère comme importants et qui auraient été oubliés ou, plus simplement, je rajouterai les détails nécessaires pour une meilleure compréhension des faits.

**(B) LES OPÉRATIONS DE LA CST (OPÉRATIONS N<sup>os</sup> 1, 2 ET 3)**

[32] La preuve principale concernant l'objet des opérations de la CST, c'est-à-dire les opérations touchant la constitution de la société 1004568 comme filiale en propriété exclusive de la CST, la constitution de la société en nom collectif STIL II et la cession du portefeuille d'hypothèques de la CST à STIL II, provenait du témoignage donné par Richard Bradeen dans l'affaire *OSFC-C.C.I.*, lequel a été présenté en preuve au moyen des transcriptions. On a également renvoyé à un certain nombre de pièces présentées en preuve.

[33] L'avocat des appelants a particulièrement insisté sur les points suivants.

[34] Une fois nommée liquidateur, la tâche de E & Y était de tirer le montant le plus élevé possible des éléments d'actif de la CST pour le bénéfice des créanciers. Pour essayer d'accélérer le processus de la liquidation, compte tenu des difficultés que le marché immobilier connaissait à cette époque, E & Y a décidé de créer un ou plusieurs portefeuilles d'hypothèques ayant, à son avis, des caractéristiques susceptibles d'intéresser des acheteurs. Selon M. Bradeen, la création de ces portefeuilles était considérée à cette époque comme un moyen d'attirer des partenaires compétents dans le domaine de l'immobilier pour obtenir des produits de vente nets plus élevés et, en outre, pour mieux distinguer la CST et les éléments d'actif à vendre du point de vue de la mise en marché. C'était aussi un moyen d'obtenir un paiement supplémentaire grâce au report d'impôt lié aux portefeuilles. On estimait que la valeur de l'avantage fiscal lié à ce qui est devenu le portefeuille était de 5/35 du produit estimé de la vente du portefeuille de la CST, soit 5 millions de dollars pour un portefeuille ayant une juste valeur marchande de 30 à 35 millions de dollars.

[35] On a choisi d'avoir recours à une société en nom collectif avec un lien de dépendance aux fins des opérations portant sur les portefeuilles ainsi créés. Le rapport du liquidateur n<sup>o</sup> 13 (pièce 1, vol. I) joint à la requête présentée au juge Houlden pour l'approbation des opérations de la CST indique que les objectifs du transfert du portefeuille à une société en nom collectif avec un lien de dépendance étaient les suivants :

[TRADUCTION]

### PARTIE III - OBJECTIFS STRATÉGIQUES

Les objectifs suivants du liquidateur peuvent être atteints au moyen du transfert des hypothèques à la société en nom collectif :

a) Meilleures possibilités de commercialisation

Le projet de transfert d'hypothèques aux sociétés en nom collectif est susceptible d'accroître la valeur des hypothèques ainsi que des immeubles sous-jacents et d'améliorer les possibilités de les commercialiser et pourrait également en faire autant pour les éléments d'actif de Standard Trust en général.

Dans une certaine mesure, le simple fait de séparer les hypothèques et les immeubles sous-jacents des autres éléments d'actif de Standard Trust pourrait améliorer les possibilités de commercialiser les hypothèques. Le liquidateur entend disposer des éléments d'actif de Standard Trust d'une manière méthodique et est prêt à attendre, s'il y a lieu, que le marché s'améliore. Bien que cette approche ait été clairement communiquée aux acheteurs potentiels des éléments d'actif de Standard Trust, on a encore l'impression, sur le marché, que les biens pourraient être acquis à rabais. En vertu des arrangements proposés par le liquidateur, les sociétés en nom collectif seront responsables de la réalisation des hypothèques et des immeubles sous-jacents, ce qui pourrait souligner au marché la nature du processus de réalisation envisagé et donner lieu à de meilleurs recouvrements.

b) Souplesse accrue pour le liquidateur

L'opération projetée assurera en outre au liquidateur plus de souplesse dans le processus de réalisation des éléments d'actif de Standard Trust en général. Outre qu'il pourrait vendre des actifs hypothécaires ou des biens immeubles directement, le liquidateur aurait la possibilité de vendre une partie ou l'ensemble de la participation de Standard Trust dans les sociétés en nom collectif. Ainsi, la gamme de moyens de réalisation à la disposition du liquidateur et les possibilités d'obtenir les montants les plus élevés possible des éléments d'actif de Standard Trust seraient élargies en vertu de l'opération proposée.

Si le liquidateur désirait vendre une part quelconque de la participation de Standard Trust dans les sociétés en nom collectif, cette vente serait assujettie à l'approbation du tribunal. De plus,

comme l'objectif du liquidateur est d'améliorer les possibilités de commercialiser les éléments d'actif de Standard Trust et non de les soustraire au contrôle du tribunal, le liquidateur fera en sorte que les sociétés en nom collectif fassent approuver par le tribunal tout projet d'opération concernant les hypothèques ou les immeubles sous-jacents dans toutes les circonstances où une telle approbation aurait été requise si les hypothèques n'avaient pas été transférées aux sociétés en nom collectif.

c) Protection du patrimoine de Standard Trust

Le liquidateur, grâce au fait que la filiale appartient à Standard Trust, fera en sorte que les sociétés en nom collectif poursuivent le processus consistant à tirer la valeur maximale des hypothèques. À cette fin, les sociétés en nom collectif pourront vendre des hypothèques ou procéder à la forclusion, engager des procédures pour exercer le pouvoir de vente ou obtenir des débiteurs hypothécaires des renoncations à l'égard des immeubles sous-jacents, de la manière jugée appropriée par la filiale. Tous les modes de réalisation précités sont évidemment à la disposition du liquidateur à l'heure actuelle. Aucune souplesse dans le processus de réalisation ne sera sacrifiée en raison du transfert des hypothèques aux sociétés en nom collectif.

Les recouvrements relatifs aux hypothèques continueront à être versés à Standard Trust et à ses créanciers grâce à des distributions provenant des sociétés en nom collectif et à des dividendes provenant de la filiale, et ces deux types de versements seront sous le contrôle de Standard Trust. Toutefois, pour s'assurer que toute réclamation relative aux hypothèques est assujettie à la supervision du tribunal dans la même mesure qu'actuellement, le liquidateur demande que l'ordonnance du tribunal en date du 19 juillet 1991 exigeant l'autorisation du tribunal pour toute procédure contre Standard Trust ou le liquidateur soit modifiée de sorte que cette autorisation soit également exigée, selon les mêmes modalités, tant que Standard Trust conservera sa participation dans les sociétés en nom collectif, pour toute procédure contre les sociétés en nom collectif.

Dans l'éventualité où il déterminerait ultérieurement que les possibilités de commercialisation des hypothèques et des immeubles sous-jacents ne sont pas améliorées par la séparation de ces éléments d'actif des autres éléments d'actif de Standard Trust, le liquidateur pourrait faire en sorte que les sociétés en nom collectif soient dissoutes et que les hypothèques retournent à Standard Trust sans frais (mis à part les coûts du transfert lui-même). Donc, mis à part les coûts afférents à l'opération, Standard Trust ne mettrait pas de fonds

en péril en s'engageant dans l'opération proposée et elle aurait la possibilité d'annuler l'opération au complet si nous déterminons ultérieurement que cela serait approprié. Le liquidateur ne prévoit pas que le fait de s'engager dans l'opération proposée entraînerait une augmentation des frais globaux.

[36] À ce qui est énoncé ci-dessus, M. Bradeen a ajouté dans son témoignage que l'utilisation de sociétés en nom collectif s'est révélée être un bon moyen d'amener des partenaires compétents dans le domaine de l'immobilier à aider à la cession des biens et au processus de gestion, car les gens de l'immobilier ont souvent recours à des sociétés en nom collectif. L'utilisation d'une société en nom collectif était également considérée comme bénéfique du fait qu'elle n'est pas assujettie à l'impôt sur le capital. Selon M. Bradeen, une société en nom collectif semblait également être une bonne solution puisqu'elle permettait une surveillance particulièrement rigoureuse et une participation dans la cession éventuelle des éléments d'actif. On a aussi cité la souplesse en ce qui concerne la vente d'unités du portefeuille plutôt que des éléments d'actif sous-jacents. Enfin, le fait d'avoir recours à une société en nom collectif avait également des avantages fiscaux, puisqu'il permettait le transfert des pertes, ce qui augmenterait la valeur des éléments d'actif.

[37] Pour finir, l'avocat a souligné que les appelants n'ont pas participé aux opérations de la CST, lesquelles ne tenaient pas leur origine des appelants, de leurs conseillers ou de toute autre personne liée aux appelants.

[38] L'avocat de l'intimée a souligné les points suivants.

[39] E & Y avait vendu au comptant un certain nombre d'hypothèques non productives de la CST à divers acheteurs, avec une remise importante ou en bloc avec des hypothèques productives. La pièce 106 (vol. VIII) comprend une liste détaillée de neuf opérations qui ont permis à E & Y de vendre 4 195 hypothèques de la CST du 24 juin 1991 au 24 juin 1994. Monsieur Bradeen a confirmé ces opérations lors du contre-interrogatoire dans l'affaire *OSFC-C.C.I.* Toutefois, relativement à ce qui est devenu en fin de compte les portefeuilles de STIL I et de STIL II, on a eu recours à une société en nom collectif avec un lien de dépendance au lieu de faire une vente au comptant avec une remise. Une des raisons pour lesquelles E & Y a décidé de faire de la sorte était que cela augmenterait le prix d'achat du portefeuille en raison de l'avantage fiscal revenant aux acheteurs. Comme l'a déclaré M. Bradeen, [TRADUCTION] « Nous pensions obtenir un meilleur prix, une meilleure offre, en regroupant les éléments d'actif de cette manière. » De plus, M. Bradeen a reconnu qu'il y aurait eu peu de chances qu'on obtienne le montant reçu de la OSFC si un avantage fiscal n'était pas lié au portefeuille. L'importance de l'objectif fiscal est mis

en lumière par la pièce 77 (vol. VI), qui est une copie de l'ébauche n° 3 de la [TRADUCTION] « Liste des conditions relatives aux opérations du portefeuille immobilier (E & Y) » du 24 juillet 1992, un document expliquant les étapes qu'il fallait suivre pour transférer à des investisseurs externes les pertes de la CST liées aux hypothèques en application du paragraphe 18(13) de la *Loi*. Il a été reconnu que le transfert des pertes à une société en nom collectif avec un lien de dépendance était essentiel pour réaliser le projet exposé dans ce document. Ce qui est très intéressant, c'est que l'un des critères de sélection des hypothèques qui devaient faire partie du portefeuille devant être transféré à la société envisagée, STIL II, était d'avoir des « pertes considérables », comme l'indique la pièce 91 (vol. VI), qui est une copie de la note au dossier rédigée par M. Bradeen, Allan Mark et Glen Shear du cabinet E & Y au sujet des expertises mises à jour pour STIL I en date du 3 décembre 1992. Ce document se lit en partie comme suit :

[TRADUCTION]

[...] le choix des hypothèques transférées à STIL I le 23 octobre 1992 se fondait sur un certain nombre de facteurs considérés comme favorables à la commercialisation d'une participation de 99 p. 100 de STIL I. Ces facteurs comprenaient des risques environnementaux faibles liés aux biens immobiliers, des pertes considérables et un revenu net d'exploitation actuel positif ou des chances d'appréciation des biens.

[40] Bien que ce paragraphe porte spécifiquement sur STIL I, M. Bradeen a reconnu que des motifs semblables s'appliquaient à STIL II. En fait, la même affirmation est faite relativement à STIL II dans la pièce 108 (vol. VIII), une copie non datée d'un document intitulé [TRADUCTION] « Examen des opérations proposées ».

[41] En ce qui a trait à la connaissance qu'avait le juge Houlden de l'objet de la constitution de STIL II, l'avocat de l'intimée a souligné que même si le juge Houlden avait reçu le rapport du liquidateur n° 13 (pièce 1, vol. I), il n'avait pas reçu la pièce 110 (vol. VIII), une copie non datée du projet de rapport du liquidateur. Contrairement au rapport du liquidateur n° 13, le projet de rapport indiquait clairement que les pertes fiscales étaient l'un des aspects des opérations. Ce document se lit en partie comme suit :

[TRADUCTION]

Les hypothèques ont un prix de base global aux fins fiscales d'environ 195 millions de dollars. La société en nom collectif qui achète les hypothèques en vertu de l'offre

acquerra le coût aux fins de l'impôt et pourra réaliser des pertes fiscales liées au fait qu'elle possède et vend les hypothèques et les biens immobiliers.

[42] L'avocat de l'intimée a reconnu que le rapport du liquidateur n° 22 (pièce 9, vol. I), qui avait aussi été remis au juge Houlden dans le but d'obtenir l'approbation de la vente à la OSFC de la participation de 99 p. 100 de la CST dans STIL II, renferme, à la page 7, une mention de l'aspect fiscal des opérations dans le passage suivant qui porte sur le prix d'achat :

[TRADUCTION]

un versement supplémentaire, calculé d'après les pertes de la société en nom collectif attribuées à la OSFC en vertu de l'article 2.07 du contrat d'achat, d'un montant maximal de 5 000 000 \$.

[43] Toutefois, l'avocat de l'intimée a souligné qu'à l'exception de cet extrait, rien n'indique que le juge Houlden ait eu connaissance de l'aspect fiscal des opérations concernant la CST. En particulier, M. Bradeen n'était pas sûr si les aspects fiscaux des opérations avaient été expliqués à la Cour et il ne savait pas si on avait discuté avec la Cour de la possibilité que Revenu Canada conteste les opérations à titre d'opérations d'évitement. Je pourrais ajouter ici que M. Bradeen a reconnu qu'il n'était pas présent devant le juge Houlden mais qu'il croyait, d'après ses échanges avec l'avocat et avec M. Drake, son supérieur, qu'on lui avait expliqué les mécanismes des opérations.

[44] Bien que l'avocat des appelants ait grandement insisté sur le rapport du liquidateur n° 22 et sur l'extrait précité portant sur un versement supplémentaire lié aux pertes fiscales, il vaut la peine de dire que ce document, en date du 22 juin 1993, n'a pas été présenté au juge Houlden lorsque les opérations de la CST se sont produites, c'est-à-dire en octobre 1992. Ce n'est que lorsque E & Y a demandé l'approbation de la Cour pour le transfert à la OSFC de la participation de la CST dans STIL II (en juin 1993) que le document lui a été présenté. Sauf la mention du versement supplémentaire dans le rapport, rien n'indique que l'on ait informé à cette époque le juge Houlden de la présence d'un élément fiscal dans les opérations relatives à la CST.

#### **(C) L'OPÉRATION DE LA OSFC (OPÉRATION N° 4)**

[45] Au sujet de l'achat par la OSFC de la participation de 99 p. 100 de la CST dans STIL II, les avocats ont surtout renvoyé au témoignage de M. Kaulius et de

M. Robertson, ainsi qu'à la transcription du témoignage de M. Bradeen dans l'affaire *OSFC-C.C.I.* Ils ont également renvoyé à plusieurs pièces déposées en preuve.

[46] L'avocat des appelants a insisté sur les points suivants.

[47] Comme il est indiqué au paragraphe 7 de l'exposé des faits admis, du mois d'août 1992 au mois de janvier 1993, E & Y est entrée en contact avec des acheteurs potentiels de la participation de 99 p. 100 de la CST dans *STIL II*, y compris la OSFC. Comme il est indiqué au paragraphe 8 de l'exposé des faits admis, les négociations entre E & Y et la OSFC ont débuté en janvier 1993. Le 5 mars 1993, la OSFC a préparé une première lettre d'intention (pièce 14, vol. I) pour que les biens immeubles soient « bloqués » avant de se consacrer davantage au projet. Les négociations se sont poursuivies jusqu'à la conclusion du contrat d'achat définitif en date du 31 mai 1993 (pièce 15, vol. II). J'ajouterai ici qu'en fait, la conclusion a finalement eu lieu le 29 juin 1993.

[48] Les négociations entre E & Y et la OSFC ont débuté en janvier 1993 et se sont poursuivies jusqu'à la fin juin 1993; les deux parties les ont décrites comme ayant été très difficiles. Monsieur Bradeen a déclaré qu'elles étaient [TRADUCTION] « une série de négociations très difficiles », « très difficiles et acrimonieuses » et « quelque peu hostiles ». Pour M. Kaulius, elles ont été un « vrai défi ». En vérité, l'entente était presque tombée à l'eau à la fin de mai, car la OSFC n'acceptait pas l'intégralité de l'entente. Selon l'avocat, l'ensemble du processus de négociation prouve que c'était [TRADUCTION] « vraiment une entente commerciale négociée » et non « une opération normale d'évitement fiscal, où tout est organisé à l'avance et les opérations se déroulent de façon méthodique ».

[49] Selon l'opinion de E & Y figurant dans les rapports du liquidateur n° 13 et n° 22 susmentionnés, la compétence de la OSFC dans le domaine de l'immobilier faisait d'elle un acheteur intéressant de la participation dans *STIL II*. Du point de vue de la OSFC, l'essentiel était de limiter le « risque de perte » en s'assurant que les obligations de faire des versements d'un montant fixe à la CST soient réduites au minimum et que le contrôle par la OSFC de la gestion et de l'exploitation du portefeuille soit aussi élevé que possible, ainsi que les chances de bénéfice de la OSFC une fois que le « produit net des ventes » tiré du portefeuille ait dépassé un certain seuil.

[50] On a fait une large place dans la preuve aux démarches qui ont été prises par la OSFC pour s'assurer que ces objectifs soient réalisés. Ces démarches comprenaient le contrôle préalable exhaustif des biens sous-jacents au portefeuille effectué par la

OSFC par l'intermédiaire de messieurs Robertson et Kaulius, qui a mené à la préparation de classeurs de contrôle préalable tout aussi exhaustifs (pièces 63, 64, 65 et 66, vol. IV, V et VI). Comme l'a dit l'avocat des appelants, la preuve révèle que :

[TRADUCTION]

[...] Le processus de contrôle préalable représentait plus qu'un emploi à temps plein pour la OSFC lors de ses négociations avec E & Y et elle a engagé des frais importants. Le contrôle préalable comprenait ce qui suit :

- a) l'examen des modalités hypothécaires pertinentes;
- b) la revue des actes antérieurs du prêteur;
- c) la vérification de la validité des garanties et des charges existantes;
- d) l'examen de la liste des locataires et l'analyse des modalités des baux existants;
- e) la vérification des rentrées de loyers déclarées par la CST;
- f) la visite des lieux;
- g) l'examen des conditions locales du marché;
- h) l'analyse de la structure des édifices;
- i) l'évaluation des risques environnementaux des biens immeubles.

[51] Ce processus de contrôle préalable a mené à la découverte d'un certain nombre de lacunes, ce qui a permis à la OSFC d'obtenir plusieurs concessions importantes de la part de E & Y. Ces concessions comprenaient la réduction de la contrepartie fixe du montant de 20 millions de dollars proposé à l'origine dans la lettre d'intention du 5 mars 1993 à 17,5 millions de dollars, le versement par la CST à STIL II de 834 000 \$ pour tenir compte de travaux de construction et de réparation en suspens et le versement de 473 000 \$ pour tenir compte de rajustements liés aux taxes foncières et aux dépôts des locataires relativement au portefeuille, aussi bien qu'une prolongation de la période prévue de cinq ans pour la vente du portefeuille.

[52] M. Kaulius était catégorique sur le fait qu'on avait présenté le portefeuille à la OSFC comme une offre globale, que E & Y ne dissocierait pas. C'était une offre à prendre ou à laisser. Par contre, selon M. Bradeen, E & Y était disposée à vendre le portefeuille de STIL II à un tiers sans aucun des avantages fiscaux qu'il était possible d'en tirer. Toutefois, selon M. Kaulius et M. Robertson, il était peu probable qu'ils auraient obtenu à cette époque le prix qu'ils croyaient être la juste valeur marchande des biens. C'était en conséquence de ce qui précède que le prix d'achat a été négocié et qu'il devait être versé selon une formule de partage du produit de la vente des biens sous-jacents au portefeuille sur une période de plusieurs années. Étant donné que le billet qui faisait partie du versement du prix d'achat portait des intérêts, la OSFC a négocié à cet égard un droit de remboursement anticipé intégral. La OSFC avait

l'intention de satisfaire à ses obligations en vertu du billet le plus tôt possible afin de réduire ses risques financiers et d'augmenter les rentrées en éliminant le montant important des intérêts à verser en vertu du billet.

[53] L'avocat des appelants a également souligné que le rapport du liquidateur n° 22 (pièce 9, vol. I), qui a été présenté au juge Houlden afin d'obtenir l'approbation du transfert à la OSFC de la participation de 99 p. 100 de la CST dans STIL II, indiquait que le versement supplémentaire pour les pertes fiscales faisait partie du prix d'achat. L'avocat a rappelé à la Cour que M. Bradeen avait déclaré qu'il croyait que les détails des opérations avaient été expliqués au juge Houlden quand E & Y a demandé l'approbation du transfert. L'avocat des appelants prétendait que l'approbation des opérations par le juge Houlden illustre la bonne foi des opérations.

[54] Par suite de ce transfert, et comme il est indiqué au paragraphe 13 de l'exposé des faits admis, la CST et la société 1004568 ont conclu, le 22 juin 1993, un contrat de société modifié et révisé (pièce 19, vol. III). Selon ce contrat, l'entreprise de STIL II devait être exploitée conformément au plan d'entreprise approuvé par les associés (pièce 18, vol. II). Cependant, on a souligné que ni la OSFC ni, par la suite, les appelants n'accordaient beaucoup de poids au plan d'entreprise à titre de prévision réaliste du produit net qu'il serait possible d'obtenir, étant donné que le plan de la OSFC était très différent de celui négocié avec E & Y. En fait, M. Kaulius a expliqué que le plan d'entreprise a été préparé lors des négociations entre la OSFC et E & Y et que le principal objectif de la OSFC lors des négociations était d'avoir le contrôle de la gestion du portefeuille. L'hypothèse défavorable, comme on l'a appelée, visait à accorder une certaine souplesse à la OSFC si elle désirait vendre un bien quelconque à un moment donné. Selon les explications de M. Robertson, la OSFC s'est surtout attardée sur la possibilité de pouvoir vendre le bien immeuble du 23, rue Lesmill aux enchères le plus tôt possible. Cette souplesse était également garantie par l'« option de vente » qui, d'une part, permettait à la OSFC d'obliger la CST à consentir à la proposition de vendre un bien quelconque à un tiers ou de l'acheter de STIL II aux mêmes conditions, et, d'autre part, permettait à la OSFC de garder n'importe quel bien dans le portefeuille en versant le montant indiqué dans toute offre d'un tiers que la CST souhaitait accepter. Les chiffres sur lesquels on était parvenu dans le plan d'entreprise s'expliquaient également par le fait que lors des négociations, la OSFC tentait encore d'obtenir de la CST un meilleur prix d'achat global et souhaitait donc que les valeurs des biens sous-jacents au portefeuille soient les plus faibles possible lors du calcul de la contrepartie conditionnelle. À l'inverse, E & Y souhaitait que les valeurs soient les plus élevées possible.

[55] L'avocat de l'intimée a souligné les points suivants.

[56] Quand Jonathan Baker de E & Y l'a contacté la première fois en janvier 1993, M. Kaulius a reçu l'information générale disponible relativement au portefeuille. Monsieur Kaulius a affirmé que cette trousse d'information comprenait une description des biens immeubles et du genre d'immeubles dont il s'agissait, les rentrées que E & Y croyait qu'ils pourraient produire et leurs possibilités de croissance. On y indiquait aussi l'existence d'une société en nom collectif ainsi que la façon dont les pertes fiscales seraient transférées à la OSFC. L'impression de M. Kaulius dès le début était que les immeubles étaient de qualité inférieure. D'après ses propres mots, [TRADUCTION] « ce n'était pas des immeubles de catégorie A; ce n'était même pas des immeubles de catégorie B ». De ses discussions avec M. Baker, M. Kaulius pensait qu'« ils n'étaient pas de bons immeubles ». De plus, M. Kaulius pensait que certains n'étaient que de la « cochonnerie » et il insistait pour que E & Y les retire du portefeuille; E & Y n'a pas voulu le faire car, comme il a déjà été indiqué, il s'agissait dès le début d'une proposition à prendre ou à laisser. C'est parce que la OSFC n'était pas d'accord avec la valeur d'expertise d'environ 33 000 000 \$ donnée par E & Y que M. Kaulius a proposé la formule de contrepartie conditionnelle comme moyen de « combler la différence » entre la valeur d'expertise et le montant forfaitaire de 20 millions de dollars convenu dans la lettre d'intention du 5 mars 1993 (pièce 14, vol. I). Cependant, le montant forfaitaire a ensuite été réduit à 17,5 millions de dollars à la suite du processus de contrôle préalable, car on a constaté que les immeubles étaient de qualité encore moindre que ce qu'on avait pensé au début. L'avocat a souligné également que la première préoccupation de la OSFC concernant cette opération était de se protéger, c'est-à-dire d'essayer de payer un prix assez faible pour pouvoir se rembourser. Comme M. Kaulius l'a précisé, « le profit viendra par la suite ».

[57] M. Kaulius a aussi admis que la OSFC n'avait pas essayé, lors des négociations, de retirer les pertes fiscales de l'entente; elles en étaient une partie attrayante. Le prix de vente des pertes était de 10 p. 100 des pertes prévues, ce que la OSFC a accepté dès le début. Je pourrais ajouter ici que, d'après le témoignage de M. Kaulius, il est clair que l'on n'aurait payé pour les pertes que si elles s'étaient avérées disponibles; autrement, rien n'aurait été payé.

[58] L'avocat de l'intimée a aussi souligné que le rapport du liquidateur n° 22 susmentionné (pièce 9, vol. I) n'indique pas que le transfert des pertes ait été l'un des objectifs de E & Y. En fait, le rapport du liquidateur indique que les objectifs de E & Y correspondaient aux bénéficiaires à la CST. Ce document se lit en partie comme suit (aux pages 12-14) :

[TRADUCTION]

## 1. AVANTAGES À LA CST

a) Avantages pécuniaires

En se basant sur le même modèle de l'aliénation des biens, la vente de la participation de la CST dans la société en nom collectif produirait un rendement plus élevé de l'actif que celui obtenu si (i) la CST garde sa participation dans la société en nom collectif (le « statu quo »), (ii) la CST vend les hypothèques directement au lieu de les transférer à STIL II.

L'opération proposée (i) fera en sorte que la CST reçoive des rentrées de fonds plus tôt au moyen du versement en espèces lors de la conclusion, (ii) pourrait faire en sorte que la CST reçoive des rentrées de fonds plus tôt en raison du versement en vertu du billet et du versement supplémentaire que ce qui aurait été le cas en se basant sur le même modèle présumé de l'aliénation des biens.

En utilisant les hypothèses sur le marché qui figurent dans le plan d'entreprise le plus récent de la CST et en supposant que la gestion de STIL II soit celle qui est la plus probable, l'opération proposée engendrera les rentrées suivantes au bénéfice de la CST :

[Note de bas de page omise]

	Statu quo	Opération proposée	Bénéfices supplémentaires (en millions de dollars)
Montant total reçu	31,7 \$	35,3 \$	3,6 \$
Valeur actualisée nette (12 p. 100)	27,7 \$	30,7 \$	3,0 \$

Nota : Ces prévisions financières sont incluses à titre d'exemple seulement. Les résultats réels peuvent varier de façon appréciable.

[Note de bas de page omise]

On prévoit que la CST recevra des rentrées nettes de fonds de 35,3 millions de dollars de l'opération avec la OSFC. Ce montant comprend l'acompte (500 000 \$), le versement en espèces lors de la conclusion (2 500 000 \$), le billet (14 500 000 \$), le versement

supplémentaire (5 000 000 \$ au maximum), la contrepartie conditionnelle (13 300 000 \$) et les intérêts et les honoraires de gestion payables à la filiale (1 400 000 \$ au total), moins les dépenses en immobilisations et les frais d'exécution forcée (1 400 000 \$). Les bénéfices supplémentaires à la CST provenant de l'opération proposée pourraient être plus élevés grâce au versement supplémentaire au cours des cinq prochaines années ainsi que le remboursement anticipé du billet en utilisant les fonds tirés du produit net des ventes des hypothèques et des biens sous-jacents.

b) Compétences dans l'immobilier

Tel qu'indiqué à la partie V, la OSFC fournira des services de gestion quotidienne à STIL II. La société en nom collectif profitera donc des compétences en gestion et en immobilier de la OSFC et de M. Thomas.

c) Limitation des risques liés au marché

Le paiement minimal que la CST recevra de la OSFC est de 17 500 000 \$. Cela crée donc une valeur minimale pour les hypothèques et protège la CST d'autres baisses importantes du marché immobilier dans les provinces où sont situés les biens hypothéqués.

d) Contrepartie conditionnelle

La contrepartie conditionnelle permettra à la CST de participer indirectement d'une façon importante aux bénéfices futurs éventuels de la OSFC si les hypothèques ou les biens sous-jacents sont vendus lorsque le marché est plus favorable.

**(D) LES OPÉRATIONS DE LA SRMP (OPÉRATIONS N<sup>os</sup> 5 ET 6)**

[59] En ce qui a trait à la vente de la participation de 99 p. 100 de la OSFC dans STIL II à un consortium par la voie de la constitution de SRMP et la vente d'unités de catégorie A, les avocats ont renvoyé en particulier aux témoignages de messieurs Kaulius, Gregory, Cook, De Cotiis, Verlaan et Mayer. Ils ont aussi renvoyé à de nombreuses pièces.

[60] L'avocat des appelants a souligné les point suivants.

[61] Selon messieurs Kaulius et Robertson, la OSFC a invité des investisseurs potentiels, y compris les appelants, à participer au projet afin de réduire les risques en

jeu et de financer l'acquisition de sa participation de 99 p. 100 dans STIL II. Monsieur Kaulius a déclaré que la OSFC avait dès le début l'intention de transférer ses intérêts à un consortium, puisqu'il s'agissait d'une opération considérable. Comme il est mentionné au paragraphe 18 de l'exposé des faits admis, la OSFC et la TFTI ont donc conclu un contrat (pièce 35, vol. III) en date du 5 juillet 1993 (le « contrat de société en nom collectif de SRMP ») afin de constituer une société en nom collectif appelée SRMP pour acquérir et gérer la participation de la OSFC dans la société en nom collectif STIL II. Comme il est indiqué au paragraphe 19 de l'exposé des faits admis, les capitaux propres de SRMP ont été divisés en 35 unités de catégorie A et 15 unités de catégorie B; 14,5 unités de catégorie B ont été attribuées aux sociétés privées de M. Thomas (OSFC, TFTI et NSFC), et la demi-unité qui reste a été attribuée à M. Kaulius.

[62] J'ajouterais ici que, comme il est indiqué au paragraphe 27 de l'exposé des faits admis, la OSFC a signé un acte de cession le 7 juillet 1993 cédant à SRMP sa participation dans la société STIL II, sauf pour le droit de la OSFC d'exécuter certains services pour STIL II et de recevoir une rétribution en conséquence (pièce 36, vol. III). Comme il est indiqué au paragraphe 26 de l'exposé des faits admis, le 7 juillet 1993, la OSFC a vendu à SRMP sa participation dans STIL II pour un prix d'achat composé notamment de 3 850 000 \$ en espèces (pièce 40, vol. III). Comme il est indiqué au paragraphe 28 de l'exposé des faits admis, ce qui précède a été confirmé dans l'accord conclu par la OSFC, SRMP et la société 1004568 le 7 juillet 1993 (pièce 37, vol. III).

[63] Comme il est indiqué au paragraphe 29 de l'exposé des faits admis, le 9 juillet 1993 ou vers cette date, les détenteurs d'unités de catégorie A dont les noms apparaissent à l'annexe « A » se sont engagés à acheter le nombre indiqué d'unités ou de fractions d'unités de catégorie A de SRMP pour un prix global de 110 000 \$ par unité de catégorie A, soit un total de 3 850 000 \$ pour l'ensemble des 35 détenteurs d'unités de catégorie A. Les détenteurs d'unités de catégorie A ont également accepté les obligations supplémentaires indiquées au paragraphe 29 de l'exposé des faits admis, c'est-à-dire de contribuer au « versement supplémentaire » en proportion de leur participation. À cette fin, chaque détenteur d'unités de catégorie A devait fournir les documents mentionnés au paragraphe 30 de l'exposé des faits admis.

[64] Étant donné que STIL II et SRMP sont des sociétés en nom collectif, chaque associé de SRMP a pris en charge les obligations de la OSFC en vertu du contrat d'achat de STIL II et du contrat de société en nom collectif modifié et révisé de STIL II et s'est engagé à exécuter ces obligations, comme l'énonce le paragraphe 33 de l'exposé des faits admis. Chaque associé de SRMP, qu'il soit détenteur d'unités de

catégorie A ou de catégorie B, était ainsi solidairement responsable des obligations de SRMP et de STIL II, y compris du billet de 14 500 000 \$ et de toute autre dette engagée. Ils ont tous partagé les risques liés à la société en nom collectif.

[65] L'avocat des appelants a passé en revue la répartition des rentrées nettes d'exploitation de STIL II à l'aide d'un diagramme représentant cette répartition (annexe A du mémoire des appelants). Cette répartition apparaît aussi au paragraphe 31 de l'exposé des faits admis. En résumé, les rentrées nettes d'exploitation de STIL II étaient réparties comme suit :

1. la somme de 250 000 \$ était versée à la OSFC à titre d'honoraires de gestion annuels;
2. la somme de 200 000 \$ était versée à la société 1004568 à titre de frais d'administration annuels;
3. 1 p. 100 du reste était versé à la 1004568 et 99 p. 100 du reste était versé à SRMP.

La part de 99 p. 100 remise à SRMP était à son tour répartie comme suit :

1. l'intérêt sur le billet était payé;
2. la somme de 12 000 \$ était versée à la OSFC à titre de frais d'administration;
3. 75 p. 100 du solde des rentrées nettes de fonds annuelles était versé à la OSFC à titre d'honoraires de gestion incitatifs;
4. du 25 p. 100 qui reste, 70 p. 100 était versé aux détenteurs d'unités de catégorie A et 30 p. 100 était versé aux détenteurs d'unités de catégorie B.

[66] L'avocat des appelants a aussi passé en revue la répartition du produit à l'aide d'un diagramme représentant cette répartition (annexe B du mémoire des appelants). Cette répartition apparaît aussi au paragraphe 32 de l'exposé des faits admis. En résumé, le produit du portefeuille était réparti comme suit :

1. 1 p. 100 était versé à la société 1004568;
2. 99 p. 100 était versé à SRMP.

La part de 99 p. 100 versée à SRMP était à son tour répartie comme suit :

1. Le montant de 14 355 000 \$ (soit 99 p. 100 de 14 500 000 \$) était réparti à 82,684 p. 100 à la CST en paiement du billet et 17,316 p. 100 était entiercé en garantie des paiements futurs en vertu du billet. Conformément au contrat de société en nom collectif de SRMP, il fallait verser à la CST la totalité des 14 355 000 \$ relativement au billet.
2. Ensuite, 3 000 000 \$ étaient répartis à SRMP (de 14 355 000 \$ à 17 355 000 \$); il fallait verser 100 p. 100 aux détenteurs d'unités de catégorie A. Cependant, conformément au contrat de société de SRMP, ces fonds devaient être entiercés et servaient à satisfaire aux obligations des détenteurs d'unités de catégorie A de fournir une garantie pour leur obligation conditionnelle de financer le versement supplémentaire.
3. Ensuite, 9 444 443 \$ (de 17 355 001 \$ à 26 799 444 \$) étaient répartis à 91 p. 100 à la CST au titre de sa contrepartie conditionnelle et à 9 p. 100 à SRMP. Toutefois, l'intégralité de la somme répartie à SRMP — 850 000 \$ au maximum — était attribuée aux détenteurs d'unités de catégorie A. En vertu du contrat de société de SRMP, les détenteurs d'unités de catégorie A avaient donné la directive que ces fonds soient entiercés et servent à satisfaire à l'obligation de fournir une garantie pour l'obligation conditionnelle de financer le versement supplémentaire.
4. Ensuite, 5 307 394 \$ (de 26 799 445 \$ à 32 106 839 \$) étaient répartis à 91 p. 100 à la CST au titre de sa contrepartie conditionnelle et à 9 p. 100 à SRMP. La part de 9 p. 100 répartie à SRMP était répartie à son tour à 70 p. 100 aux détenteurs d'unités de catégorie A et à 30 p. 100 aux détenteurs d'unités de catégorie B.
5. Ensuite, 5 513 160 \$ (de 32 106 840 \$ à 37 620 000 \$) étaient répartis à 50 p. 100 à la CST au titre de sa contrepartie conditionnelle et à 50 p. 100 à SRMP. La part de 50 p. 100 répartie à SRMP était répartie à son tour à 70 p. 100 aux détenteurs d'unités de catégorie A et à 30 p. 100 aux détenteurs d'unités de catégorie B.

6. Tout produit en sus de 37 620 000 \$ était réparti à 25 p. 100 à la CST au titre de sa contrepartie conditionnelle et à 75 p. 100 à SRMP. La part de 75 p. 100 répartie à SRMP était répartie à son tour à 70 p. 100 aux détenteurs d'unités de catégorie A et à 30 p. 100 aux détenteurs d'unités de catégorie B<sup>1</sup>.

[67] Messieurs Gregory, De Cotiis, Verlaan et Mayer étaient certains qu'à aucun moment les appelants n'ont eu la possibilité d'acheter le portefeuille, les immeubles sous-jacents (en tout ou en partie) ou les avantages fiscaux liés au portefeuille d'une autre façon que par l'acquisition d'une participation dans SRMP. L'avocat des appelants a souligné que M. De Cotiis et M. Verlaan avaient essayé d'acheter Georgian Estates et Masonville Estates et que M. De Cotiis avait même fait une offre lors de la vente aux enchères du 23, rue Lesmill, mais sans succès.

[68] On a expliqué les divers contrôles préalables effectués par les appelants à titre individuel. Bien que certains des appelants aient inspecté un bien sous-jacent au portefeuille ou plusieurs, tous se sont fiés, dans une certaine mesure, au contrôle préalable exhaustif effectué par messieurs Robertson et Kaulius pour la OSFC. Les appelants ont pu consulter les classeurs relatifs au contrôle préalable effectué par la OSFC. Quelques-uns d'entre eux, notamment M. Gregory et M. Cook, ont témoigné qu'ils ont examiné avec M. Kaulius ou avec M. Robertson, ou encore avec les deux, le contenu du résumé des éléments d'actif de STIL II (pièce A-16). En fait, pour ce qui est des associés de Thorsteinssons, messieurs Gregory et Cook étaient en contact constant avec M. Robertson pendant le processus de contrôle préalable. Les autres associés de Thorsteinssons ont compté sur messieurs Gregory et Cook pour se pencher sur l'information donnée par la OSFC et l'évaluer.

[69] Le résumé des éléments d'actif de STIL II (pièce A-16) prévoyait un produit net global de 37 800 000 \$ lors de la vente des biens immobiliers compris dans le portefeuille; d'après leur propre contrôle préalable et en faisant confiance à celui fait par M. Kaulius et M. Robertson, les appelants ont cru qu'il s'agissait d'un objectif raisonnablement atteignable. L'avocat des appelants a souligné, en s'appuyant sur l'interrogatoire préalable de M. David Turner, que le vérificateur de Revenu Canada, M. Thomas Heinz Buschhausen, avait affirmé qu'il n'y avait rien de déraisonnable à penser que la valeur de réalisation potentielle de ces biens pouvait dépasser

---

1. Cette dernière répartition n'est pas mentionnée au paragraphe 32 de l'exposé des faits admis, mais on la mentionne dans le mémoire des appelants et l'avocat des appelants l'a passée en revue dans ses observations orales.

35 millions de dollars, ou même 37 millions de dollars. Monsieur Turner n'a pas contredit cette affirmation. En se fondant sur cette hypothèse et sur les répartitions des rentrées de fonds et du produit mentionnées ci-dessus, M. Gregory prévoyait un rendement du capital investi de 50 p. 100 à 100 p. 100 lorsqu'il a acquis sa participation dans SRMP. La reconstitution de ses calculs est résumée à la pièce A-18 et montre un rendement projeté sur trois ans de 67 572 \$ / 110 000 \$, ou d'environ 61 p. 100. En fait, M. Gregory a admis que le rendement aurait dû être calculé sur une période de 3 ans et demi, ce qui aurait donné un taux de rendement annuel de 17,5 p. 100.

[70] Quant à lui, sans faire un calcul précis, M. Cook prévoyait que son placement aurait un rendement « supérieur à celui du marché ». Monsieur Kaulius s'attendait à « plus de 15 p. 100 ». Monsieur Kaulius a ajouté que ce taux était le rendement minimal, y compris les frais, auquel la OSFC s'attendait pour être intéressée à l'opération. D'autres associés, notamment messieurs De Cotiis, Verlaan et Mayer, croyaient que le produit net global excéderait 40 millions de dollars ou même 50 millions de dollars. Messieurs De Cotiis et Verlaan ont tous deux déclaré qu'ils s'attendaient à recevoir le double du montant de leur placement. Lors du contre-interrogatoire, M. Robertson a de plus déclaré que le rendement prévu par la OSFC excédait le rendement prévu par M. Gregory et les autres appelants. On l'a renvoyé aux calculs qu'il avait faits en 1998 d'après les rentrées de fonds réelles au 31 décembre 1997 de même que le produit réellement reçu et une estimation de la valeur des biens toujours dans l'inventaire. Étant donné qu'un montant représentant la valeur estimée des biens restants est ajouté au produit net réel, les calculs figurant aux pièces 69 et 70 (vol. VI) se soldent par des rentrées nettes de fonds et un produit des ventes d'un montant total de 6 317 192 \$ pour les associés de SRMP, ce qui correspond à un taux de rendement annuel de 32,82 p. 100 en termes d'encaisse pour le placement de 3 850 000 \$ des détenteurs d'unités de catégorie A.

[71] Les appelants étaient persuadés qu'ils réaliseraient leurs attentes, étant donné l'évaluation très prudente de Georgian Estates et de Masonville Estates. Ces biens immeubles auraient à eux seuls un produit de vente suffisamment élevé pour rembourser le billet. Pour appuyer cette opinion, les appelants ont fait remarquer que les évaluations de ces immeubles étaient bien au-dessous des coûts de construction pour des immeubles comparables, sans tenir compte du coût du terrain, et ne représentaient qu'une fraction de la somme prêtée à l'origine par la CST.

[72] Un certain nombre d'appelants ont également cru que les immeubles figurant dans le portefeuille augmenteraient de valeur compte tenu du cycle habituel du marché immobilier. De plus, les appelants trouvaient rassurant qu'une aliénation

rapide du 23, rue Lesmill mettrait fin à des mouvements de trésorerie négatifs de près de 500 000 \$ et augmenterait ainsi les rentrées nettes de fonds provenant du portefeuille dans sa totalité, de telle sorte qu'elles seraient plus que suffisantes pour payer l'intérêt dû à la CST au titre du billet. Le produit de la vente pourrait aussi être utilisé de façon à réduire le montant impayé du billet. En conséquence, on s'attendait qu'après la vente du 23, rue Lesmill, SRMP aurait plus de temps, si nécessaire, pour obtenir le produit net le plus élevé possible de la vente du portefeuille.

[73] On a aussi donné beaucoup de poids au fait que, contrairement à l'important travail effectué relativement aux aspects immobiliers de l'opération, les négociations et le contrôle préalable effectués au sujet de la conservation, à des fins fiscales, du coût d'origine du portefeuille de la CST étaient superficiels. À cet égard, E & Y a simplement fourni à la OSFC des copies des ordonnances du juge Houlden et des documents à l'appui portant sur la constitution de STIL II, ainsi qu'une déclaration ou une garantie au sujet des sommes dues relativement au portefeuille. De plus, on a souligné que le versement supplémentaire lié aux avantages fiscaux du portefeuille était conditionnel, c'est-à-dire qu'il n'était payable que si les pertes pouvaient être attribuées aux associés de SRMP. On a également souligné que les appelants n'avaient pas le droit de se voir attribuer les pertes de STIL II ou SRMP sans d'abord détenir des unités de catégorie A ou B de SRMP et prendre en charge tous les risques et bénéfices propres aux associés de cette société en nom collectif.

[74] En outre, bien que les appelants aient tous déclaré que l'avantage fiscal était important, on a beaucoup insisté sur le fait que l'avantage obtenu n'était qu'un report de l'impôt. En fait, il fallait déduire les pertes du prix de base rajusté des participations des appelants dans la société en nom collectif, de sorte que le prix de base rajusté atteindrait une valeur négative. L'aliénation de la participation de chaque appelant dans la société, par exemple lorsque la société serait liquidée, donnerait lieu à un gain en capital. Pour cette raison, on a affirmé qu'il était difficile de déterminer la valeur exacte de l'avantage fiscal. Certains appelants soutenaient que le résultat obtenu en multipliant le taux d'imposition applicable par le montant de la déduction des pertes de SRMP ne représente pas la valeur de l'avantage fiscal, puisqu'il ne tient pas compte de la récupération de l'avantage lors de la réalisation du prix de base rajusté négatif qui en résulte sous forme de gain en capital, ni de la dépense de 125 700 \$ pour le versement supplémentaire.

[75] Un calcul préparé par M. Cook intitulé « Valeur de l'impôt différé par unité de catégorie A » a été présenté en preuve (pièce A-21). Ce calcul repose sur plusieurs hypothèses, notamment les suivantes : il a été supposé qu'on avait entièrement utilisé les pertes de SRMP attribuées en 1993 aux associés de catégorie A de SRMP à

l'encontre du revenu par ailleurs imposable pour l'année d'imposition 1993 et que chaque détenteur d'unité avait versé le montant complet du versement supplémentaire de 125 700 \$ par unité. Il a aussi été supposé que la dissolution aurait lieu en l'an 6, donnant lieu à une récupération cette année-là en raison du prix de base rajusté négatif. Enfin, le calcul suppose un taux d'imposition de 45 p. 100, un taux d'inclusion des gains en capital de 75 p. 100 pour l'année d'imposition 1993 et un taux d'actualisation de 6 p. 100 par an, soit le taux d'intérêt prescrit pour les arriérés d'impôts en avril 1994. En se fondant sur ces hypothèses, M. Cook obtenait une réduction d'impôt initiale de 471 460 \$ par unité de catégorie A, qui est réduite par le versement supplémentaire de 125 700 \$ et par la récupération de 219 364 \$, soit un report total de 126 396 \$.

[76] En s'appuyant sur la correspondance des avocats, l'avocat des appelants a également souligné que chaque appelant avait déclaré que son principal objectif en devenant membre de la société en nom collectif SRMP était, de concert avec les autres associés, d'acquérir et de gérer la participation de 99 p. 100 de la société STIL II préalablement détenue par la OSFC et de tirer un bénéfice de la gestion et de la vente des hypothèques ou des immeubles sous-jacents détenus par la société STIL II; chacun a aussi dit qu'il avait un autre but, soit d'obtenir un avantage fiscal de sa part des pertes de la société SRMP.

[77] L'avocat des appelants a également souligné que la OSFC était l'associée directrice générale de SRMP, en plus du rôle qu'elle jouait à titre de gestionnaire de STIL II, et, à ce titre, qu'elle gérait de façon directe, active et importante les immeubles sous-jacents au portefeuille et gérait par ailleurs STIL II et SRMP aux termes des contrats pertinents. Les appelants étaient persuadés que la OSFC avait l'expertise et le sens des affaires nécessaires pour gérer le portefeuille. La gestion du portefeuille et des immeubles sous-jacents par la OSFC comprenait la rénovation des biens locatifs, le remplacement des locataires et le réaménagement de certains immeubles en vue de leur revente. L'avocat a fait valoir, en se fondant principalement sur le témoignage de M. Robertson, mais aussi jusqu'à un certain point sur le témoignage de messieurs Gregory, Cook et Mayer, qu'à la suite des efforts de la OSFC, les résultats suivants ont été obtenus relativement aux immeubles figurant dans le portefeuille.

[78] L'immeuble au 99, rue Rideau a fait l'objet d'un certain nombre de propositions de réaménagement et d'offres d'achat. Il est toujours détenu au bénéfice des appelants qui étaient les associés de la société en commandite Crerar Properties Limited Partnership (« Crerar »), une société soeur constituée en l'an 2000 par les associés de SRMP (à l'exception de la OSFC, des sociétés liées et des associés défunts de

SRMP). L'objectif de la constitution de Crerar était d'améliorer le rendement des associés pour les propriétés qui restaient dans le portefeuille en rachetant, pour un montant forfaitaire, le droit de la CST à la contrepartie conditionnelle, ainsi que son droit conditionnel de recevoir un versement supplémentaire, et d'obtenir la fin du contrat de gestion de la OSFC.

[79] Les rentrées nettes annuelles de fonds résultant de l'exploitation de Shurguard Oakville sont passées de 150 000 \$ en 1993 à plus de 650 000 \$ en l'an 2000. Le bien immeuble appartient toujours aux appelants qui sont les associés de Crerar.

[80] Shurguard Hamilton a été vendu en 1995 pour un montant dépassant le produit net de vente cible.

[81] Georgian Estates a été considérablement amélioré grâce à un projet de restauration et de réaménagement pour assurer la mise sur la marché d'un « produit de qualité » s'adressant à des tiers acheteurs. Les divers éléments de ce bien immobilier ont été soit conservés par STIL II, soit vendus par STIL II ou Crerar en 2001. Le produit net des ventes de ces éléments d'actif était de plus de 12,2 millions de dollars.

[82] Tel qu'indiqué dans la pièce A-16, qui est reproduite au paragraphe 22 des présents motifs, il existait en mai 1993 une offre pour Turner Crossing, mais elle n'a pas mené à une vente. Le bien immeuble a été vendu par la suite en 1994 pour un produit net de plus de 1 061 000 \$.

[83] Atherton Place a été vendu avant la conclusion de l'achat par la OSFC de la participation de 99 p. 100 de la CST dans STIL II.

[84] L'immeuble au 23, rue Lesmill présentait un défi particulier aux associés de STIL II et de SRMP compte tenu des importants mouvements de trésorerie négatifs qui lui étaient liés en 1993. La OSFC a mis au point une stratégie pour vendre cet immeuble aux enchères le plus tôt possible pour un produit de vente net d'un peu plus de 2 millions de dollars. À la suite de cette vente, les rentrées nettes d'exploitation de la société en nom collectif ont augmenté de 600 000 \$ par an. J'ajouterais ici que M. Gregory a expliqué qu'on a obtenu ce chiffre en ajoutant le montant de 438 000 \$ gagné par l'élimination des mouvements de trésorerie négatifs causés par l'immeuble et la réduction de 150 000 \$ du coût du service de la dette de 14,5 millions de dollars; on a réduit la dette de 2 millions de dollars grâce au produit de la vente.

[85] Masonville Estates était situé à London, qui a été plus durement frappé par la baisse de l'immobilier que d'autres régions. Quoiqu'on ait prévu au début de vendre des unités individuelles au détail, cela a changé à cause des conditions économiques. On a plutôt vendu le projet en bloc pour 14 900 000 \$ en 1995 à la suite d'une offre spontanée d'un promoteur immobilier. J'ajouterais ici que, selon M. Robertson, le montant total reçu a été versé en espèces, avec intérêts, pendant une période d'un an se terminant en mai 1995. Bien que le produit de la vente de ce projet ait été beaucoup moins élevé que prévu, il a permis à SRMP de rembourser le montant qu'elle devait à la CST au titre du billet. De plus, en vendant le bien à ce moment, SRMP n'avait pas à supporter les mouvements négatifs de trésorerie liés à l'absence des étudiants pendant les mois d'été et n'avait plus à engager les frais de « mise en marché » liés à sa conversion en consortium immobilier. Toutefois, certains des associés de SRMP n'étaient pas satisfaits de la vente en bloc du bien ou du produit net de la vente.

[86] Mount Baker a été vendu en 1993.

[87] À la suite des efforts de la OSFC, le produit net réalisé par STIL II à partir de la disposition du portefeuille avant novembre 2000 était de 30 millions de dollars et les immeubles encore détenus à ce moment-là avaient une juste valeur marchande estimée de 8 millions de dollars.

[88] L'avocat de l'intimée a souligné qu'il existait plusieurs éléments indiquant que la recherche d'un bénéfice n'était pas le principal objet des opérations de SRMP, que ce soit du point de vue de la OSFC ou de celui des associés de catégorie A de SRMP. À cet égard, l'avocat a aussi noté des contradictions dans le témoignage des divers témoins, ainsi que le fait que la prétendue recherche d'un bénéfice des appelants n'était appuyée par aucune preuve écrite.

[89] Relativement aux contradictions dans les témoignages, l'avocat de l'intimée a noté que M. Kaulius avait témoigné que la OSFC avait envisagé de convertir sa participation dans STIL II en consortium immobilier parce que le portefeuille était trop important pour la OSFC seule, tandis que M. Robertson avait déclaré que la OSFC aurait pu s'occuper elle-même de l'opération, sans aide, mais que la conversion en consortium immobilier était la méthode d'affaires habituelle de M. Thomas. De plus, bien que M. Kaulius ait témoigné au procès que la OSFC aurait pu utiliser elle-même toutes les pertes fiscales pendant une période de plusieurs années, il avait déclaré lors de son interrogatoire préalable que l'une des raisons pour convertir la participation de la OSFC dans STIL II en consortium était que la OSFC n'aurait pu déclarer l'intégralité des 50 millions de dollars comme pertes. Enfin, selon le

témoignage de M. Robertson, la OSFC n'aurait jamais pu utiliser l'intégralité des quelque 50 millions de dollars comme pertes fiscales à quelque moment que ce soit.

[90] Comme il est indiqué aux paragraphes 18 et 19 de l'exposé des faits admis, la conversion en consortium immobilier s'est faite par la constitution de la société en nom collectif SRMP par la OSFC et la TFTI. Les capitaux propres de la société ont été divisés en 35 unités de catégorie A et 15 unités de catégorie B. Conformément à l'article 3.06 du contrat de société en nom collectif de SRMP (pièce 35, vol. III), chaque unité de catégorie A donnait droit à un vote et chaque unité de catégorie B donnait droit à trois votes. De plus, à l'article 3.06, les associés de Thorsteinssons ont consenti à voter en bloc d'une seule voix. L'article 8.04 du contrat stipule que, par suite de la conversion en consortium immobilier, 30 p. 100 de la totalité des bénéfiques et des pertes de SRMP devait être attribué aux unités de catégorie B et 70 p. 100 aux unités de catégorie A de SRMP.

[91] Conformément au rapport du liquidateur n° 22 (pièce 9, vol. I), à la section n° 3, [TRADUCTION] « Gestion de la société en nom collectif », à la partie V, la OSFC devait « agir conformément au plan d'entreprise approuvé par les associés et [...] être soumise à la direction générale du comité de gestion de la société ». Dans son témoignage, M. Robertson a déclaré que la OSFC avait pris ce document au sérieux. Le plan d'entreprise auquel on réfère (pièce 18, vol. II) établissait un projet de réalisation pour les biens du portefeuille ainsi qu'une fourchette pour le produit brut et le produit net projetés. Cependant, aucun des appelants qui étaient associés de catégorie A de SRMP n'a calculé ou n'a tenté de calculer le rendement prévu de son placement dans SRMP d'après ces prévisions. Ils savaient qu'ils devaient s'attendre à des rendements minimes à partir des rentrées nettes d'exploitation de STIL II et que des bénéfiques importants ne pouvaient être tirés des biens que dans le cas d'une croissance de leur valeur, c'est-à-dire si le produit net des ventes dépassait 33 millions de dollars. Lorsqu'ils ont acheté leurs unités de catégorie A, ils ne connaissaient pas les chances de croissance : ils espéraient que le marché de l'immobilier allait remonter de son état déprimé, mais ne pouvaient pas prédire quand cela allait se produire. Néanmoins, M. Gregory avait fait ses calculs (pièce A-18) d'après les chiffres figurant dans le résumé des éléments d'actif de STIL II (pièce A-16), qui sont différents de ceux du plan d'entreprise. De plus, tandis que M. Cook a déclaré que les activités de la OSFC devaient se faire dans le cadre du plan d'entreprise, M. Kaulius a déclaré que la pièce A-16 n'avait jamais été transmise à la CST, car c'était un document interne.

[92] Bien que la preuve des appelants en ce qui concerne leur espoir de bénéfice soit principalement fondée sur le contenu de la pièce A-16, l'avocat de l'intimée a

suggéré que la preuve à propos de ce document est contradictoire et prête à confusion.

[93] Tout d'abord, la pièce A-16 ne porte pas de date. Monsieur Cook a témoigné que M. Robertson l'avait envoyée aux détenteurs d'unités de catégorie A avec sa note du 9 septembre 1993 (pièce 49, vol. IV), c'est-à-dire bien après la conclusion de l'achat de SRMP en juin 1993. Toutefois, lors du réinterrogatoire par l'avocat des appelants, M. Robertson a déclaré que la pièce A-16 était en fait le double d'un document qui a été préparé à l'origine lors du contrôle préalable. J'ajouterais ici que, d'après M. Robertson, le document a probablement été créé en mars ou en avril 1993 et que les associés de SRMP avaient discuté de son contenu. Monsieur Robertson a néanmoins pensé qu'il avait envoyé le document en question (pièce A-16) avec la note susmentionnée le 9 septembre 1993 et que cette note avait été l'une des premières notes envoyées aux investisseurs. Selon lui, il n'a envoyé de note à personne avant la conclusion de l'opération. En outre, bien que M. Cook ait dit qu'il avait vu auparavant un document semblable, en mai ou en juin 1993, ni lui ni les autres appelants ne pouvaient produire une copie d'un tel document.

[94] La pièce A-16 indique que la valeur cible de réalisation totale était le produit net des ventes et plusieurs témoins la considéraient ainsi. En se fondant sur des frais de vente de 2 209 000 \$ d'après l'« hypothèse favorable » du plan d'entreprise (pièce 18), l'avocat de l'intimée a souligné que le produit brut des ventes aurait dû dépasser 40 millions de dollars pour qu'un produit net des ventes de cet ordre se réalise et qu'aucune prévision ne prévoyait qu'on vendrait les biens pour 40 000 000 \$. Cependant, je dois ajouter qu'au cours du contre-interrogatoire, M. Cook a déclaré qu'on s'était surtout attaché aux prévisions nettes, qui tenaient compte des frais de vente. De plus, M. Verlaan a déclaré qu'aucun représentant de la OSFC ne lui avait montré un écrit quelconque indiquant un produit net des ventes de plus de 37 000 000 \$. Selon l'avocat des appelants, il fallait interpréter la référence à 37 000 000 \$ lors du contre-interrogatoire de M. Verlaan comme étant une référence au montant de 37 800 000 \$ indiqué dans la pièce A-16 et non comme une reconnaissance qu'il n'avait jamais reçu la pièce A-16. Pour l'avocat de l'intimée, il n'est pas certain s'il faut interpréter la déclaration de M. Verlaan comme indiquant qu'il n'avait jamais vu la pièce A-16 ou plutôt comme attestant qu'il reconnaissait que l'objectif de 37,8 millions de dollars figurant dans la pièce A-16 n'était pas appuyé par d'autre documentation fournie par la OSFC. Quant à M. De Cotiis, bien qu'il ait dit avoir vu une feuille de calcul semblable à la pièce A-16 au début de 1993 [TRADUCTION] « avec tous les biens et différentes choses », il ne pouvait pas confirmer qu'elle était identique à la pièce A-16.

[95] L'avocat de l'intimée a également souligné que, bien que la pièce A-16 se fonde sur une vente des unités condominiales de Masonville unité par unité, M. Robertson a déclaré qu'on discutait au début de 1993 pour savoir s'il fallait vendre Masonville en bloc ou unité par unité. Puisque le comité de gestion de STIL II s'est rencontré la première fois le 30 septembre 1993, aucune décision sur la question de savoir s'il fallait vendre Masonville en bloc ou unité par unité n'a été prise avant cette date, parce que le comité de gestion devait se mettre d'accord sur ce point. J'ajouterais ici que M. Robertson a déclaré qu'on avait exposé la vente unité par unité aux investisseurs de SRMP, car la vente d'unités condominiales donnait lieu à une prime de 10 000 \$ environ par unité. Monsieur Robertson a également reconnu qu'il aurait fallu trois ou quatre ans pour vendre l'ensemble de Masonville comme unités condominiales unité par unité et en tirer ainsi la valeur maximale.

[96] De plus, l'avocat de l'intimée a souligné que la preuve était également contradictoire quant à savoir si les montants indiqués dans la pièce A-16 étaient réellement des montants nets. Lors de son témoignage, M. Kaulius était certain que la valeur cible de réalisation totale de 37 800 000 \$ figurant dans ce document était un montant net, c'est-à-dire les prix de vente moins les frais de vente directs, tels que les commissions et les frais juridiques. Cependant, sur ce point, M. Mayer ne pouvait pas se rappeler si les chiffres étaient bruts ou nets. Bien que plus tôt, lors de son interrogatoire préalable, il ait déclaré qu'il avait considéré le produit des ventes comme étant des « montants négligeables », il a témoigné que « bien sûr, l'investisseur n'aurait pas récupéré toutes ces sommes ».

[97] Concernant plus particulièrement Atherton Place et Turner Crossing, M. Kaulius a déclaré que, comme on peut le conclure des chiffres figurant dans la section intitulée « Réalisations des biens » à la page 4 de la note de M. Robertson à M. Gregory du 9 avril 1996 (pièce 57, vol. IV), les montants dans la colonne de la valeur cible de réalisation totale de la pièce A-16 étaient des montants bruts, tandis que M. Robertson avait déclaré que le montant indiqué pour Turner Crossing dans la pièce A-16 était net. J'ajouterais ici que M. Robertson avait dit qu'en 1993, les chiffres figurant dans la pièce A-16 n'étaient que des prévisions de ce qu'on pensait être les valeurs nettes possibles. Cependant, comme M. Robertson l'a expliqué plus tard dans son témoignage, dans ce cas particulier, le montant net était égal au montant brut, puisque les seuls frais étaient les frais juridiques, qui étaient payés par la société 1004568 à partir des frais d'administration annuels de 200 000 \$.

[98] L'avocat de l'intimée a déclaré qu'en ce qui a trait plus particulièrement à Georgian Estates, M. Kaulius et M. Robertson ont affirmé tous deux que le prix de 55 000 \$ par unité condominiale figurant dans la pièce A-16 était un prix net, même

si les valeurs d'expertise (page 2384, pièce 95, vol. VII), les estimations de M. Hunter Milborne (pièce 66, vol. VI) et le classeur de contrôle préalable pour Georgian Estates de la OSFC elle-même (pièce 65, vol. V, et pièce 66, vol. VI) montraient tous des prix de vente bruts projetés de 50 000 \$ par unité. De plus, M. Robertson a reconnu dans son témoignage qu'un investisseur qui aurait regardé la colonne relative à l'estimation de M. Milborne figurant dans la pièce A-16, qui aurait lu l'étude de marché de M. Milborne dans le classeur de contrôle préalable (pièce 66, vol. VI) et qui aurait vu le montant brut de 50 000 \$ par unité n'aurait pas pu savoir que le montant de 55 000 \$ figurant dans la pièce A-16 était un montant net, sauf s'il avait posé une question à ce sujet. L'avocat des appelants a cependant fait remarquer que M. Kaulius avait affirmé qu'on avait dit que le montant de 50 000 \$ dans le rapport de M. Milborne était plutôt un appât et était le prix le plus faible d'une unité. Selon lui, le prix brut moyen se serait donc situé entre 50 000 \$, le prix le plus faible, et 70 000 \$ à 80 000 \$, le prix le plus élevé. Le prix net moyen serait donc fixé selon ces chiffres bruts et ne serait pas basé sur le prix de 50 000 \$.

[99] De plus, au sujet des prévisions relatives à STIL II (pièce 95, vol. VII, page 2397), l'avocat de l'intimée a signalé qu'on indique une valeur de 55 000 \$ par unité condominiale pour Masonville Estates et qu'on soustrait ensuite 13 p. 100 pour les frais de vente. Puisqu'on indique dans la pièce A-16 que la valeur de 60 000 \$ par unité était une valeur nette, M. Robertson a reconnu que, sur cette base, le prix brut aurait dû être de 68 695 \$ par unité. Cependant, il a dit qu'il n'avait pas de document expliquant comment il en est arrivé à une valeur nette de 60 000 \$.

[100] L'avocat de l'intimée a aussi souligné que M. Kaulius a indiqué qu'il n'avait pas affirmé aux investisseurs qu'ils atteindraient en fait l'objectif de 37,8 millions de dollars figurant dans la pièce A-16. Il a indiqué qu'il leur avait plutôt donné une fourchette et que pour un portefeuille de cette nature, la fourchette pourrait facilement comprendre un écart de 30 p. 100 ou même plus. En outre, M. Kaulius a indiqué que lorsque la OSFC avait terminé son contrôle préalable relativement aux biens, il croyait que le montant de quelque 32 millions de dollars pour les ventes nettes était réalisable, mais qu'il faudrait [TRADUCTION] « bien astiquer les immeubles ». En fait, à ce jour, on n'a obtenu qu'un produit de vente de 32 millions de dollars. Cependant, la société soeur, Crerar, détient encore des immeubles d'une valeur de près de 8 millions de dollars.

[101] L'avocat de l'intimée a aussi fait référence à la pièce 50 (vol. IV), une note de M. Robertson adressée à M. Gregory en date du 17 janvier 1994. Dans la section intitulée « Résumé », à la page 4, ce document énonce ce qui suit :

[TRADUCTION]

Comme vous le savez, nos premières prévisions sur le total des réalisations cibles pour ce portefeuille allaient de 25 à 37 millions de dollars. Ceux qui ont égaré leur copie de ces prévisions devraient contacter Andrea Donnison pour obtenir une autre copie. Nous accueillons vos commentaires et vos suggestions alors que vous suivez l'évolution du portefeuille. Si le produit total net des ventes provenant du portefeuille atteint 28 millions de dollars, SRMP connaîtra un profit. Nous prévoyons atteindre et dépasser ce montant si le marché immobilier se maintient. Si le produit atteint 33 millions de dollars, la part que STIL II doit partager avec la CST augmente de 9 p. 100 à 50 p. 100. Notre objectif est maintenant d'atteindre ce seuil de 33 millions de dollars. Il pourrait être possible de l'atteindre si le marché de l'immobilier s'améliore.

[102] Selon M. Gregory, l'objectif de 33 millions de dollars mentionné dans cette note était un nouvel objectif établi en 1994 et représentait une diminution de presque 5 millions de dollars par rapport à l'objectif de 37 800 000 \$ figurant dans la pièce A-16. Cette diminution découlait de la vente de Masonville Estates pour environ 5 millions de dollars de moins que le prix prévu. La valeur cible de réalisation totale de 37 800 000 \$ figurant dans la pièce A-16 était, encore selon M. Gregory, la partie supérieure de la fourchette mentionnée dans la note citée ci-dessus. Cependant, M. Robertson a témoigné que la référence à l'objectif de 33 millions de dollars dans sa note renvoyait à la formule pour calculer la contrepartie conditionnelle. Il pensait qu'en travaillant fort, STIL II pourrait obtenir plus de 33 millions de dollars pour les biens, peut-être 38 millions de dollars. Il a indiqué qu'il avait voulu utiliser ce chiffre plus élevé, mais que M. Kaulius, qui était plus prudent et conservateur, lui a fait utiliser le chiffre de 33 millions de dollars en cas d'effondrement du marché. Cependant, lors du réinterrogatoire, M. Robertson a déclaré que la note a été envoyée à la suite de la lettre d'intention d'acheter le bien Masonville à un prix qui était inférieur de 4,9 millions de dollars à ce qu'on avait envisagé. L'avocat de l'intimée a néanmoins souligné que même si M. Robertson avait témoigné que la note du 17 janvier 1994 était un document important, il ne pouvait pas se souvenir de ce à quoi correspondaient les premières prévisions allant de 25 millions de dollars à 37 millions de dollars qui y étaient mentionnées. Aucun élément de preuve n'a été présenté relativement à ces premières prévisions.

[103] L'avocat de l'intimée a aussi signalé que si le montant de 37,8 millions de dollars figurant dans la pièce A-16 pour le total des réalisations est un montant brut plutôt qu'un montant net, et si on suppose que les frais de vente totaux sont de 2 209 000 \$, dont la moitié est supportée par SRMP, le rendement total de 67 572 \$ selon M. Gregory (pièce A-18) serait réduit à 45 703 \$, soit un rendement d'environ

41,5 p. 100 plutôt que de 61 p. 100 pour un placement de 110 000 \$ pour une unité de catégorie A, ou de 11,9 p. 100 par an pour une période de 3 ans et demi au lieu de 17,5 p. 100. On a renvoyé à cet égard au témoignage de M. Kaulius. Je dois ajouter ici que M. Kaulius n'a reconnu que l'exactitude des calculs sans admettre que l'hypothèse de base au sujet des revenus bruts était exacte. L'avocat de l'intimée a aussi signalé que les calculs de M. Gregory indiquent un bénéfice total net avant impôt de 67 572 \$ pour une période de 3 ans et demi, soit 17,5 p. 100 par an, alors que M. Cook avait calculé un rendement allant de 55 000 \$ à 60 000 \$.

[104] L'avocat de l'intimée a également fait référence à la pièce A-20, qui est un calcul préparé par M. Cook lors du procès à partir des mêmes hypothèses que celles utilisées par M. Gregory lorsqu'il a préparé la pièce A-18, sauf qu'il ne tient pas compte des rentrées de fonds, qui auraient été minimales pour les détenteurs d'unités de catégorie A. Selon ce calcul, les associés de catégorie A de SRMP auraient pu s'attendre à récupérer leur mise de fonds de 110 000 \$ par unité de catégorie A une fois que le produit des ventes des biens aurait atteint environ 28 000 000 \$. Bien que le placement serait devenu rentable à ce stade, l'avocat a signalé que M. Cook avait reconnu que les bénéfices ne seraient importants que si le produit net des ventes atteignait 32 ou 33 millions de dollars car, à ce niveau, la part de SRMP en vertu de la formule de la contrepartie conditionnelle passe de 9 p. 100 à 50 p. 100.

[105] L'avocat de l'intimée a cité d'autres éléments montrant que les bénéfices auxquels les appelants s'attendaient n'étaient pas nécessairement ce qu'on avait présenté.

[106] L'avocat a souligné que, bien que M. Kaulius ait déclaré que la OSFC comptait sur les rentrées de fonds après le paiement de tous les frais pour payer l'intérêt du billet et qu'elle s'attendait à des rentrées de fonds importantes, il avait cependant affirmé lors de son témoignage dans l'affaire *OSFC-C.C.I.* que la OSFC ne savait pas au printemps 1993 quelles seraient les rentrées durant les cinq prochaines années. À vrai dire, M. Kaulius avait indiqué que la prévision dans la pièce A-16, selon laquelle les rentrées seraient de 1,439 million de dollars, n'était qu'« une prévision pour une seule année ». De plus, tandis que M. Kaulius avait déclaré que la OSFC, la TFTI et la NSFC avaient, pendant tout le processus de contrôle préalable, fait un certain nombre de prévisions quant aux bénéfices qu'elles espéraient réaliser ou qu'elles devaient tirer des opérations de STIL II et de SRMP, les prévisions changeaient continuellement durant le processus. Il a déclaré qu'elles avaient en grande partie cessé de faire ce genre de prévisions lorsque la conversion en consortium immobilier était en marche. Cependant, aucun document comprenant de telles prévisions n'a été présenté en preuve. Monsieur Kaulius a aussi déclaré que la OSFC n'avait pas calculé

le taux de rendement prévu et que sa principale préoccupation était de rembourser le billet de 14,5 millions de dollars.

[107] M. Kaulius a aussi déclaré que la OSFC s'attendait en règle générale qu'une entreprise comme STIL II donne un rendement annuel sur les sommes investies de 15 p. 100 ou plus, selon les risques encourus, et que la conversion en consortium immobilier était considérée comme un moyen d'atteindre ce seuil. De plus, il a déclaré que ce taux de référence de 15 p. 100 comprenait les honoraires de gestion de 250 000 \$, les frais incitatifs de 75 p. 100 des rentrées nettes de fonds, les frais d'administration de 12 000 \$ et le montant de 850 000 \$ obtenu des associés de catégorie A de SRMP à la suite de la conversion en consortium immobilier, puisqu'ils constituaient tous des revenus pour la OSFC. Cependant, on a reconnu qu'il existait un certain nombre de risques entourant l'entreprise de STIL II qui faisaient en sorte que la OSFC exigerait un taux de rendement qui excéderait le taux de référence de 15 p. 100. Les risques reconnus par M. Kaulius incluaient la taille du portefeuille, le manque d'expérience de la OSFC dans le marché immobilier de l'Ontario, l'absence de déclarations et de garanties par la CST, l'achat d'une dette plutôt que d'un bien immobilier, les vices de construction de certains immeubles, la difficulté de connaître la juste valeur marchande des biens et le fait qu'il s'agissait d'un projet très risqué étant donné la responsabilité solidaire des associés relativement au billet de 14,5 millions de dollars. Il existait aussi le risque que le marché tourne à la baisse plutôt qu'à la hausse. Cependant, M. Kaulius a déclaré qu'ils ont en fait pris des moyens « pour réduire ces risques ». Quant à M. Robertson, il a déclaré que le risque lié à la dette de 14,5 millions de dollars serait à lui seul suffisant pour faire en sorte que la OSFC recherche un taux de rendement annuel de plus de 15 p. 100 par an, « en espérant se rendre jusqu'aux vingtaines ». En fait, M. Kaulius a déclaré que la OSFC avait tiré un profit de plus de 15 p. 100 de son investissement de 3 millions de dollars. En effet, alors que la OSFC a versé 3 000 000 \$ en espèces à la CST, elle a reçu 3 850 000 \$ en espèces des détenteurs d'unités de catégorie A (110 000 \$ par unité de catégorie A) à la suite de la conversion en consortium immobilier.

[108] De plus, M. Kaulius a déclaré que la OSFC a bénéficié des rentrées d'exploitation parce qu'elle en obtenait la plus grande partie en raison des frais, y compris les frais incitatifs et le paiement reçu de la vente d'environ 76 p. 100 des pertes fiscales. Par contre, le rendement tiré des rentrées de fonds était négligeable pour les associés de catégorie A. Par conséquent, l'attente de bénéfice pour les associés de catégorie A était liée à une remontée de l'immobilier, c'est-à-dire à recevoir une part importante du produit net des ventes des immeubles. Cependant, vu la façon dont la contrepartie conditionnelle avait été structurée, on ne pouvait pas s'attendre à réaliser des bénéfices appréciables avant que le produit net des ventes

excède sensiblement 33 000 000 \$. L'avocat de l'intimée a également souligné que, selon la preuve, les associés de catégorie A étaient bien conscients qu'ils étaient exposés à une responsabilité illimitée à titre d'associés et qu'ils étaient préoccupés de leur responsabilité solidaire relativement au billet de 14,5 millions de dollars payable à la CST. Il est évident d'après les témoignages que leur principale préoccupation, étant donné que le marché de l'immobilier pouvait baisser davantage, était de limiter leurs risques de perte en remboursant le billet.

[109] En outre, l'avocat de l'intimée a signalé que M. Kaulius reconnaissait qu'à la suite de la conversion en consortium immobilier, la OSFC avait vendu approximativement 76 p. 100 de sa participation de 99 p. 100 de STIL II aux autres associés de SRMP et par conséquent 76 p. 100 des pertes fiscales de quelque 50 millions de dollars, pour lesquelles elle a été payée. Monsieur Kaulius reconnaissait aussi qu'on avait affirmé dès le début que les pertes fiscales étaient l'une des raisons pour lesquelles l'affaire intéressait les investisseurs potentiels, bien que, selon lui, le principal intérêt était l'immobilier.

[110] L'avocat de l'intimée a également souligné que, comme on pouvait le constater dans la copie de la lettre de E & Y adressée à M. Thomas en date du 2 juin 1993 (pièce 102, vol. VIII), les associés de Thorsteinssons avaient participé à l'affaire dès l'étape de la lettre d'intention, c'est-à-dire depuis le 5 mars 1993 au moins.

[111] À cet égard, il vaut la peine de renvoyer à la pièce 98 (vol. VII), une copie d'une lettre de Peter Thomas à E & Y du 31 mai 1993 qui a été envoyée afin de tenter de renégocier plusieurs clauses du contrat final. À la quatrième page de la lettre, M. Thomas a proposé une modification au sujet du partage du produit des ventes et a expliqué sa proposition comme suit :

[TRADUCTION]

À la suite de la réception de la documentation tard mercredi, les associés principaux de Thorsteinssons ont examiné de nouveau l'ensemble de l'offre. Leur position est que pour satisfaire à la DGAÉ et à l'exigence de l'attente de profit, le seuil de rentabilité lors de la réalisation des hypothèques doit être réduit et la OSFC doit être plus motivée à recevoir une part des bénéfices des hypothèques.

[112] Du point de vue de la CST ainsi que de la OSFC, comme M. Bradeen et M. Kaulius l'avaient présenté, on a expliqué ce commentaire comme étant une tactique de négociation de dernière minute. De plus, M. Gregory a nié qu'un tel avis juridique ait pu avoir été donné par l'un des associés de Thorsteinssons. Bien qu'il ait reconnu lors du contre-interrogatoire qu'il avait certainement discuté, à titre

d'investisseur, de la DGAÉ avec M. Robertson, il a déclaré qu'il n'avait exprimé aucune préoccupation au sujet de la réduction du seuil de rentabilité lors de la réalisation des hypothèques.

[113] Au sujet des réductions d'impôt, l'avocat a souligné que les appelants ont témoigné que les réductions dont ils profiteraient en raison des pertes de SRMP étaient un facteur attrayant et important. L'avocat a renvoyé à la preuve abondante, aussi bien documentaire qu'orale, relativement aux réductions d'impôt des appelants liées à leur attribution des pertes de SRMP.

[114] Lors du contre-interrogatoire de la plupart des témoins, l'avocat de l'intimée a présenté un calcul de la valeur approximative des réductions d'impôt des appelants à l'aide d'un calcul rapide. Bien que les taux d'imposition varient selon le montant du revenu imposable, on pouvait calculer approximativement les réductions d'impôt des appelants en appliquant à la part des pertes de SRMP attribuées aux appelants un taux d'imposition moyen de 45,5 p. 100 dans le cas des sociétés et un taux d'imposition moyen de 43,3 p. 100 dans le cas des particuliers. L'avocat a souligné que M. Cook avait utilisé un taux d'imposition de 45 p. 100 pour lui-même dans son calcul des réductions d'impôt (pièce A-21). En utilisant ce calcul rapide, les réductions d'impôt brutes approximatives pour une société associée auraient été de 476 698 \$ par unité de catégorie A et, pour un particulier associé, de 453 649 \$ par unité de catégorie A. Selon l'avocat de l'intimée, en comparant ces résultats avec le rendement commercial de 67 572 \$ par unité calculé par M. Gregory (pièce A-18), les réductions d'impôt brutes approximatives sont 7 fois plus élevées que le rendement commercial dans le cas de sociétés détentrices d'unités de catégorie A et 6,7 fois plus élevées dans le cas de particuliers détenteurs d'unités de catégorie A.

[115] L'avocat a souligné que même si on déduisait le montant de 125 700 \$ qu'il fallait payer relativement à chaque unité de catégorie A des réductions d'impôt brutes, les réductions d'impôt nettes pour chaque unité de catégorie A détenue par une société, soit 350 974 \$, seraient 5,19 fois plus élevées que le rendement commercial selon M. Gregory, tandis que les réductions d'impôt nettes pour chaque unité de catégorie A détenue par un particulier, soit 327 935 \$, seraient 4,9 fois plus élevées que le rendement commercial selon M. Gregory.

[116] Dans le cas de détenteurs d'unités de catégorie B, à l'exception de la OSFC, parce qu'ils n'avaient pas à payer leurs pertes fiscales ou leurs unités de catégorie B, à l'exception de leur contribution de 1 \$, l'avocat de l'intimée a suggéré que leurs réductions d'impôt nettes auraient été égales à leurs réductions d'impôt brutes et

seraient donc de 476 698 \$ par unité de catégorie B dans le cas de sociétés associées et de 453 649 \$ par unité de catégorie B dans le cas de particuliers.

[117] Ensuite, en renvoyant aux calculs de M. Cook relatifs aux réductions d'impôt (pièce A-21), l'avocat de l'intimée a fait remarquer que M. Cook avait fait ses calculs d'après un certain nombre d'hypothèses simplifiées. La plus importante de celles-ci était que la dissolution aurait lieu dans un délai de six ans après 1993 en raison de l'achèvement du plan d'entreprise ou du décès d'un associé, ce qui donnerait lieu, selon les calculs de M. Cook, à un avantage net découlant du report de l'impôt de 126 396 \$.

[118] Cependant, l'avocat a signalé qu'après avoir admis que l'avantage fiscal total qu'il s'attendait à recevoir de l'opération était « une partie très attrayante de cela », M. Cook a reconnu qu'il n'y avait pas de « date limite » dans le contrat de société de SRMP, c'est-à-dire une date à laquelle la société prendrait automatiquement fin, et que, sous réserve de la poursuite des activités de la société, les associés qui restaient pouvaient parfaitement garder la société en nom collectif en vie en continuant à posséder ne serait-ce qu'un seul immeuble. L'avocat a également souligné que l'article 2.07 du contrat de société de SRMP (pièce 35, vol. III) portait même que la durée de la société en nom collectif était illimitée et qu'on ne pouvait y mettre fin qu'en vertu des dispositions de l'article 10.

L'article 10.01 se lit comme suit :

[TRADUCTION]

10.01 Événements entraînant la dissolution

La société en nom collectif sera dissoute lors du premier en date des événements suivants :

- a) 180 jours après la faillite de la OSFC, sauf si la OSFC est remplacée dans les 180 jours qui suivent;
- b) l'adoption d'une résolution spéciale des associés approuvant la dissolution et la liquidation de la société en nom collectif; cependant, une telle résolution ne peut être soumise à un vote ou adoptée avant le 31 décembre 2100.

[119] Ainsi, sauf si la OSFC faisait faillite et n'était pas remplacée dans les 180 jours qui suivaient, la société SRMP ne pourrait pas prendre fin avant le 31 décembre 2100. De plus, l'avocat a souligné que du point de vue juridique, même

si la société 1004568 devait pour une raison quelconque cesser d'être une associée de STIL II, cela ne signifierait pas la fin de l'existence de la société en nom collectif.

[120] Pour ce qui est de la liquidation éventuelle de la société, il est intéressant de renvoyer à la copie d'une note de M. Robertson à M. Gregory en date du 9 avril 1996 (pièce 57, vol. IV). Dans la section intitulée « Acquisitions de biens », ce document se lit en partie comme suit :

[TRADUCTION]

La question qui nous concerne maintenant est de savoir si les lettres de crédit doivent être libérées peu à peu lorsque nous obtenons le produit des ventes des biens, avant d'acquérir un autre bien. Comme nous l'avions prévu au début, nous souhaitons continuer les activités de cette société. En conséquence, il faudrait acquérir un bien avant la vente du dernier bien du portefeuille.

[Je souligne.]

[121] Une copie d'une autre note de M. Robertson à M. Gregory en date du 17 décembre 1997 (pièce 208) est également pertinente. Dans le dernier alinéa de la section intitulée « Réalisation de biens », cette note indique ce qui suit :

[TRADUCTION]

En dernier lieu, la société en nom collectif ne peut jamais être liquidée, sinon les associés subiraient des conséquences fiscales inacceptables. En conséquence, une grande partie de cette valeur restera dans la société en nom collectif.

#### **IV LA QUESTION FISCALE (LA DGAÉ)**

##### **(A) COMMENTAIRES PRÉLIMINAIRES**

##### **1. Décision dans l'appel de J. N. Gregory (n° 1999-488(IT)G)**

[122] Il convient de noter que, dans l'avis de requête déposé en vertu de l'article 58 des *Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)*, l'appelant John N. Gregory cherchait à ce que la question de la validité constitutionnelle de l'article 245 de la *Loi* soit tranchée comme question de droit préliminaire. Le juge en chef adjoint Bowman a entendu la requête le 6 mars 2000 et a accordé l'ordonnance demandée le 17 mars 2000 dans l'affaire *Gregory c. La Reine*, C.C.I., n° 1999-488(IT)G, 17 mars 2000, 2000 D.T.C. 2027 (« *Gregory-C.C.I.* »). Son

ordonnance a toutefois été infirmée par la Cour d'appel fédérale le 11 octobre 2000 dans l'affaire *La Reine c. Gregory*, C.A.F., n° A-192-00, 11 octobre 2000, 2000 D.T.C. 6561 (« *Gregory-C.A.F.* »). Puisque le jugement de la Cour fédérale donne quelques indications au sujet de l'analyse de la question en vertu de la *Charte*, il ne serait pas inutile de se reporter aux argumentations des parties ainsi qu'aux motifs des deux Cours.

[123] Les paragraphes 58(1) et 58(2) des *Règles* énoncent ce qui suit :

58.(1) Une partie peut demander à la Cour,

- a) soit de se prononcer, avant l'audience, sur une question de droit soulevée dans une instance si la décision pourrait régler l'instance en totalité ou en partie, abréger substantiellement l'audience ou résulter en une économie substantielle des frais;
- b) soit de radier un acte de procédure au motif qu'il ne révèle aucun moyen raisonnable d'appel ou de contestation de l'appel,

et la Cour peut rendre jugement en conséquence.

(2) Aucune preuve n'est admissible à l'égard d'une demande,

- a) présentée en vertu de l'alinéa (1)a), sauf avec l'autorisation de la Cour ou le consentement des parties;
- b) présentée en vertu de l'alinéa (1)b).

[124] À l'appui de sa requête, l'appelant Gregory a soutenu que l'inconstitutionnalité de la DGAÉ apparaît clairement de son libellé puisque son application demande une analyse en deux étapes qui se contredisent mutuellement. En conséquence, il a fait valoir que la constitutionnalité de la DGAÉ est une pure question de droit qui peut être tranchée sans qu'il soit nécessaire de présenter de preuve. En outre, il a fait une distinction entre les faits en litige et les faits législatifs, en affirmant que seuls ces derniers seraient nécessaires pour trancher la question en vertu de la *Charte*.

[125] L'intimée, cependant, a soutenu que pour établir qu'une disposition légale particulière contrevient à l'article 7 de la *Charte*, une partie doit prouver au minimum qu'elle est touchée par cette loi, car les tribunaux ne trancheront pas des questions hypothétiques. Puisque des questions non liées à la DGAÉ concernant les opérations en litige avaient été soulevées lors de l'audition de la requête, l'intimée a soutenu qu'il

serait hypothétique de trancher la question formulée dans la requête de l'appelant. L'intimée a de plus fait valoir qu'il faut d'abord décider si la DGAÉ contrevient à un ou à plusieurs des droits énoncés à l'article 7 de la *Charte* pour pouvoir trancher si la DGAÉ contrevient à cet article. L'intimée a soutenu qu'il n'est pas manifeste que la DGAÉ pourrait priver une personne d'un de ces droits (à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne) et que la violation d'un de ces droits ne pourrait être établie que si la personne qui conteste la validité constitutionnelle de l'article présente une preuve à cet égard. En conséquence, l'intimée a conclu que pour trancher la question formulée par l'appelant, il serait nécessaire de présenter une preuve importante sur des faits en litige et des faits législatifs. L'intimée a donc soutenu que la question posée ne pouvait être tranchée en vertu de l'article 58 des *Règles*.

[126] Le juge Bowman a accordé la requête des appelants pour les motifs énoncés au paragraphe 17 :

L'avocat de l'appelant a indiqué ne pas avoir l'intention de présenter de faits en litige semblables à ceux qui ont été considérés nécessaires dans les causes *Danson* ou *MacKay*. Il soutient que l'inconstitutionnalité de l'article 245 apparaît clairement à sa lecture et qu'aucune preuve supplémentaire n'est requise. Il n'allègue aucune conséquence inconstitutionnelle touchant l'appelant, ou une catégorie donnée de personnes, et nécessitant le dépôt d'une preuve. Il soutient que la disposition législative concernée est d'une imprécision inacceptable et que, par conséquent, elle est contraire aux exigences de fond de la primauté du droit et contrevient à l'article 7 de la *Charte*. L'avocat de l'appelant soutient que, dans un tel cas, aucune preuve n'est requise. Il s'agit là de la façon dont il choisit de formuler sa contestation de la loi et ce n'est pas à la Cour (ni à la Couronne) de dire à l'appelant comment présenter sa cause. À mon avis, il serait tout aussi mal venu d'imposer des obstacles procéduraux à un citoyen qui essaie d'invoquer la loi suprême de notre pays.

[127] Le juge Bowman a statué comme suit au paragraphe 20 : « La constitutionnalité de l'article 245 est une question de droit séparée et distincte qui peut être tranchée sans se rapporter aux autres faits en litige dans le présent appel. »

[128] La Cour d'appel fédérale a cependant accepté l'argumentation de l'intimée. Le juge Noël a donné des motifs du jugement auxquels le juge Rothstein a souscrit, tandis que le juge Létourneau a donné des motifs distincts.

[129] Le juge Noël s'est appuyé sur l'affaire *Ontario c. Canadien Pacifique Limitée*, [1995] 2 R.C.S. 1031 (« *Ontario c. C.P.* »), une décision où la Cour suprême du Canada a déclaré à la page 1090 que « s'il est possible de procéder à une interprétation judiciaire, alors la loi attaquée n'est pas imprécise ». Le juge Noël a conclu ce qui suit aux paragraphes 6 et 7 de ses motifs :

Il s'ensuit qu'avant de procéder à une analyse pour savoir si l'article 245 est à sa lecture imprécis au point de le rendre inapplicable sur le plan constitutionnel, la Cour de l'impôt devait tout d'abord tenter de voir si l'article 245 pouvait être appliqué aux faits en litige dans l'appel dont elle était saisie; pour reprendre les mots de la Cour suprême, si la disposition contestée peut être appliquée aux faits pertinents, elle « n'est manifestement pas imprécise ». Ce n'est qu'après avoir essayé sans succès d'exercer sa fonction d'interprétation que la Cour peut aborder la question plus large soulevée par l'intimé.

Sans les faits en litige pertinents, la question telle qu'elle a été formulée par l'intimé ne peut être réglée de façon préliminaire. Cela est suffisant pour régler l'appel et nous nous abstenons d'exprimer notre opinion sur les autres motifs exprimés par notre collègue pour accueillir l'appel.

[130] Le juge Létourneau est arrivé à la même conclusion, bien que pour des motifs différents. Au paragraphe 8 de ses motifs, il s'appuie sur l'affaire *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, en déclarant que :

[...] la question qu'il faut se poser dans les contestations fondées sur l'article 7 n'est pas de savoir si le fait allégué **peut** déclencher l'application de l'article 7 de la Charte, mais bien de savoir si on a **réellement** porté atteinte aux droits garantis à l'intimé par l'article 7 dans les circonstances de l'espèce. En l'espèce, au-delà de la simple affirmation qu'il y aura atteinte à ces droits, aucune preuve n'a été produite quant à savoir comment, pourquoi et quand l'application potentielle de l'article 245 pourrait porter atteinte aux droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de l'intimé. J'utilise les mots application potentielle parce qu'il est possible que la responsabilité du contribuable dans la présente instance soit déterminée par la Cour de l'impôt dans la décision qu'elle rendra sur les questions non liées à la DGAÉ, ce qui la dispenserait de se prononcer sur la constitutionnalité de la DGAÉ.

[131] Il a ensuite déclaré, aux paragraphes 9 et 11 :

Il est bien établi en droit qu'une contestation fondée sur l'article 7 se déroule en deux étapes. Tout d'abord, il doit y avoir une preuve qu'on a porté atteinte aux droits garantis au citoyen par l'article 7. Deuxièmement, il faut produire une preuve établissant qu'il a été privé de ces droits d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale : *Blencoe*, précité, *R. c. Beare* [1988] 2 R.C.S. 387, page 401 [...]

Accepter cette position sans la moindre preuve qu'il y a eu atteinte aux droits garantis à l'intimé par l'article 7 élève la protection contre l'imprécision « au rang de droit constitutionnel garanti par l'article 7 », ce qui ne peut être fait : voir *Blencoe*, précité, au paragraphe 97.

[132] Il était donc d'accord avec le juge Noël pour infirmer l'ordonnance du juge Bowman.

[133] Ce qui précède peut nous fournir des conseils sur la façon de procéder. Le juge Noël, en s'appuyant sur l'affaire *Ontario c. C.P.*, précitée, a conclu au paragraphe 6 de ses motifs que : « Ce n'est qu'après avoir essayé sans succès d'exercer sa fonction d'interprétation que la Cour peut aborder la question plus large soulevée par l'intimée. » Le corollaire semble être que, dans la mesure où la Cour réussit dans sa tentative d'interprétation de l'article 245, on peut ne pas tenir compte de la question relative à la *Charte*. Ce qui est moins clair, c'est ce qui constitue l'« interprétation » envisagée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Ontario c. C.P.*, précitée. On a fait valoir que si l'interprétation exige que la Cour exerce un pouvoir discrétionnaire trop étendu, alors la Cour n'aura pas exercé sa fonction d'interprétation. De plus, les contradictions de la jurisprudence relative à l'article 245 appuient une telle conclusion. Quoi qu'il en soit, il s'ensuit de la décision de la Cour d'appel fédérale que je dois d'abord analyser la DGAÉ avant de m'occuper de la question de la *Charte*.

## **2. La décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire OSFC**

[134] Après l'audition des présents appels, la Cour d'appel fédérale a rendu une décision rejetant l'appel interjeté par la OSFC à l'encontre du jugement du juge Bowie de notre cour au motif que les dispositions de la DGAÉ s'appliquaient dans les circonstances de l'espèce. Il s'agit de l'affaire *OSFC Holdings Ltd. c. La Reine*, C.A.F., n° A-424-99, 11 septembre 2001, 2001 D.T.C. 5471 (« *OSFC-C.A.F.* »). On a alors offert aux avocats dans les présents appels la possibilité de présenter des observations écrites supplémentaires eu égard aux conclusions de la Cour d'appel fédérale, ce qu'ils ont fait. Je traiterai de ces observations séparément, après la présentation des premières observations des deux parties lors de l'audience.

### **(B) LES DISPOSITIONS DE LA LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU**

[135] Le paragraphe 18(13) de la *Loi* qui était en vigueur à l'époque pertinente se lisait comme suit :

**(13) Perte superficielle.** — Sous réserve du paragraphe 138(5.2) et malgré les autres dispositions de la présente loi, dans le cas où un contribuable — qui, à un moment donné d'une année d'imposition, réside au Canada et dont l'activité d'entreprise habituelle au cours de cette année consiste en partie à prêter de l'argent ou qui, à un

moment donné de l'année, exploite une entreprise de prêt d'argent au Canada — subit une perte lors de la disposition d'un bien utilisé ou détenu dans le cadre de l'entreprise et qui est une action, ou un prêt, une obligation, un billet, une hypothèque, une convention de vente ou une autre créance mais qui n'est pas une immobilisation du contribuable, aucun montant n'est déductible au titre de la perte dans le calcul de son revenu provenant de cette entreprise pour l'année si :

- a) d'une part, au cours de la période commençant 30 jours avant et se terminant 30 jours après la disposition, le contribuable ou une personne ou société de personnes avec laquelle il a un lien de dépendance acquiert ou convient d'acquérir le même bien ou un bien identique — appelés « bien de remplacement » au présent paragraphe;
- b) d'autre part, à la fin de cette période, le contribuable ou la personne ou société de personnes, selon le cas, est propriétaire du bien de remplacement ou a le droit de l'acquérir.

Cette perte doit être ajoutée dans le calcul du coût du bien de remplacement pour le contribuable ou pour la personne ou société de personnes, selon le cas.

Les paragraphes 245(1) à 245(4) de la *Loi* se lisent comme suit :

#### **245. [Disposition générale anti-évitement]**

**(1) Définitions.** Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article et au paragraphe 152(1.11).

« 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 payable en application de la présente loi ou augmentation d'un remboursement d'impôt ou d'un autre montant visé par la présente loi.

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

**(2) Disposition générale anti-évitement.** En cas d'opération d'évitement, les attributs fiscaux d'une personne doivent être déterminés de façon raisonnable dans

les circonstances de sorte 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) Opération d'évitement.** L'opération d'évitement s'entend :

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

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

**(4) Champ d'application précisé.** Il est entendu que l'opération dont il est raisonnable de considérer qu'elle n'entraîne pas, directement ou indirectement, d'abus dans l'application des dispositions de la présente loi lue dans son ensemble — abstraction faite du présent article — n'est pas visée par le paragraphe (2).

Le paragraphe 248(10) de la *Loi* se lit comme suit :

**(10) Série d'opérations.** Pour l'application de la présente loi, une série d'opérations ou d'événements, lorsqu'il y est renvoyé, est réputée comprendre les opérations et événements liés terminés en vue de réaliser la série.

## **(C) OBSERVATIONS**

### **1. Premières observations**

[136] La meilleure façon de présenter les observations de l'avocat des appelants est la suivante : si une opération réelle et véritable sous-tend les opérations contestées, on ne devrait pas avoir recours à la DGAÉ pour annuler les avantages fiscaux liés à ces opérations. Du point de vue de l'avocat, cette interprétation serait conforme au but législatif recherché par la DGAÉ, qui était d'introduire dans la loi le critère de l'« objet commercial » semblable à celui utilisé aux États-Unis, mais que la Cour suprême du Canada avait rejeté dans l'affaire *Stuart Investments Limited c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536. Selon l'avocat, les cours d'appels des États-Unis ont statué dans des jugements récents qu'il est satisfait au critère de l'« objet commercial » s'il existe une entreprise véritable, indépendamment des conséquences

fiscales des opérations : voir les affaires *IES Industries, Inc. and Alliant Energy Corporation v. United States*, U.S. Ct. App. (8<sup>e</sup> circuit) (dossiers n<sup>os</sup> 00-1221 et 00-1535, 14 juin 2001) et *UPS v. Commissioner of IRS*, U.S. Ct. App. (11<sup>e</sup> circuit) (dossier n<sup>o</sup> 00-12720, 20 juin 2001). Selon l'avocat, dans plusieurs affaires en matière de DGAÉ, cette interprétation limitera les questions à trancher au caractère suffisant de l'activité commerciale exercée et au lien entre l'avantage fiscal recherché et cette activité; il soutient qu'il s'agit là de concepts tangibles avec lesquels les tribunaux sont à l'aise. L'avocat a soutenu que, dans les présents appels, puisque le maintien du coût d'origine du portefeuille constituait un avantage fiscal lié à une entreprise immobilière réelle et véritable exercée dans le cadre du portefeuille, la DGAÉ ne peut s'appliquer si on retient cette interprétation.

[137] L'avocat a également soutenu que cette interprétation est conforme aux deux approches distinctes adoptées par notre cour dans des affaires récentes relatives à la DGAÉ. En invoquant la première approche, illustrée par l'affaire *Rousseau-Houle c. La Reine*, C.C.I., n<sup>o</sup> 98-1846(IT)G, 23 mars 2001, 2001 D.T.C. 250, la décision très récente dans l'affaire *Produits Forestiers Donohue Inc. c. La Reine*, C.C.I., n<sup>o</sup> 98-2655(IT)G, 13 juin 2001, 2001 D.T.C. 823, et l'affaire *Fredette c. La Reine*, C.C.I., n<sup>o</sup> 98-1340(IT)G, 23 mars 2001, 2001 D.T.C. 621, aussi bien que par les motifs secondaires dans les affaires *Canadien Pacifique Limitée c. La Reine*, C.C.I., n<sup>o</sup> 95-3534(IT)G, 13 octobre 2000, 2000 D.T.C. 2428 (« *Canadien Pacifique-C.C.I.* »), *Jabs Construction Limited c. La Reine*, C.C.I., n<sup>o</sup> 98-827(IT)G, 24 juin 1999, 99 D.T.C. 729, et *Geransky c. La Reine*, C.C.I., n<sup>o</sup> 98-2383(IT)G, 19 février 2001, 2001 D.T.C. 243, l'avocat a déclaré qu'il n'y a pas d'abus dans l'application des dispositions de la *Loi* lue dans son ensemble si le contribuable a mis en oeuvre une opération commerciale légitime en choisissant de le faire de la façon qui procure le résultat fiscal le plus favorable en vertu de la *Loi*. La seconde approche est illustrée par les affaires *Husky Oil Limited c. La Reine*, C.C.I., n<sup>o</sup> 97-1060(IT)G, 22 décembre 1998, 99 D.T.C. 308, *Canadien Pacifique-C.C.I.*, précitée, et *Geransky*, précitée; l'avocat a déclaré qu'en autant que l'ensemble de l'opération a un objectif commercial légitime, il n'y aura pas d'opération d'évitement tout simplement parce que l'objectif commercial est atteint d'une façon efficace du point de vue fiscal.

[138] L'avocat de l'intimée a rejeté la prétention des appelants selon laquelle l'article 245 ne s'applique pas lorsqu'il existe une opération commerciale sous-jacente. Il soutient que l'approche appropriée est d'avoir recours à une analyse méthodique, comme celle suivie par le juge Bowie dans l'affaire *OSFC-C.C.I.*, précitée, et subséquemment dans l'affaire *Duncan c. La Reine*, C.C.I., n<sup>o</sup> 98-2936(IT)G, 8 janvier 2001, 2001 D.T.C. 96. Dans l'affaire *OSFC-C.C.I.*, le juge Bowie a formulé l'analyse suivante en quatre étapes, au paragraphe 37 :

Je dois répondre aux questions suivantes se rapportant à l'application de la DGAE :

1. Sans l'application de l'article 245, est-ce que la constitution de la 1004568, la formation de la STIL II et la vente, par la Standard à l'appelante, de la participation de la Standard dans la STIL II ou l'une quelconque de ces opérations auraient donné lieu à un avantage fiscal?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, est-il raisonnable de considérer que la ou les opérations ont principalement été effectuées pour des objets véritables — l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable?
3. Si la réponse à la première question est affirmative et que la réponse à la deuxième question est négative, est-ce que la ou les opérations ont entraîné, directement ou indirectement, un abus dans l'application des dispositions de la *Loi* lue dans son ensemble?
4. S'il est répondu affirmativement à la première question, négativement à la deuxième question et affirmativement à la troisième, lequel des redressements prévus au paragraphe 245(5) est approprié?

[139] La présentation des argumentations détaillées des avocats suivra en général l'analyse du juge Bowie dans l'affaire *OSFC-C.C.I.*, précitée, que la Cour d'appel fédérale a approuvée en rejetant l'appel de la *OSFC Holdings Ltd.* dans la même affaire, soit la décision *OSFC-C.A.F.*, précitée.

(a) **Avantage fiscal (paragraphe 245(1))**

[140] L'avocat des appelants n'a pas contesté que les appelants avaient obtenu un avantage fiscal au sens du paragraphe 245(1) à la suite des opérations en cause, quoiqu'il ait fait valoir que l'avantage en question avait une portée limitée, puisqu'il ne s'agissait que d'un simple report. Néanmoins, compte tenu de la définition large des termes « avantage fiscal » reproduite ci-dessus, l'avocat de l'intimée a soutenu qu'il n'y avait aucun doute qu'un avantage fiscal découlait des opérations. La question relative à la valeur de l'avantage sera abordée dans le cadre des observations concernant l'objet véritable en vertu du paragraphe 245(3) de la *Loi*.

[141] Pour que le paragraphe 245(2) s'applique, l'avantage fiscal doit découler d'une opération d'évitement ou d'une série d'opérations dont une opération d'évitement fait partie. Il faut donc décider si l'on doit considérer l'une des opérations en cause ou

l'ensemble de ces opérations comme une opération d'évitement ou comme une série d'opérations de cette nature au sens de article 245.

(b) **Avantage fiscal qui découle d'une opération d'évitement ou d'une série d'opérations dont une opération d'évitement fait partie (paragraphe 245(2) et (3))**

(i) **Les opérations d'évitement et les séries d'opérations en général**

[142] En s'appuyant sur les motifs dans un certain nombre de décisions rendues par notre cour, à savoir *Husky Oil*, précitée, *Canadien Pacifique-C.C.I.*, précitée, *Jabs Construction*, précitée, et *Geransky*, précitée, l'avocat des appelants a affirmé que la DGAÉ ne devrait pas s'appliquer lorsqu'une opération commerciale réelle et véritable sous-tend les opérations contestées. Pour appuyer son affirmation, il a invoqué tout particulièrement la partie suivante des motifs du jugement du juge Bonner dans l'affaire *Canadien Pacifique-C.C.I.*, précitée, au paragraphe 15 :

Les opérations qui composent, selon l'intimée, la série sont, lorsque envisagées objectivement, inextricablement liées comme des éléments d'un processus visant principalement à produire le capital emprunté dont l'appelante avait besoin à des fins commerciales. Le capital a été obtenu et il a ainsi été utilisé. Aucune des opérations faisant partie de la série ne peut être considérée comme ayant été organisée pour un objet qui diffère de l'objectif global de la série. La preuve ne soutient tout simplement pas la position de l'intimée. En conséquence, aucune des opérations que l'intimée invoque ne constituait une opération d'évitement au sens du paragraphe 245(3).

[143] Étant donné ce qui précède, l'avocat a soutenu que dans les présents appels, toutes les opérations servaient un seul objet commercial, à savoir l'aliénation du portefeuille par les associés de SRMP. En conséquence, l'avocat a soutenu qu'on ne pouvait considérer aucune des opérations en cause comme des opérations d'évitement.

[144] L'avocat des appelants a soutenu également que la seule opération pertinente était l'acquisition par les appelants de leur participation dans la société SRMP. En fait, selon l'avocat, on ne pouvait pas considérer les opérations auxquelles les appelants n'avaient pas participé comme des opérations d'évitement et elles ne sont pas pertinentes aux présents appels.

[145] Selon l'avocat, pour qu'une opération soit une opération d'évitement, deux conditions doivent être remplies. En premier lieu, la Cour doit statuer que de l'opération en cause, ou de la série d'opérations dont l'opération en cause fait partie, « découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal ». Si la première condition est remplie, la Cour doit alors statuer qu'il n'est pas « raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables — l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considéré comme un objet véritable ». La seconde condition porte sur l'objet, et l'avocat soutient donc que c'est l'objet principal de la personne effectuant ou organisant l'opération en cause qu'il faut évaluer pour déterminer si le but était d'obtenir l'avantage fiscal.

[146] L'avocat soutient que le mot « obtention » renvoie à la personne dont l'objet est en cause et qu'il faut que ce soit cette personne qui reçoive l'avantage fiscal. En conséquence, l'avocat affirme que seules les opérations effectuées ou organisées par le contribuable pour obtenir un avantage fiscal pour lui-même sont pertinentes. En conséquence, l'avocat a prétendu que la seule opération pertinente dans les présents appels est l'acquisition par les appelants de leur participation dans la société SRMP. Selon lui, les opérations antérieures d'une série d'opérations ne sont pertinentes que lorsqu'il s'agit de décider de façon objective si l'opération à laquelle le contribuable a participé a été effectuée principalement pour des objets véritables, autres que celui d'obtenir l'avantage fiscal.

[147] De plus, l'avocat a soutenu que des opérations ne peuvent faire partie d'une série d'opérations dont découle un avantage fiscal pour les appelants si les opérations sont effectuées par une tierce personne sans que les appelants en aient connaissance ou sans identifier les appelants. Selon l'avocat, le critère applicable est formulé dans l'affaire *Craven v. White, Commissioners of Inland Revenue v. Bowater Property Developments Ltd., Baylis v. Gregory* (1988), 62 TC 151 (Ch. des lords) (« *Craven v. White* »). En conséquence, pour qu'il y ait une série, il doit y avoir une connexion ou un lien direct entre les opérations de façon que l'ensemble des opérations de la série est établi à l'avance de sorte qu'elles ne constituent qu'une seule opération composée. De plus, l'avocat a soutenu qu'il doit y avoir une preuve raisonnable qui indique qu'au moment de la première étape, il existait un objectif précis quant aux étapes finales et qu'on prévoyait que l'opération se terminerait de façon à atteindre cet objectif final.

[148] Quoi qu'il en soit, l'avocat a soutenu que les opérations antérieures n'étaient pas des opérations d'évitement au sens du paragraphe 245(3). En fait, sa prétention est que le seul objectif de la CST lors de l'organisation des opérations antérieures était d'organiser l'activité commerciale comprise dans le portefeuille de façon à obtenir le produit le plus élevé possible plutôt que d'obtenir un avantage fiscal. Selon lui, cela

est établi par le fait que la CST aurait vendu le portefeuille directement si elle avait reçu un produit de vente comparable à celui recherché pour l'activité commerciale comprise dans le portefeuille.

[149] Pour sa part, l'avocat de l'intimée a soutenu que pour analyser si une opération ou une série d'opérations est une opération d'évitement ou une série d'opérations d'évitement, il faut déterminer l'objet principal du contribuable. À son avis, cette détermination requiert en premier lieu la détermination d'une question préliminaire, celle de savoir si l'opération ou la série avait un objet commercial. Si la réponse à cette question est négative, cela termine l'enquête car, par définition, une telle opération n'aurait pu être effectuée pour un objet autre que celui d'obtenir un avantage fiscal. Cependant, si la réponse à la question préliminaire est positive, une autre question se présente alors, celle de savoir si l'objet principal de l'opération ou de la série d'opérations était d'obtenir l'avantage fiscal.

[150] Selon l'avocat, on ne devrait pas interpréter la question préliminaire de la même façon que les critères de l'exploitation d'une entreprise ou de l'attente raisonnable d'un profit que la *Loi* envisage ailleurs, puisque ces critères ne comprennent pas une analyse quantitative de l'attente d'un profit. Selon l'avocat, le critère prévu au paragraphe 245(3) comprend une analyse quantitative, la question préliminaire étant de déterminer si le montant du profit qu'il était raisonnable de s'attendre à tirer de l'opération aurait été suffisant pour persuader un homme d'affaires recherchant des bénéfices à y prendre part. Inversement, la question suivante comporte, à son avis, une simple comparaison du bénéfice qu'on pourrait raisonnablement s'attendre à tirer de l'opération et de l'avantage fiscal auquel elle donne lieu. Selon la prétention de l'avocat, si le montant de l'avantage fiscal excède de beaucoup l'avantage autre que fiscal, on en inférera que l'opération ne peut être considérée comme ayant été effectuée principalement pour un objet autre que celui d'obtenir l'avantage fiscal.

[151] De plus, selon l'avocat, les termes « 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 » exigent que l'analyse se fasse d'après des normes et des faits objectifs et ne se réduise pas simplement aux déclarations de l'auteur des opérations au sujet de ses intentions lorsqu'il a participé aux opérations.

[152] L'avocat de l'intimée a également soutenu que le sens de l'expression « l'obtention de l'avantage fiscal » au paragraphe 245(3) n'est pas aussi étroit que l'avocat des appelants l'a affirmé. Il soutient que le mot « obtention » n'exige pas que

l'avantage en question soit obligatoirement au profit de l'auteur des opérations. Il a également renvoyé au raisonnement de notre cour dans l'affaire *OSFC-C.C.I.*, précitée, en soutenant que les paragraphes 245(2) et 245(3) de la *Loi* sont soigneusement rédigés pour s'assurer qu'ils ne s'appliquent pas uniquement aux situations où l'avantage fiscal profite à l'auteur des opérations. En outre, l'avocat a soutenu que les dispositions des paragraphes 245(2) et 245(3) énonçant que l'avantage fiscal peut découler *indirectement* d'une opération ou d'une série d'opérations indiquent clairement qu'il n'est pas nécessaire que le bénéficiaire de l'avantage fiscal soit l'auteur des opérations, puisqu'un résultat indirect n'a pas forcément de connexion directe avec l'opération ou l'événement dont on prétend qu'il découle indirectement.

[153] De plus, l'avocat de l'intimée a soutenu qu'il peut exister plusieurs critères pour déterminer quels genres d'opérations constituent une série d'opérations. L'un de ces critères est le critère de l'« engagement exécutoire » énoncé dans l'affaire *Craven v. White*, précitée, une décision invoquée par l'avocat des appelants. D'après l'avocat de l'intimée, bien qu'il soit peut-être approprié d'adopter le critère restrictif de l'« engagement exécutoire » dans des situations antérieures à la DGAÉ ou pour d'autres dispositions de la *Loi* qui portent sur une série d'opérations, il n'est pas justifié d'adopter ce critère aux fins de l'alinéa 245(3)b). Selon l'avocat, d'autres critères, tels que le critère de l'« interdépendance mutuelle » et le critère du « résultat final », sont plus appropriés. Selon le critère de l'« interdépendance mutuelle », deux opérations ou plusieurs constituent une série si les opérations sont si interdépendantes que le résultat d'une opération n'aurait aucun sens en l'absence de la réalisation de l'autre opération ou des autres opérations. Selon le critère du « résultat final », qui est intimement lié à la règle selon laquelle la substance l'emporte sur l'apparence, deux opérations ou plusieurs constituent une série si leur substance est d'être des composants d'une seule opération dont les éléments devaient dès le début servir à atteindre le résultat final. Selon l'avocat, il s'ensuit du libellé de l'alinéa 245(3)b) qu'en ce qui a trait à une série d'opérations, il faut prendre en considération le résultat plutôt que l'objet et il serait donc préférable d'interpréter cet alinéa à la lumière d'un de ces critères.

[154] Selon l'avocat de l'intimée, les opérations de la CST et l'opération de la OSFC étaient manifestement interdépendantes, comme notre cour l'a conclu dans l'affaire *OSFC-C.C.I.*, précitée. Sans l'opération de la OSFC, les trois opérations antérieures n'auraient pas eu lieu et n'auraient pas eu de sens; en l'absence des opérations de la CST, l'opération de la OSFC n'aurait pas eu lieu. Puisque la preuve montre clairement qu'on envisageait, lorsque la OSFC a participé à l'opération, de créer un consortium immobilier dont les appelants seraient membres relativement à une partie

de la participation de la OSFC dans la société STIL II, l'avocat a soutenu que les opérations de SRMP ainsi que les opérations antérieures étaient également interdépendantes. De même, l'avocat soutient que le critère du « résultat final » aurait mené à la même conclusion, puisque la seule raison d'être des opérations de la CST était le transfert des pertes fiscales de la CST à une personne sans lien de dépendance, telle que la OSFC et les appelants.

[155] Cependant, l'avocat prétend que, si la Cour devait conclure que l'alinéa 245(3)b) nécessite que la personne qui obtient l'avantage fiscal découlant d'une série d'opérations ait participé à l'une au moins des opérations de la série, le paragraphe 248(10) élargit le concept de « série » pour inclure les opérations terminées en vue de réaliser la série. En invoquant l'ouvrage *Black's Law Dictionary*, 6<sup>e</sup> éd. (St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1990), à la page 318, l'avocat a soutenu que le terme anglais « *contemplation* » (en vue) comprend la prise en considération d'un acte ou d'une série d'actes avec l'intention de les exécuter ou de les adopter. En conséquence, une opération terminée en vue de réaliser une série comprendrait, à son avis, une opération terminée après que les opérations constituant la série se sont produites aussi bien qu'une opération prévue ou terminée avant la série. En conséquence, il soutient que les opérations de SRMP feraient partie de la série et qu'il n'est pas pertinent de savoir si elles étaient ou non des opérations d'évitement.

[156] Quoi qu'il en soit, l'avocat de l'intimée a soutenu que si la Cour devait appliquer le critère de l'« engagement exécutoire » mentionné dans l'affaire *Craven v. White*, précitée, le paragraphe 245(2) s'appliquerait néanmoins en l'espèce. À son avis, même si on suppose que la série d'opérations en l'espèce se limite aux opérations de la CST, il découlerait néanmoins de cette série tronquée un avantage fiscal pour la OSFC et les appelants, bien qu'indirectement. En conséquence, l'avocat soutient qu'il n'est pas pertinent de savoir si l'opération de la OSFC et les opérations de SRMP étaient des opérations d'évitement.

(ii) **Les opérations de SRMP en particulier**

[157] En s'appuyant sur le dictionnaire *The Oxford English Dictionary* et sur les affaires *Husky Oil*, précitée, *Canadien Pacifique-C.C.I.*, précitée, *Jabs Construction*, précitée, et *Geransky*, précitée, l'avocat des appelants a soutenu que le mot « principalement » accorde une importance particulière à la première opération. En conséquence, l'avocat soutient que l'acquisition des biens immobiliers est primordiale et déterminante, puisqu'elle est fondamentale aux autres opérations; c'est l'opération principale et essentielle. Ainsi, l'acquisition de

biens immobiliers est, selon l'avocat, l'objet principal de l'acquisition de participations dans la société SRMP par les appelants.

[158] Pour appuyer son affirmation selon laquelle la nature essentielle de l'achat des participations dans SRMP par les appelants était l'acquisition d'un portefeuille important de biens immobiliers, l'avocat a invoqué la preuve présentée au procès. Il a souligné qu'on avait entrepris un contrôle préalable exhaustif des risques et des rendements éventuels du portefeuille en y consacrant beaucoup de temps et d'argent avant la conclusion de l'accord, alors qu'on n'a effectué pratiquement aucun contrôle préalable au sujet des aspects fiscaux. Il a aussi souligné que les appelants ont solidairement engagé des risques importants, notamment au titre du billet, qui n'avaient pour origine que l'aspect immobilier. De plus, l'engagement continu en temps et en ressources humaines portait exclusivement sur la gestion et la réalisation des biens sous-jacents au portefeuille, tandis qu'on ne consacrait pas de ressources, de temps ou de capital à l'avantage fiscal lié au portefeuille. Selon l'avocat, cela est attesté par le fait que le versement supplémentaire était conditionnel et n'était payable que si les pertes pouvaient être attribuées aux appelants. Par contre, les risques et les bénéfices provenant du portefeuille de biens immobiliers étaient attribués aux appelants quelle que soit l'incidence fiscale. Pour terminer, l'avocat a souligné que l'avantage fiscal n'était pas isolé du reste, ni n'avait-il été conçu de façon forcée, artificielle ou sans lien avec l'entreprise qui faisait l'objet de l'acquisition. Au contraire, les pertes découlaient des biens mêmes acquis par les appelants. Du point de vue des appelants, l'acquisition des participations dans la société en nom collectif SRMP était donc un ensemble économique consistant en l'entreprise immobilière et en les caractéristiques fiscales qui y étaient liées.

[159] À l'opposé, l'opinion de l'avocat de l'intimée est qu'un homme d'affaires prudent recherchant un profit n'aurait pas conclu les opérations de SRMP et que la seule explication raisonnable relative à l'acquisition par les appelants de leur participation dans la société SRMP était l'avantage fiscal qui en provenait. Selon l'avocat, les opérations de SRMP étaient en conséquence des opérations d'évitement au sens du paragraphe 245(3).

[160] À l'appui de cet argument, l'avocat a souligné que l'entreprise achetée par les appelants ne leur permettait pas, comme le montre la preuve, de faire de bénéfice si le produit des ventes était de 17 500 000 \$ à environ 28 000 000 \$. De plus, l'avocat a constaté que l'entreprise ne leur permettait pas de faire de bénéfice appréciable avant que le produit net des ventes soit bien au-delà de 33 millions de dollars. En conséquence, selon l'opinion de l'avocat, il est évident que le prix d'achat garanti de

17 500 000 \$ était simplement conçu pour limiter les risques de perte des appelants et ne leur permettait pas de faire de bénéfice.

[161] De plus, l'avocat de l'intimée a soutenu que la preuve montre que la CST et la OSFC, ainsi que les appelants, estimaient que le montant d'environ 33 000 000 \$ pour le produit net des ventes était plus hypothétique que le produit net sous ce seuil. Selon l'avocat, cela est attesté par la volonté de la CST d'abandonner 50 p. 100 ou plus des chances de bénéfice une fois que le produit net des ventes ait dépassé environ 33 000 000 \$. Cela est aussi démontré, d'après lui, par l'omission de la plupart des appelants de calculer ou de prêter attention aux taux de rendement prévus. Selon l'avocat, un investisseur averti qui souhaite sérieusement faire un placement et s'attend à des bénéfices importants aurait nécessairement calculé le rendement qu'il s'attendait à faire. Autrement, il serait incapable de prendre une décision en connaissance de cause pour déterminer s'il est possible de s'attendre à des bénéfices importants et donc s'il devrait faire ce placement plutôt qu'un autre.

[162] L'avocat de l'intimée a également souligné que le plan d'entreprise selon lequel les biens immobiliers devaient être vendus comprenait une fourchette allant de l'« hypothèse favorable » à l'« hypothèse défavorable » pour les ventes nettes prévues et qu'on ne pouvait s'attendre qu'à une perte commerciale dans le cas de l'« hypothèse défavorable ». De plus, selon son opinion, la preuve révèle que les ventes nettes figurant à l'« hypothèse favorable » étaient très hypothétiques. Il prétendait que le produit des ventes selon l'« hypothèse favorable » dépendait d'un retournement remarquable du marché de l'immobilier déprimé de l'époque, ce qui n'était pas sûr à moins que l'on ne soit prêt à garder le portefeuille pour un nombre indéterminé d'années. Étant donné le besoin urgent d'éliminer le billet de 14,5 millions de dollars aussitôt que possible et le désir des appelants de récupérer leur placement aussi rapidement que possible, l'avocat a soutenu qu'on devait aliéner plusieurs biens immeubles dans un délai relativement bref. En conséquence, on ne pouvait attendre une reprise du marché de l'immobilier avant de vendre ces biens. Selon l'avocat, les bénéfices auxquels les appelants s'attendaient, qui se fondaient sur un produit net des ventes de 37 800 000 \$, n'étaient pas raisonnables. Pour appuyer son affirmation, l'avocat a souligné la preuve confuse et contradictoire au sujet de la pièce A-16, à laquelle on a déjà référé. Selon l'avocat, l'ensemble du document, notamment le fait qu'il indique les réalisations cibles comme produit net des ventes, manque tout à fait de crédibilité. D'après lui, il n'est nullement corroboré par d'autres documents, ou même par le témoignage des appelants au sujet de la façon dont on avait calculé le produit net des ventes et, selon les cas, le prix net des unités. De plus, l'avocat a soutenu que les appelants ont produit la pièce A-16 relativement tard pour appuyer

leur prétention qu'en 1993, leur décision d'investir était fondée sur les renseignements contenus dans ce document.

[163] Quoi qu'il en soit, l'avocat a souligné que si la Cour accepte que l'attente d'obtenir une réalisation cible de 37 800 000 \$ était raisonnable dans les circonstances, le rendement annuel de 17,5 p.100 calculé par M. Gregory (pièce A-18) est un rendement *avant impôts*. Selon l'avocat, toutefois, un homme d'affaires recherchant un bénéfice, encourageant une responsabilité solidaire sur un billet de 14,5 millions de dollars et ayant une responsabilité illimitée à titre d'associé dans une société en nom collectif, sans oublier les autres risques importants liés aux placements, s'attendrait à un taux de rendement annuel *après impôts* de plus de 20 p. 100. De plus, si le montant cible total de 37,8 millions de dollars était un montant brut, comme l'avocat l'a soutenu, on aurait un taux de rendement annuel *avant impôts* de moins de 12 p. 100. Selon l'opinion de l'avocat, d'une perspective purement commerciale, tout ce que les détenteurs d'unités de catégorie A cherchaient était de se débarrasser de leur important endettement et de récupérer leur argent aussi rapidement que possible. D'après lui, l'objectif consistant à faire un bénéfice à la suite d'une reprise du marché immobilier était incertain, hypothétique et strictement secondaire.

[164] L'avocat de l'intimée a donc soutenu que le placement des appelants dans SRMP ne comprenait pas les éléments de base normalement liés à un placement de ce genre. Selon lui, les investisseurs ne font pas normalement des placements à l'aveuglette, pour des montants dépassant quelquefois leurs propres avoirs nets, s'il n'y a pas d'avantages supplémentaires. À son avis, cet avantage était la réduction d'impôt immédiate liée au placement.

[165] De plus, l'avocat a soutenu que, bien qu'on ne conteste pas que STIL II et SRMP étaient des sociétés en nom collectif et donc que leurs activités étaient entreprises en vue de réaliser un bénéfice, cela n'est pas incompatible avec son affirmation selon laquelle les appelants n'auraient pas fait leurs placements en l'absence d'avantages fiscaux. Selon l'avocat, si l'on veut statuer que l'objet principal d'une opération était de réaliser un rendement commercial plutôt que d'obtenir un avantage fiscal, la Cour doit conclure que les opérations étaient effectuées en vue de réaliser un bénéfice et qu'il existait des rendements attendus quantifiables.

[166] Subsidiairement, si la Cour devait conclure que les opérations en cause étaient de telle nature qu'un investisseur prudent recherchant un profit les aurait entreprises, l'avocat a soutenu qu'une comparaison du montant des bénéfices commerciaux

attendus et du montant des avantages fiscaux attendus montre que l'objet principal des opérations était d'obtenir les avantages fiscaux.

[167] En fait, selon l'avocat, l'avantage fiscal des détenteurs d'unités de catégorie A, après déduction des montants payables pour les pertes, était à peu près cinq fois plus élevé que le bénéfice commercial qu'on pourrait s'attendre à recevoir, et l'avantage fiscal des détenteurs d'unités de catégorie B était environ sept fois plus élevé que ce bénéfice, en supposant que les calculs de M. Gregory figurant à la pièce A-18 et fondés sur les données de la pièce A-16 soient exacts. Bien que cette comparaison présume un avantage fiscal absolu plutôt qu'un simple report, l'avocat a soutenu qu'il n'existe pas de certitude, ou même de forte probabilité, qu'il y aurait récupération de l'avantage fiscal à la suite d'une aliénation éventuelle. Comme il a été souligné lors de l'examen de la preuve, il existe plusieurs indications que les appelants ne souhaitaient pas que l'entreprise soit liquidée.

[168] De plus, l'avocat a soutenu que si le montant de 37,8 millions de dollars figurant à la pièce A-16 pour la valeur cible de réalisation totale était un montant brut et que les frais de vente liés à l'aliénation du portefeuille étaient d'environ 2 millions de dollars, le bénéfice commercial prévu diminuerait d'environ 20 000 \$ par unité de catégorie A. Le bénéfice commercial diminuerait évidemment davantage si le produit des ventes était d'environ 33 millions de dollars, comme on le prévoyait.

(c) **Une opération d'évitement qui entraîne un abus dans l'application des dispositions de la Loi lue dans son ensemble (paragraphe 245(4))**

(i) **La portée du paragraphe 245(4) de la Loi**

[169] Le libellé du paragraphe 245(4) indique clairement qu'il constitue un abri légal. Dans les cas où il est raisonnable de considérer que l'opération n'entraîne pas, directement ou indirectement, d'abus dans l'application des dispositions de la *Loi* lue dans son ensemble — abstraction faite de l'article 245 — le paragraphe exclut ce qui serait par ailleurs une opération d'évitement de l'application de la DGAÉ.

[170] L'avocat des appelants a soutenu que, bien que le contribuable ait la charge de la preuve concernant les questions de fait qui sous-tendent l'existence éventuelle d'un « avantage fiscal » et d'une « opération d'évitement », il incombe au ministre de convaincre la Cour soit a) que l'opération d'évitement entraîne un abus d'une disposition particulière de la *Loi*, ainsi que la façon dont l'abus a été établi et la nature de l'abus, soit b) que l'opération d'évitement entraîne un abus d'un régime

légal précis de la *Loi*, ainsi que la façon dont l'abus a été établi, la nature de l'abus et la raison pour laquelle il faudrait prendre en considération un régime plutôt que tout autre régime pertinent pour trancher s'il y a eu un abus. Pour appuyer son affirmation, l'avocat a cité l'affaire *Minister of National Revenue v. Pillsbury Holdings Ltd.*, 64 D.T.C. 5184 (C. de l'É.), pour établir qu'il incombe habituellement au contribuable de prouver les questions de fait dont il a connaissance. Étant donné que la décision de la question de savoir si une opération contestée entraîne un abus ne repose pas sur des faits dont le contribuable a connaissance, l'avocat estime que la charge de la preuve à cet égard incombe au ministre. L'avocat a de plus soutenu que ce qui précède a été explicitement accepté par le juge Archambault dans l'affaire *Donohue*, précitée, au paragraphe 78, où il a déclaré :

Je ne crois pas que l'intimée ait réussi à démontrer qu'en droit la PDTPE déduite par DSF entraînait un tel abus.

[171] L'avocat des appelants a soutenu que lorsqu'on allègue un usage abusif (en anglais, « *misuse* »), le ministre doit établir le recours à une disposition de la *Loi*, l'usage permis de cette disposition et le fait que la façon dont le contribuable a eu recours à la disposition n'entre pas dans le cadre des usages permis et y contrevient.

[172] Lorsqu'on allègue un abus (en anglais, « *abuse* »), l'avocat a soutenu que le ministre doit identifier un régime légal pertinent traitant du sujet en cause. L'avocat estime aussi que le ministre doit expliquer le régime, la façon dont il est pertinent à l'opération d'évitement et la façon dont il a fait l'objet d'un abus. Si le ministre réussit à ce stade, le contribuable a la possibilité de démontrer qu'il a respecté un régime légal tout aussi légitime. Selon l'avocat, si la partie établit ce fait, la DGAÉ ne devrait pas s'appliquer à l'opération en cause. À l'appui de cette dernière prétention, l'avocat a soutenu qu'il est loisible au contribuable de structurer une opération ou un placement de façon à choisir parmi les différents régimes figurant dans la *Loi*. À titre d'exemple, l'avocat a indiqué qu'un contribuable peut choisir d'exploiter son entreprise à titre de propriétaire unique, de la constituer en société, de l'exploiter comme une société en nom collectif ou de l'exploiter au moyen d'une fiducie commerciale; chacune de ces possibilités est régie par un régime différent. Selon l'avocat, il ne peut pas y avoir d'abus simplement en raison du mécanisme choisi. Si on en venait à une autre conclusion, cela voudrait dire qu'en application de la DGAÉ, un contribuable n'est pas libre de choisir parmi différentes options afin de planifier une opération commerciale de façon à minimiser le montant des impôts. Selon l'avocat, la *common law* a traditionnellement rejeté cette affirmation, le ministère des Finances l'a rejetée lors de la rédaction de la DGAÉ, et les

tribunaux l'ont spécifiquement rejetée lorsqu'ils ont interprété la DGAÉ. Il a renvoyé au jugement de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622 (« *Shell* »), dans lequel il est indiqué au paragraphe 46 :

Examiner la « réalité économique » d'une situation donnée, au lieu d'appliquer simplement une disposition claire et non équivoque de la Loi aux opérations juridiques effectuées par le contribuable a des répercussions regrettables en pratique. Cette démarche favorise à tort l'application d'une règle voulant que, s'il existe deux manières de structurer une opération pour produire le même effet économique, le tribunal doive ne tenir compte que de l'option qui ne confère aucun avantage fiscal. Avec égards, cette démarche n'accorde pas l'importance voulue à la jurisprudence de notre Cour selon laquelle, en l'absence de dispositions législatives expresses contraires, le contribuable peut diriger ses affaires de façon à réduire son obligation fiscale : *Stubard*, précité, à la p. 540, le juge Wilson, et à la p. 557, le juge Estey; *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336, au par. 8, le juge McLachlin; *Duha*, précité, au par. 88, le juge Iacobucci; *Neuman*, précité, au par. 63, le juge Iacobucci.

[173] L'avocat a fait remarquer que le ministère des Finances a reconnu le même principe dans les *Notes explicatives de l'avant-projet de législation et de règlement concernant la réforme fiscale*, avril 1988, où il est déclaré à la page 359 :

[...] Il est reconnu que la planification fiscale — c'est-à-dire le fait d'organiser ses affaires de manière à payer le moins possible d'impôts — est une dimension légitime et admise du droit fiscal canadien. [...]

[174] De plus, l'avocat des appelants a soutenu que le juge Bowman avait confirmé dans l'affaire *Geransky*, précitée, que la DGAÉ n'est pas destinée à limiter les choix du contribuable. Aux paragraphes 42 et 43, il a indiqué :

En termes simples, le fait d'utiliser des dispositions particulières de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans le cadre d'une opération commerciale et de les appliquer conformément à leur libellé ne constitue pas un abus. La *Loi de l'impôt sur le revenu* est remarquable par sa particularisation et regorge de dispositions anti-évitement conçues pour contrecarrer tout abus particulier perçu. Lorsque le contribuable applique ces dispositions et réussit à éviter les pièges, le ministre ne peut lui dire : « Parce que vous avez su éviter les écueils et les obstacles de la *Loi* et que vous n'avez pas effectué votre opération commerciale de manière à payer le maximum d'impôt, je vais invoquer la RGAÉ pour éviter toute échappatoire que n'aurait pas prévue la multitude de dispositions anti-évitement particulières. »

Tel n'est pas l'objet de la RGAÉ.

[175] On trouve des commentaires semblables dans les affaires *Jabs Construction*, précitée, au paragraphe 48, *Fredette*, précitée, au paragraphe 76, et *Rousseau-Houle*, précitée, au paragraphe 50.

[176] Inversement, l'avocat de l'intimée a soutenu que les dispositions sur l'abus au paragraphe 245(4) doivent être interprétées à la lumière de la règle de l'« abus de droit » sur laquelle ce paragraphe se base. Bien que l'avocat reconnaisse que la règle de l'« abus de droit » n'existe pas en *common law*, il a soutenu que cela ne signifie pas que le législateur ne peut pas en faire une règle de droit au Canada par voie de disposition législative, ce qu'il a manifestement fait aux fins de la DGAÉ. Cette règle, selon l'avocat, tire son origine du principe selon lequel un droit ne peut pas être exercé de façon à nuire à la jouissance des droits des autres et a été élaborée et appliquée en Europe dans les domaines du droit des contrats et des sociétés ainsi qu'en droit fiscal pour établir qu'on ne peut utiliser un droit, par exemple celui accordé par la loi, dans un but pour lequel il n'était pas prévu. En le traduisant dans le langage de la *common law*, cela voudrait dire, selon l'avocat, qu'il faut exercer un droit accordé par une loi conformément à l'objet et à l'économie des dispositions légales.

[177] Selon l'avocat, il résulte de ce qui précède que le paragraphe 245(4) reconnaît de façon explicite que l'objet et l'esprit des dispositions particulières de la *Loi* doivent être déterminés pour pouvoir décider si l'on a eu recours à des dispositions de la *Loi* afin d'atteindre les objectifs économiques ou autres prévus par la *Loi* lue dans son ensemble ou afin d'y contrevenir. Pour l'avocat, cela constitue une dérogation importante au principe de l'interprétation des lois selon lequel l'objet et l'esprit d'une disposition de la *Loi* sont sans pertinence si le libellé de la disposition est clair et correspond à une opération particulière. En conséquence, l'avocat a soutenu que des affaires antérieures à la DGAÉ, telles que *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312, *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, et *Shell*, précitée, sur lesquelles les appelants s'appuient, ne sont d'aucune utilité dans l'application de la DGAÉ.

(ii) *Abus du paragraphe 18(13) de la Loi*

[178] Selon l'avocat des appelants, le paragraphe 18(13) est l'une de nombreuses dispositions au sujet du « report des pertes » de la *Loi* dont l'effet est de nier la reconnaissance immédiate de pertes subies lors du transfert de biens à une partie avec un lien de dépendance, notamment une société en nom collectif, et de transmettre au bénéficiaire du transfert les attributs fiscaux d'origine du bien transféré. Selon les mots de l'avocat, le paragraphe 18(13) porte qu'il y a un « roulement » au coût d'origine; il s'agit d'une disposition explicite par laquelle le législateur envisage expressément le transfert d'hypothèques d'une personne morale à une société en nom collectif.

[179] Selon l'avocat, le paragraphe 18(13) a, dans la présente affaire, précisément l'effet souhaité par le législateur, c'est-à-dire que les pertes subies par ailleurs par la CST lors du transfert des hypothèques ont été ajoutées au coût des hypothèques pour STIL II.

[180] L'avocat des appelants a soutenu qu'il est difficile de concevoir comment une disposition précise de la *Loi* telle que le paragraphe 18(13) peut, à elle seule, faire l'objet d'un abus, puisque cela laisserait entendre que le paragraphe 18(13) a un but précis qui ne ressort pas du libellé clair de la disposition. D'après lui, la disposition ne fait qu'imposer un certain résultat si les critères déterminés sont satisfaits. L'avocat s'est appuyé sur les motifs du jugement du juge Bowman (tel était alors son titre) de notre cour dans l'affaire *Banque continentale du Canada c. La Reine*, C.C.I., n° 91-683(IT)G, 4 août 1994, 94 D.T.C. 1858 (« *Banque continentale* ») (conf. par [1998] 2 R.C.S. 358 et [1998] 2 R.C.S. 298), aux pages 33 et 34 (D.T.C. : à la p. 1872) :

Quel sont donc « l'objet et l'esprit » du paragraphe 97(2)? Je ne sais pas avec certitude quel est son esprit, si tant est qu'il existe — la notion d'« esprit » est assez floue — mais son objet semble assez clair. Il vise à permettre au contribuable de transférer des éléments d'actif à une société en contrepartie d'une participation dans la société sans déclencher le résultat fiscal immédiat qu'un tel transfert entraînerait normalement. [...].

Voilà donc l'objet et l'esprit du paragraphe 97(2); rien de plus, rien de moins. Je ne vois pas comment on pourrait dire que le contribuable qui se prévaut de cette disposition — avec les avantages et les inconvénients qu'elle comporte — agit contrairement à son objet et à son esprit.

[181] L'avocat s'est aussi appuyé sur les motifs du juge McLachlin (tel était alors son titre) de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Shell*, précitée, au paragraphe 40 :

Deuxièmement, la jurisprudence fiscale de notre Cour est bien établie : l'examen de la « réalité économique » d'une opération donnée ou de l'objet général et de l'esprit de la disposition en cause ne peut jamais soustraire le tribunal à l'obligation d'appliquer une disposition non équivoque de la Loi à une opération du contribuable. Lorsque la disposition en cause est claire et non équivoque, elle doit simplement être appliquée : *Continental Bank*, précité, au par. 51, le juge Bastarache; *Tennant*, précité, au par. 16, le juge Iacobucci; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312, aux pp. 326, 327 et 330, le juge Iacobucci; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, au par. 11, le juge Major; *Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 963, au par. 15, le juge Cory.

[182] En s'appuyant sur ce qui précède, l'avocat a soutenu que le libellé du paragraphe 18(13) ne pouvait démontrer plus clairement que le législateur avait envisagé un transfert d'hypothèques à une société en nom collectif et la participation subséquente de nouveaux associés sans lien de dépendance à cette société en nom collectif. Selon l'avocat, le paragraphe 18(13) renvoie non seulement de façon explicite à un transfert à une société en nom collectif, mais il comprend aussi une restriction à l'acquisition d'une participation dans la société en nom collectif par une personne sans lien de dépendance. L'avocat a souligné qu'en vertu des alinéas 18(13)a) et b), le paragraphe 18(13) ne s'applique que si le cédant des hypothèques ou une partie avec un lien de dépendance possède le même bien ou des biens identiques au cours des 30 jours précédant ou suivant le transfert. D'après lui, le corollaire est que si un tiers sans lien de dépendance acquiert les participations dans la société en nom collectif au cours de cette période, la règle ne s'applique pas. L'avocat a en outre soutenu que le législateur avait envisagé le cas de parties sans lien de dépendance et a prévu une « règle claire et nette » imposant des résultats différents selon le moment auquel la partie sans lien de dépendance acquiert le bien. D'après lui, la « règle claire et nette » a été suivie dans les présents appels.

[183] L'avocat a également soutenu qu'il n'est pas possible d'abuser d'une disposition lorsqu'elle accomplit ce qui était prévu ou envisagé par le législateur et qu'il n'y avait donc pas d'abus du paragraphe 18(13) dans les opérations en cause puisque le paragraphe 18(13) a accompli ce que le législateur souhaitait.

[184] L'avocat de l'intimée, par contre, a soutenu qu'il est évident que le paragraphe 18(13) a été adopté comme disposition sur la limitation des pertes afin d'empêcher les contribuables qui exploitent une entreprise consistant à prêter de l'argent de réaliser artificiellement des pertes sur des éléments d'actif dont la valeur

marchande a baissé en les transférant à une personne avec qui ils ont un lien de dépendance, tout en gardant le contrôle des éléments d'actif grâce au lien de dépendance qui existe entre eux. À son avis, l'objet du paragraphe 18(13) n'est pas de transférer des pertes non réalisées d'un contribuable n'ayant aucun revenu duquel il peut déduire ces pertes à un contribuable ayant un tel revenu. Au contraire, le transfert de pertes superficielles au cessionnaire n'est qu'une règle accessoire qui permet que les pertes superficielles soient utilisées par le cessionnaire plutôt que d'être complètement inutilisables. Selon l'avocat, si on utilise le paragraphe 18(13) pour transférer des pertes à un tiers sans lien de dépendance, on l'utilise pour un but qui n'est pas prévu et on en fait donc un abus.

[185] À cet égard, l'avocat a invoqué les motifs du jugement de notre cour dans l'affaire *OSFC-C.C.I.*, précitée, notamment le paragraphe 54, où le juge Bowie a déclaré :

[...] Le paragraphe 18(13) a été adopté comme disposition visant à empêcher des contribuables qui exploitent une entreprise consistant à prêter de l'argent de réaliser artificiellement des pertes sur des actifs dont la valeur marchande a baissé, en les transférant à une personne avec qui ils ont un lien de dépendance, tout en gardant le contrôle des actifs grâce au lien de dépendance existant dans leur relation avec le bénéficiaire du transfert. L'utilisation de cette disposition de manière à ce que des pertes non réalisées soient transférées d'un contribuable n'ayant aucun revenu duquel déduire ces pertes à un contribuable ayant un tel revenu est nettement un abus.

[186] L'avocat a aussi invoqué les *Notes explicatives de l'avant-projet de législation et de règlement concernant la réforme fiscale* du ministère des Finances, avril 1988, qui porte sur le nouveau paragraphe 18(13) et qui affirme ce qui suit aux pages 30 et 31 :

Le nouveau paragraphe 18(13) de la Loi instaure une règle sur les pertes superficielles qui interdit la déduction des pertes subies par un contribuable dont l'entreprise habituelle consiste en partie à prêter de l'argent. Cette disposition est analogue à la règle sur les pertes superficielles que prévoit l'alinéa 54*i*) à l'égard des biens en immobilisation. D'après le paragraphe 18(13), une perte superficielle est une perte subie par le contribuable lors de la vente ou du transfert d'un bien qui est une action ou un prêt, une obligation, un *mortgage*, un billet, une hypothèque, un contrat de vente ou une autre dette qui ne constituait pas un bien en immobilisation du contribuable, lorsque le même bien ou un bien identique (appelé « bien de remplacement ») est acquis par le contribuable ou une personne ou société avec laquelle il a un lien de dépendance, au cours de la période commençant 30 jours avant et se terminant 30 jours après la vente ou le transfert et que le bien de remplacement est obtenu par le contribuable ou la personne ou

société, selon le cas, à la fin de cette période. Toute perte qui constitue une perte superficielle est ajoutée dans le calcul du coût du bien de remplacement pour le contribuable ou la personne ou société qui est propriétaire du bien 30 jours après la vente ou le transfert. [...]

[187] L'avocat a aussi fait référence à ce sujet à l'article de Edward A. Heakes intitulé « New Rules, Old Chestnuts, and Emerging Jurisprudence: The Stop-Loss Rules » publié dans le rapport de la conférence annuelle de 1995 de l'Association canadienne d'études fiscales, p. 34:1, dans lequel l'auteur analyse différentes dispositions sur la limitation des pertes et les modifications proposées.

[188] Selon l'avocat, le fait de statuer sur l'objet d'une disposition en se limitant à son libellé équivaut à rejeter l'objet même du paragraphe 245(4) et en conséquence à rejeter le sens et l'applicabilité de la DGAÉ dans son ensemble.

[189] L'avocat de l'intimée a reconnu que le paragraphe 18(13) de la *Loi* a été modifié en 1998 de sorte qu'il ne porte plus que les pertes réalisées lors du transfert d'un bien d'une institution financière à une personne avec un lien de dépendance sont ajoutées au coût du bien pour cette personne et donc qu'il a l'effet de « suspendre » ces pertes chez le cédant. Il a soutenu, toutefois, que la modification est sans pertinence à la question en litige en l'espèce puisque la DGAÉ a pour effet d'empêcher le résultat juridique — à savoir l'avantage fiscal accordé au cessionnaire sans lien de dépendance du bien — du paragraphe 18(13) tel qu'il était en vigueur à l'époque.

(iii) **Abus dans l'application des dispositions de la loi lue dans son ensemble**

[190] L'avocat des appelants a soutenu que le régime de la *Loi* qui s'applique est celui qui traite des sociétés en nom collectif et de la répartition du revenu ou des pertes parmi les associés à la fin de l'exercice de la société, indépendamment de la question de savoir s'ils étaient des associés pendant tout l'exercice. Selon l'avocat, il n'existe pas de règle de portée générale qui restreint la répartition du revenu ou des pertes d'une société de façon à tenir compte des modifications à la liste des associés durant l'exercice de la société en nom collectif ou qui restreint les pertes qui n'ont pas été financées par les associés. Il n'existe également pas de règle générale qui exige que le bien soit détenu au-delà de la fin de l'exercice de la société pour éviter que les pertes soient transférées à de nouveaux associés. De plus, l'avocat a soutenu qu'il n'y a rien dans la *Loi* qui interdit à une personne de devenir un associé et de recevoir les avantages ou désavantages fiscaux découlant

d'événements survenus avant qu'il ne devienne un associé. En fait, l'avocat estime que le régime de la *Loi*, y compris le paragraphe 18(13), envisage expressément qu'il peut en être ainsi.

[191] Selon l'avocat, une fois que la CST a choisi de procéder par voie de société en nom collectif, le paragraphe 18(13) régissait le passage du régime qui s'applique aux sociétés par actions à celui qui s'applique aux sociétés en nom collectif et imposait les conséquences fiscales. À partir de là, les conséquences fiscales pour les associés de STIL II étaient régies par le régime des sociétés en nom collectif, auquel il y a eu une conformité totale. En outre, l'avocat a soutenu que, bien que la CST ait reconnu les avantages fiscaux d'avoir recours au régime qui s'applique aux sociétés en nom collectif, elle a choisi ce régime pour des raisons non fiscales, c'est-à-dire afin d'attirer des acheteurs pour le portefeuille et de tirer le revenu le plus élevé possible de son actif. L'avocat s'est appuyé sur l'affaire *Banque continentale*, précitée, pour affirmer que le fait que ce choix ait été fait en prévision d'une vente de la société en nom collectif n'a pas d'incidence sur sa validité. Selon l'avocat, puisque le législateur a envisagé que l'on passe du régime de la *Loi* qui porte sur les sociétés par actions au régime de la *Loi* qui porte sur les sociétés en nom collectif et a facilité un tel passage, il ne peut y avoir d'abus de la *Loi* lorsque le régime d'ensemble visant les sociétés en nom collectif s'applique précisément de la façon dont l'entendait le législateur.

[192] L'avocat soutient également qu'il n'existe pas de règle générale ou de régime de la *Loi* qui interdit à un contribuable d'utiliser des pertes qu'il n'a pas financées. D'après lui, un contribuable a le droit d'utiliser les pertes légalement acquises, sauf s'il existe une interdiction expresse. L'avocat a soutenu, par exemple, que dans le cadre d'une société par actions, en l'absence de l'article 111, il serait possible pour tout contribuable d'acquérir le contrôle d'une société et d'en utiliser les pertes accumulées. D'après lui, en adoptant l'article 111, le législateur a imposé une limite à l'utilisation illimitée des pertes des sociétés par actions. L'avocat a soutenu que ce n'est que si le contrôle d'une société a été acquis par une personne non liée que l'utilisation des pertes autres qu'en capital par cette personne non liée est restreinte. S'il n'y a pas d'acquisition du contrôle, l'avocat a soutenu que l'utilisation des pertes n'est pas limitée, même en l'absence d'une règle qui le permet expressément.

[193] L'avocat soutient également qu'on ne peut déduire de régime général sur les pertes de la limitation étroite prescrite à l'article 111. D'après lui, une exception ne constitue pas un régime et la Cour suprême du Canada a formellement averti contre toute extrapolation d'un régime général de la *Loi* en se fondant uniquement sur des règles anti-évitement qui s'appliquent dans des circonstances particulières. À cet

égard, l'avocat a cité l'affaire *Neuman c. M.R.N.*, [1998] 1 R.C.S. 770, dans laquelle le juge Iacobucci a déclaré, au paragraphe 35 :

[...] je tiens à faire quelques observations pour bien situer le présent débat dans son contexte. Premièrement, le par. 56(2) vise à empêcher l'évitement fiscal au moyen du fractionnement du revenu; il s'agit cependant d'une disposition particulière relative à l'évitement fiscal, et non d'une disposition générale interdisant le fractionnement du revenu. En fait, dans la *LIR*, [TRADUCTION] « aucun mécanisme général n'empêche le fractionnement du revenu » (V. Krishna et J. A. Van Duzer, « Corporate Share Capital Structures and Income Splitting: *McClurg v. Canada* » (1992-93), 21 Can. Bus. L.J. 335, à la p. 367). Le paragraphe 56(2) ne peut s'appliquer pour empêcher le fractionnement du revenu que lorsque les quatre conditions préalables à son application sont précisément remplies.

[194] L'avocat a également soutenu que dans sa décision récente dans l'affaire *Donohue*, précitée, le juge Archambault de notre cour a refusé de conclure à l'existence d'un régime général dans la *Loi* malgré la thèse générale du ministre relative à l'existence d'un tel régime.

[195] Selon l'avocat, le fait qu'il n'existe pas d'équivalent de l'article 111 en ce qui concerne l'utilisation des pertes subies par une société en nom collectif ou par une fiducie qui n'étaient pas financées par un associé ou un bénéficiaire ne signifie pas que le législateur ne s'était pas penché sur la question. Selon l'avocat, les régimes de la *Loi* visant les sociétés en nom collectif et les fiducies utilisent simplement un mécanisme différent.

[196] Selon l'avocat, le mécanisme utilisé par le régime de la *Loi* visant les sociétés en nom collectif est celui du calcul du prix de base rajusté de la participation dans la société. Les contributions à la société en nom collectif par un associé et le revenu réparti à un associé augmentent le prix de base rajusté de la participation dans la société de cet associé. Les prélèvements d'un associé et les pertes attribuées à l'associé réduisent le prix de base rajusté de la participation dans la société. En conséquence, les pertes qui n'ont pas été financées par l'associé feront en sorte que le prix de base rajusté sera négatif. En vertu des paragraphes 40(3) et 100(2), l'associé devra payer de l'impôt sur ce prix de base rajusté négatif à titre de gain en capital lors de l'aliénation de sa participation dans la société en nom collectif. Par conséquent, selon l'avocat, puisque les pertes réparties aux appelants seront récupérées lors de l'aliénation de la participation des appelants dans la société SRMP, le résultat est conforme au mécanisme choisi par le législateur pour reconnaître et comptabiliser les pertes d'une société en nom collectif.

[197] En outre, l'avocat a mis la Cour en garde contre [TRADUCTION] « le danger évident d'une interprétation large de la règle de l'abus », qui « modifie » par voie judiciaire la *Loi* pour le contribuable donné. L'avocat a soutenu que la DGAÉ n'est pas et ne devrait pas être interprétée comme un pouvoir législatif à la disposition du fisc ou, d'ailleurs, des tribunaux. Sinon, selon l'opinion de l'avocat, la DGAÉ devient une [TRADUCTION] « modification technique générale et arbitraire *ex post facto* dont le contribuable n'a pas eu connaissance ».

[198] Après avoir constaté que le législateur avait modifié le paragraphe 18(13) un certain temps après les opérations en cause, l'avocat a soutenu que, par ces modifications, le législateur a choisi de changer fondamentalement sa politique au sujet de la comptabilisation des pertes. L'avocat a soutenu qu'à la suite des modifications, le principe général des règles de la *Loi* sur le report des pertes s'est déplacé du report prospectif des attributs fiscaux d'origine à la « suspension » des pertes chez le détenteur d'origine.

[199] Selon l'avocat, avant ce changement fondamental, la politique était de déplacer au cessionnaire avec un lien de dépendance la perte refusée pour qu'elle lui soit finalement accordée. Après la modification, la perte reste chez le cédant. En conséquence, l'avocat a soutenu que le résultat final obtenu en l'espèce en application de l'ancien paragraphe 18(13) est totalement conforme à la politique qui existait à cette époque et que les modifications ultérieures semblent indiquer que le recours à l'ancien paragraphe 18(13) en l'espèce n'était pas contraire au régime de la *Loi* avant ces modifications. À ce propos, l'avocat a cité le paragraphe 66 des motifs du juge Archambault dans l'affaire *Fredette*, précitée :

[...] Si le législateur croyait qu'il y avait lieu de changer sa politique fiscale relativement à cet avantage fiscal, il lui était loisible de le faire. Et il l'a fait en 1995 pour les exercices débutant après 1994. Par conséquent, on ne peut conclure que le report d'un an entraînait un abus dans l'application de la *Loi* lue dans son ensemble au cours de la période pertinente.

[200] Enfin, l'avocat a soutenu que la nature exhaustive des modifications illustre le danger s'apporter des « modifications » judiciaires à la *Loi* en utilisant la DGAÉ. Une interprétation large du critère de l'abus aboutirait, selon l'avocat, à une absence de certitude pour les contribuables et donnerait aux tribunaux ou au ministre le rôle du législateur. L'avocat a fait remarquer que la Cour suprême du Canada a mis en garde les tribunaux à ce sujet dans l'affaire *Shell*, précitée, où le juge McLachlin (tel était alors son titre) a déclaré au paragraphe 43 :

[...] La loi est un texte législatif complexe au moyen duquel le législateur tente d'établir un équilibre entre d'innombrables principes. La jurisprudence de notre Cour est constante : les tribunaux doivent par conséquent faire preuve de prudence lorsqu'il s'agit d'attribuer au législateur, à l'égard d'une disposition claire de la Loi, une intention non explicite : *Canderel Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147, au par. 41, le juge Iacobucci; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411, au par. 112, le juge Iacobucci; *Antosko*, précité, à la p. 328, le juge Iacobucci. En concluant à l'existence d'une intention non exprimée par le législateur sous couvert d'une interprétation fondée sur l'objet, l'on risque de rompre l'équilibre que le législateur a tenté d'établir dans la Loi.

[201] L'avocat de l'intimée, par contre, a soutenu que le régime pertinent de la *Loi* en l'espèce repose sur les règles fondamentales du calcul du revenu à la section B et sur les règles du calcul du revenu imposable à la section C, conformément auxquelles l'on doit calculer le revenu et le revenu imposable séparément pour chaque contribuable.

[202] L'avocat a souligné un certain nombre de dispositions à l'appui de sa prétention. Au sujet des règles sur le calcul du revenu, il a d'abord fait noter qu'en vertu de l'article 3, il faut déterminer le revenu du « contribuable » provenant de différentes sources et les gains en capital imposables du « contribuable ». Ensuite, il a fait remarquer que l'article 4 requiert la détermination du revenu et des pertes d'un « contribuable » pour l'année d'imposition séparément pour chaque source de revenu. Ensuite, il a fait remarquer que la sous-section « a » de la section B (articles 5 à 8) prévoit des règles pour le calcul du revenu d'un « contribuable » pour une année d'imposition tiré d'une charge ou d'un emploi, tandis que la sous-section « b » de la section B (articles 9 à 37) prévoit des règles pour le calcul du revenu d'un « contribuable » pour une année d'imposition tiré d'une entreprise ou d'un bien. Quant aux règles pour le calcul du revenu imposable, l'avocat a mentionné le paragraphe 111(1), qui prévoit que « pour le calcul du revenu imposable d'un contribuable pour une année d'imposition », un contribuable peut déduire les montants qu'il peut réclamer pour les pertes autres qu'en capital, les pertes nettes en capital et les autres pertes visées par ce paragraphe subies au cours des années d'imposition antérieures ou postérieures. Il a également souligné que les paragraphes 111(3) à 111(7) imposent des restrictions à la déduction de ces pertes dans certaines circonstances, notamment lorsqu'on a acquis le contrôle d'une société au cours de l'année.

[203] Selon l'avocat, il est évident de ces dispositions qu'il faut calculer le revenu et le revenu imposable de chaque contribuable séparément, selon la source, et qu'il n'y a

pas de calcul du revenu pour plusieurs contribuables conjointement, c'est-à-dire qu'il n'y a pas de partage avec d'autres contribuables du revenu gagné par un contribuable et des pertes qu'il a subies.

[204] L'avocat a également soutenu que la politique de la *Loi* de ne pas permettre le partage du revenu gagné par un contribuable avec d'autres contribuables a été reconnue par les tribunaux dans les affaires *Mersey Docks and Harbour Board v. Lucas* (1883), 8 A.C. 891 (Ch. des lords) et *Woodward's Pension Society v. Minister of National Revenue*, 59 D.T.C. 1253 (C. de l'É.), conf. par 62 D.T.C. 1002 (C.S.C.). L'avocat a notamment cité l'extrait suivant tiré des motifs du jugement du président Thorson de la Cour de l'Échiquier aux pages 1260-1261 :

[TRADUCTION]

L'autre observation particulière était que l'appelante avait droit à l'exonération en vertu de l'article en raison du fait qu'il ne lui était pas possible de garder ou de distribuer son bénéfice, mais qu'elle devait le verser aux fiduciaires des pensions et qu'en conséquence elle n'en était pas propriétaire. À l'appui de cette prétention, l'avocat s'est appuyé fortement sur la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Minister of National Revenue v. St. Catharines Flying Training School Limited*, [1955] R.C.S. 738 [55 D.T.C. 1145]. Dans cette affaire, le juge Locke a statué, en rendant le jugement de la Cour, que l'intimée en l'espèce n'avait pas de revenu assujéti à l'impôt puisque le surplus en sa possession était, dans les faits, détenu en fiducie pour la Couronne. À mon avis, cette conclusion ne s'applique pas aux faits en l'espèce et cela n'est certainement pas un précédent à l'égard de l'affirmation que l'appelante était exonérée de l'impôt en vertu de l'article 62(1*i*). Il serait fantaisiste et peu réaliste d'affirmer que l'appelante n'avait pas de revenu pour l'exercice se terminant le 31 janvier 1953. Son propre état des encaissements et des décaissements pour l'exercice, pièce E8, donne son revenu. Le fait qu'elle était obligée de verser l'excédent aux fiduciaires des pensions ne peut certainement pas annuler le fait que l'appelante avait un revenu. Elle a gagné ce revenu de sa propre activité en gérant ses propres éléments d'actif. Comment peut-on alors suggérer qu'elle n'était pas propriétaire de son revenu? Le fait qu'une personne doive consacrer ses biens à un but particulier ne peut pas modifier le fait que le bien qu'il avait acquis était bien le sien.

[205] L'avocat a également souligné que son opinion est étayée par le fait que le juge Bowie s'est appuyé sur les motifs du jugement dans l'affaire *Canada c. Duha Printers (Western) Ltd.*, [1996] 3 C.F. 78 (C.A.F.), inf. pour d'autres motifs dans l'affaire *Duha Printers (Western) Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 795 (« *Duha Printers-C.S.C.* »), pour affirmer que la *Loi* n'autorise pas le transfert de pertes d'une personne à une autre, sauf dans les cas où elle le permet expressément. Selon l'avocat, puisque les pertes subies par STIL II à l'égard du portefeuille n'étaient pas

subies en raison de l'exploitation de son entreprise, mais ont plutôt été subies par la CST, le régime de la *Loi* qui est applicable en l'espèce est celui qui porte sur le transfert de pertes entre sociétés plutôt que celui sur les pertes des sociétés en nom collectif.

## 2. Observations supplémentaires

[206] L'avocat des appelants ainsi que celui de l'intimée ont fourni à la Cour des observations écrites supplémentaires au sujet de la récente décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *OSFC-C.A.F.*, précitée.

[207] L'avocat des appelants a soutenu que le juge Rothstein, au nom de la majorité des juges de la Cour, a reconnu la contradiction au sein de l'article 245 qui, d'après les appelants, le rend inconstitutionnel. Il a déclaré dans l'affaire *OSFC-C.A.F.*, au paragraphe 63 :

[...] Si, dans le cadre d'une analyse relative à l'abus, la Cour est réduite à examiner le libellé des dispositions en question, il semblerait inévitable que la RGAÉ deviendrait inutile. [...] En se limitant uniquement au libellé des dispositions, la Cour conclura toujours que ces dispositions ont été respectées et qu'il n'y a donc pas eu d'abus.

[208] L'avocat des appelants a de plus soutenu que le juge Rothstein a résolu le dilemme en annulant de façon arbitraire le libellé choisi par le législateur selon sa perception subjective de la politique. Le juge aurait pu résoudre le dilemme d'une autre façon s'il avait eu le bénéfice de l'argumentation de l'avocat des appelants en l'espèce relativement à l'inconstitutionnalité de l'article 245. En conséquence, notre cour peut décider que la disposition est inopérante malgré la décision de la Cour d'appel fédérale.

[209] L'avocat des appelants a renvoyé la Cour à la décision récente de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Entreprises Ludco Ltée c. Canada*, [2001] 2 R.C.S. 1082, dans laquelle le juge Iacobucci a déclaré au paragraphe 38 :

Par ailleurs, les tribunaux appelés à interpréter la *Loi de l'impôt sur le revenu* doivent se rappeler qu'ils jouent un rôle distinct de celui du législateur. En l'absence d'un texte législatif clair, il n'est pas souhaitable que les tribunaux innoverent [...]

[210] L'avocat des appelants a soutenu que l'analyse du juge Iacobucci n'est pas compatible avec l'approche prise par la Cour d'appel fédérale, qui est d'annuler le libellé du législateur en raison d'une perception subjective de la politique.

[211] L'avocat des appelants a soutenu que la conclusion de la majorité des juges de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *OSFC-C.A.F.*, précitée, selon laquelle il n'y avait pas d'abus du paragraphe 18(13) et du régime qui s'applique aux sociétés en nom collectif, n'est pas compatible avec leur conclusion qu'il y avait eu un abus du régime qui s'applique aux pertes des sociétés. L'argumentation de l'avocat des appelants est qu'il ne peut y avoir d'abus du régime des pertes des sociétés, dont le paragraphe 18(13) fait partie, lorsqu'on a utilisé la disposition précisément de la façon envisagée par le législateur.

[212] L'avocat des appelants a aussi soutenu que le fait que la Cour d'appel fédérale a conclu à l'absence d'abus du régime des sociétés en nom collectif appuie leur affirmation selon laquelle il n'y a pas eu d'abus de la *Loi* lue dans son ensemble. Les contribuables ont le droit d'organiser des opérations commerciales réelles en choisissant parmi les différentes formes d'organisation commerciale. Dans la présente affaire, les appelants ont choisi d'utiliser le régime de la société en nom collectif explicitement prévu au paragraphe 18(13) et il n'y a donc pas d'abus de la *Loi* lue dans son ensemble.

[213] L'avocat des appelants a déclaré que la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *OSFC-C.A.F.*, précitée, laisse entendre que l'article 245 peut interdire à un contribuable de choisir parmi les différents régimes figurant dans la *Loi* pour organiser une opération commerciale. Il soutient que cette interprétation est incompatible avec les opinions exprimées dans la récente décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Singleton c. Canada*, [2001] 2 R.C.S. 1046, où la Cour a reconnu le droit du contribuable d'organiser ses affaires de façon avantageuse. De plus, l'avocat a déclaré que dans l'affaire *Ludco*, précitée, la Cour suprême du Canada a confirmé qu'il ne revient pas aux tribunaux de légiférer de fait pour remédier aux manquements de la *Loi*. Selon l'avocat, cela indique que la Cour suprême du Canada adopterait une approche plus étroite à l'interprétation de l'article 245 que celle de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *OSFC-C.A.F.*, précitée.

[214] L'avocat des appelants a aussi soutenu qu'il y avait un manque de preuve devant la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *OSFC-C.A.F.*, précitée, ce qui a conduit cette cour à tirer l'inférence inexacte qu'il n'y avait pas d'objet commercial véritable sous-jacent aux opérations. Dans la présente instance, il existait une abondance

d'éléments de preuve concernant la nature commerciale réelle et véritable de l'acquisition des biens immobiliers sur lesquels portaient les opérations contestées. L'avocat des appelants a cité de nouveau les négociations difficiles sur le prix d'achat, l'expertise dans le domaine immobilier de plusieurs des appelants, l'étendue du contrôle préalable effectué avant l'acquisition, la gestion immobilière spécialisée après l'acquisition, la bonne foi des attentes commerciales des appelants, les risques commerciaux au titre du billet, la responsabilité illimitée dans le contexte d'un marché immobilier commercial imprévisible et le régime de distribution du produit net des ventes à la OSFC et à SRMP pour établir la nature commerciale véritable des opérations contestées.

[215] L'avocat de l'intimée a rejeté la prétention des appelants que les motifs du jugement de la majorité des juges de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *OSFC-C.A.F.*, précitée, appuient la conclusion que l'article 245 est inconstitutionnel. L'avocat a rejeté la prétention des appelants que le juge Rothstein a conclu que l'article 245 était dénué de sens et qu'il a dû annuler le libellé du législateur pour l'appliquer. Au contraire, il a soutenu que, lorsque le juge Rothstein parle d'une analyse de la DGAÉ qui serait dénuée de sens, il renvoie à une interprétation qui limiterait l'analyse en vertu du paragraphe 245(4) au libellé du législateur dans une disposition donnée plutôt que de considérer l'objet et l'esprit de la disposition ou de la politique qui la sous-tend.

[216] L'avocat a soutenu que le fait que la Cour d'appel fédérale a pu appliquer le paragraphe 245(4) dans l'affaire *OSFC-C.A.F.*, précitée, était en fait une détermination que la disposition n'est pas inconstitutionnelle. Pour appuyer cette affirmation, il a renvoyé la Cour à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Ontario c. C.P.*, précitée, dans laquelle le juge Gonthier a déclaré au paragraphe 79 :

[...] Dans un cas comme la présente espèce, où un tribunal a interprété une disposition législative, puis déterminé que la situation factuelle propre à la partie opposante tombe précisément sous le coup de cette disposition, celle-ci n'est manifestement pas imprécise. Il n'est pas nécessaire d'examiner des situations factuelles hypothétiques puisqu'il appert clairement que la loi fournit un fondement pour un débat judiciaire et satisfait ainsi aux exigences de l'art. 7 de la *Charte*.

[217] L'avocat de l'intimée a aussi rejeté la prétention des appelants que la Cour d'appel fédérale avait conclu dans l'affaire *OSFC-C.A.F.*, précitée, à l'existence d'un abus du régime sur les pertes des sociétés. Selon l'opinion de l'avocat, la Cour d'appel fédérale a plutôt conclu que les opérations en cause contrevenaient à la politique

générale de la *Loi* à l'encontre du transfert de pertes d'une société à une autre. Plus particulièrement, il prétend que la Cour d'appel fédérale a conclu à l'existence d'une politique générale contre le transfert de pertes qui l'emporte sur des dispositions particulières de la *Loi* et sur la politique qui s'appliquerait par ailleurs en l'absence d'évitement fiscal. En conséquence, la tentative de montrer qu'il existe une incompatibilité entre, d'une part, la conclusion de la Cour d'appel fédérale selon laquelle le contribuable a obéi au libellé et à la politique du paragraphe 18(13) et aux règles sur les sociétés en nom collectif et, d'autre part, cette politique générale est mal fondée. De plus, l'avocat de l'intimée a soutenu que les conclusions de la Cour d'appel fédérale concernant les politiques de la *Loi* lient notre cour.

[218] L'avocat de l'intimée a aussi rejeté la prétention des appelants que l'on n'avait pas proposé l'argument portant sur d'autres formes possibles d'organisation commerciale à la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *OSFC-C.A.F.*, précitée, en déclarant que les appelants dans cette affaire avaient prétendu qu'ils avaient choisi un mécanisme d'entreprise valide et réel et qu'ils l'avaient respecté. Néanmoins, selon l'avocat, la Cour d'appel fédérale, en tenant compte de la validité commerciale et juridique des opérations faisant partie du mécanisme, a conclu qu'elles contrevenaient à la politique de la *Loi* contre le transfert de pertes.

[219] L'avocat de l'intimée a rejeté l'affirmation selon laquelle la Cour d'appel fédérale a conclu que l'article 245 interdit à un contribuable de choisir d'organiser une opération commerciale selon l'un ou l'autre des différents régimes figurant dans la *Loi*. Selon l'avocat de l'intimée, la Cour a conclu que l'article 245 prive simplement un contribuable du bénéfice des opérations qui contreviennent à la politique de la *Loi* lue dans son ensemble.

[220] L'avocat de l'intimée a déclaré que ni l'affaire *Ludco*, précitée, ni l'affaire *Singleton*, précitée, ne sont pertinentes à l'interprétation de l'article 245. Les opérations pertinentes dans l'affaire *Ludco*, précitée, ont été effectuées avant l'édiction de l'article 245. Dans l'affaire *Singleton*, précitée, elles ont eu lieu après l'édiction. Cependant, ni l'une ni l'autre de ces décisions n'ont tenu compte de l'application de l'article 245 de la *Loi*.

[221] L'avocat de l'intimée a soutenu que la conclusion de la Cour d'appel fédérale que les opérations dans l'affaire *OSFC-C.A.F.*, précitée, avaient donné lieu à un abus de la politique contre le transfert des pertes des sociétés s'appuie sur le principe de base selon lequel la politique générale de la *Loi* interdit le transfert de pertes entre contribuables, qu'il s'agisse de particuliers ou de sociétés. En conséquence, il n'existe aucune raison valable pour que la Cour n'applique pas la décision de la Cour d'appel

fédérale aux deux dernières opérations en cause dans les présents appels et ne conclue pas qu'elles contreviennent également à la politique générale contre le transfert des pertes.

[222] L'avocat de l'intimée a souligné que la majorité des juges de la Cour d'appel fédérale a conclu que le paragraphe 248(10) élargissait le sens de l'expression « série d'opérations » figurant au paragraphe 245(3) de sorte que si les parties à une opération tenaient compte de la série d'opérations au sens de la *common law* (opérations n<sup>os</sup> 1, 2 et 3) lorsqu'elles ont décidé de conclure une opération ultérieure, cette opération fera partie de la série. En fait, la Cour d'appel fédérale a statué que les quatre premières opérations constituaient une série. En conséquence, l'avocat a soutenu que les opérations n<sup>os</sup> 5 et 6 faisaient partie de la série, puisque les appelants ont tenu compte des quatre premières opérations lors de la conclusion des dernières opérations. L'avocat a aussi fait référence à l'opinion exprimée par le juge Létourneau, qui s'exprimait à titre personnel, que l'opération n<sup>o</sup> 4 (achat de la participation de 99 p. 100 dans STIL II par la OSFC) faisait partie de la série parce qu'elle a répondu à la fois au critère de l'« interdépendance mutuelle » et au critère du « résultat final ». Tout en faisant remarquer que cette approche traduit le mieux la loi en ce qui concerne le sens de l'expression « série d'opérations » qui figure à l'alinéa 245(3)b) de la *Loi*, l'avocat a déclaré que, pour le règlement des présents appels, l'opinion de la majorité doit prévaloir.

[223] L'avocat de l'intimée a soutenu que la majorité des juges de la Cour d'appel fédérale n'ont conclu qu'il était nécessaire de déterminer si l'opération n<sup>o</sup> 4 était une opération d'évitement que par souci de commodité, afin de pouvoir exprimer un avis sur la question de savoir si l'une des opérations dans la série a entraîné d'abus en vertu du paragraphe 245(4). L'avocat a déclaré qu'on ne peut en aucun cas interpréter l'opinion de la majorité comme instituant le principe selon lequel il faut établir que toutes les opérations dans une série soient des opérations d'évitement avant qu'il soit possible de déclarer que le résultat de la série était un avantage fiscal. Du point de vue de l'avocat, puisque la Cour d'appel fédérale a conclu que les opérations n<sup>os</sup> 1 à 4 étaient des opérations d'évitement, alors, en autant que notre cour conclue que les opérations n<sup>os</sup> 1 à 6 constituent une série se soldant par un avantage fiscal, il n'est pas nécessaire de conclure que les deux dernières opérations sont aussi des opérations d'évitement. Il a néanmoins soutenu, en se référant à la « question préliminaire » et à la « deuxième question » dans les premières observations de l'intimée, que la preuve produite dans les présents appels appuie d'une manière écrasante la conclusion selon laquelle les deux dernières opérations sont des opérations d'évitement.

[224] L'avocat de l'intimée a en outre soutenu que la preuve dans l'affaire *OSFC-C.A.F.*, précitée, appuie la conclusion que les opérations n<sup>os</sup> 5 et 6, c'est-à-dire les opérations des appelants en cause dans les présents appels, ont été entreprises uniquement pour obtenir l'avantage fiscal. L'avocat était en désaccord avec la prétention des appelants selon laquelle on n'avait pas présenté à la Cour d'appel fédérale une preuve considérable sur la nature commerciale véritable des opérations principales et qu'en conséquence la Cour avait tiré une conclusion mal fondée au sujet de l'essentiel des opérations, qui a conduit à une impression manifestement inexacte selon laquelle le portefeuille immobilier n'était qu'une façade.

[225] L'avocat de l'intimée a constaté que, quoique la majorité des juges de la Cour d'appel fédérale ont conclu qu'une simple comparaison de l'avantage fiscal prévu et du revenu commercial prévu peut ne pas être concluante, particulièrement lorsque les deux estimations se rapprochent, la Cour a déclaré que l'existence d'un avantage fiscal éventuel nettement plus élevé que le revenu commercial prévu porterait à croire que l'objet principal est de nature fiscale. En fait, en arrivant à cette conclusion, la majorité des juges de la Cour d'appel fédérale ont comparé un avantage fiscal de 52 millions de dollars à des revenus d'environ 6 millions de dollars avant les frais de vente en vertu de la contrepartie conditionnelle et à des revenus d'exploitation projetés d'environ un million de dollars. La Cour a alors déclaré que sa conclusion était étayée par la manière dont la OSFC avait vendu sa participation dans STIL II, par les sommes que la OSFC avait reçues pour la vente et par le partage entre les associés de SRMP du produit des ventes et du revenu reçus de STIL II. Dans les présents appels, étant donné que l'avantage fiscal prévu pour les associés de SRMP dépasse de beaucoup le revenu commercial prévu, la Cour peut conclure que les opérations n<sup>os</sup> 5 et 6 étaient des opérations d'évitement. Étant donné que le revenu commercial auquel s'attendaient les appelants en l'espèce était considérablement moins élevé que celui auquel s'attendait la OSFC, et étant donné que la Cour d'appel fédérale a conclu que l'opération n<sup>o</sup> 4 était une opération d'évitement, il en résulte que les opérations n<sup>os</sup> 5 et 6 étaient à plus forte raison des opérations d'évitement.

[226] L'avocat de l'intimée a aussi soutenu que la preuve documentaire et les autres preuves objectives dans les présents appels étaient essentiellement les mêmes que dans l'affaire *OSFC-C.A.F.*, précitée, et que la seule preuve supplémentaire en l'espèce se rapportait à l'intention subjective des appelants. Selon l'avocat, cette preuve subjective n'est pas pertinente; il a renvoyé la Cour aux motifs de la majorité des juges de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *OSFC-C.A.F.*, où le juge Rothstein a déclaré au paragraphe 46 :

Le membre de phrase « il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour » au paragraphe 245(3) indique que le critère de l'objet principal est un critère objectif. Par conséquent, l'accent sera mis sur les faits et les circonstances pertinentes et non sur les déclarations d'intention. Il est également évident que l'objet principal doit être déterminé au moment où les opérations en question ont été effectuées. Il ne s'agit pas d'une évaluation rétrospective, qui tiendrait compte de faits et de circonstances survenus après que les opérations ont été effectuées.

[227] L'avocat de l'intimée a fait remarquer que la majorité des juges de la Cour d'appel fédérale ont conclu que le simple fait que l'aspect fiscal soit conditionnel ne fera pas en sorte que l'on conclue que l'objet principal était un but commercial, parce qu'une telle approche dépouillerait toujours une opération de son caractère d'évitement et annulerait donc l'objet de la disposition générale anti-évitement. Il a donc soutenu que la Cour était tenue de rejeter l'argumentation identique faite par les appelants en l'espèce.

[228] L'avocat de l'intimée a aussi renvoyé aux motifs du jugement du juge Létourneau où il exprimait l'opinion que les opérations constituaient un abus du paragraphe 18(13) de la *Loi*. Après avoir cité la conclusion du juge Bowie sur cette question, le juge Létourneau a déclaré au paragraphe 134 :

Je suis d'accord. Le paragraphe 18(13) n'était pas destiné à permettre aux sociétés d'augmenter le prix de base ajusté d'une société ou d'une société de personnes liée dans le but de vendre ses pertes à une société sans lien de dépendance.

[229] Le juge Létourneau a aussi convenu avec le juge Bowie que les opérations constituaient un abus de la *Loi* lue dans son ensemble lorsqu'il a indiqué au paragraphe 135 :

[...] les pertes de la STC ont été transformées en un produit vendable et transférées d'une société à une autre par l'artifice d'une société de personnes (la STIL II) qui n'avait jamais subi les pertes et a agi comme intermédiaire.

[230] L'avocat de l'intimée a donc soutenu que l'opinion de la minorité de la Cour d'appel fédérale avait conclu à l'existence d'une politique contre le transfert de pertes en vertu du paragraphe 18(13) et de la *Loi* lue dans son ensemble.

[231] L'avocat de l'intimée a souligné que les conclusions de la minorité sont préférables à celles de la majorité. Cependant, comme elles sont des conclusions de droit plutôt que de fait et que les conclusions de la majorité lient notre cour, l'avocat a

déclaré qu'aux fins des présents appels, l'intimée souscrivait aux conclusions de la majorité et les invoquait.

#### **(D) ANALYSE**

[232] Je dirai tout d'abord que je suis d'accord avec l'intimée lorsqu'elle affirme que l'article 245 de la *Loi* s'applique en l'espèce. Il s'applique essentiellement pour les motifs avancés dans les observations initiales de l'intimée ainsi que dans ses observations supplémentaires.

[233] Pour décider si l'article 245 de la *Loi* est applicable, je peux profiter de la récente décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *OSFC-C.A.F.*, précitée. Cette décision, qui porte essentiellement sur les mêmes opérations que celles qui sont le sujet des présents appels, est également la première décision de la Cour d'appel fédérale sur la DGAÉ. Il va sans dire que je suis lié par les conclusions de la majorité de la Cour d'appel fédérale en ce qui concerne l'article 245 et les autres articles de la *Loi*.

[234] Selon la majorité des juges de la Cour d'appel fédérale, la première chose est de déterminer s'il existe un avantage fiscal. Ensuite, il est nécessaire de déterminer si l'avantage découle d'une opération qui est une opération d'évitement ou d'une série d'opérations dont une opération d'évitement fait partie.

##### **(a) Avantage fiscal**

[235] Selon la définition au paragraphe 245(1), un « avantage fiscal » signifie notamment une réduction, un évitement ou un report d'impôt payable en application de la *Loi*. En fin de compte, la question de savoir s'il y a eu un « avantage fiscal » est une question de fait.

[236] Le 1<sup>er</sup> octobre 1993, SRMP a réparti parmi ses associés les pertes de plus de 52 millions de dollars à la fin de l'exercice 1993. Chaque particulier appelant en l'espèce a déduit la part des pertes qui lui était répartie de son revenu pour cette année. Les sociétés appelantes ont fait de même pour leur année d'imposition 1994. Parce que leur revenu était trop faible, certains appelants ont calculé des pertes autres qu'en capital qui ont été reportées à des années antérieures ou postérieures. Cet avantage fiscal évident découle de l'opération n° 6. Les appelants n'ont pas nié que la déduction de ces pertes est un avantage fiscal. Cependant, ils soutiennent que l'avantage est limité et qu'il s'agit principalement d'un simple report de l'impôt. Les appelants affirment que la répartition de la perte réduit le prix de base rajusté de

chaque participation dans la société en nom collectif. En conséquence, lors de la dissolution de la société en nom collectif, lors de la vente d'une participation dans la société ou lors du décès d'un particulier associé, il y aura une disposition réputée de la participation dans la société en nom collectif, ce qui donnera lieu à un gain en capital et ainsi à la récupération de 75 p. 100 de l'avantage fiscal.

[237] Peu importe si les pertes réclamées se limitent à un report de 75 p. 100 du montant réclamé : étant donné la large définition des termes « avantage fiscal » au paragraphe 245(1), il ne fait aucun doute qu'un avantage fiscal découle des pertes réclamées. Il faut noter que 25 p. 100 des pertes réclamées produiraient une réduction d'impôt et non un simple report. De plus, la valeur actualisée d'un report varie selon la durée du report et les taux d'intérêt en vigueur.

[238] Cependant, trois éléments clés de la preuve mettent en évidence le fait que l'avantage fiscal envisagé dès le début était plus qu'un simple report d'impôt. À mon avis, on envisageait une réduction d'impôt permanente. Premièrement, le contrat de société en nom collectif de SRMP (pièce 35, vol. 3) stipule à l'article 10.01 que la société SRMP ne serait dissoute que lors du premier en date des événements suivants :

[TRADUCTION]

- a) 180 jours après la faillite de la OSFC, sauf si la OSFC est remplacée dans les 180 jours qui suivent;
- b) l'adoption d'une résolution spéciale des associés approuvant la dissolution et la liquidation de la société en nom collectif; cependant, une telle résolution ne peut être soumise à un vote ou adoptée avant le 31 décembre 2100.

[239] L'article 10.02 du même document énumère ensuite tous les événements qui ne mettraient pas fin à la société ou ne la dissoudraient pas et stipule que l'intention est qu'elle ne soit pas dissoute, sauf dans les cas prévus à l'article 10.01. De plus, dans son témoignage, M. Cook a reconnu que la durée était illimitée et qu'il n'y avait pas de date de liquidation.

[240] Deuxièmement, une note de M. Robertson à M. Gregory du 9 avril 1996 (pièce 57, vol. IV) précise que conformément au projet original, qui est de poursuivre les activités de la société en nom collectif SRMP, l'acquisition d'un bien devrait survenir avant la vente du dernier immeuble du portefeuille.

[241] Troisièmement, dans une autre note de M. Robertson à M. Gregory du 17 décembre 1997 (pièce 208), on affirme à la page 4 que [TRADUCTION] : « En dernier lieu, la société en nom collectif ne peut jamais être liquidée, sinon les associés subiraient des conséquences fiscales inacceptables. »

[242] Ces éléments de preuve ne démontrent certainement pas qu'on envisageait un simple report d'impôt. J'aborderai la question de la valeur de l'avantage fiscal plus loin, lors de la discussion de l'objet principal des opérations de SRMP. Sans aucun doute, on n'envisageait pas le décès d'un particulier associé à cette époque. De plus, il n'y a pas eu de preuve relativement aux conséquences fiscales précises du décès d'un associé ou, plus particulièrement, quant à savoir s'il aurait pu y avoir un roulement de sa participation dans la société en nom collectif.

(b) **Avantage fiscal découlant d'une opération d'évitement ou d'une série d'opérations dont une opération d'évitement fait partie**

[243] Selon la définition au paragraphe 245(1), une convention, un mécanisme ou un événement sont assimilés à une opération.

[244] Selon la majorité des juges de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *OSFC-C.A.F.*, précitée, une opération fait partie d'une « série » en vertu du paragraphe 245(2) si les conditions suivantes sont réunies :

1. il existe une série d'opérations au sens de la *common law*;
2. l'opération est « liée » à la série au sens de la *common law*;
3. l'opération liée est terminée en vue de réaliser la série.

(i) **Le terme « série » au sens de la common law**

[245] La majorité des juges de la Cour d'appel fédérale ont conclu qu'en édictant le paragraphe 245(3), le législateur avait l'intention d'adopter la définition en *common law* des termes « série d'opérations » retenue par la Chambre des lords dans l'affaire *Furniss v. Dawson*, [1984] A.C. 474 (Ch. des lords). Le juge Rothstein a résumé cette définition au paragraphe 24 comme suit :

[...] pour qu'il y ait une série d'opérations, chaque opération dans la série doit être déterminée d'avance pour produire un résultat final. Par détermination d'avance, on

veut dire que lorsque la première opération de la série est réalisée, tous les éléments essentiels de l'opération ultérieure ou des opérations ultérieures sont déterminés par les personnes qui ont la ferme intention et la capacité de les réaliser. C'est-à-dire qu'il n'existe aucune probabilité pratique que l'opération ultérieure ou les opérations ultérieures ne se réaliseront pas.

(ii) Opération liée

[246] La majorité des juges de la Cour d'appel fédérale ont statué que la définition en *common law* a été élargie par le paragraphe 248(10), qui porte que pour l'application de la *Loi*, lorsqu'il est renvoyé à une série d'opérations ou d'événements, la série est réputée comprendre les opérations et événements liés terminés en vue de réaliser la série.

[247] Le juge Rothstein a décrit l'effet de l'élargissement de la définition sur l'application de l'article 245 comme suit au paragraphe 36 :

[...] Le paragraphe 248(10) n'exige pas que l'opération liée soit déterminée d'avance. Il ne précise pas non plus quand l'opération liée doit être terminée. Dès lors que l'opération a quelque lien avec la série au sens de la *common law*, elle fera partie, si elle a été terminée en vue de réaliser une série au sens de la *common law*, de la série en raison de l'effet déterminatif du paragraphe 248(10).

(iii) Terminée en vue

[248] Le juge Rothstein a décrit la façon de déterminer si une opération liée est terminée en vue de réaliser une série au sens de la *common law*, de nouveau au paragraphe 36, comme suit :

[...] Pour déterminer si l'opération liée est terminée en vue de réaliser une série au sens de la *common law*, il faut décider si les parties à l'opération étaient au courant de la série au sens de la *common law*, de façon qu'on puisse dire qu'elles en avaient tenu compte lorsqu'elles ont décidé de terminer l'opération. Le cas échéant, on peut dire que l'opération a été terminée en vue de réaliser une série au sens de la *common law*.

[249] En conséquence, lorsque les parties étaient au courant de la série au sens de la *common law* et en avaient tenu compte lorsqu'elles ont terminé l'opération liée, cette opération sera considérée comme faisant partie de la série.

[250] La majorité des juges de la Cour d'appel fédérale ont conclu que les trois premières opérations étaient « déterminées d'avance » et constituaient donc une série

au sens de la *common law*. Ils ont aussi conclu que l'opération n<sup>o</sup> 4, à savoir l'acquisition par la OSFC de sa participation dans STIL II, était liée aux trois premières opérations et était terminée en vue de réaliser cette série. Pour cette raison, la majorité a conclu, au paragraphe 39, qu'en appliquant l'effet déterminatif du paragraphe 248(10), les quatre premières opérations constituaient une série d'opérations.

[251] Notre tâche dans les présents appels est de déterminer si les appelants étaient au courant des quatre premières opérations et avaient tenu compte de cette série lorsqu'ils ont terminé les opérations n<sup>os</sup> 5 et 6.

[252] Curieusement, bien que l'avantage fiscal à la OSFC provienne en fin de compte de l'opération n<sup>o</sup> 6, ni le juge Bowie dans l'affaire *OSFC-C.C.I.*, précitée, ni la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *OSFC-C.A.F.*, précitée, n'a tiré de conclusion définitive sur la question de savoir si les opérations n<sup>os</sup> 5 et 6 faisaient aussi partie de la série. La situation est la même dans les présents appels, étant donné que tous les appelants auraient bénéficié en fin de compte de l'avantage fiscal découlant de l'opération n<sup>o</sup> 6.

[253] Cependant, les opérations n<sup>os</sup> 5 et 6 ont fait l'objet des observations suivantes de la part de la majorité des juges de la Cour d'appel fédérale, au paragraphe 11 :

L'appelante n'avait pas l'intention de conserver sa participation de 99 p. 100 dans la STIL II. Au moyen d'opérations qui avaient été prédéterminées avant la conclusion de son achat de la participation dans la STIL II, l'appelante a disposé de 76 p. 100 de sa participation dans la STIL II dans le cadre des opérations suivantes :

1. 5 juillet 1993 — Formation de SRMP Realty and Mortgage Partnership;
2. 22 septembre 1993 — Conclusion de la vente de la participation de 99 p. 100 de l'appelante dans la STIL II à la SRMP, l'appelante obtenant une participation de 24 p. 100 dans la SRMP.

[254] De cette description, on peut probablement déduire que la majorité des juges de la Cour d'appel fédérale avaient conclu que les opérations n<sup>os</sup> 5 et 6 avaient été convenues en connaissance des opérations antérieures et qu'on avait tenu compte de ces opérations en terminant les opérations n<sup>os</sup> 5 et 6.

[255] Dans les présents appels, l'avocat de l'intimée a soutenu que les appelants étaient au courant des opérations antérieures et qu'ils les ont prises en considération

lors de la réalisation des opérations n<sup>os</sup> 5 et 6. À ce sujet, l'intimée a renvoyé au contrat de société en nom collectif de SRMP du 5 juillet 1993 (pièce 35, vol. III) et au contrat d'achat-vente de la participation dans STIL II conclu par la OSFC et SRMP le 7 juillet 1993 (pièce 40, vol. III) comme établissant la connaissance des appelants.

[256] En outre, l'avocat de l'intimée a soutenu qu'il existe une preuve claire que les appelants avaient été informés de l'acquisition par la OSFC de la participation de 99 p. 100 dans la société en nom collectif STIL II et qu'ils étaient intéressés à participer à cette opération. Selon l'avocat, les associés de SRMP qui étaient membres de Thorsteinssons ont participé à la conversion en consortium immobilier de la participation de la OSFC dans la société STIL II au moins à compter du 5 mars 1993, date de la lettre d'intention. Comme preuve de cette affirmation, il a renvoyé au témoignage de M. Bradeen devant le juge Bowie dans lequel M. Bradeen a reconnu que la OSFC avait l'intention dès le début de convertir sa participation dans la société STIL II en consortium immobilier auquel participeraient notamment un certain nombre d'avocats de Thorsteinssons. L'avocat de l'intimée a aussi fait référence au témoignage donné en l'espèce par M. Kaulius, qui a reconnu que la OSFC avait l'intention dès le début de convertir en consortium immobilier sa participation dans la société en nom collectif. Je suis d'accord.

[257] Ainsi, je conclus que les opérations n<sup>os</sup> 5 et 6 ont été terminées en vue des opérations n<sup>os</sup> 1 à 4, étant donné que les appelants avaient connaissance de la série antérieure et qu'ils en ont tenu compte en décidant de terminer les opérations n<sup>os</sup> 5 et 6. En vertu de l'effet déterminatif du paragraphe 248(10) de la *Loi*, les opérations n<sup>os</sup> 1 à 6 constituent donc une série d'opérations aux fins de l'article 245.

[258] Une autre condition préalable à l'application de la DGAÉ est qu'il doit exister une « opération d'évitement » selon la définition au paragraphe 245(3) de la *Loi*.

[259] Dans l'affaire *OSFC-C.A.F.*, précitée, le juge Rothstein a résumé ainsi l'analyse effectuée en vertu du paragraphe 245(3), au paragraphe 17 :

D'après le paragraphe 245(3), pour conclure qu'une opération est une opération d'évitement, il faut satisfaire à deux critères. Le premier est le critère des résultats. Ce critère exige que l'on détermine si un avantage fiscal découlerait d'une opération ou d'une série d'opérations, sans la RGAÉ. Le second est le critère de l'objet. Dans ce cas, l'accent est mis sur l'objet principal de l'opération, ou des opérations individuelles qui font partie de la série, selon le cas. Il n'est nécessaire d'examiner l'objet principal d'une opération ou de plusieurs opérations que si un avantage fiscal découlait de l'opération ou de la série d'opérations.

[260] En vertu du critère des résultats, il faut décider si un avantage fiscal a découlé de l'opération ou d'une série d'opérations. Le juge Rothstein a fait remarquer que, pour déterminer si un avantage fiscal découle d'une opération ou d'une série d'opérations, il n'est pas nécessaire que la personne ayant obtenu l'avantage fiscal soit la personne qui a effectué les opérations. Il a écrit au paragraphe 41 :

[...] je ne vois aucun mot au paragraphe 245(3) qui dit expressément ou implicitement que la personne qui obtient l'avantage fiscal doit nécessairement avoir été celle qui a effectué l'opération. Je pense que cette interprétation est conforme à l'économie de l'article 245 dont aucun des paragraphes ne lie l'obtention d'un avantage fiscal à la personne ou aux personnes qui effectuent les opérations. En particulier, le paragraphe 245(2) parle des attributs fiscaux d'une personne sans identifier la personne, sauf pour dire que l'avantage fiscal tiré par cette personne aurait découlé, directement ou indirectement, d'une opération d'évitement ou d'une série d'opérations dont cette opération fait partie. En termes simples, le paragraphe 245(3) ne dit pas que la personne qui effectue l'opération doit être celle qui en tire l'avantage fiscal.

[261] Le juge Rothstein a alors discuté du second critère, celui de l'objet principal, en faisant remarquer qu'il s'agit d'un critère objectif qui doit s'appliquer eu égard au moment où les opérations en litige ont été effectuées, l'accent étant sur les faits et les circonstances de chaque cas et non sur les déclarations d'intention. Il a déclaré aux paragraphes 46, 48 et 58 :

Le membre de phrase « il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour » au paragraphe 245(3) indique que le critère de l'objet principal est un critère objectif. Par conséquent, l'accent sera mis sur les faits et les circonstances pertinentes et non sur les déclarations d'intention. Il est également évident que l'objet principal doit être déterminé au moment où les opérations en question ont été effectuées. Il ne s'agit pas d'une évaluation rétrospective, qui tiendrait compte de faits et de circonstances survenus après que les opérations ont été effectuées.

[...]

[...] il est normalement nécessaire d'analyser le principal objet de toutes les opérations pertinentes. Il en est ainsi parce que l'analyse effectuée sous le régime du paragraphe 245(4) doit déterminer si une opération d'évitement donnerait lieu à un abus dans l'application des dispositions de la *Loi*. Il se pourrait que certaines opérations d'évitement faisant partie de la série ne donneraient pas lieu à un abus. Par conséquent, il est nécessaire d'examiner toutes les opérations pertinentes pour déterminer lesquelles sont des opérations d'évitement, afin que l'analyse effectuée sous le régime du paragraphe 245(4) soit complète. [...]

[...]

[...] je soulignerai que l'objet principal d'une opération sera déterminé sur la base des faits de chaque espèce. En particulier, une comparaison du montant de l'avantage fiscal estimatif et du montant estimatif du revenu commercial peut ne pas être déterminante, surtout lorsque ces estimations sont proches. De plus, la nature de cet aspect commercial de l'opération doit être attentivement examinée. On ne peut tout simplement pas statuer que l'objet commercial n'est pas l'objet principal parce que l'avantage fiscal est important.

[262] Dans l'affaire *OSFC-C.A.F.*, précitée, la majorité des juges de la Cour d'appel fédérale ont conclu que les opérations n<sup>os</sup> 1 à 4 étaient des opérations d'évitement. Trois questions se posent donc ici. Premièrement, notre cour doit-elle décider à nouveau si les opérations n<sup>os</sup> 1 à 4 sont des opérations d'évitement? Deuxièmement, est-il suffisant de déterminer que les opérations n<sup>os</sup> 5 et 6 font partie de la série d'opérations qui incluait soit une « opération d'évitement » soit des « opérations d'évitement »? Troisièmement, est-il nécessaire de déterminer également si les opérations n<sup>os</sup> 5 et 6 sont toutes deux des opérations d'évitement?

[263] La majorité des juges de la Cour d'appel fédérale ont conclu qu'il était nécessaire de décider si l'opération n<sup>o</sup> 4 était aussi une opération d'évitement, au paragraphe 48 :

Compte tenu de cette conclusion concernant les opérations de la Standard, il semble que le juge de la Cour de l'impôt n'a pas jugé qu'il était nécessaire de déterminer si l'acquisition par l'appelante de sa participation dans la STIL II constituait également une opération d'évitement. Toutefois, à mon humble avis, il est normalement nécessaire d'analyser le principal objet de toutes les opérations pertinentes. Il en est ainsi parce que l'analyse effectuée sous le régime du paragraphe 245(4) doit déterminer si une opération d'évitement donnerait lieu à un abus dans l'application des dispositions de la *Loi*. Il se pourrait que certaines opérations d'évitement faisant partie de la série ne donneraient pas lieu à un abus. Par conséquent, il est nécessaire d'examiner toutes les opérations pertinentes pour déterminer lesquelles sont des opérations d'évitement, afin que l'analyse effectuée sous le régime du paragraphe 245(4) soit complète. En conséquence, il faut déterminer si l'acquisition par l'appelante de sa participation dans la STIL II constituait une opération d'évitement.

[264] Après l'application du critère en deux étapes, la majorité a conclu que l'opération n<sup>o</sup> 4 était une opération d'évitement. Cependant, le juge Létourneau, en son propre nom, a convenu avec le juge Bowie de notre cour qu'étant donné que l'opération n<sup>o</sup> 4 faisait partie d'une série d'opérations, il n'était pas nécessaire de déterminer si elle était aussi une opération d'évitement.

[265] Selon moi, il serait dénué de sens et contraire au libellé du paragraphe 245(2) et de l'alinéa 245(3)b) de la *Loi* d'interpréter l'affirmation de la majorité comme exigeant que chacune des opérations soit une opération d'évitement. L'utilisation du mot « série » n'aurait aucun sens si une telle interprétation était retenue. Je serais plutôt d'accord avec l'avocat de l'intimée, selon qui la majorité a probablement analysé la question de savoir si l'opération n<sup>o</sup> 4 était une opération d'évitement à des fins de commodité, afin de pouvoir exprimer une opinion sur la question de savoir si un abus dans l'application de la *Loi* découlait de l'une ou l'autre des opérations de la série et non parce que l'analyse était nécessaire en vertu du paragraphe 245(3).

[266] Évidemment, il y a plus d'une manière d'analyser les opérations qui font partie d'une série. Par exemple, les six opérations en cause pourraient être regroupées par deux. On pourrait considérer les opérations n<sup>os</sup> 1 et 2 comme étant de nature préparatoire. Les opérations n<sup>os</sup> 3 et 4 seraient les opérations centrales dans le sens qu'elles étaient les opérations à l'origine du transfert des pertes fiscales de la CST à une partie sans lien de dépendance. De ce point de vue, l'analyse de l'abus en vertu du paragraphe 245(4) de la *Loi* porterait surtout sur les opérations n<sup>os</sup> 3 et 4. En fait, elles seraient considérées comme les principales opérations d'évitement. On verrait les opérations n<sup>os</sup> 5 et 6 comme étant celles ayant permis d'atteindre le résultat final, c'est-à-dire le partage parmi tous les associés de SRMP, y compris la OSFC et tous les appelants en l'espèce, de l'avantage fiscal déjà obtenu par la OSFC.

[267] Il est intéressant de noter que dans une décision plus récente, *La Reine c. Canadien Pacifique Limitée*, [2002] 3 C.F. 170, 2002 D.T.C. 6742 (« *Canadien Pacifique-C.A.F.* »), la Cour d'appel fédérale avait conclu à l'unanimité que le paragraphe 245(3) n'exige qu'une seule opération de la série soit une opération d'évitement. Le juge Sexton a déclaré au paragraphe 17 :

Si une opération ou une série d'opérations entraîne un avantage fiscal et que l'objet premier de l'une quelconque de ces opérations est d'obtenir un avantage fiscal, alors il y a eu opération d'évitement. Une fois qu'il a été établi qu'une opération d'évitement a eu lieu, le paragraphe 245(4) doit être considéré.

[268] Les appelants ont soutenu dès le début qu'il fallait établir que chaque opération de la série était une opération d'évitement. De plus, les appelants soutiennent que la Cour d'appel fédérale n'avait pas devant elle la preuve exhaustive sur la nature commerciale véritable des opérations centrales et de la participation des appelants dans ces opérations. Compte tenu du fait que les deux parties ont fait des observations détaillées sur la question de savoir si les opérations n<sup>os</sup> 5 et 6 étaient des

opérations d'évitement, je ferai une analyse en m'appuyant sur la preuve présentée devant notre cour. Cependant, puisque j'ai conclu que les opérations n<sup>os</sup> 5 et 6 font partie de la série, je tiens à souligner encore une fois qu'une telle analyse n'est pas nécessaire pour que l'article 245 s'applique. À mon avis, l'enquête relative à l'objet principal des appelants s'avérera probablement superflue.

[269] Le juge Bowie a conclu dans l'affaire *OSFC-C.C.I.*, précitée, que les trois premières opérations étaient des opérations d'évitement. Il a expliqué son raisonnement comme suit au paragraphe 40 :

[...] il me faut à cet égard examiner le témoignage subjectif de M. Bradeen à la fois par rapport à la preuve plus objective que constituent les documents provenant des dossiers du liquidateur et au regard du bon sens.

[270] La Cour d'appel fédérale a accepté la conclusion du juge Bowie que les trois premières opérations étaient des opérations d'évitement. La majorité des juges de la Cour d'appel fédérale ont ensuite conclu que l'opération n<sup>o</sup> 4 était aussi une opération d'évitement. Par cette décision, la majorité semble s'être appuyée sur le témoignage de M. Bradeen et sur les documents admis en preuve lors du procès dans l'affaire *OSFC-C.C.I.*, précitée.

[271] Au cours des présentes procédures, la transcription du témoignage de M. Bradeen dans l'affaire *OSFC-C.C.I.* a été déposée avec le consentement des parties et a constitué son témoignage aux fins des présents appels. De plus, plusieurs des documents déposés dans l'affaire *OSFC-C.C.I.* ont également été déposés en preuve dans les présentes procédures. De plus, deux classeurs comprenant la preuve documentaire citée lors du témoignage de M. Bradeen dans l'affaire *OSFC-C.C.I.* ont été remis séparément. Après avoir revu cette preuve, et tout à fait indépendamment des décisions du juge Bowie dans l'affaire *OSFC-C.C.I.* et de la majorité aussi bien que de la minorité des juges de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *OSFC-C.A.F.*, précitée, il ne m'est simplement pas possible d'atteindre une conclusion différente dans les présents appels. Je ne peux tirer de la preuve présentée par les appelants dans le cas présent aucune autre conclusion. La façon étrange et inhabituelle dont E & Y a agi en regroupant les hypothèques comprises dans le portefeuille et en effectuant le transfert de la CST à STIL II par la voie des trois premières opérations ne laisse aucun doute quant à ses objectifs. Ce serait peine perdue d'essayer de trouver dans la preuve présentée une indication sérieuse que ces opérations avaient principalement un objet commercial. Il n'a jamais été démontré que l'on pouvait mieux atteindre ces objectifs commerciaux de cette façon. De plus, il est difficile d'accepter qu'il serait préférable pour la CST d'exploiter l'entreprise immobilière en ayant recours à une

société en nom collectif alors que l'on prévoyait dès le début que sa participation à 99 p. 100 dans cette société serait cédée à une partie sans lien de dépendance aussitôt que possible après la période de 30 jours prévue au paragraphe 18(13) de la *Loi*. La participation de 1 p. 100 conservée par la société 1004568 ne peut être que négligeable du point de vue de la CST. À mon avis, l'objet principal était de transformer les pertes fiscales de la CST, qui auraient été par ailleurs inutilisables, en ce que le juge Bowie a appelé « un bien commercialisable » dans l'affaire *OSFC-C.C.I.*, précitée, et ce que le juge Létourneau a appelé « un produit vendable » dans l'affaire *OSFC-C.A.F.*, précitée, pour lequel on pourrait obtenir un montant additionnel. L'objectif recherché dès le début était d'obtenir 5 millions de dollars pour des pertes de plus de 52 millions de dollars qui auraient par ailleurs été sans valeur. Bien que M. Bradeen ait affirmé le contraire, une preuve abondante montre que E & Y présentait l'affaire comme étant une offre globale indivisible comprenant le portefeuille et les attributs fiscaux. Il est clair que E & Y avait procédé de façon différente dans sept opérations distinctes sur neuf portant sur plus de 4 000 hypothèques. Pourquoi STIL II et, d'ailleurs, STIL I ont-elles été créées, si ce n'est principalement pour vendre les pertes fiscales? Il n'y a pas de doute qu'on aurait pu atteindre tous les objectifs commerciaux par d'autres moyens. Il ne fait aucune différence que le juge Houlden ait été parfaitement au courant ou non des incidences fiscales des trois premières opérations et de la vente ultérieure de la participation de la CST dans la société STIL II à la OSFC. Après tout, il s'agissait d'opérations parfaitement légales et exécutoires. Cependant, on remarquera en examinant à la suite l'ébauche n° 3 de la [TRADUCTION] « Liste des conditions relatives aux opérations du portefeuille immobilier » du 24 juillet 1992 (pièce 77, vol. VII), qui n'a jamais été remise au juge Houlden, le rapport du liquidateur n° 13 (pièce 1, vol. I), et enfin le rapport du liquidateur n° 22 (pièce 9, vol. I), qui ont été remis au juge Houlden, que le caractère fiscal des opérations est de moins en moins évident.

[272] Après examen, l'opération de la OSFC (opération n° 4) ne justifie pas une conclusion différente en ce qui concerne l'objet principal. Lorsqu'on fait des comparaisons, on devrait décrire les choses comme elles le sont réellement. Un dollar est un dollar, et des pertes de 52 millions de dollars annulent des profits de 52 millions de dollars. On devrait donc considérer le rendement potentiel d'un dollar placé dans le portefeuille par rapport à celui d'un dollar placé dans l'achat des pertes d'autrui. Le rendement varierait selon la structure du placement, le pourcentage du montant utilisé pour faire le placement qui a été emprunté, le taux d'intérêt et l'effet de levier. Ensuite, il faudrait tenir compte de considérations fiscales supplémentaires, par exemple le taux d'imposition applicable, la déductibilité de l'intérêt et la question de savoir si les réductions d'impôt sont permanentes ou ne représentent qu'un report, et, dans ce cas, pendant combien d'années. Les estimations des rendements attendus

du portefeuille immobilier pourraient varier considérablement selon les hypothèses relatives aux rentrées de fonds et au produit des ventes, tandis que les pertes fiscales étaient d'un montant fixe de plus de 52 millions de dollars et ne changeraient pas. En fin d'analyse, une chose reste évidente : les chiffres parlent. Si, comme l'a montré l'essentiel de la preuve, la valeur totale nette réalisable potentielle du portefeuille était de 37,8 millions de dollars et le prix d'achat garanti était de 17,5 millions de dollars, le bénéfice potentiel du produit des ventes était de 20,3 millions de dollars. Le partage du produit des ventes laisserait moins de 3,4 millions de dollars à titre de bénéfices pour la OSFC et pour ses futurs associés dans SRMP; quant au reste, il irait à la CST et à la société 1004568. Il est vrai que la plupart du revenu net d'exploitation des immeubles se trouvant dans le portefeuille irait à la OSFC en paiement de ses frais importants pour la gestion des biens. Cela pourrait représenter un montant supplémentaire de 1 million à 2 millions de dollars pour la OSFC, en plus des 850 000 \$ obtenus lors de la conversion en consortium immobilier. Mais, comme la preuve le démontre, le montant de 37,8 millions de dollars pour le produit des ventes était incertain et fondé sur des suppositions, même si l'on pensait atteindre cet objectif en consacrant beaucoup de temps et d'énergie à la gestion des biens et, comme il a été indiqué, à les astiquer. Cependant, le « prix d'achat » pour des pertes de quelque 52 millions de dollars n'était que de 5 millions de dollars, ou moins de 10 p. 100 de la valeur des pertes fiscales éventuellement utilisables. Le paiement de ce montant de 5 millions de dollars à la CST était au demeurant subordonné à la déductibilité des pertes fiscales. Il ne fallait pas y consacrer de temps ou d'énergie; il suffisait de recevoir l'aval du fisc. Sinon, le « prix d'achat » des pertes fiscales serait simplement de zéro. En termes clairs, les pertes fiscales représentaient dix fois le bénéfice maximal attendu de l'immobilier. Je ne peux tout simplement pas croire qu'un investisseur n'aurait pas constaté quels étaient les chiffres réels de chaque membre de l'équation. Bien sûr, comme M. Kaulius l'a dit, il fallait s'assurer que l'opération immobilière ait du sens et que le risque soit réduit. L'ampleur de l'avantage fiscal et son coût par rapport au bénéfice éventuel tiré de l'immobilier aurait attiré toute personne compétente dans le domaine qui avait des connaissances et de l'expertise et qui acceptait les risques. Cependant, la meilleure façon de réduire ces risques était de les partager avec d'autres. Sur ce point, la preuve claire de M. Kaulius et de M. Robertson est que la OSFC n'aurait pas pu utiliser les pertes de 52 millions de dollars et que la décision de convertir en consortium immobilier sa participation dans STIL II avait été prise dès le début.

[273] En ce qui concerne les opérations n<sup>os</sup> 5 et 6, comme il a déjà été indiqué, leur effet était de répartir les pertes de la CST à des parties sans lien de dépendance. Selon la majorité des juges de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *OSFC-C.A.F.*, précitée, la première étape pour déterminer si une opération ou une série d'opérations constitue

une opération d'évitement est d'appliquer le critère des résultats, qui oblige la Cour à décider si un avantage fiscal découlerait des opérations ou de la série d'opérations si ce n'était l'application de la DGAÉ. En l'espèce, la constitution de la société SRMP et l'achat de 76 p. 100 de la participation de 99 p. 100 de la OSFC dans STIL II a fait en sorte que les appelants ont reçu ce qui aurait été un avantage fiscal, n'eût été l'application de la DGAÉ. Les opérations n<sup>os</sup> 5 et 6 auraient en conséquence donné naissance à un avantage fiscal, si ce n'était l'application de l'article 245 de la *Loi*.

[274] Il convient de souligner que selon la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *OSFC-C.A.F.*, précitée, il n'est pas nécessaire que la personne qui a obtenu le bénéfice soit celle qui a effectué les opérations. En conséquence, peu importe les personnes qui ont effectué l'une ou l'autre des six opérations ou y ont participé, on peut refuser aux appelants la déduction des pertes qui leur ont été réparties en raison de la DGAÉ.

[275] La question qui reste pour décider si les opérations n<sup>os</sup> 5 et 6 étaient des opérations d'évitement est de savoir quel était l'objet principal de ces opérations.

[276] Je ferais d'abord remarquer qu'il est un peu difficile de comprendre pourquoi des promoteurs immobiliers de la Colombie-Britannique, d'une part, et un groupe d'avocats, dont quelques-uns avaient de l'expérience dans l'immobilier et qui résidaient tous en Colombie-Britannique, d'autre part, seraient intéressés à investir dans des immeubles de troisième ordre qui sont tous situés dans des marchés de l'immobilier peu connus en Ontario, au Manitoba et en Saskatchewan. Cela est d'autant plus surprenant que le marché de l'immobilier était déprimé à l'époque et que personne ne pouvait prévoir avec exactitude quand il y aurait une reprise. Quoique des promoteurs comme M. Verlaan et M. De Cotiis auraient pu être intéressés à quelques immeubles particuliers, globalement les immeubles sous-jacents au portefeuille étaient, selon les descriptions données par M. Robertson et M. Kaulius, loin d'être impressionnants. Ici encore, selon moi, la réponse est dans les chiffres, qui parlent d'eux-mêmes.

[277] Dans les observations supplémentaires de l'avocat de l'intimée, on a souligné que l'existence d'une importante disparité entre l'avantage fiscal et le bénéfice commercial laisse à penser que l'objet principal était d'obtenir un avantage fiscal. On a renvoyé à la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *OSFC-C.A.F.*, précitée, dans laquelle le juge Rothstein, au nom de la majorité, a déclaré au paragraphe 51 :

L'importante disparité entre l'avantage fiscal potentiel d'environ 52 millions de dollars qui reviendrait à l'appelante et le bénéfice anticipé de l'exploitation et de la disposition du portefeuille de STIL II laisse fortement entendre que l'acquisition par l'appelante de la participation de 99 p. 100 de la Standard dans la STIL II n'avait pas été principalement effectuée pour des objets *véritables* — l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable.

[278] En outre, l'avocat de l'intimée a rejeté la prétention des appelants que la Cour d'appel fédérale ne disposait pas de suffisamment de preuve au sujet de la nature commerciale des opérations. L'avocat de l'intimée a souligné que la preuve documentaire devant la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *OSFC-C.A.F.*, précitée, était essentiellement la même que celle maintenant devant notre cour et que la seule preuve supplémentaire porte sur l'intention subjective des appelants, qui n'est pas pertinente pour déterminer l'objet principal en vertu du paragraphe 245(3).

[279] Il convient de noter que la majorité des juges de la Cour d'appel fédérale se sont également prononcés au sujet de l'objet principal des opérations n<sup>os</sup> 5 et 6. Le juge Rothstein a déclaré aux paragraphes 53 et 54 :

[...] Rien n'indique que les associés de la SRMP participaient dans la remise à neuf et la disposition des biens hypothéqués saisis, ni qu'ils en avaient l'expertise. D'autre part, ils recevraient 76 p. 100 de l'avantage fiscal qui reviendrait à la SRMP. J'estime qu'il est juste d'inférer que les associés de la SRMP, autres que l'appelante, n'ont pas investi dans la SRMP en vue de participer à la remise à neuf et à la vente de biens hypothécaires saisis. Plutôt, j'estime qu'il ressort de la documentation qu'ils étaient intéressés à obtenir leur part de l'avantage fiscal, c'est-à-dire quelque 40 millions de dollars en déductions potentielles.

L'appelante n'a pas caché le lien étroit entre son acquisition de sa participation dans la STIL II et l'opération de la SRMP. Si les associés de la SRMP ne pouvaient se prévaloir de l'avantage fiscal, l'opération de la SRMP n'aurait pas eu lieu. Je pense donc que malgré son objet commercial dans l'acquisition de la participation de la Standard dans la STIL II, il ne s'agissait pas là de l'objet principal de l'opération qui a été effectuée. Son objet principal était d'obtenir un avantage fiscal pour elle-même et de céder à ses associés de la SRMP la fraction de l'avantage fiscal dont elle n'avait pas besoin pour son propre profit, en contrepartie du versement d'une somme importante et d'une autre contrepartie de ces autres associés.

[280] Il est manifeste que, selon l'opinion de la majorité des juges de la Cour d'appel fédérale, l'objet principal des opérations n<sup>os</sup> 5 et 6 était d'obtenir un avantage fiscal.

[281] De mon point de vue, la preuve présentée par les appelants dans les présentes procédures, notamment la longue description de chaque immeuble du portefeuille et

la preuve concernant les difficiles négociations avec E & Y, l'important travail de contrôle préalable fait par la OSFC et la gestion des biens, donne une première impression que le caractère commercial des opérations était considérablement plus important, aussi bien de façon absolue que relative, qu'il l'était dans la réalité.

[282] Bien que le versement pour les pertes ait été conditionnel, le fait reste que l'avantage fiscal recherché ne pouvait pas être obtenu indépendamment de l'élément commercial de l'opération. En fait, des montants importants ont dû être payés pour le portefeuille et les biens sous-jacents, qui étaient loin d'être des immeubles de premier ordre. Les risques en cause étaient importants et ils avaient un prix. De tout ceci, on peut dire que les appelants ont certainement réussi à démontrer que leur préoccupation principale portait sur l'aspect immobilier des opérations. Il est vrai qu'à cause des risques en cause, on a dû consacrer des efforts considérables et beaucoup de temps à réduire ces risques lors du processus de négociation avec E & Y et par la suite. Il existe amplement de preuves à cet égard. À mon avis, tout cela a été fait parce qu'en fin de compte, si le fisc n'acceptait pas les pertes fiscales, il ne resterait aux appelants que les biens immobiliers, relativement auxquels ils ne voulaient subir aucune perte. Cependant, la préoccupation principale ne correspond pas forcément à l'objet principal.

[283] De plus, la préoccupation concernant l'aspect commercial de l'entente pendant le processus de négociation entre la CST et la OSFC peut aussi provenir d'une inquiétude au sujet de la possibilité d'un refus de l'avantage fiscal par l'invocation de la DGAÉ. Je voudrais simplement faire remarquer que, quoiqu'on ait affirmé qu'il s'agissait d'une tactique de négociation de dernière minute, cette question est mise en évidence par la lettre de Peter Thomas à M. Drake de E & Y du 31 mai 1993 (pièce 98, vol. VII), qui proposait une formule modifiée de partage du produit des ventes afin d'augmenter la part de la OSFC des bénéfices provenant des hypothèques dans le but de satisfaire à la DGAÉ et de satisfaire aux exigences relatives à l'expectative de profit.

[284] Comme il est indiqué par la majorité des juges de la Cour d'appel fédérale, l'analyse de l'objet principal de l'opération doit porter sur les faits et les circonstances et non les déclarations d'intention. Comme il a déjà été mentionné, la preuve indique que la réalisation cible de 37,8 millions de dollars était incertaine et fondée sur des suppositions. Étant donné le marché de l'immobilier qui existait et la qualité des immeubles, il aurait fallu du temps et un effort considérable pour atteindre cet objectif. De plus, étant donné le besoin urgent des appelants d'éliminer le billet de 14,5 millions de dollars, il est évident que la décision de vendre des biens n'aurait pas attendu une reprise du marché de l'immobilier.

[285] Quoi qu'il en soit, même si on ne fait que mettre en balance le risque inhérent du placement et la réalisation cible, il est plus que douteux, d'un point de vue commercial, que l'on aurait investi dans le portefeuille immobilier en l'absence d'un accès immédiat aux importantes pertes de la CST.

[286] À mon avis, le placement dans le portefeuille immobilier était subordonné à l'obtention de l'avantage fiscal. En fait, les rendements que les appelants pouvaient raisonnablement s'attendre à recevoir étaient bien moindres que ceux prévus par la OSFC. Ce n'était que lorsque le portefeuille aurait produit des rentrées de 26,7 millions de dollars à 32,1 millions de dollars que les appelants auraient commencé à tirer un bénéfice quelconque de la vente du portefeuille.

[287] Il n'est pas contesté que des pertes fiscales de 1 047 690 \$ ont été attribuées à chaque unité de catégorie A. En supposant un taux d'imposition de 45 p. 100, cela aurait donné des réductions d'impôt de 471 460 \$. Si l'on soustrait des pertes le versement supplémentaire de 125 700 \$, la réduction d'impôt nette immédiate par unité de catégorie A serait de 345 760 \$.

[288] Si le produit du portefeuille est de 32,1 millions de dollars, chaque unité de catégorie A aurait reçu moins de 10 000 \$ en bénéfice. À ce niveau, les réductions d'impôt correspondraient à 34 fois le montant du bénéfice d'exploitation avant impôt provenant de l'aliénation du portefeuille.

[289] De façon approximative, le bénéfice d'exploitation après impôt aurait été de 5 500 \$ en utilisant le même taux d'imposition de 45 p. 100. À ce niveau, les réductions d'impôt correspondraient à plus de 62 fois le montant du bénéfice d'exploitation après impôt. Ce n'est que lorsque le produit des ventes excède 32,1 millions de dollars que les détenteurs d'unités de catégorie A reçoivent des bénéfices appréciables.

[290] Même si l'on accepte le calcul de M. Gregory selon lequel le rendement avant impôt serait de 67 572 \$ par unité de catégorie A (pièce A-18), ce qui comprend les rentrées nettes de fonds et le produit net des ventes du portefeuille en utilisant une valeur de réalisation de 37,8 millions de dollars, l'avantage fiscal potentiel aurait encore correspondu à plus de 5 fois le bénéfice d'exploitation avant impôt. En utilisant le même taux d'imposition de 45 p. 100, le bénéfice d'exploitation approximatif après impôt aurait été de moins de 38 000 \$ et les réductions d'impôt auraient correspondu à plus de 9 fois le bénéfice d'exploitation après impôt.

[291] Pour ce qui est des détenteurs d'unités de catégorie B, l'avantage fiscal est encore plus grand. Quoique M. Kaulius ait indiqué que les détenteurs d'unités de catégorie B n'avaient pas à payer les pertes fiscales, leur contribution globale au versement supplémentaire n'aurait en fin de compte été que de 600 500 \$, soit la différence entre la contribution globale de 4 399 500 \$ provenant des détenteurs d'unités de catégorie A (125 700 \$ par unité) et le versement supplémentaire total de 5 000 000 \$. Les détenteurs d'unités de catégorie B n'étaient pas tenus de présenter une lettre de crédit de 60 000 \$ ou de fournir 125 700 \$ en garantie comme les détenteurs d'unités de catégorie A ont dû le faire (pièce 35, vol. III, article 3.02, et diagramme n° 5 : Capitaux propres de SRMP, 9 juillet 1993). Ainsi, chacune des 15 unités de catégorie B aurait éventuellement contribué environ 40 033 \$ et reçu des pertes fiscales de 1 047 690 \$ si les pertes étaient disponibles en fin de compte. En supposant un taux d'imposition de 45 p. 100 et en soustrayant la contribution de 40 033 \$ au versement supplémentaire, les réductions d'impôt nettes immédiates par unité de catégorie B auraient été de plus de 431 000 \$.

[292] Comme dans le cas des détenteurs d'unités de catégorie A, en supposant un produit de 32,1 millions de dollars des ventes du portefeuille, chaque unité de catégorie B recevrait un bénéfice de moins de 10 000 \$. En supposant un taux d'imposition de 45 p. 100, le bénéfice d'exploitation après impôt tiré du portefeuille serait de moins de 5 500 \$. À ce niveau, les réductions d'impôt correspondraient à plus de 78 fois le montant du bénéfice d'exploitation après impôt tiré de l'aliénation du portefeuille. Si l'on suppose un produit des ventes de 37,8 millions de dollars, le bénéfice total par unité de catégorie B serait de 67 572 \$, soit le même montant que pour chaque unité de catégorie A, d'après les calculs de M. Gregory (pièce A-18). En utilisant le même taux d'imposition de 45 p. 100, le rendement après impôt aurait encore une fois été de moins de 38 000 \$ et l'avantage fiscal aurait été plus de 11 fois plus élevé.

[293] Les calculs de M. Robertson en 1998 selon lesquels le rendement annuel en termes d'encaisse des détenteurs d'unités de catégorie A aurait été de 32,82 p. 100 pour un placement initial de 3 850 000 \$, soit 110 000 \$ par unité de catégorie A, ne sont qu'une évaluation a posteriori et ne constituent pas une preuve des attentes réelles des appelants en 1993. De plus, les calculs se basent en partie sur une estimation de la valeur des biens immobiliers qui restent et non seulement sur le produit des ventes réellement reçu. La même chose s'applique à la déclaration selon laquelle en l'an 2000, des immeubles d'une valeur de 30 millions de dollars avaient été vendus et la valeur des propriétés restantes était de 8 millions de dollars. Des calculs a posteriori ne sont pas une preuve des attentes réelles des appelants en 1993. Cependant, ils pourraient constituer une indication supplémentaire que les dates de

réalisation cibles à court terme figurant dans la pièce A-16 ne devaient pas être respectées de façon stricte — du moins pour certains immeubles — afin que l'exploitation de la société en nom collectif puisse se poursuivre. L'abondante preuve documentaire citée précédemment montre que telle était l'intention.

[294] Comme je l'ai déjà indiqué, je n'accepte pas l'affirmation des appelants selon laquelle l'avantage fiscal potentiel n'était qu'un report d'impôt. En conséquence, je n'accepte pas les calculs de M. Cook à la pièce A-21 selon lesquels l'avantage fiscal ne serait que de 126 396 \$. Les éléments de preuve documentaires cités aux paragraphes 118 à 121 des présents motifs établissent clairement que l'intention n'était définitivement pas de cesser d'exploiter la société en nom collectif dans un avenir proche.

[295] Il semble évident à partir des calculs ci-dessus que l'objet principal des opérations n<sup>os</sup> 5 et 6 était d'obtenir un avantage fiscal. Cependant, il y a une autre question qui justifie un commentaire. Il existe des éléments de preuve selon lesquels la plupart des appelants ne s'étaient pas préoccupés de calculer le taux de rendement du portefeuille ou de s'y intéresser. On peut interpréter cela comme une autre indication que l'objet principal était d'obtenir un avantage fiscal. En conclusion, je statue que les opérations n<sup>os</sup> 5 et 6 étaient des opérations d'évitement.

[296] Un dernier point mérite un commentaire. Les appelants ont soutenu durant les présentes procédures que si l'aspect fiscal est de nature conditionnelle, l'avantage fiscal ne peut pas être l'objet principal. Comme il est indiqué par la majorité des juges de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *OSFC-C.A.F.*, précitée, le simple fait de rendre l'aspect fiscal de nature conditionnelle n'entraînera pas la conclusion que l'objet principal de l'opération était autre que celui d'obtenir un avantage fiscal.

(c) **Opération d'évitement qui entraîne un abus dans l'application des dispositions de la Loi lue dans son ensemble (paragraphe 245(4))**

[297] Lorsqu'il est déterminé qu'un avantage fiscal découle d'une opération d'évitement ou d'une série d'opérations dont fait partie une opération d'évitement, l'article 245 s'applique, sauf si l'opération d'évitement n'entraîne pas d'abus dans l'application des dispositions de la *Loi* lue dans son ensemble. Le paragraphe 245(4) de la *Loi* est une disposition d'allègement qui empêchera l'application de l'article 245 de la *Loi* lorsqu'on peut démontrer que l'opération contestée n'entraîne pas d'abus dans l'application des dispositions de la *Loi* lue dans son ensemble.

[298] Dans l'affaire *OSFC-C.A.F.*, précitée, le juge Rothstein a résumé l'application du paragraphe 245(4) comme suit, au paragraphe 59 :

Je passe au paragraphe 245(4). La première question est de savoir s'il est raisonnable de considérer que l'une ou l'autre des opérations d'évitement entraînerait un abus dans l'application d'une disposition précise ou des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le cas échéant, l'avantage fiscal découlant de la série sera refusé. Sinon, il est alors nécessaire de déterminer s'il est raisonnable de considérer que l'une ou l'autre des opérations d'évitement entraînerait un abus dans l'application des dispositions de la *Loi* lue dans son ensemble, à l'exclusion de l'article 245. Si on conclut qu'il y a abus, l'avantage fiscal découlant de la série sera refusé.

[299] Selon le juge Rothstein, en décidant si l'opération entraîne ou non d'abus, il faut faire une analyse en deux étapes. Au paragraphe 67, il a déclaré :

Pour déterminer s'il y a eu abus dans l'application des dispositions de la *Loi*, il faut procéder à une analyse en deux étapes. D'une part, il faut déterminer la politique générale pertinente qui sous-tend les dispositions ou la *Loi* lue dans son ensemble. D'autre part, il faut évaluer les faits pour déterminer si l'opération d'évitement constituait un abus compte tenu de la politique générale en question.

[300] La première étape consiste à déterminer la politique générale qui sous-tend les dispositions ou la *Loi* lue dans son ensemble. Le juge Rothstein a décrit ainsi la détermination de la politique pertinente, aux paragraphes 68 à 70 :

La détermination de la politique générale pertinente est une question d'interprétation. Dès lors, il incombe en fin de compte à la Cour de le faire. À cette étape de l'analyse, aucun fardeau ne pèse sur l'une ou l'autre des parties. Toutefois, dans une perspective pratique, le ministre doit faire beaucoup plus que de citer simplement le texte du paragraphe 245(4), et d'alléguer qu'il y a eu abus. Le ministre doit énoncer la politique générale en mentionnant les dispositions de la *Loi* ou les moyens extrinsèques sur lesquels il s'appuie. Sinon, il place le contribuable et la Cour dans la position difficile d'essayer de deviner la politique générale pertinente en cause. Tenter de déterminer la politique générale qui sous-tend une disposition particulière ou une loi lue, dans son ensemble, dans le cas d'une loi aussi complexe que la *Loi de l'impôt sur le revenu* est une tâche difficile, surtout lorsque l'opération en question est conforme à la lettre de la *Loi*. Par conséquent, la Cour a besoin de l'aide des parties pour lui permettre de tirer la bonne conclusion. Néanmoins, avec ou sans cette aide, la Cour doit tenter de déterminer la politique générale pertinente. [...]

Il est également nécessaire de garder à l'esprit le contexte dans lequel est effectuée l'analyse relative à l'abus. L'opération d'évitement a respecté la lettre des dispositions applicables de la *Loi*. Néanmoins, l'avantage fiscal sera refusé s'il y a eu abus. Il n'est pas question d'essayer de deviner l'intention du Parlement en utilisant une analyse

téléologique lorsque les mots utilisés dans une loi sont ambigus. Plutôt, il s'agit d'invoquer une politique générale pour déroger aux mots que le Parlement a utilisés. J'estime donc que pour refuser un avantage fiscal, alors que la *Loi* a été rigoureusement respectée, pour le motif que l'opération d'évitement constitue un abus, il faut que la politique générale pertinente soit claire et non ambiguë. La Cour fera preuve de prudence en se déchargeant de la tâche [*sic*] inhabituelle qui lui est imposée par le paragraphe 245(4). Elle doit être certaine que même si les mots utilisés par le Parlement autorisent l'opération d'évitement, la politique générale qui sous-tend les dispositions pertinentes ou la *Loi* lue dans son ensemble est suffisamment claire pour permettre à la Cour de conclure sans danger que l'application de la disposition ou des dispositions par le contribuable constituait un abus.

En réponse à l'argument selon lequel une telle approche rendra difficile l'application de la RGAÉ, je dirais que dès lors que la politique générale est claire, son application ne sera pas difficile. Si la politique générale est ambiguë, son application devrait être difficile. C'est ainsi parce que le paragraphe 245(4) ne peut être considéré comme une abdication par le Parlement de son rôle de législateur en faveur d'un jugement subjectif de la Cour ou de juges en particulier. En édictant le paragraphe 245(4), le législateur a imposé à la Cour le fardeau de déterminer la politique générale du Parlement, comme motif de refus d'un avantage fiscal découlant d'une opération qui est par ailleurs conforme aux exigences de la *Loi*. Si le Parlement n'a pas fait preuve de clarté et d'absence d'ambiguïté à l'égard de la politique générale qu'il envisageait, la Cour ne saurait décider qu'il y a eu abus, et le respect de la *Loi* doit l'emporter.

[301] Une fois la politique déterminée, la seconde étape est d'évaluer les faits pour déterminer si l'opération d'évitement entraîne un abus dans l'application des dispositions de la *Loi* lue dans son ensemble eu égard à la politique qui a été identifiée. Le juge Rothstein a remarqué qu'à la seconde étape de l'analyse en vertu du paragraphe 245(4), il incombe au contribuable de prouver que l'opération d'évitement n'entraîne pas d'abus dans l'application des dispositions de la *Loi* lue dans son ensemble. À ce sujet, le juge Rothstein a déclaré au paragraphe 68 :

[...] Évidemment, à l'étape suivante, dès lors que la politique générale a été déterminée, il incombera au contribuable de prouver les faits nécessaires pour réfuter les présomptions du ministre selon lesquelles l'opération d'évitement en question donne lieu à un abus.

[302] Dans l'affaire *OSFC-C.C.I.*, précitée, le juge Bowie a décrit ainsi la politique du paragraphe 18(13) de la *Loi*, au paragraphe 54 :

[...] Le paragraphe 18(13) a été adopté comme disposition visant à empêcher des contribuables qui exploitent une entreprise consistant à prêter de l'argent de réaliser

artificiellement des pertes sur des actifs dont la valeur marchande a baissé, en les transférant à une personne avec qui ils ont un lien de dépendance, tout en gardant le contrôle des actifs grâce au lien de dépendance existant dans leur relation avec le bénéficiaire du transfert. L'utilisation de cette disposition de manière à ce que des pertes non réalisées soient transférées d'un contribuable n'ayant aucun revenu duquel déduire ces pertes à un contribuable ayant un tel revenu est nettement un abus.

[303] Dans l'affaire *OSFC-C.A.F.*, précitée, le juge Létourneau, en son nom propre, était d'accord, en déclarant au paragraphe 134 :

[...] Le paragraphe 18(13) n'était pas destiné à permettre aux sociétés d'augmenter le prix de base ajusté d'une société ou d'une société de personnes liée dans le but de vendre ses pertes à une société sans lien de dépendance.

[304] En m'appuyant sur la politique énoncée ci-dessus, mon évaluation aurait également été qu'il y a eu abus du paragraphe 18(13) de la *Loi*. Je ne suis certainement pas d'accord avec l'affirmation de l'avocat des appelants selon laquelle les appelants ont eu recours au paragraphe 18(13) précisément de la façon envisagée par le législateur, ou qu'il s'agit d'une disposition habilitante ou facultative qui peut être utilisée pour arriver au résultat recherché en l'espèce, car cela signifierait que le législateur aurait expressément autorisé le transfert de pertes entre des contribuables sans lien de dépendance. Le paragraphe 18(13) a été utilisé pour effectuer le transfert des pertes de la CST à des parties sans lien de dépendance qui n'avaient pas de rapport avec l'entreprise de prêts de la CST. En outre, à mon avis, il y a abus du mécanisme de la disposition — qui a été édictée pour retarder la reconnaissance d'une perte superficielle — parce que l'effet des six opérations est de transférer aux frais du cédant des éléments d'actif à une partie sans lien de dépendance alors que l'intention était en réalité que la disposition traite du transfert aux frais du cédant d'éléments d'actif à une partie avec un lien de dépendance.

[305] Cependant, dans l'affaire *OSFC-C.A.F.*, précitée, la majorité des juges de la Cour d'appel fédérale ont conclu au paragraphe 81 « qu'aucune des opérations d'évitement n'a entraîné, directement ou indirectement, d'abus dans l'application du paragraphe 18(13) ».

[306] L'avocat de l'intimée a déclaré que, quoique les conclusions du juge Létourneau — qui était minoritaire — dans l'affaire *OSFC-C.A.F.* au sujet de la politique du paragraphe 18(13) étaient préférables, la conclusion de la majorité dans cette affaire doit lier notre cour et qu'aux fins des présents appels, l'intimée adoptait et invoquait les conclusions de la majorité. En conséquence, je ne pense pas qu'il serait utile d'approfondir cette question.

[307] Cependant, il vaut la peine de mentionner que l'avocat des appelants a soutenu que notre cour n'est pas liée par les conclusions de la Cour d'appel fédérale au sujet de la question de savoir si les opérations entraînaient un abus dans l'application du paragraphe 18(13) de la *Loi* lue dans son ensemble. L'avocat a soutenu que les conclusions de la Cour d'appel fédérale ne sont logiquement pas compatibles avec les décisions ultérieures de la Cour suprême du Canada dans les affaires *Ludco*, précitée, et *Singleton*, précitée. Par conséquent, je serais autorisé à faire un examen complet de la question en première instance. Je crois cependant que l'observation de l'avocat sur ce point vise à dire que notre cour doit rejeter à la fois la conclusion de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *OSFC-C.A.F.*, précitée, en ce qui concerne la politique de la *Loi* lue dans son ensemble ainsi que la conclusion unanime selon laquelle il y avait un abus dans l'application de cette politique.

[308] Je ne suis pas d'accord que la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada ait l'effet d'annuler les conclusions de la majorité des juges de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *OSFC-C.A.F.* ou de soustraire notre cour de l'adoption de la politique énoncée par la majorité des juges de la Cour d'appel fédérale. La Cour suprême du Canada n'a considéré l'application de la DGAÉ ni dans l'affaire *Ludco* ni dans l'affaire *Singleton*. Il n'y a aucun doute que la Cour suprême du Canada aura l'occasion dans l'avenir de donner des lignes directrices sur l'interprétation de l'article 245. Cependant, jusqu'à ce moment, notre cour doit résister à l'invitation des appelants de se prononcer au nom de la Cour suprême du Canada sur des questions qui n'ont pas encore été présentées devant cette cour. Il ne m'appartient pas de prévoir si les affaires *Ludco* et *Singleton* influenceront l'interprétation faite par cette cour de cette règle légale particulière et exceptionnelle, ou de quelle façon elles l'influenceront.

[309] Tant la majorité que la minorité des juges de la Cour d'appel fédérale ont statué dans l'affaire *OSFC-C.A.F.*, précitée, que l'acquisition par la OSFC des pertes de la CST par la voie de l'acquisition de la participation de celle-ci dans STIL II entraînait un abus dans l'application de la *Loi* lue dans son ensemble. Après un examen approfondi de la façon dont la *Loi* traite les pertes, le juge Rothstein, au nom de la majorité, a conclu au paragraphe 98 :

Je n'ai aucune difficulté à conclure que la politique générale qui sous-tend la *Loi de l'impôt sur le revenu* interdit l'échange des pertes autres que des pertes en capital par les sociétés, sous réserve de certaines limites précises.

[310] Pour ce qui est de la question de savoir si les opérations entraînaient un abus dans l'application de la politique pertinente concernant les sociétés en nom collectif, la majorité des juges de la Cour d'appel fédérale ont conclu qu'à l'époque en cause, il n'y avait pas de politique dans la *Loi* contre le transfert de pertes entre associés. En conséquence, le transfert des pertes de la société en nom collectif aux associés n'entraînait pas d'abus dans l'application de la *Loi* lue dans son ensemble. Cependant, le juge Rothstein estimait que les opérations d'évitement devraient être examinées dans un contexte plus large. Au paragraphe 105, il affirme :

Toutefois, examiner les opérations d'évitement en l'espèce sans tenir compte du contexte plus large reviendrait à ignorer des faits pertinents et en particulier, le résultat de la série d'opérations. Les opérations d'évitement ont eu pour résultat le transfert de la perte d'une société à une autre par le mécanisme du paragraphe 18(13) et des règles relatives aux sociétés de personnes. Compte tenu de la RGAÉ, ces opérations ont violé la politique générale qui sous-tend la *Loi* et interdit le transfert de pertes d'une société à une autre.

[311] Il a en outre déclaré aux paragraphes 111 à 114 :

Il est vrai que, comme l'a souligné le juge de la Cour de l'impôt, la Standard avait également pour activité de s'occuper de ses prêts hypothécaires et, en cas de défaillance, de s'occuper des biens hypothéqués aussi. Toutefois, la perte que l'appelante a obtenue de la Standard ne provenait pas des activités de la Standard relativement à ces biens saisis. Elle provenait de son activité qui consistait à accorder des prêts garantis par des biens dont la valeur avait subi une baisse radicale dans l'effondrement du marché immobilier à la fin des années 1980 et au début des années 1990.

L'appelante n'a pas acquis sa participation dans la STIL II dans le but de relancer une entreprise de prêts hypothécaires non rentable. La Standard était en liquidation. Le seul objet commercial de l'appelante (hormis celui de tirer un avantage fiscal) était d'acquérir sa participation dans la STIL II à des conditions qui lui permettraient de tirer un profit de la gestion et de la disposition des biens saisis.

L'entreprise consistant à accorder des prêts garantis par des hypothèques peut à l'occasion comporter la disposition de biens saisis. Mais l'entreprise consistant à disposer de biens saisis ne comporte pas celle consistant à prêter de l'argent. Dans les circonstances, je n'estime pas que la politique générale qui sous-tend la *Loi* permet que les pertes subies dans l'entreprise consistant à accorder des prêts garantis par des hypothèques soient utilisées en compensation des bénéfices tirés de l'entreprise consistant à réhabiliter des biens immobiliers saisis.

Par conséquent, je ne suis pas convaincu que cette exception à la règle générale interdisant le transfert des pertes d'une société à une autre serait applicable en l'espèce pour des motifs d'ordre public.

[312] L'avocat des appelants a soutenu lors du procès et dans les observations supplémentaires des appelants qu'il n'y a pas de politique générale dans la *Loi* qui interdit le transfert des pertes; il y a plutôt une série de restrictions particulières qui ne s'appliquent qu'à des circonstances particulières. De plus, l'avocat a soutenu que les conclusions qu'il y avait un abus dans l'application du régime sur les pertes des sociétés par actions prévu par la *Loi* bien qu'il n'y ait pas eu d'abus dans l'application du paragraphe 18(13) qui fait partie du régime sur les pertes des sociétés et qu'il n'y ait pas eu d'abus dans l'application du régime sur les sociétés en nom collectif prévu par la *Loi* sont des conclusions contradictoires qui ne peuvent coexister.

[313] L'avocat de l'intimée a souligné que la politique contre le transfert de pertes entre sociétés que la majorité des juges de la Cour d'appel fédérale ont constatée dans la *Loi* est une politique générale qui déroge à des dispositions particulières de la *Loi* ou à la politique qui les sous-tend, qui seraient par ailleurs applicables dans un contexte autre que celui de l'évitement fiscal. En conséquence, selon lui, l'observation des appelants en ce qui concerne une incohérence dans les conclusions de la majorité des juges de la Cour d'appel fédérale n'est pas fondée. De plus, selon l'avocat, l'alternative dans le libellé anglais du paragraphe 245(4), qui porte que la DGAÉ ne s'applique pas s'il n'y a eu ni « *abuse* » (abus) ni « *misuse* » (usage abusif), prévoit des cas où une opération ne constitue pas un usage abusif d'une disposition particulière tout en constituant un abus dans l'application de la politique qui sous-tend la *Loi* lue dans son ensemble.

[314] Premièrement, comme je l'ai déjà indiqué, je pense qu'il y a eu abus dans l'application du paragraphe 18(13) de la *Loi*. Cependant, bien que j'aie des difficultés à accepter la conclusion de la Cour d'appel fédérale dans cette affaire, je dois reconnaître qu'il n'est pas incompatible de conclure qu'il n'y a pas eu d'usage abusif de la politique d'une disposition particulière et de conclure qu'il y a un abus dans l'application de la *Loi* lue dans son ensemble. La politique qui sous-tend une disposition particulière, surtout une disposition très technique et détaillée qui peut comprendre une formule mathématique, pourrait ne pas être aussi claire qu'une politique générale qui se dégage de la *Loi* dans une perspective globale. Il est également vrai que l'analyse de chacune est une question distincte, ce qui est étayé par l'alternative dans le libellé anglais du paragraphe 245(4). Quoique la politique qui sous-tend une disposition particulière puisse être révélatrice pour déterminer la

politique générale de la *Loi* lue dans son ensemble sur un sujet donné, elle n'est pas forcément déterminante.

[315] Deuxièmement, je suis d'accord avec la politique générale exprimée par la majorité des juges de la Cour d'appel fédérale. La *Loi* comprend effectivement une politique générale contre le transfert des pertes autres qu'en capital par les sociétés, sous réserve de dérogations précises. Il n'est pas nécessaire de répéter ici l'analyse de la Cour d'appel fédérale.

[316] Dans les présents appels, je dois décider si le fait que les pertes de la CST ont été attribuées, en fin de compte, aux associés de SRMP constitue un abus dans l'application de la politique de la *Loi* contre le transfert de pertes autres qu'en capital par les sociétés et, d'une façon plus générale, par tout contribuable. Évidemment, si les pertes provenaient de la société en nom collectif SRMP ou de la société en nom collectif STIL II, alors le fait que les appelants puissent avoir accès aux pertes en achetant une participation dans la société en nom collectif ne serait pas un abus dans l'application de la politique contre le transfert de pertes autres qu'en capital. Cependant, en l'espèce, comme dans les affaires *OSFC-C.C.I.*, précitée, et *OSFC-C.A.F.*, précitée, les pertes sont issues de la CST et non des sociétés en nom collectif. Ce que les opérations n<sup>os</sup> 1 à 6 ont réalisé, c'est le transfert des pertes d'une société à d'autres sociétés et à des particuliers. Cela est un abus de la politique susmentionnée. Le transfert de pertes d'un contribuable à un autre n'est certainement pas autorisé par la *Loi*, sauf dans le cas des sociétés, dans des circonstances très limitées, conformément au paragraphe 111(5). Comme il est indiqué par le juge Rothstein dans l'affaire *OSFC-C.A.F.*, précitée, au paragraphe 87, « règle générale, il n'est pas prévu qu'une perte peut être vendue à un acheteur sans lien de dépendance comme s'il s'agissait du stock de l'entreprise » ou comme s'il s'agissait de ce que le juge Létourneau a appelé « un produit vendable », au paragraphe 135, en renvoyant à ce que disait le juge Bowie dans l'affaire *OSFC-C.C.I.*, précitée, au paragraphe 58. En réalité, les pertes réclamées n'avaient rien à voir avec les activités de la SRMP, qui étaient de gérer, par l'entremise de la OSFC, les biens sous-jacents au portefeuille en vue de tirer le revenu et le produit des ventes les plus élevés possible. Les pertes étaient dès l'origine et tout au long les pertes de la CST relativement à ses opérations de prêts et étaient subies et cristallisées avant que les appelants aient même envisagé de conclure leurs opérations.

[317] De plus, je ferai remarquer qu'aux fins des présents appels, j'accepte l'observation de l'intimée faisant valoir que la conclusion de la majorité des juges selon laquelle il existe une politique générale contre le transfert de pertes entre sociétés est en fait plus large et que la politique générale de la *Loi* est que les pertes

ne peuvent pas être transférées d'un contribuable à un autre. On peut constater cette politique générale de la structure de la *Loi*.

[318] Dans l'affaire *OSFC-C.A.F.*, précitée, le juge Rothstein a déclaré ce qui suit au paragraphe 85 :

Je partage l'avis de l'intimée que sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, chacun a un statut indépendant et doit payer l'impôt sur son revenu imposable. Il semblerait également que, comme politique générale, des pertes ne peuvent être transférées d'un contribuable à un autre. (Voir, par exemple, Hogg, Magee et Cook, *op. cit.*, à la page 406.)

[319] Aux paragraphes 86 à 97, le juge Rothstein a effectué un examen plus approfondi du fondement de la politique et de l'exception restreinte dans le cas de sociétés. Je souscris à ses conclusions.

[320] Une autre question soulevée dans les observations supplémentaires des appelants justifie une discussion. Les appelants ont soutenu que l'effet de la décision de la Cour d'appel fédérale est que la DGAÉ peut être utilisée pour interdire à un contribuable d'organiser une opération commerciale en choisissant parmi les différents régimes prévus par la *Loi*. Selon l'avocat, cet effet et cette approche ne sont pas conformes à la politique exprimée le plus récemment par la Cour suprême du Canada dans les affaires *Shell*, précitée, *Ludco*, précitée, et *Singleton*, précitée. À l'appui de cette argumentation, l'avocat des appelants a renvoyé la Cour à des extraits de ces décisions récentes de la Cour suprême du Canada.

[321] Ainsi, dans l'affaire *Shell*, précitée, au paragraphe 46, la Cour suprême a déclaré qu'« en l'absence de dispositions législatives expresses contraires, le contribuable peut diriger ses affaires de façon à réduire son obligation fiscale [...] ».

[322] Dans l'affaire *Singleton*, précitée, au paragraphe 28, en renvoyant à l'affirmation ci-dessus, la Cour a ajouté que : « Le fait que la structure des opérations soit le résultat de stratégies complexes n'enlève pas aux contribuables le droit de recourir à de telles stratégies. »

[323] Dans l'affaire *Ludco*, précitée, au paragraphe 38, la Cour a indiqué :

Par ailleurs, les tribunaux appelés à interpréter la *Loi de l'impôt sur le revenu* doivent se rappeler qu'ils jouent un rôle distinct de celui du législateur. En l'absence d'un texte législatif clair, il n'est pas souhaitable que les tribunaux innover : *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*,

[1997] 1 R.C.S. 411, par. 112. La promulgation de nouvelles règles de droit fiscal doit plutôt être laissée au législateur : *Canderel Ltée c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147, par. 41. Comme l'a récemment expliqué le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, par. 43 : [...]

La Cour a également déclaré au paragraphe 39 :

En outre, étant donné que la *Loi de l'impôt sur le revenu* comporte de nombreuses dispositions et règles anti-évitement particulières, lorsque des inquiétudes sont exprimées concernant l'évitement de l'impôt, les tribunaux ne doivent pas s'empresser de renforcer ces dispositions de la Loi alors qu'il est loisible au législateur d'être précis quant aux méfaits à prévenir : voir l'arrêt *Neuman c. M.R.N.*, [1998] 1 R.C.S. 770, par. 63, le juge Iacobucci. [...]

[324] Encore une fois, je suis d'accord avec l'intimée : la décision de la Cour d'appel fédérale ne dit pas que la DGAÉ peut être utilisée pour interdire à un contribuable d'organiser des opérations commerciales en choisissant parmi les différents régimes prévus par la *Loi*. La DGAÉ ne fait plutôt que refuser un avantage fiscal lorsqu'il est déterminé que les opérations contreviennent à une politique claire de la *Loi* lue dans son ensemble. Encore une fois, les affaires *Ludco*, précitée, et *Singleton*, précitée, ne portaient pas sur la DGAÉ et ne peuvent donc pas éclairer notre cour au sujet de l'interprétation correcte de la DGAÉ. De plus, quoique l'innovation judiciaire ne soit pas souhaitable en l'absence d'un langage législatif clair, comme la Cour suprême du Canada l'a souligné, le paragraphe 245(4) nous oblige manifestement à nous demander quelle est la politique du législateur. Comme le juge Rothstein l'a déclaré dans l'affaire *OSFC-C.A.F.*, précitée, au paragraphe 70 de ses motifs, que je reproduis de nouveau :

En réponse à l'argument selon lequel une telle approche rendra difficile l'application de la RGAÉ, je dirais que dès lors que la politique générale est claire, son application ne sera pas difficile. Si la politique générale est ambiguë, son application devrait être difficile. C'est ainsi parce que le paragraphe 245(4) ne peut être considéré comme une abdication par le Parlement de son rôle de législateur en faveur d'un jugement subjectif de la Cour ou de juges en particulier. En édictant le paragraphe 245(4), le législateur a imposé à la Cour le fardeau de déterminer la politique générale du Parlement, comme motif de refus d'un avantage fiscal découlant d'une opération qui est par ailleurs conforme aux exigences de la *Loi*. Si le Parlement n'a pas fait preuve de clarté et d'absence d'ambiguïté à l'égard de la politique générale qu'il envisageait, la Cour ne saurait décider qu'il y a eu abus, et le respect de la *Loi* doit l'emporter.

## V LA QUESTION CONSTITUTIONNELLE

[325] Bien qu'il soit possible de conclure de ce qui précède que le paragraphe 245(4) est susceptible d'être interprété et qu'il n'est donc pas imprécis, le pouvoir discrétionnaire accordé par cette disposition exige une analyse plus approfondie, puisque les appelants ont soulevé la question. Ce qu'il faut maintenant déterminer, c'est la question de savoir si le pouvoir discrétionnaire conféré par le paragraphe 245(4) est d'une telle ampleur que la disposition ne contient pas suffisamment de précision pour satisfaire aux exigences constitutionnelles applicables en vertu de l'article 7 de la *Charte* et de la règle de la primauté du droit.

### (A) LES DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES

[326] Les dispositions constitutionnelles pertinentes sont le préambule et les articles 1, 7 et 26 de la *Charte*, ainsi que le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[327] Les dispositions de la *Charte* se lisent comme suit :

Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit :

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

[...]

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[...]

26. Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne constitue pas une négation des autres droits ou libertés qui existent au Canada.

[328] Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* se lit comme suit :

52.(1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

## **(B) OBSERVATIONS**

### **1. Observations au sujet de la question constitutionnelle**

[329] Comme on le verra, les avocats des parties ont abordé la question constitutionnelle sous des angles très différents et n'ont pas forcément répondu aux observations faites par leurs collègues sur des points spécifiques. Par conséquent, je n'ai guère le choix : je dois présenter leurs observations de façon consécutive avant de procéder à l'analyse.

#### **(a) Les appelants**

[330] Les appelants contestent la constitutionnalité de l'article 245 de la *Loi* au motif que celui-ci serait d'une imprécision inacceptable et donc contraire à l'article 7 de la *Charte* et aux exigences de fond de la primauté du droit.

[331] La contestation constitutionnelle des appelants commence par l'affirmation que l'article 245 de la *Loi* est marqué d'un vice fondamental relativement à son application. L'avocat des appelants a présenté cette argumentation de la façon suivante :

[TRADUCTION]

Pour s'exprimer sous forme narrative, l'appelant soutient que l'article 245 de la *LIR* oblige la Cour à mener une analyse en deux étapes relativement à toute situation factuelle au sujet de laquelle on affirme que l'article s'applique. La première étape consiste à appliquer les méthodes reconnues d'interprétation des lois qui s'appliquent aux lois fiscales afin de déterminer si la *Loi*, exclusion faite de l'article 245, confirme par ailleurs le résultat fiscal revendiqué par le contribuable. L'article 245 de la *LIR* ne s'applique que si l'opération en cause « fonctionne ». Ce n'est que si l'on conclut que l'opération « fonctionne » du point de vue fiscal que l'on peut conclure que l'opération est une « opération d'évitement » selon la définition, obligeant ainsi la Cour à passer à la deuxième étape, celle de déterminer s'il y a eu abus en fonction des mêmes règles qui auraient par ailleurs confirmé le résultat fiscal. C'est la contradiction entre la première étape et la deuxième qui crée l'incertitude inacceptable sur le plan constitutionnel au sein de l'article 245 de la *LIR*.

[332] L'avocat des appelants a soutenu que lors de la première étape, qui consiste à appliquer les méthodes acceptées d'interprétation des lois, les cours doivent obéir à la directive de la Cour suprême du Canada selon laquelle le libellé d'une disposition doit être appliqué, s'il est clair et dénué d'ambiguïté. Selon l'avocat, le

fondement de ce principe est que le législateur s'exprime par la voie du libellé de la loi; si ce libellé est clair, l'interprétation de la loi est complète.

[333] L'avocat a soutenu qu'une analyse de l'approche de la Cour suprême du Canada sur la question de l'interprétation des lois montre que la méthode appropriée est celle exposée dans l'ouvrage de E. A. Driedger intitulé *Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto, Butterworths, 1983) (« *Driedger, 2<sup>e</sup> éd.* »), à la page 87 :

[TRADUCTION]

Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou une seule démarche : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

[334] L'avocat a renvoyé aux affaires suivantes pour soutenir son affirmation que la Cour suprême du Canada avait adopté sans réserve l'approche à l'interprétation des lois susmentionnée dans l'ouvrage *Driedger, 2<sup>e</sup> éd.* : *Stuart*, précitée, *Antosko*, précitée, *Friesen*, précitée, *Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 963, *Duha Printers*, précitée, *Neuman*, précitée, *Shell*, précitée, et *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804.

[335] Les appelants rejettent expressément l'applicabilité de l'approche subséquente, exposée dans l'ouvrage compilé par R. Sullivan intitulé *Driedger on the Construction of Statutes*, 3<sup>e</sup> éd. (Toronto, Butterworths, 1994) (« *Driedger, 3<sup>e</sup> éd.* »), qui exige que l'on examine tous les indicateurs pertinents et admissibles du sens de la loi. L'avocat soutient que l'approche dans l'ouvrage *Driedger, 3<sup>e</sup> éd.* n'est pas conforme à la loi, car elle détruit toute certitude juridique en obligeant le citoyen de faire un examen du processus législatif afin de déterminer s'il existe une intention non exprimée du législateur, même si le libellé est clair et sans ambiguïté.

[336] L'avocat a soutenu que si l'on détermine lors de la première étape que l'opération fonctionne et qu'elle est conforme à la *Loi*, alors, selon l'approche de l'ouvrage *Driedger, 2<sup>e</sup> éd.*, l'interprétation de la loi prend fin. Selon l'avocat, si l'intention du législateur est exprimée par un libellé clair et dénué d'ambiguïté qui accorde un avantage fiscal parce qu'une opération est conforme à la *Loi* lors de la première étape, il serait contraire à la logique de conclure, lors de la deuxième étape, qu'il y a abus parce qu'on a contrevenu à l'objet et à l'esprit de la disposition. Le critère de l'abus au paragraphe 245(4) résulte donc en un critère du « pifomètre

judiciaire », ce qui est contraire à l'article 7 de la *Charte* et au principe de la primauté du droit.

(i) **Les antécédents législatifs de l'article 245 de la Loi**

[337] L'avocat des appelants a affirmé que pour déterminer si une disposition particulière est constitutionnelle ou non, il est approprié de considérer ses antécédents législatifs. À cet égard, il soutient que les antécédents révèlent des contradictions fondamentales entre l'intention des rédacteurs de l'article 245, les arguments présentés par les défenseurs de la loi, les affirmations des témoins du gouvernement devant les comités de la Chambre des communes et le libellé de la version définitive de la disposition.

[338] La première ébauche de la DGAÉ faisait partie du document intitulé *Réforme fiscale 1987 : Réforme de l'impôt direct* par l'honorable Michael H. Wilson, ministre des Finances, 18 juin 1987. L'ébauche se lisait alors en partie comme suit, aux pages 153 et 155 :

Disposition générale anti-évitement

245.(1) Nonobstant les autres dispositions de la présente loi, les revenus et revenu imposable d'une personne ainsi que l'impôt et tout autre montant payable par cette personne ou qui lui est remboursable en application de la présente loi sont calculés, en cas d'opération d'évitement, indépendamment de cette opération et de façon raisonnable dans les circonstances.

Opération factice

(2) Une opération factice comprend :

a) l'opération qui entraîne une réduction, un évitement, un report ou un remboursement appréciables de l'impôt ou d'un autre montant payable en application de la présente loi, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets commerciaux véritables;

b) l'opération qui fait partie d'une série d'opérations ou d'événements dans le cas où cette série entraîne une réduction, un évitement, un report ou un remboursement appréciables de l'impôt ou d'un autre montant payable en application de la présente loi, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets commerciaux véritables.

Précisions

- (3) Pour l'application du présent article :
- a) un mécanisme, un stratagème ou un événement est assimilé à une opération;
  - b) il est entendu qu'une réduction, un évitement, un report ou un remboursement de l'impôt ou d'un autre montant payable en application de la présente loi n'est pas considéré comme un objet commercial véritable.

Rajustements

- (4) [...]

Rajustements d'office ou sur demande en cas de double imposition

- (5) [...]

Objet

- (6) Le présent article vise à contrecarrer l'évitement factice de l'impôt.

[339] L'avocat des appelants affirme qu'il était entendu que cette version de la disposition introduirait un critère de l'« objet commercial véritable » semblable à celui dans la jurisprudence des États-Unis. Il a affirmé qu'en utilisant le critère de l'objet commercial dans la première ébauche, le gouvernement prenait une position conforme à celle adoptée devant la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Stuart*, précitée, et que le gouvernement savait qu'il existait aux États-Unis un système efficace fondé sur ce critère.

[340] À la suite d'audiences tenues par la Chambre des communes à l'été et à l'automne 1987, le Comité permanent des finances et des affaires économiques a remis son rapport, *Réforme fiscale 1987*, déposé à la Chambre des communes le 16 novembre 1987 (« *Rapport du Comité permanent* »). L'avocat des appelants a renvoyé au *Rapport du Comité permanent* pour justifier l'affirmation selon laquelle la nouvelle DGAÉ portait à controverse. En se référant aux pages 197 à 207 de la version anglaise, l'avocat a fait observer que, dès le départ, plusieurs représentants de la communauté financière étaient d'avis que la nouvelle DGAÉ proposée était superflue, nulle pour cause d'imprécision, contraire à la primauté du droit ou

incompatible avec la *Charte*. L'avocat a également noté que les critiques estimaient que l'incertitude, l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire administratif et l'arbitraire inhérents à la disposition proposée mineraient autant le développement économique de la nation canadienne que la notion établie selon laquelle le droit fiscal, de façon particulière et intrinsèque, doit jouir d'un très haut niveau de certitude.

[341] Dans son rapport, le Comité permanent des finances et des affaires économiques a déclaré qu'il n'était pas en faveur de l'utilisation du critère de l'objet commercial utilisé dans l'ébauche présentée par le gouvernement et qu'il était préférable de renforcer la règle sur les opérations factices qui se trouvait déjà au paragraphe 245(1) de la *Loi*. En réponse au rapport, B. J. Arnold, un consultant du ministère des Finances, a exprimé sa préférence pour le critère de l'objet commercial dans un article intitulé « In Praise of the Business Purpose Test » publié dans le rapport de la conférence annuelle de 1987 de l'Association canadienne d'études fiscales, à la page 10:1. Dans cet article, M. Arnold soutenait que le critère de l'objet commercial est préférable à toutes les autres approches anti-évitement, y compris le critère de l'objet et de l'esprit.

[342] Le 16 décembre 1987, à la suite du processus de consultation, l'honorable Michael H. Wilson a présenté à la Chambre des communes une version révisée du projet de loi sur la DGAÉ dans les *Renseignements supplémentaires relatifs aux mesures de réforme fiscale*, pages 155 et suivantes. Le texte du projet de loi C-139 comprenait la nouvelle version de l'article 245, qui a été par la suite promulgué le 13 septembre 1988.

[343] L'avocat des appelants a soutenu que l'économie de cette deuxième version de la DGAÉ, qui était passée du critère de l'« objet commercial » à un critère combiné de l'« objet véritable en l'absence d'abus », a aggravé la controverse entourant cette disposition. À l'appui de cette affirmation, il a cité l'ouvrage *Principles of Canadian Income Tax Law*, 3<sup>e</sup> éd., par P.W. Hogg, J.E. Magee et T. Cook, à la page 36 :

[TRADUCTION]

La disposition a été introduite afin d'interdire les comportements d'évitement qui avaient échappé aux nombreuses dispositions anti-évitement spécifiques de la *Loi*. Elle était (et demeure) controversée en raison du caractère imprécis de son libellé.

Il a également renvoyé à la page 509, où il est déclaré que :

[TRADUCTION]

La disposition générale anti-évitement représente une évolution nouvelle de la législation fiscale canadienne, et le caractère général et incertain des concepts en cause rendent son application quelque peu imprévisible.

[344] Le ministère des Finances a publié des explications concernant les changements à la DGAÉ proposée dans les *Renseignements supplémentaires sur les mesures de réforme fiscale* du 16 décembre 1987. Le gouvernement a expliqué que l'élimination des termes « nonobstant les autres dispositions de la présente Loi » dans la loi modifiée visait à préciser que la nouvelle disposition ne supplanterait pas d'autres dispositions de la Loi. En effet, il est déclaré, à la page 109, que :

Clause « nonobstant » : [...] Le gouvernement se propose d'éliminer la clause « nonobstant » dans le texte révisé afin de préciser que la nouvelle disposition ne supplantera pas d'autres dispositions de la loi, mais s'appliquera en combinaison avec ces dernières pour exiger qu'une opération ait un fondement économique, en plus de se confirmer à la lettre de la loi.

[345] Il a signalé que le paragraphe 245(6) de la première version, qui a été éliminé par la suite, était un énoncé de l'objet général de la disposition. Par conséquent, il a souligné que pour qu'il soit clair que la nouvelle règle ne devait pas s'appliquer aux opérations légitimes ayant un fondement économique et qui sont conformes à l'objet et à l'esprit de la Loi, on a mentionné expressément dans la version révisée les opérations qui peuvent raisonnablement être considérées comme n'entraînant pas un mauvais usage ou un abus des dispositions de la loi dans son ensemble. On affirme donc à la page 110 :

Disposition énonçant l'objet de l'article : Le paragraphe (6) de la disposition proposée initialement établissait l'objet général de l'article. Pour clarifier la situation et souligner que la nouvelle disposition n'est pas censée s'appliquer à des opérations véritables ayant un fondement économique, qui sont conformes à l'objet et à l'esprit de la loi, on mentionne expressément, dans le texte révisé, les opérations qui peuvent raisonnablement être considérées comme n'entraînant pas un mauvais usage ou un abus des dispositions de la loi dans son ensemble.

[346] En janvier 1988, D. A. Dodge a défendu le nouveau libellé de l'article 245 dans un article intitulé « A New and More Coherent Approach to Tax Avoidance » (1988), 36 *Revue fiscale canadienne* 1-22. Cependant, l'avocat des appelants a soutenu que, dans son article, M. Dodge a explicitement reconnu le caractère peu pratique des concepts et du libellé quand il a déclaré, à la page 21 :

[TRADUCTION]

Il faut toutefois reconnaître qu'il peut être difficile, voire impossible, d'établir l'objet et l'esprit véritable de certaines dispositions de la *Loi*. D'ailleurs, c'est la raison pour laquelle la référence à « un abus des dispositions de la *Loi* » ne pourrait en pratique constituer la base de la règle proposée et pour laquelle le projet d'article 245 repose essentiellement sur le critère de l'objet autre que fiscal.

L'avocat a noté que malgré la discussion sur les carences de l'article 245 révisé, M. Dodge a imposé cette loi à la Chambre des communes.

[347] L'avocat a ensuite attiré l'attention de la Cour au témoignage des témoins du gouvernement, en renvoyant notamment aux *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Finances et des affaires économiques*, Chambre des communes, 17 août 1988, fascicule n° 176, président : Don Blenkarn. L'avocat a soutenu que les députés s'étaient fait dire par les représentants du gouvernement que la nouvelle règle ne s'appliquerait que dans un ensemble limité de circonstances, en l'absence d'objet commercial. Au cours des audiences, l'un des témoins du gouvernement, M. Jewett, a déclaré (à la page 176:19) que « le critère essentiel est de savoir si l'opération a un but commercial autre que fiscal [...] l'article ne s'applique qu'en l'absence de but commercial ». En réponse à une question au sujet de l'existence d'une jurisprudence sur ce qui constitue un abus d'une disposition et au sujet de l'incidence de ces termes sur le droit des contribuables d'organiser leurs affaires de façon à réduire leur obligation fiscale, un autre témoin du gouvernement, M. Sasseville, a répondu à la page 176:21 que « la notion d'abus [...] a été associée à celle de *fraus legis* [...] c'est-à-dire une application frauduleuse de la loi ». Le député McCrossan a alors insisté auprès des témoins du gouvernement en leur demandant comment la disposition serait interprétée et en notant qu'elle lui semblait trop vaste. Monsieur Peters, un autre témoin du gouvernement, a répondu à la page 176:22 que le critère n'entre en jeu que « s'il est établi clairement qu'il s'agit d'une opération visant principalement l'obtention d'un avantage fiscal », auquel cas le contribuable a encore un moyen de défense, « celui de prouver qu'il n'a pas tourné la loi ».

[348] L'avocat des appelants a aussi fait référence aux articles de B. J. Arnold et de J. R. Wilson intitulés « The General Anti-Avoidance Rule — Part 1 » (1988), 36 *Revue fiscale canadienne*, pages 829 à 887, « The General Anti-Avoidance Rule — Part 2 », *op. cit.*, pages 1123 à 1185, et « The General Anti-Avoidance Rule — Part 3 », *op. cit.*, pages 1369 à 1410, pour soutenir son affirmation sous-jacente qu'il existe un défaut fondamental dans l'article 245. L'avocat a

notamment cité la constatation des auteurs selon laquelle le paragraphe 245(4) est à la fois obscur et dénué de normes pouvant éclairer un débat judiciaire. Il est déclaré à la page 1164 que :

[TRADUCTION]

La principale difficulté que présente l'exception au paragraphe 245(4) est que son sens est obscur. Qu'est-ce qui constitue un abus dans l'application des dispositions de la *Loi* lue dans son ensemble, et quelle est la différence, s'il en est, entre les expressions anglaises « *a misuse of the provisions of the Act* » (un usage abusif des dispositions de la *Loi*) et « *an abuse having regard to the provisions of the Act read as a whole* » (un abus des dispositions de la *Loi* lue dans son ensemble)? Par ailleurs, quels critères le fisc ou les tribunaux doivent-ils appliquer pour décider si une opération entraîne un abus dans l'application des dispositions de la *Loi*? L'article 245 n'offre aucun éclaircissement à cet égard.

[349] Cependant, l'avocat des appelants a rejeté la recommandation de MM. Arnold et Wilson au sujet de la façon dont les tribunaux devraient aborder cette disposition viciée. Les auteurs avaient suggéré, à la page 1408, que les tribunaux devraient adopter [TRADUCTION] « un critère du « pifomètre » judiciaire, fondé peut-être sur un critère du fondement économique ou de la réalité commerciale ». Selon l'avocat, cette approche serait fondamentalement contraire à la règle de la primauté du droit et irait à l'encontre de ce qu'il appelait le [TRADUCTION] « droit garanti par l'article 7 de la *Charte* contre les lois trop imprécises ». L'avocat soutenait également que l'approche envisagée était contraire à toute la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada en matière de fiscalité susmentionnée au paragraphe 335 des présents motifs.

[350] Enfin, l'avocat des appelants soutenait que le degré de certitude requis par l'article 7 de la *Charte* devait être plus élevé en ce qui concerne la *Loi* que la norme appliquée jusqu'ici par la Cour suprême du Canada dans sa jurisprudence quant à l'imprécision. Selon l'avocat, il convenait d'appliquer une norme plus élevée parce que la *Loi* est fondamentalement différente, notamment parce qu'elle joue un rôle capital pour toute l'activité économique et parce qu'elle touche la vie de tous les Canadiens. L'avocat a soutenu que la *common law* et les exigences de la primauté du droit ont toujours requis que le degré de certitude applicable à une loi fiscale soit très élevé.

(ii) *L'article 7 de la Charte*

[351] En ce qui concerne l'article 7 de la *Charte*, l'avocat a fait référence à l'affaire *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, l'arrêt de principe sur la règle de l'imprécision. Il a notamment invoqué les deux principes identifiés comme le fondement théorique de la règle de l'imprécision, soit l'obligation d'informer les citoyens de la loi et le pouvoir discrétionnaire en matière d'application de la loi.

[352] En citant le jugement rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Ontario c. C.P.*, précitée, l'avocat a souligné qu'il était nécessaire d'envisager l'obligation d'informer les citoyens de la loi du point de vue du citoyen moyen. Il a déclaré que la superposition d'une disposition générale anti-évitement à des dispositions aussi détaillées que celles de la *Loi* rendait nécessairement difficile le respect de l'obligation d'informer les citoyens.

[353] En ce qui concerne le pouvoir discrétionnaire en matière d'application de la loi, l'avocat des appelants a soutenu que l'imprécision mène à un pouvoir discrétionnaire trop large, ce qui peut mener à des abus. En citant l'article de J. C. Jeffries intitulé « *Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes* » (1985), 71 Va. L. Rev. 189 à la p. 215, il avançait que l'une des premières mesures à adopter pour limiter les abus était d'annuler les lois imprécises.

[354] En ce qui concerne la limite à apporter au pouvoir judiciaire discrétionnaire, l'avocat a cité l'affaire *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, à l'appui de l'affirmation selon laquelle la garantie contre les lois trop imprécises limitait tant le pouvoir judiciaire que le pouvoir exécutif. Il a souligné que la capacité individuelle des juges à interpréter l'article 245 ne saurait déterminer si la disposition était trop imprécise. Dans l'affaire *Morales*, précitée, la Cour s'est penchée sur une disposition du *Code criminel* autorisant la détention d'un accusé si un juge décidait qu'elle était dans l'« intérêt public ». La Cour suprême du Canada a examiné la jurisprudence récente sur la question de l'imprécision et les affaires qui ont prétendu interpréter les termes « intérêt public » et a conclu qu'aucune signification constante ou bien établie ne s'en dégageait. La Cour suprême du Canada a rendu un jugement majoritaire selon lequel les termes ne pouvaient éclairer un débat judiciaire et qu'ils laissaient « une large place à l'arbitraire ». L'avocat a souligné que dans l'affaire *Morales*, précitée, la Cour suprême s'appuyait largement sur le jugement qu'elle avait rendu dans l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical*, précitée, où elle avait affirmé qu'il était inacceptable qu'une disposition ne donne pas d'indication quant à la façon d'exercer un large pouvoir discrétionnaire. Selon l'avocat des appelants, surtout en matière fiscale, où il n'y a pas de justifications morales sous-jacentes et où la *Loi* est un mélange de politiques

fiscales et économiques, il est absolument vital que les règles comportent des normes de base, susceptibles d'être interprétées et appliquées par les tribunaux de façon constante et fondée sur des principes établis. Il a souligné l'importance de la certitude en matière de législation fiscale et a notamment renvoyé la Cour à l'affirmation d'Adam Smith dans l'ouvrage intitulé *The Wealth of Nations*, 1776, livre V, chap. II, partie II (Methuen & Co., éd. de 1961, vol. 2, aux pages 350 et 351), qui a été reprise par le juge Collier de la Cour fédérale, Section de première instance, dans l'affaire *La British Columbia Railway Company c. La Reine*, C.F. 1<sup>re</sup> inst., n<sup>o</sup> T-4157-74, 8 décembre 1978, à la page 15 (79 D.T.C. 5020, à la page 5025) :

[TRADUCTION]

Deuxième maxime. — La taxe ou portion d'impôt que chaque individu est tenu de payer doit être certaine, et non arbitraire.

L'époque du paiement, le mode du paiement, la quantité à payer, tout cela doit être clair et précis, tant pour le contribuable, qu'aux yeux de toute autre personne. Quand il en est autrement, toute personne sujette à l'impôt est plus ou moins mise à la discrétion du percepteur, qui peut alors, ou aggraver la taxe par animosité contre le contribuable, ou bien, à la faveur de la crainte qu'a celui-ci d'être ainsi surchargé, extorquer quelque présent ou quelque gratification. L'incertitude dans la taxation autorise l'insolence et favorise la corruption d'une classe de gens qui est naturellement odieuse au peuple, même quand elle n'est ni insolente ni corrompue. La certitude de ce que chaque individu a à payer est, en manière d'imposition, une chose d'une telle importance, qu'un degré d'inégalité très-considérable, à ce qu'on peut voir, je crois, par l'expérience de toutes les nations, n'est pas, à beaucoup près, un aussi grand mal qu'un très-petit degré d'incertitude.

[355] Selon l'avocat, la Cour suprême a réaffirmé cette norme, par l'utilisation d'une litote, en affirmant ce qui suit dans l'affaire *Duha Printers-C.S.C.*, précitée, au paragraphe 52 :

En outre, comme le juge Wilson l'a fait remarquer à juste titre dans la dissidence qu'elle a exprimée dans *Imperial General Properties*, précité, les contribuables comptent beaucoup sur la certitude et la prévisibilité que peut offrir la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

[356] Selon l'avocat des appelants, il manque à l'article 245, notamment au terme « abus », une signification centrale qui pourrait informer les citoyens de la loi et qui pourrait restreindre le pouvoir des autorités chargées d'appliquer la loi. À l'appui de son allégation quant à la nécessité d'une signification centrale, l'avocat a renvoyé la

Cour à la position du juge Gonthier, parlant au nom de la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical*, précitée, à la page 639 :

Une disposition imprécise ne constitue pas un fondement adéquat pour un débat judiciaire, c'est-à-dire pour trancher quant à sa signification à la suite d'une analyse raisonnée appliquant des critères juridiques. Elle ne délimite pas suffisamment une sphère de risque et ne peut donc fournir ni d'avertissement raisonnable aux citoyens ni de limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi.

[357] L'avocat a établi une distinction entre les présents appels et les décisions dans le cadre desquelles la Cour suprême du Canada s'était penchée sur la question de l'imprécision. Selon lui, contrairement à ce qu'il en est pour les lois sur la pollution, la pornographie ou les écrits haineux, aucune valeur sociale ne sous-tend les lois fiscales, de façon à donner aux citoyens des lignes directrices quant à ce qui est permis ou ne l'est pas. Du coup, l'application de l'article 245 se traduirait, selon l'avocat, par un « faux jugement », qui se produit quand une règle requiert l'exercice d'un discernement que valident des normes sociales insuffisamment denses et précises pour étayer l'exercice légitime du discernement.

[358] L'avocat des appelants a soutenu que les manquements structurels de l'article 245, notamment l'effet combiné des paragraphes 245(3) et 245(4), font en sorte que la décision quant à la présence d'un abus est soit impossible, soit complètement subjective, si bien que toute décision sur ce point est forcément sans contrôle et dénuée de norme. L'avocat a soutenu que le paragraphe 245(4) nécessite la découverte d'un objet ou d'un esprit différent pour la disposition en question, objet ou esprit constituant la base d'un constat d'abus et devant forcément, si l'on veut que la seconde étape ait une quelconque validité ou signification, différer de l'objet ou de l'esprit en vertu duquel l'opération « fonctionne » lors de la première étape. Il a soutenu qu'il est constitutionnellement inacceptable et illogique d'effectuer, au titre de l'article 245(4), une recherche d'un objet ou d'un esprit précédemment non identifié, non exprimé, au caractère souvent hautement générique, à l'égard d'une disposition donnée ou d'un ensemble de dispositions, longtemps après la réalisation des opérations. L'avocat a renvoyé au point de vue du professeur Krishna dans l'ouvrage intitulé *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 5<sup>e</sup> éd. (Scarborough, Carswell, 1995) à la page 64, au sujet de la présomption à l'encontre de l'application rétrospective des lois fiscales. Selon l'avocat, l'article 245 contrevient à cette présomption, car il requiert la découverte par le pouvoir judiciaire d'un objet ou d'un esprit inexprimé qui est ensuite appliqué de façon rétrospective.

[359] L'avocat des appelants s'attendait à ce que l'intimée affirme que soumettre l'article 245 aux principes de la *Charte* et de la primauté du droit nécessiterait que l'article 7 s'applique au droit à la propriété, ce qui restreindrait la capacité du législateur à utiliser des mesures législatives pour atteindre des objectifs valides en matière de politique sociale, comme cela avait été le cas aux États-Unis pendant l'époque de l'arrêt *Lochner*. L'époque de l'arrêt *Lochner* renvoie à une période de l'histoire des États-Unis allant de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle au début du XIX<sup>e</sup> siècle, où l'on a invoqué la Déclaration des droits (*Bill of Rights*) pour annuler des mesures progressistes en matière de législation sociale. Selon l'avocat, ces arguments prévus ne portaient pas sur ce que les appelants invoquaient en fait : le principe de la légalité, dans son application à une loi si imprécise qu'elle permet une application arbitraire de la loi et des décisions judiciaires arbitraires.

[360] L'avocat des appelants a fait référence à l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical*, précitée, en citant d'abord le passage suivant, à la page 642, où le juge Gonthier, au nom de la Cour, a déclaré :

[...] la norme que j'ai exposée s'applique à tous les textes de loi, de droit civil, de droit pénal, de droit administratif ou autre. Les citoyens ont droit à ce que l'État se conforme aux normes constitutionnelles régissant la précision chaque fois qu'il établit des textes de loi.

L'avocat a ensuite fait référence à un passage aux pages 634 et 635 :

[...] Bon nombre de textes de loi ont une portée assez limitée et reflètent peu la société dans son ensemble; c'est le cas de nombreux textes réglementaires. La faiblesse ou l'absence de l'avertissement quant au fond avant l'adoption du texte législatif peut être compensée en attirant l'attention du public sur le libellé de la loi, de sorte qu'il y aura avertissement quant au fond. Les lois portant attribution de points d'inaptitude et révocation de permis de conduire en sont d'excellents exemples; grâce à la publicité et aux avis publiés, la société a « digéré » ces lois.

Vient enfin la citation suivante, à la page 641 :

Il faut écarter l'attitude de non-intervention qui a imprégné le développement de la théorie de la primauté du droit et privilégier une conception plus globale de l'État, considéré comme une entité soumise au droit et agissant par l'intermédiaire du droit. L'État moderne intervient dans presque tous les domaines de l'activité humaine et son rôle va bien au-delà de la levée d'impôts et du maintien de l'ordre.

[361] L'avocat des appelants a soutenu que, dans l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical*, la Cour suprême a reconnu sans restriction le droit des citoyens « à

ce que l'État se conforme aux normes constitutionnelles régissant la précision chaque fois qu'il établit des textes de loi » et a lié ce droit aux principes de la primauté du droit. Selon l'avocat, l'affirmation de la Cour suprême du Canada selon laquelle la norme s'applique à tous les textes de loi est une indication que la Cour peut faire plus que l'analyse habituelle en vertu de l'article 7 et que, de fait, la Cour suprême du Canada affirme qu'il y aura dans certains cas un examen du contenu. La position des appelants est que le droit d'être à l'abri de lois arbitraires ou « à ce que l'État se conforme aux normes constitutionnelles régissant la précision » est inhérent au droit à la liberté prévu à l'article 7.

[362] L'avocat des appelants a soutenu qu'accepter l'allégation de l'intimée selon laquelle la *Charte* n'interdit pas au législateur d'adopter des lois arbitraires et selon laquelle il n'existe pas de norme distincte sur la primauté du droit reviendrait à mettre la *Loi* à l'abri de tout examen de validité constitutionnelle. Il a soutenu que l'article 26 de la *Charte* porte spécifiquement qu'il peut exister d'autres droits et qu'il est contraire à l'« étoffe » de notre Constitution que des tribunaux de *common law* aient adjugé que certaines lois étaient sans effet du fait de leur imprécision avant l'adoption de la *Charte* et qu'ils ne soient plus en mesure de le faire après son adoption.

[363] L'avocat des appelants a passé en revue la jurisprudence sur l'article 7 de la *Charte* et a constaté que l'interprétation étroite du droit à la liberté, dans le contexte du droit pénal, avait été élargie. Ainsi, dans l'affaire *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, où la Cour suprême s'est penchée sur la question de savoir si le fait d'exiger que les employés municipaux vivent dans les limites territoriales de la ville constituait une infraction à la *Charte*, le juge La Forest, s'exprimant au nom de certains juges de la Cour, a déclaré, à la page 893, que le droit à la liberté portait sur « des choix fondamentaux participant de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles ». De plus, dans l'affaire *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, le juge La Forest a analysé le droit à la liberté dans le contexte des valeurs plus générales qui sous-tendent la *Charte*. La position du juge La Forest a été adoptée dans l'affaire *Blencoe*, précitée, où le juge Bastarache, parlant au nom de la majorité, a cité ce qui suit, au paragraphe 51 :

[...] l'autonomie protégée par le droit à la liberté garanti par l'art. 7 ne comprend que les sujets qui peuvent à juste titre être qualifiés de fondamentalement ou d'essentiellement personnels et qui impliquent, par leur nature même, des choix fondamentaux participant de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles. [...]

[364] L'avocat des appelants a allégué que si le fait de restreindre le droit d'une personne à choisir son lieu de résidence est susceptible de contrevenir à l'article 7, l'article devrait aussi protéger le droit d'être à l'abri de lois arbitraires.

[365] Selon l'avocat, le contenu de l'article 7 continuera d'être défini, dans la présente affaire et dans d'autres. Il a souligné que l'autonomie personnelle serait peu de chose si elle n'englobait pas le droit à organiser ses propres affaires, personnelles ou commerciales, et à être exempt d'une ingérence gouvernementale de nature entièrement arbitraire.

[366] Selon l'avocat des appelants, la défense du droit d'être à l'abri d'impôts arbitraires et indéterminés est un droit protégé depuis la *Magna Carta* et on fait fi de l'histoire si on affirme que la fiscalité arbitraire n'a rien à voir avec la liberté et la lutte vers le progrès de la civilisation humaine.

(iii) **La primauté du droit**

[367] L'avocat des appelants a allégué que les normes de fond sur la primauté du droit constituent une base indépendante pour évaluer la validité constitutionnelle d'une loi. Il a fait référence à l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical*, précitée. Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada a examiné la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (« CEDH ») et a noté que la CEDH attribuait aux termes « prévues par la loi » de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du Conseil de l'Europe, 213 R.T.N.U. 223 (la « *Convention européenne* ») un contenu de fond allant plus loin qu'une simple recherche visant à déterminer si une loi existait ou non. En renvoyant aussi à l'ouvrage de L. B. Tremblay intitulé *The Rule of Law, Justice, and Interpretation* (Montréal, McGill-Queen's University Press, 1997), l'avocat a déclaré que la simple recherche visant à déterminer si une loi existait ou non était la [TRADUCTION] « théorie orthodoxe de la suprématie du Parlement ». Selon l'avocat, c'est la théorie sur laquelle s'appuie l'intimée. Cependant, l'avocat des appelants a porté à l'attention de la Cour une décision de la CEDH qu'il a décrite comme étant un arrêt-clé, soit l'affaire *Sunday Times*, 26 avril 1979, série A n° 30, où la Cour s'est penchée sur une contestation de la loi anglaise sur l'outrage au tribunal au titre du droit à la liberté d'expression. Dans cette affaire, la CEDH a conclu que deux exigences découlaient des termes « prévues par la loi », comme indiqué au paragraphe 49 :

[...] Il faut d'abord que la « loi » soit suffisamment accessible : le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné. En second lieu, on ne peut

considérer comme une « loi » qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé.

[368] L'avocat des appelants a soutenu que la seconde exigence incarne le principe de la légalité. En faisant référence au sommaire de la jurisprudence de la CEDH dans l'ouvrage de G. Zellick intitulé « *The European Convention on Human Rights: Its Significance for Charter Litigation* », dans R. J. Sharpe, compilateur, *Charter Litigation* (Toronto, Butterworths, 1987), à la page 103, l'avocat a soutenu que les termes « prévues par la loi » ou « en conformité avec la loi » avaient un caractère qualitatif requérant une conformité au principe de la primauté du droit mentionné dans le préambule de la *Convention européenne* comme dans celui de la *Charte*. Selon l'avocat, cette conformité au principe de la primauté du droit est ce que sanctionnait l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical*, précitée, et est le point sur lequel s'appuient les appelants dans le cadre des présents appels.

[369] L'avocat de l'appelant a déclaré que les inquiétudes soulevées par une loi arbitraire — à savoir que les citoyens ne sauront pas comment agir en conformité avec la loi et que le pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi sera insuffisamment limité — sont telles que toutes les lois sont assujetties à une exigence de certitude et d'absence de caractère arbitraire, comme l'a indiqué la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical*, précitée.

[370] Dans ses observations écrites, l'avocat a fait remonter les origines de la règle de l'imprécision à l'exécution des lois arbitraires, l'un des composants importants de la lutte historique ayant mené à l'établissement de la primauté du droit comme caractéristique centrale qui distingue une société démocratique. L'avocat a renvoyé tout particulièrement à ce sujet à l'ouvrage de A. V. Dicey intitulé *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10<sup>e</sup> éd. (London, MacMillan & Co. Ltd., 1960), chapitre IV, aux pages 183 et suivantes.

[371] L'avocat des appelants a aussi fait référence à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, ainsi qu'à une prise de position plus récente dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, deux affaires où il est déclaré que la primauté du droit est « un des postulats fondamentaux de notre structure constitutionnelle ».

[372] En prévision d'une observation de l'intimée selon laquelle la jurisprudence canadienne n'étaye pas la primauté du droit comme base indépendante pour évaluer

la validité constitutionnelle des lois, l'avocat des appelants a examiné la jurisprudence pertinente et a affirmé qu'on peut établir une distinction dans le cas de toutes les affaires. En ce qui concerne les affaires *Bacon v. Saskatchewan Crop Insurance Corp.*, [1999] 11 W.W.R. 51 (« Bacon-C.A. »), *Johnson v. British Columbia (Securities Commission)* (1999), 67 B.C.L.R. (3d) 145 (C.S. C.-B.), *Singh c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 185 (C.A.F.), *Babcock v. Canada (Attorney General)* (1999), 176 D.L.R. (4th) 417 (C.S. C.-B.) et *JTI-Macdonald Corp. v. British Columbia (Attorney General)* (2000), 184 D.L.R. (4th) 335 (C.S. C.-B.), l'avocat a soutenu qu'on pouvait établir une distinction parce que ces affaires impliquaient toutes une contestation à la périphérie de l'essentiel de la règle de la primauté du droit. Il a ainsi soutenu que le principe tiré de l'affaire *Bacon-C.A.*, précitée, et suivi dans les affaires *Babcock*, précitée, *Singh*, précitée, et *JTI-Macdonald*, précitée, selon lequel la règle de la suprématie du Parlement exclut que l'on puisse déterminer si une loi satisfait aux normes de fond sur la primauté du droit ne s'applique pas dans le cas de lois arbitraires.

[373] Dans l'affaire *Vanguard Coatings and Chemicals Ltd. c. M.R.N.*, [1988] 3 C.F. 560, 88 D.T.C. 6374, la Cour d'appel fédérale a infirmé un jugement de la Cour fédérale, Section de première instance, selon lequel une disposition de la *Loi sur la taxe d'accise* autorisant le ministre à déterminer le prix raisonnable de marchandises à des fins fiscales était inconstitutionnelle et contraire à la primauté du droit. L'avocat des appelants a établi une distinction entre cette affaire et la nôtre parce qu'il est possible de déterminer le prix raisonnable de marchandises selon des facteurs externes; la Cour d'appel fédérale avait indiqué, selon lui, que la disposition en cause était claire. L'avocat a aussi affirmé que les observations et l'analyse sur la primauté du droit effectuées dans l'affaire *Vanguard*, précitée, n'étaient pas très approfondies et n'avaient pas profité des articles de doctrine récemment parus sur la question. Il a souligné en outre que cette décision était antérieure à celle de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical*, précitée. Selon l'avocat, la jurisprudence canadienne existante ne s'est jamais penchée sur une situation où une disposition est dépourvue de normes de base et donc entièrement arbitraire, alors qu'il allègue que c'est le cas de l'article 245 en l'espèce.

[374] Enfin, l'avocat des appelants a affirmé que les tribunaux ont toujours été habilités en *common law* à vérifier qu'une loi soit conforme au principe de la certitude et qu'il serait absurde que ce pouvoir soit de quelque façon amenuisé par l'adoption de la *Charte*. L'avocat a rappelé l'emploi du principe de l'imprécision pour annuler des clauses restrictives racistes dans l'affaire *Noble c. Alley*, [1951] R.C.S. 64. Il a mentionné aussi qu'une loi imprécise avait été annulée du fait qu'elle ne relevait ni de la compétence fédérale, ni de la compétence provinciale dans

l'affaire *Saumur c. Ville de Québec*, [1953] 2 R.C.S. 299. De plus, l'avocat a rappelé à la Cour que le principe de l'imprécision avait servi à évaluer si des règlements municipaux comportaient la certitude nécessaire dans l'affaire *Re Hamilton Independent Variety & Confectionery Stores Inc. and City of Hamilton* (1983), 143 D.L.R. (3d) 498 (C.A. Ont.). Enfin, il a constaté que le principe de l'imprécision figurait également dans la constitution du Royaume-Uni, dont la plus grande partie n'est pas écrite, et qu'il avait été appliqué dans un contexte fiscal dans l'affaire *Vestey v. Inland Revenue Commissioners*, [1980] A.C. 1148 (Ch. des lords).

(iv) *Les principes d'interprétation et l'interprétation judiciaire de l'article 245*

[375] L'avocat des appelants a allégué qu'il n'est pas approprié d'adopter une politique non exprimée quand il s'agit d'interpréter une loi aussi complexe que la *Loi*. Il a renvoyé à la déclaration de la Cour suprême du Canada dans l'affaire 65302 *British Columbia Limited*, précitée, selon laquelle la *Loi* est une loi complexe et les tribunaux devraient être réticents à adopter des politiques qui ne sont pas exprimées. Selon l'avocat, les efforts des auteurs de doctrine pour élaborer un cadre d'application pour l'article 245 étaient restés pure rhétorique. Selon lui, ce qui était au début une tentative de rétablir, à la suite de l'affaire *Stubart*, précitée, le critère de l'objet commercial qui existait en *common law* par l'entremise de la loi est devenu une disposition dont la portée est soit plus restreinte, soit plus vaste que ce que le législateur entendait. Si on en arrive à la conclusion qu'une opération « fonctionne » en utilisant des moyens appropriés d'interprétation des lois, il ne rime à rien d'essayer, dans une deuxième étape, de constater un abus. Dans ce sens, la portée de la disposition sera trop restreinte eu égard à l'intention du législateur. Selon l'avocat, les notes techniques qui accompagnaient l'article 245 indiquaient que la disposition ne devait s'appliquer qu'aux opérations n'ayant pas d'objet commercial ou de réalité économique. Cependant, si on acceptait l'interprétation plus vaste avancée par l'intimée, la portée de la disposition serait trop vaste eu égard à l'intention du législateur.

[376] L'avocat des appelants a soutenu que l'article 245 n'est qu'une première ébauche inadéquate et que la Cour ne devrait pas hésiter à l'annuler. Il a renvoyé à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, où le juge McLachlin (tel était alors son titre) et le juge Iacobucci, s'exprimant au nom de la majorité, ont déclaré que l'annulation de lois constituait une partie importante du dialogue entre les pouvoirs législatif et judiciaire, dialogue amenant chacun de ces pouvoirs à rendre des comptes et renforçant ainsi la démocratie.

[377] L'avocat des appelants a effectué un examen des décisions portant sur l'article 245 de la *Loi* et sur la disposition correspondante de la *Loi sur la taxe d'accise*. Dans l'affaire *McNichol c. La Reine*, C.C.I., n° 94-1577(IT)G, 17 janvier 1997, 97 D.T.C. 111, le juge Bonner a déclaré à la page 21 (D.T.C. : à la page 120) que « le *télos* de l'article 245 vise à faire obstacle aux opérations d'évitement fiscal abusives ». Dans l'affaire *RMM Canadian Enterprises Inc. c. La Reine*, C.C.I., n° 94-1732(IT)G, 10 avril 1997, 97 D.T.C. 302, le juge Bowman (tel était alors son titre) a déclaré à la page 28 (D.T.C. : à la page 312) qu'« il est plus facile de reconnaître un abus que de formuler une définition qui s'applique à toutes les circonstances »; aux pages 30 et 31 (D.T.C. : à la page 313), après avoir cité le juge Bonner dans l'affaire *McNichol*, précitée, il a ajouté qu'« une opération qui est par ailleurs dépourvue de tout objectif commercial [...] constitue un abus de la *Loi* dans son ensemble ».

[378] L'avocat a allégué que la Cour canadienne de l'impôt n'avait pu élaborer une définition qui s'applique à toutes les circonstances et qu'elle avait plutôt adopté une démarche nuancée afin de tenter de limiter l'application de la disposition. Selon lui, cette démarche nuancée se manifeste dans plusieurs décisions : dans l'affaire *Jabs Construction*, précitée, où le juge Bowman (tel était alors son titre) a conclu, au paragraphe 48, que l'article 245 constitue « une sanction extrême » et « ne doit pas être utilisé de façon routinière », dans l'affaire *Canadien Pacifique-C.C.I.*, précitée, au paragraphe 17, où le juge Bonner a adopté le point de vue du juge Bowman selon lequel il s'agit d'une sanction extrême, dans l'affaire *Rousseau-Houle*, précitée, au paragraphe 50, et dans l'affaire *Fredette*, précitée, au paragraphe 76. Dans les deux dernières décisions, le juge Archambault nuance encore l'approche adoptée dans l'affaire *Jabs Construction*, précitée; il a affirmé que l'article 245, conçu pour empêcher des abus flagrants, ne peut servir d'outil au ministre pour forcer les contribuables à structurer leurs opérations de la façon la plus favorable aux autorités fiscales.

[379] L'avocat des appelants a également fait référence à l'affaire *Geransky*, précitée, où, allègue-t-il, le juge en chef adjoint Bowman résume la thèse des appelants en indiquant au paragraphe 40 que « ce qui constitue un abus est dans une certaine mesure une question d'opinion » et, au paragraphe 42, que « le fait d'utiliser des dispositions particulières de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans le cadre d'une opération commerciale et de les appliquer conformément à leur libellé ne constitue pas un abus ». L'avocat a également affirmé que la décision du juge Bowie dans l'affaire *Duncan*, précitée, s'inscrit dans une évolution dont le thème est que l'absence

totale d'objet commercial se traduit par un niveau d'examen différent de la part de la Cour du point de vue qualitatif.

(v) *Les réparations*

[380] L'avocat des appelants a soutenu qu'il est essentiel d'établir une démarche fondée sur des principes établis pour que les tribunaux appliquent la disposition d'une manière uniforme, que la jurisprudence à ce jour indique que la Cour canadienne de l'impôt n'a pas été en mesure d'élaborer une telle démarche et que la disposition doit être annulée pour ce motif.

[381] L'avocat des appelants a renvoyé au paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et aux affaires *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, 84 D.T.C. 6467, et *R. c. Seaboyer*, *R. c. Gayme*, [1991] 2 R.C.S. 577, pour étayer qu'il existe une obligation fondamentale pour un tribunal d'annuler une loi lorsqu'elle s'avère incompatible avec la Constitution du Canada. Au vu de cette jurisprudence, l'avocat a soutenu que la démarche indiquée en l'espèce consiste à statuer que l'article 245 est inopérant et à laisser le législateur modifier la disposition à la lumière des facteurs qui ont évolué depuis son adoption. Ces facteurs comprennent la mise en oeuvre continue par le législateur de dispositions anti-évitement particulières, le fait qu'aucune démarche fondée sur des principes n'a été établie par la Cour canadienne de l'impôt, l'efficacité des modifications particulières et la capacité de l'État à assurer la diffusion accélérée de l'information à l'ère informatique, ainsi que l'élaboration d'exigences de déclaration plus précises. Enfin, l'avocat a soutenu que l'article 245 correspond moins aux intérêts commerciaux que les dispositions d'autres ressorts et qu'il en va donc de l'intérêt du Canada de réévaluer la démarche adoptée pour mettre un frein à l'évitement fiscal abusif. L'avocat des appelants a affirmé que toutes ces questions sont complexes, que les comités et le ministère des Finances doivent aider à les résoudre et qu'il s'agit, par conséquent, d'un exemple parfait de questions qui doivent être réglées par le législateur.

[382] L'avocat a également déclaré que l'intimée n'avait pas établi qu'une nécessité urgente et réelle justifiait une disposition aussi imprécise et mal définie que l'article 245. L'avocat a soutenu que, selon la jurisprudence liée à la *Charte*, s'il est prouvé qu'il y a eu violation de la *Charte*, il revient à l'État de présenter une preuve qui justifierait une exception en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'avocat a rappelé à la Cour que dans l'affaire *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, la Cour suprême du Canada a annulé une loi qui imposait des restrictions relatives à la publicité sur le tabac principalement parce que

l'État n'avait pas réussi à s'acquitter de la charge qui lui incombait en vertu de l'article premier de la *Charte*.

[383] La prochaine réparation possible en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* est l'interprétation atténuée de la loi.

[384] L'avocat des appelants a cité l'affaire *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, dans laquelle la Cour suprême du Canada a formulé les principes applicables à l'interprétation large et à l'interprétation atténuée (dissociation). Le juge en chef Lamer, au nom de la majorité, a déclaré aux pages 717 à 719 :

[...] Une fois déclenchée l'application de l'art. 52, il faut répondre à trois questions. Premièrement, quelle est l'étendue de l'incompatibilité? Deuxièmement, peut-on régler isolément le problème de cette incompatibilité, que ce soit par dissociation ou interprétation large, ou est-elle inextricablement liée à d'autres parties de la loi? Troisièmement, doit-il y avoir suspension temporaire de l'effet de la déclaration d'invalidité? Voici succinctement les facteurs dont il faut tenir compte :

(i) L'étendue de l'incompatibilité

L'étendue de l'incompatibilité doit être déterminée :

A. de façon large dans le cas où la loi ne satisfait pas au premier volet du critère de l'arrêt *Oakes* en ce que son objectif ne se rapporte pas à des préoccupations suffisamment urgentes et réelles pour justifier l'atteinte à un droit garanti par la *Charte*; ou encore, que l'objectif du texte est jugé inconstitutionnel — et peut-être même la loi dans sa totalité;

B. de façon plus étroite lorsque l'objectif se rapporte à des préoccupations suffisamment urgentes et réelles, mais que le texte législatif ne satisfait pas au premier élément du volet de la proportionnalité du critère de l'arrêt *Oakes* en ce que les moyens choisis pour atteindre cet objectif n'ont pas un lien rationnel avec cet objectif — généralement restreint à la partie qui ne satisfait au critère du lien rationnel;

C. avec souplesse lorsque le texte législatif ne satisfait pas au deuxième ou au troisième élément du volet de la proportionnalité du critère de l'arrêt *Oakes*.

(ii) Dissociation/Interprétation large

Il sera justifié d'opter pour la dissociation ou l'interprétation large seulement dans les cas les plus clairs, chacun des critères suivants devant avoir été respectés :

- A. l'objectif législatif est évident ou ressort des éléments de preuve déposés dans le cadre de l'examen fondé sur l'article premier, qui a échoué, et la dissociation ou l'interprétation large favoriserait l'atteinte de cet objectif ou constituerait un empiétement moindre sur cet objectif que l'annulation de la loi;
- B. le choix des moyens utilisés par le législateur pour atteindre cet objectif n'est pas assez incontestable pour que la dissociation ou l'interprétation large constitue un empiétement inacceptable sur le domaine législatif;
- C. la dissociation ou l'interprétation large ne comporterait pas un empiétement si important sur les décisions financières du législateur qu'elle modifierait la nature du régime législatif en question.

(iii) Suspension temporaire de l'effet de la déclaration d'invalidité

Un tribunal sera justifié de suspendre temporairement l'effet de la déclaration d'invalidité afin de donner au législateur fédéral ou provincial concerné l'occasion d'harmoniser la loi ou la disposition législative avec ses obligations constitutionnelles même lorsque l'annulation a été jugée l'option la plus appropriée par rapport à l'un des critères cités précédemment. Cette suspension sera ordonnée dans l'un ou l'autre des cas suivants :

- A. l'annulation de la loi sans l'adoption d'un texte de remplacement poserait un danger pour le public;
- B. l'annulation de la loi sans l'adoption d'un texte de remplacement menacerait la primauté du droit;
- C. la loi a été jugée inconstitutionnelle parce qu'elle est limitative et non parce qu'elle a une portée trop large et son annulation priverait de bénéfices les personnes admissibles sans profiter à la personne dont les droits ont été violés.

[385] Il convient de noter que dans l'affaire *Schachter*, précitée, la Cour suprême du Canada avait indiqué — et la chose avait été concédée — que l'article 32 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, L.C. 1970-71-72, ch. 48, était limitatif parce qu'il n'accordait pas aux parents naturels le même congé parental qu'aux parents adoptifs et qu'il contrevenait ainsi à l'article 15 de la *Charte*. Cependant, la Cour a statué que

la Cour fédérale, Section de première instance, n'aurait pas dû donner à la disposition une interprétation large, mais aurait plutôt dû la déclarer inopérante parce qu'une interprétation large constituerait un empiétement important sur le domaine législatif. Même si la Cour suprême avait annulé la disposition contestée et suspendu la déclaration d'invalidité pour que le législateur ait le temps de la modifier, au moment où la Cour suprême du Canada a entendu l'affaire, le législateur avait déjà abrogé et remplacé cette disposition.

[386] L'avocat des appelants a renvoyé la Cour à l'arrêt plus récent de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, dans lequel la majorité des juges a conclu qu'il convient de prévoir des exceptions à la loi par la voie d'une interprétation large de sorte qu'elle soit compatible avec la *Charte*. L'avocat a renvoyé la Cour aux énoncés suivants du juge en chef McLachlin, qui s'est prononcée au nom de la majorité, au paragraphe 114 :

[...] Le tribunal détermine la réparation convenable conformément aux « deux principes directeurs » : le respect du rôle du législateur et le respect des objets de la *Charte*.

Le juge en chef McLachlin a ajouté ce qui suit au paragraphe 124 :

Le deuxième volet du critère énoncé dans l'arrêt *Schachter*, précité, porte sur la possibilité que l'interprétation large, même si elle reconnaît l'objectif de la loi, puisse néanmoins altérer l'intention du législateur en remplaçant un moyen de mettre à exécution cette intention par un autre moyen. Comme nous l'avons noté dans l'arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, la question pertinente consiste à se demander « ce que le législateur aurait [...] fait s'il avait su que ses dispositions seraient jugées inconstitutionnelles » (par. 167). S'il n'est pas évident que le législateur aurait adopté la mesure législative sans les dispositions ou les aspects problématiques, il se peut alors que l'inclusion d'une condition par interprétation large ne constitue pas la réparation convenable. Cette préoccupation est plus pertinente lorsque le législateur a fait un « choix délibéré des moyens » qui permettraient d'atteindre son objectif. Cependant, même dans ce cas, « le choix délibéré des moyens n'empêche pas le recours à l'interprétation large, sauf dans les cas où l'on peut établir que les moyens choisis revêtent une importance à ce point centrale eu égard aux buts poursuivis par le législateur et sont à ce point essentiels à l'économie de la loi que le législateur ne l'aurait pas adoptée sans eux » : *Vriend*, précité, par. 167.

[387] Compte tenu de ce qui précède, l'avocat des appelants a soutenu que pour savoir s'il est opportun de donner une interprétation atténuée à l'article 245 et, le cas échéant, pour décider la meilleure manière de le faire, il faut examiner l'intention du législateur relativement au cadre d'interprétation proposé et, en fin de compte et nécessairement, établir un équilibre délicat et nécessaire entre les rôles respectifs du

législateur et des tribunaux à la lumière des valeurs constitutionnelles. Selon l'avocat, en l'espèce, il faudrait évaluer comment le législateur aurait agi s'il avait pris conscience du défaut du critère de l'objet et de l'esprit et s'il s'en était tenu au critère de l'objet commercial. Comme l'a fait remarquer l'avocat, cette situation présente des problèmes, car on ne peut pas se contenter d'invalider le paragraphe 245(4), puisqu'il a été ajouté après l'élargissement de la portée du paragraphe 245(3) et qu'il existe un lien entre ces deux dispositions.

[388] L'avocat des appelants a ensuite abordé la question de l'application du principe de l'interprétation atténuée à l'article 245 de la *Loi*.

[389] L'avocat des appelants s'est reporté aux Notes explicatives sur la loi de l'impôt sur le revenu (projet de loi C-139), 30 juin 1988, qui, à son avis, « donnent à penser », à la page 496, que [TRADUCTION] « le paragraphe 245(4) s'inspire de la théorie de l'« abus de droit » qui existe dans certains ressorts pour contrer les stratagèmes visant à faire un usage abusif des lois fiscales ». L'avocat a en outre soutenu que, même si cette idée a été critiquée par des auteurs, l'intimée continue de proposer cette théorie comme élément fondamental de la démarche à adopter relativement à l'article 245. Pour corroborer cette observation, l'avocat s'est reporté au mémoire de l'intimée dans l'affaire *OSFC-C.A.F.* L'avocat a ajouté que si le terme « abus » était dérivé du principe de l'abus de droit, il devrait être interprété à la lumière du principe tel qu'il existe réellement et non seulement de certaines parties du principe.

[390] Au sujet du principe de l'abus de droit, l'avocat s'est reporté à l'article de D. A. Ward intitulé « Tax Avoidance: Judicial and Legislative Approaches in Other Jurisdictions » publié dans le rapport de la conférence annuelle de 1987 de l'Association canadienne d'études fiscales, pages 8:1 à 8:53, à la page 8:3, où on explique le principe de l'abus de droit comme étant un concept qui [TRADUCTION] « impose des limites raisonnables à la liberté d'une personne pour l'empêcher de porter préjudice à autrui ou de l'importuner lorsqu'elle exerce ses droits de mauvaise foi, par malice ou dans des circonstances correspondant à une grossière erreur équivalant à la mauvaise foi ». Monsieur Ward poursuit en ces termes : [TRADUCTION] « dans le domaine fiscal, le principe de l'abus de droit s'applique lorsqu'un contribuable, qui a le droit de conclure un contrat, de constituer une personne morale, de transférer un bien ou de réaliser une autre opération juridique abuse de ce droit en l'exerçant uniquement pour éviter de payer de l'impôt ou pour en réduire le montant et sans que l'opération ait un but commercial véritable ». Selon l'avocat des appelants, M. Ward est d'avis que, dans les affaires fiscales, les tribunaux

américains ont adopté le principe de l'abus de droit du droit civil en lui donnant la forme du critère de l'objet commercial.

[391] L'avocat des appelants a aussi renvoyé au seul arrêt de la Cour suprême du Canada qui traite de la théorie de l'abus de droit, l'affaire *Banque nationale du Canada c. Houle*, [1990] 3 R.C.S. 122, dans lequel le juge L'Heureux-Dubé a passé en revue l'historique et les théories qui sous-tendent le principe. L'avocat a signalé que l'approbation par la Cour suprême du Canada de ce principe dans le droit civil du Québec dans le contexte restreint des obligations contractuelles prouve à quel point il est difficile de l'appliquer au droit fiscal. L'avocat a ensuite effectué un examen approfondi de l'arrêt et des trois théories qui pourraient être à la base du principe de l'abus de droit, à savoir la théorie « individualiste », la théorie de la « fonction sociale » et la théorie de l'« exercice raisonnable des droits ». L'avocat a fait remarquer que la Cour a explicitement rejeté la théorie de la « fonction sociale » parce qu'il s'agit essentiellement d'un critère au « pifomètre », de nature subjective et issu des opinions personnelles du juge. L'avocat a soutenu que l'intimée souhaite s'appuyer sur ce critère du pifomètre pour faire ajouter le principe de l'abus de droit au droit fiscal. L'avocat des appelants a reconnu que la Cour avait rejeté la théorie « individualiste » dans l'affaire *Banque nationale du Canada*, précitée, car le juge L'Heureux-Dubé a conclu que cette théorie était trop restreinte dans le contexte des contrats étant donné que les droits contractuels doivent déjà être exercés de bonne foi. En fin de compte, la Cour a accepté la théorie de l'« exercice raisonnable des droits » selon laquelle il y a abus d'un droit lorsque celui-ci n'est pas exercé de manière raisonnable ou de façon compatible avec la conduite d'un individu prudent et diligent. L'avocat a affirmé que, même si cette théorie peut s'appliquer dans le contexte des contrats, elle ne peut pas avoir d'application dans le domaine fiscal parce qu'elle ne cadre pas avec le droit fiscal, domaine où les concepts liés à la normalité abstraite sont exceptionnellement difficiles à saisir. Pour illustrer ce point de vue, l'avocat a affirmé que, contrairement au droit contractuel, il n'existe pas de normes en droit fiscal. La question de savoir ce qu'une personne raisonnable ferait pour décider si elle doit constituer une entreprise en personne morale ou l'exploiter à titre de propriétaire unique, ou pour décider d'acheter des actions ou des éléments d'actif, demeure sans réponse juste parce qu'il n'existe pas de norme sur le montant de l'impôt qu'une personne devrait payer. Enfin, l'avocat des appelants a soutenu que si le principe de l'abus de droit doit s'appliquer au droit fiscal, il faut obligatoirement en restreindre la portée aux concepts de la mauvaise foi ou de la malice qui font partie de la théorie « individualiste ».

[392] L'avocat des appelants a également passé en revue des ouvrages de doctrine des pays de l'Union européenne sur l'application du principe de l'abus de droit au

droit fiscal et a conclu que, dans la mesure où il est adopté dans un contexte fiscal, le principe se limite à la théorie « individualiste » la plus étroite, selon laquelle il faut prouver que l'on a eu recours de mauvaise foi aux dispositions de la loi. L'avocat a signalé qu'une telle preuve repose souvent sur l'absence totale d'objet commercial. Il a ajouté que, si le principe de l'abus de droit servait à interpréter le paragraphe 245(4), l'existence d'une réalité économique ou d'un objet commercial serait pertinente pour décider si une opération est exonérée de l'application du paragraphe 245(2).

[393] L'avocat des appelants a ensuite soutenu que l'historique législatif démontre sans équivoque que le législateur désirait adopter le principe de l'objet commercial et que son intention a été détournée pendant les consultations et les audiences des comités parlementaires de sorte que la disposition qui en découle dépasse l'objectif législatif et qu'elle est intrinsèquement imprécise. L'avocat a poursuivi en disant qu'étant donné que l'intention du législateur est claire, la Cour est libre de faire une interprétation atténuée de la disposition afin d'exonérer les opérations revêtant une réalité économique ou ayant un but commercial crédible et important. De l'avis de l'avocat, une telle interprétation atténuée serait tout à fait compatible avec la théorie de l'abus de droit, l'intention du législateur, l'ensemble de la jurisprudence sur la disposition anti-évitement, les normes de certitude requises en droit fiscal et les valeurs constitutionnelles. Selon lui, cette interprétation atténuée de la loi concilierait et harmoniserait tous les intérêts contradictoires. Si on lui donnait une interprétation atténuée, le paragraphe 245(3) continuerait d'exclure de l'application du paragraphe 245(2) les opérations dont l'objet principal est un objet commercial ou un autre objet véritable. Le paragraphe 245(4) protégerait les opérations revêtant une réalité économique ou possédant un but commercial crédible et important. L'avocat des appelants a soutenu que les opérations conformes aux dispositions détaillées de la *Loi*, mais organisées de manière à réduire et non à augmenter l'impôt, ne devraient pas être interprétées comme constituant un abus de la *Loi*. L'avocat des appelants a ajouté qu'une telle interprétation atténuée de la disposition remplacerait l'arbitraire et le pouvoir discrétionnaire par la certitude, la prévisibilité et les principes établis, tant du point de vue administratif que judiciaire.

[394] L'avocat des appelants a soutenu que le résultat serait le même que la Cour décide d'annuler l'article 245 ou d'en donner une interprétation atténuée et que les présents appels seraient accueillis, soit parce que la disposition serait inopérante, soit parce que les opérations en litige ne tomberaient pas sous le coup de la disposition faisant l'objet de cette interprétation atténuée.

(b) **L'intimée**

[395] La position de l'intimée est ainsi résumée :

[TRADUCTION]

- a. La question de savoir si une loi est d'une imprécision inconstitutionnelle n'est examinée que lorsqu'on a constaté la violation d'un droit garanti par la *Charte*. En l'espèce, il est inutile de déterminer si le paragraphe 245(4) est imprécis, sauf s'il est conclu que le droit des appelants à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne a été enfreint.
- b. Comme la présente affaire ne relève pas du droit pénal, on ne peut présumer qu'il y a violation, réelle ou imminente, du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Par conséquent, il est essentiel de prouver les conséquences du paragraphe 245(4).
- c. S'il est nécessaire de déterminer si le paragraphe 245(4) est d'une imprécision inconstitutionnelle, l'intimée fait valoir que le paragraphe n'est manifestement pas imprécis puisque les tribunaux l'ont appliqué de façon tout à fait conséquente à une douzaine de reprises.
- d. Le principe de la primauté du droit ne peut être invoqué pour invalider une loi.

(i) **Contestations fondées sur la Charte : généralités**

[396] En invoquant l'affaire *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, aux pages 361 et 362, l'avocat de l'intimée a soutenu que la Cour suprême du Canada a clairement indiqué qu'il ne convient pas, dans la plupart des cas, d'examiner les questions constitutionnelles dans un vide factuel. Il a ajouté qu'en l'espèce, les appelants n'ont pas prétendu avoir subi de conséquences fâcheuses en raison du paragraphe 245(4), sinon qu'il refuse d'accorder des avantages fiscaux découlant d'opérations motivées par des considérations fiscales. Dans ces circonstances, la Cour devrait tenir compte des avertissements répétés de la Cour suprême du Canada et ne présumer aucune autre conséquence en l'absence de toute preuve à l'appui. En ce sens, l'avocat s'est reporté aux arrêts *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, à la page 133, *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] R.C.S. 1086, à la page 1099, et *John Carten Personal Law Corp. v. British Columbia (Attorney General)* (1997), 153 D.L.R. (4th) 460, à la page 468.

[397] L'avocat de l'intimée a convenu avec l'avocat des appelants que l'arrêt qui, au Canada, fait autorité relativement à l'imprécision est l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical*, précitée. L'avocat a soutenu que dans cette affaire, la Cour suprême du Canada a conclu que dans le contexte de l'article 7, l'imprécision n'est pertinente qu'à titre de principe de justice fondamentale. L'avocat a aussi fait référence à l'arrêt rendu récemment par la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Murphy v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)* (2001), 89 B.C.L.R. (3d) 81 (C.S. C.-B.), dans laquelle la Cour s'est penchée sur l'usage du principe de l'imprécision pour invalider une loi et a conclu que l'imprécision ne peut servir à invalider une loi qu'en fonction du partage des compétences ou en vertu de l'article 7 de la *Charte* si l'on peut d'abord conclure à la violation du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. L'avocat a alors signalé que les appelants n'avancent pas que l'article 245 ne relève pas des pouvoirs fédéraux ou qu'il est imprécis au point de ne pouvoir être considéré comme relevant de la compétence du Parlement. Par conséquent, l'avocat de l'intimée a conclu que les appelants ne peuvent utiliser la règle de l'imprécision pour contester la constitutionnalité de la disposition qu'en invoquant l'article 7 et ce, uniquement après avoir prouvé la violation du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne.

[398] En s'appuyant sur la décision rendue par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Perry v. Vancouver (City)* (1994), 88 B.C.L.R. (2d) 328, l'avocat de l'intimée a fait ressortir la différence qui existe entre une loi et un règlement municipal, ajoutant qu'il faut faire une distinction entre les affaires où des règlements municipaux ont été déclarés inopérants en raison de leur imprécision sans que la violation d'un droit garanti par la *Charte* ne soit démontrée et la présente affaire, parce que la nature même des règlements municipaux, qui sont des mesures législatives subordonnées, fournit un fondement pour les invalider. Ce principe ne s'applique pas aux lois adoptées par le Parlement. De même, on ne peut aucunement assimiler à des lois les affaires dans lesquelles le tribunal a conclu que des clauses restrictives relativement à des biens-fonds étaient inopérantes en raison de leur imprécision.

(ii) *L'article 7 de la Charte*

[399] Au sujet de la portée de l'article 7 de la *Charte*, l'avocat de l'intimée a fait référence à l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, dans lequel le juge Lamer (tel était alors son titre) a déclaré à la page 1173 :

[...] Par conséquent, les restrictions à la liberté et à la sécurité de la personne dont il est question à l'art. 7 sont celles qui découlent des rapports entre un individu, le système judiciaire et l'administration de la justice.

[400] L'avocat a admis que l'article 7 ne se limite pas au droit pénal et qu'on a conclu qu'il s'applique aux instances concernant les cures obligatoires dans un établissement psychiatrique et la protection de la jeunesse. À ce sujet, l'avocat a renvoyé notamment aux décisions rendues dans le *Renvoi relatif au Code criminel (Man.)*, précité, et les affaires *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, et *Blencoe*, précitée. Cependant, il a soutenu que le paragraphe 245(4) ne porte pas directement sur le système judiciaire et l'administration de la justice, qu'il ne s'agit pas d'une question analogue à une cure obligatoire dans un établissement psychiatrique ou à la protection de la jeunesse et que, par conséquent, l'article 7 ne s'applique pas.

[401] L'avocat de l'intimée s'est reporté à trois arrêts de la Cour suprême du Canada, soit les affaires *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869, et *R. c. Pontes*, [1995] 3 R.C.S. 44, pour confirmer que l'analyse prévue à l'article 7 de la *Charte* comprend deux étapes. Pour que l'article 7 puisse entrer en jeu, il faut d'abord conclure qu'il a été porté atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Le deuxième critère, qui ne s'applique que lorsque l'atteinte est constatée, est la question de savoir si l'atteinte est contraire aux principes de justice fondamentale. L'avocat a signalé que dans l'affaire *Pontes*, précitée, la Cour suprême du Canada a conclu qu'une disposition qui impose une responsabilité absolue enfreint les principes de justice fondamentale, mais elle a ajouté que cette disposition était néanmoins constitutionnelle parce qu'il n'y avait pas de violation réelle ou possible du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne.

[402] L'avocat de l'intimée a soutenu que la Cour suprême du Canada a précisé la manière d'appliquer la règle de l'imprécision dans un contexte constitutionnel dans l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical*, précitée, dans laquelle le juge Gonthier, s'exprimant au nom de la Cour, a déclaré à la page 626 :

On peut invoquer l'imprécision du chef de l'art. 7 de la *Charte* puisqu'un principe de justice fondamentale exige que les lois ne soient pas trop imprécises. On peut aussi l'invoquer dans le cadre de l'article premier de la *Charte in limine*, au motif qu'une disposition est imprécise au point qu'elle ne satisfait pas à l'exigence selon laquelle une restriction de droits garantis par la *Charte* doit être prescrite « par une règle de droit ». De plus, l'imprécision est aussi pertinente sous le volet

« atteinte minimale » du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* (arrêts *Morgentaler*, *Irwin Toy* et *Renvoi sur la prostitution*).

À la page 632, le juge Gonthier a ajouté ce qui suit :

La « théorie de l'imprécision », dont je vais maintenant étudier le contenu, est un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 et elle est en outre un élément de l'analyse fondée sur l'article premier *in limine* (restriction prescrite par « une règle de droit »).

[403] L'avocat a soutenu que ces énoncés confirment que la règle de l'imprécision est un principe de justice fondamentale et non un droit autonome.

[404] L'avocat a rejeté l'argument des appelants selon lequel l'énoncé suivant du juge Gonthier, s'exprimant au nom de la Cour suprême dans l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical*, précitée, à la page 642, a élargi la portée de l'application de la règle de l'imprécision en l'élevant au rang d'un droit garanti par la *Charte* :

Pour terminer, je tiens à souligner en outre que la norme que j'ai exposée s'applique à tous les textes de loi, de droit civil, de droit pénal, de droit administratif ou autre. Les citoyens ont droit à ce que l'État se conforme aux normes constitutionnelles régissant la précision chaque fois qu'il établit des textes de loi. [...]

L'avocat a souligné que cette citation se poursuit aux pages 642 et 643 :

[...] En droit pénal, on peut penser que l'État doit énoncer avec un soin particulier les termes du débat judiciaire. À mon avis, cependant, si on a respecté la norme générale minimale, on devrait examiner tous les autres arguments relatifs à la précision des textes de loi à l'étape de l'étude de l'« atteinte minimale » de l'analyse fondée sur l'article premier.

[405] L'avocat a soutenu que le passage complet confirme simplement que la même norme ou le même critère de l'imprécision — c'est-à-dire s'il y a « un guide suffisant pour un débat judiciaire » — s'applique dans tous les cas.

[406] Ainsi, avant même de pouvoir déterminer si le paragraphe 245(4) est imprécis au point d'être inconstitutionnel en vertu de l'article 7 de la *Charte*, il faut d'abord établir que le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne est atteint. S'il ne l'est pas, le débat est clos. L'avocat a noté que dans l'affaire *Ontario c. C.P.*, précitée, la Cour suprême du Canada a fait valoir clairement au paragraphe 78 que les

« hypothèses raisonnables » n'ont pas leur place dans l'analyse de l'imprécision au regard de l'article 7 de la *Charte*.

[407] Selon l'avocat, à moins qu'il n'y ait manifestement violation ou violation potentielle d'un droit quelconque visé à l'article 7 de la *Charte* au vu de la loi contestée, un fondement factuel adéquat est nécessaire pour la première étape d'une analyse en vertu de l'article 7. Comme l'a déclaré l'avocat, la Cour doit d'abord décider si le paragraphe 245(4) de la *Loi* constitue une menace « réelle ou imminente » à l'un ou l'autre des droits énumérés à l'article 7 de la *Charte*. Une fois cela déterminé — et uniquement à ce moment — la Cour peut décider si la violation est conciliable ou non avec les principes de justice fondamentale. À cet égard, l'avocat a invoqué également l'analyse du juge Létourneau dans l'affaire *Gregor-C.A.F.*, précitée, aux paragraphes 6 à 12, qui décrivent l'approche appropriée.

[408] L'avocat a également soutenu que la Cour canadienne de l'impôt avait utilisé l'analyse en deux étapes dans les affaires *Fleming c. M.R.N.*, C.C.I., n° 84-1021(IT), 27 août 1986, 86 D.T.C. 1628, et *Byrt c. M.R.N.*, C.C.I., n° 88-203(IT), 23 mai 1991, 91 D.T.C. 923.

[409] L'avocat de l'intimée a d'abord analysé le droit à la liberté.

[410] L'avocat a reconnu que le droit à la liberté ne se limitait pas à la liberté physique et que la Cour suprême du Canada avait statué que la liberté est mise en cause lorsque des contraintes ou des interdictions de l'État influencent des choix de vie importants et fondamentaux; à ce propos, l'avocat a fait référence à l'affaire *B. (R.) c. Children's Aid Society*, précitée. En invoquant également les décisions de la Cour suprême du Canada dans les affaires *Blencoe*, précitée, et *Godbout*, précitée, l'avocat a soutenu que le droit à la liberté n'englobait que les décisions d'importance personnelle fondamentale, par exemple le choix de l'endroit où établir sa résidence ou de la façon d'élever ses enfants, et qu'il était illogique d'élargir ce droit de façon à inclure toutes les décisions, personnelles ou commerciales.

[411] L'avocat de l'intimée a soutenu que l'article 245 de la *Loi* n'a d'incidence que sur les droits économiques et que les intérêts purement économiques n'étaient pas protégés par l'article 7 de la *Charte*. À cet égard, il a fait référence aux affaires *Whitbread v. Walley* (1988), 51 D.L.R. (4th) 509 (C.A. C.-B.), et *Weyer c. La Reine*, C.A.F., n° A-665-85, 16 février 1988, 83 N.R. 272. Dans cette dernière affaire, la Cour d'appel fédérale s'est appuyée sur la restriction relative aux droits protégés par l'article 7 de la *Charte* énoncée par la Cour fédérale, Section de première instance, dans l'affaire *Smith, Kline & French Laboratories Limited c. Canada*,

[1986] 1 C.F. 274 (« *Smith, Kline & French-C.F.* 1<sup>re</sup> inst. »), à la page 313, restriction qui a été acceptée par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada*, [1987] 2 C.F. 359 (« *Smith, Kline & French-C.A.F.* »), à la page 364. Selon l'avocat, les tribunaux ont généralement statué que les droits de propriété, tels que le droit de conclure des contrats ou de posséder des biens, n'étaient pas protégés par l'article 7 de la *Charte*. L'avocat a déclaré que bien qu'il ait été conclu que le droit à la liberté protégeait le droit d'exercer la profession de son choix dans le jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Wilson v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 1, cette décision traitait en fait de la protection de la dignité personnelle et non d'un droit économique.

[412] L'avocat de l'intimée est d'avis qu'en l'espèce, il n'existe tout simplement aucune preuve que l'effet économique de l'article 245, à savoir le refus de permettre la déduction de pertes fiscales, ait une incidence sur le droit à la liberté protégé par l'article 7 de la *Charte*.

[413] Bien que l'avocat des appelants n'ait pas abordé directement la question de savoir si l'article 245 de la *Loi* contrevenait au droit à la sécurité de la personne en vertu de l'article 7, l'avocat de l'intimée a néanmoins jugé nécessaire d'analyser cette question.

[414] L'avocat de l'intimée a soutenu qu'il n'y avait aucune contravention du droit à la sécurité de la personne. Il a déclaré que la sécurité de la personne protégeait à la fois l'intégrité physique et psychologique, mais a fait remarquer qu'en l'espèce, aucune allégation n'a été faite quant à un effet quelconque sur l'intégrité physique de qui que ce soit. De plus, le droit à l'intégrité psychologique ne protège pas une personne du stress et de l'anxiété ordinaires qu'une personne d'une sensibilité raisonnable ressentirait à la suite d'une action de l'État, par exemple ceux que pourrait entraîner l'application de l'article 245. En citant le passage suivant de l'ouvrage de P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (édition à feuilles mobiles), vol. 2, à la p. 44-12, adopté par le juge Bastarache au paragraphe 53 de l'affaire *Blencoe*, précitée, l'intimée a soutenu que la sécurité de la personne, selon la Cour suprême du Canada, excluait la sécurité économique :

Cela exige en outre [...] que ces termes [liberté et sécurité de [l]a personne] soient interprétés comme excluant la liberté et la sécurité économiques; sinon, refoulée à la porte avant, la propriété entrerait par la porte arrière.

[415] L'avocat de l'intimée a rejeté la description faite par les appelants du droit en cause comme étant le droit des contribuables de ne pas être soumis à des impôts arbitraires et indéterminés. Selon l'avocat, le droit en cause en l'espèce est simplement le droit de déduire une perte ou le droit de réclamer l'avantage fiscal découlant d'opérations motivées par des considérations fiscales. Selon l'avocat, il serait difficile de soutenir que la *Charte* visait à protéger de tels droits.

[416] L'avocat de l'intimée a soutenu que la façon appropriée d'aborder la contestation d'une disposition de la *Loi* fondée sur l'argument d'imprécision est celle adoptée par le juge Kempo de notre cour dans l'affaire *Fleming*, précitée, où l'on a conclu que la Constitution ne protège pas le droit à la clarté juridique et qu'il fallait d'abord établir qu'un autre droit protégé par la Constitution est en jeu. Bien que, dans cette affaire, la Cour ait reconnu que la liberté et la sécurité de la personne pouvaient englober un élément économique, elle a conclu que l'effet économique spécifique devait être analogue aux droits visés par les termes « la vie, la liberté et la sécurité de la personne ». L'avocat a fait remarquer qu'en l'espèce, l'article 245 n'avait aucun effet paralysant; il n'empêche en fait aucune activité commerciale. Il n'empêche pas l'achat d'une participation dans une société en nom collectif; il modifie simplement les conséquences fiscales d'un tel achat et interdit de déduire les pertes qui découlent d'un tel achat.

[417] L'avocat de l'intimée a soutenu que si la certitude constituait un droit garanti, alors les lois fiscales rétroactives seraient inconstitutionnelles. L'avocat a déclaré que cela n'était clairement pas le cas, puisqu'il est bien établi que le législateur peut modifier les lois de façon rétroactive, pourvu qu'il le fasse clairement. De plus, il a noté que l'hypothèse des appelants selon laquelle le droit à la liberté englobe le droit d'organiser ses affaires implique que les lois fiscales devraient demeurer constantes. L'avocat a soutenu qu'il n'existe aucun droit à la constance des lois fiscales, en citant la décision dans l'affaire *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. M.R.N.*, [1977] 1 R.C.S. 271, 75 D.T.C. 5451, où le juge Dickson, au nom de la majorité, a déclaré à la page 283 (D.T.C. : à la page 5456) :

[...] Personne n'a le droit acquis de se prévaloir de la loi telle qu'elle existait par le passé; en droit fiscal, il est impérieux que la législation reflète l'évolution des besoins sociaux et de l'attitude du gouvernement. Un contribuable est libre de planifier sa vie financière en se fondant sur l'espoir que le droit fiscal demeure statique; il prend alors le risque d'une modification à la législation.

[418] L'avocat de l'intimée a présenté une analyse approfondie de la deuxième étape de l'analyse en vertu de l'article 7 de la *Charte*. En l'espèce, il s'agit de déterminer si

l'article 245 est imprécis au point de transgresser les principes de justice fondamentale. Cependant, l'avocat a répété qu'avant de se lancer dans une telle analyse, la Cour devait d'abord établir qu'un des trois droits de fond protégés par l'article 7 de la *Charte* avait été violé.

[419] L'avocat de l'intimée, en faisant référence à l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical*, précitée, a soutenu qu'une loi est d'une imprécision inconstitutionnelle si elle ne donne pas suffisamment de directives pour guider un débat judiciaire. L'avocat a noté que dans l'affaire *Ontario c. C.P.*, précitée, la Cour suprême du Canada avait déclaré que l'imprécision ne devait pas être évaluée dans l'abstrait, mais plutôt dans le contexte interprétatif large créé par l'analyse de considérations telles que le but, l'objet et la nature des dispositions contestées, les valeurs sociales, les dispositions légales connexes et l'interprétation judiciaire préalable des dispositions en question. De plus, dans l'affaire *Ontario c. C.P.*, la Cour suprême du Canada a confirmé qu'en évaluant si une loi est inopérante en raison de son imprécision en vertu de l'article 7, la Cour doit d'abord épuiser son rôle d'interprétation en tentant d'appliquer la loi contestée aux faits particuliers de l'affaire.

[420] L'avocat de l'intimée a soutenu que le terme « abus », qui est trop imprécis selon les appelants pour guider le débat judiciaire, fait partie d'un membre de phrase qui fournit en fait un guide et, de plus, que les notes explicatives clarifient qu'il faut appliquer le critère de l'objet et de l'esprit. L'avocat a passé en revue plusieurs affaires dans lesquelles notre cour a appliqué le paragraphe 245(4) en utilisant le critère de l'objet et de l'esprit et il a conclu que l'interprétation de la disposition était constante. À ce sujet, il a renvoyé à l'analyse dans l'affaire *Société canadienne des pneus Michelin Ltée c. M.R.N.*, Tribunal canadien du commerce extérieur, n° AP-93-333, 22 mars 1995, 95 GTC 4040, à la page 4054, et dans l'affaire *OSFC-C.C.I.*, précitée, au paragraphe 54. De plus, l'avocat a déclaré que les causes citées par les appelants, dans lesquelles la Cour était d'un avis différent en ce qui a trait à l'objet principal d'une opération, n'établissaient pas que la disposition n'était pas appliquée de façon constante, mais résultaient simplement de situations factuelles distinctes.

[421] Malgré l'assertion des appelants selon laquelle le milieu universitaire, et en particulier le professeur Krishna, était d'avis que l'article 245 était imprécis, l'intimée a fait remarquer que le professeur Krishna n'avait eu en fait aucune difficulté à interpréter le paragraphe 245(4) de la même façon que notre cour, et elle a cité à cet égard les affirmations du professeur Krishna dans l'ouvrage *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, précité, aux pages 1394 et 1395. L'avocat a aussi fait référence à la page 1400, où le professeur Krishna a déclaré :

[TRADUCTION]

Dans ce contexte, il est important de faire la distinction entre la règle d'interprétation des lois qui exige qu'une disposition ambiguë soit interprétée conformément à son « objet » et à son « esprit » (la règle de l'objet) et l'application du paragraphe 245(4), qui limite la portée de la DGAÉ aux opérations d'évitement qui ne vont pas à l'encontre de l'économie de la *Loi*. La règle générale d'interprétation des lois veut que les termes clairs et sans équivoque soient interprétés selon leur acception grammaticale courante dans le contexte où ils sont utilisés. Ainsi, il n'est pas nécessaire de déterminer l'objet et l'esprit d'une disposition légale claire et sans équivoque. La loi est interprétée selon son libellé.

Le paragraphe 245(4), cependant, exempte une « opération d'évitement » de la DGAÉ si elle n'entraîne pas d'abus dans l'application des dispositions de la loi lue dans son ensemble. Ainsi, le respect du libellé de la loi, même lorsque celui-ci est clair et sans équivoque, ne suffit pas pour protéger une opération de la DGAÉ. [...]

[422] En faisant référence à d'autres ouvrages, l'avocat de l'intimée a conclu que le paragraphe 245(4) avait été interprété de façon uniforme, non seulement par les tribunaux mais aussi par les avocats fiscalistes et par le milieu de la fiscalité en général.

[423] Enfin, l'intimée a soutenu que le paragraphe 245(4) ne dépend pas d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire pour son application et n'est donc pas soumis à la règle énoncée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Morales*, précitée, selon laquelle une disposition légale doit pouvoir avoir un sens constant ou établi et ne pas dépendre d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire pour son interprétation.

[424] L'avocat a rejeté l'argument des appelants voulant que l'article 245 soit d'une incertitude inacceptable du point de vue constitutionnel parce qu'il requiert que la Cour applique les méthodes d'interprétation des lois sanctionnées applicables à une loi fiscale afin de déterminer si l'opération en cause « fonctionne », et exige ensuite que la Cour détermine s'il y a eu abus des mêmes règles qui prévoient par ailleurs les conséquences fiscales. L'avocat a soutenu que la mission confiée à la Cour à la première étape de l'analyse en vertu de l'article 245 n'exige pas une évaluation de l'objet et de l'esprit d'une disposition particulière; tel est le but distinct de la deuxième étape de l'analyse et c'est la raison pour laquelle la disposition n'est pas viciée, comme l'ont affirmé les appelants. L'avocat a fait référence à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Antosko*, précitée, où le juge Iacobucci, s'adressant au nom de la Cour, a déclaré à la page 330 :

De toute évidence, l'opération ici en cause n'était pas un trompe-l'œil. Les conditions de la disposition ont été remplies d'une manière qui n'était pas artificielle. En l'absence d'ambiguïté des termes de la disposition, il n'appartient pas à notre Cour de conclure que les appelants devraient se voir refuser une déduction parce qu'ils ne méritent pas une « aubaine », comme l'intimée le soutient. En l'absence d'une ambiguïté qui forcerait le tribunal à examiner les résultats de l'opération pour déterminer l'intention du législateur, l'évaluation normative des conséquences de l'application d'une disposition donnée relève du législateur et non des tribunaux. Par conséquent, je conclus que l'opération en cause en l'espèce tombe sous le coup du par. 20(14).

[425] L'avocat de l'intimée a soutenu que c'est parce que la Cour suprême du Canada, en l'absence d'une disposition spécifique exigeant l'application du critère de l'objet et de l'esprit, a refusé d'appliquer un tel critère dans l'interprétation des lois fiscales que le paragraphe 245(4) rend l'application d'un tel critère obligatoire. De plus, l'avocat a indiqué que le législateur a le pouvoir d'imposer l'application du critère de l'objet et de l'esprit. Malgré les affirmations selon lesquelles il pourrait être difficile de déterminer l'objet et l'esprit de bien des dispositions, tel que l'a indiqué B. J. Arnold dans son article intitulé « In Praise of the Business Purpose Test » publié dans le rapport de la conférence annuelle de 1987 de l'Association canadienne d'études fiscales, pages 10:1 à 10:34, à la page 10:7, l'avocat de l'intimée a fait référence, à titre d'exemple, à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Shell*, précitée, au paragraphe 57, où une analyse de l'objet et de l'esprit est faite relativement au sous-alinéa 20(1)c)(i) de la *Loi*. Selon l'avocat, une telle analyse de l'objet et de l'esprit est rendue obligatoire pour toutes les autres dispositions de la loi, et il n'est sûrement pas inconstitutionnel que la loi exige une telle analyse.

[426] L'avocat de l'intimée a rappelé à la Cour que l'évitement fiscal est un problème grave, en faisant référence en particulier aux conclusions du *Rapport de la Commission royale sur la fiscalité* (Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1966), vol. 3, dans lequel il est reconnu que l'évitement fiscal entraîne des pertes de recettes pour l'État, le gaspillage inutile d'efforts intellectuels consacrés à des activités improductives sur le plan économique (c'est-à-dire l'évitement fiscal), un sentiment d'injustice et d'inégalité de la part de ceux qui ne profitent pas de l'évitement fiscal, et la dégradation de la morale face à la fiscalité, ce qui se traduit par l'évasion fiscale et un transfert injuste du fardeau fiscal. L'avocat a fait remarquer que le problème est à la hausse depuis 1966. À cet égard, il a fait référence à divers documents du ministère des Finances ainsi qu'aux débats de la Chambre des communes.

[427] Puisqu'on a conclu que des dispositions anti-évitement spécifiques étaient inefficaces et que la Cour suprême du Canada a refusé de reconnaître le critère de

l'objet commercial au Canada, le législateur a décidé d'adopter une disposition générale anti-évitement en réponse au problème croissant de l'évitement fiscal.

[428] L'avocat de l'intimée a répété l'affirmation que la question de l'imprécision ne se pose, en vertu de l'article 7 de la *Charte*, que lorsqu'il y a violation du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, ou dans le contexte d'une contestation fondée sur le partage des compétences, lorsqu'on affirme qu'une disposition ne relève pas de la compétence du Parlement ou des assemblées législatives. Il a fait référence à la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada*, [1985] 1 C.F. 85 (C.A.F.), où il a été déclaré, à la page 93, qu'« avant l'adoption de la *Charte*, les tribunaux n'étaient pas habilités à refuser d'appliquer une loi dûment promulguée pour l'unique raison qu'elle était vague ou incertaine ».

(iii) **La primauté du droit**

[429] L'avocat de l'intimée a fait référence à la décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'affaire *JTI-Macdonald Corp.*, précitée, au paragraphe 150, où le juge Holmes a déclaré que, d'après les décisions rendues dans les affaires *Singh*, précitée, *Bacon-C.A.*, précitée, et *Babcock*, précitée, la primauté du droit ne constitue pas en soi une raison d'annuler une loi en la qualifiant d'inconstitutionnelle. L'avocat a également fait remarquer qu'une disposition n'a jamais été annulée en raison d'une imprécision qui la rendrait inconstitutionnelle en l'absence d'une violation de la *Charte*. De plus, il a affirmé que la Cour suprême du Canada avait rejeté une requête en autorisation de pourvoi dans l'affaire *Bacon-C.A.*, précitée, dans laquelle la Cour d'appel de la Saskatchewan avait statué que la primauté du droit ne justifiait pas l'annulation d'une loi adoptée par ailleurs de façon valide. L'avocat a également noté que dans l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical*, précitée, la Cour suprême du Canada disposait de tous les renseignements et plaidoiries nécessaires pour conclure que la primauté du droit pouvait servir de base à l'annulation d'une loi et qu'elle avait décidé de ne pas le faire.

[430] L'avocat de l'intimée a soutenu que même si la Cour statuait que la primauté du droit justifiait l'annulation d'une loi, le critère d'imprécision en vertu de la primauté du droit serait le même qu'en vertu de l'article 7 de la *Charte*. Ainsi, si l'article 245 n'est pas jugé imprécis en vertu de l'article 7, il ne serait pas imprécis en vertu de la primauté du droit. Cependant, l'avocat a admis que si l'on jugeait que l'article 245 contrevenait à l'article 7 de la *Charte*, il ne constituerait alors pas une restriction prescrite par une règle de droit dans des limites qui soient raisonnables et

dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, en vertu de l'article premier.

## **2. Observations sur la qualité pour agir des sociétés appelantes**

[431] Pour ce qui est des quatre sociétés appelantes, l'avocat de l'intimée a tenté de faire radier certaines parties des actes de procédure portant sur les questions constitutionnelles en vertu de l'alinéa 58(1)b) des *Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)*. Tel qu'il a été mentionné précédemment, les avocats ont convenu à l'audience d'aborder cette question durant les observations finales.

[432] L'avocat a soutenu qu'une règle générale empêchait les sociétés de contester la validité de lois en vertu de l'article 7 de la *Charte*. Il a néanmoins reconnu que la Cour suprême du Canada avait fait exception à cette interdiction générale, pour une société, de contester la validité des lois en vertu de la *Charte* dans l'affaire *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Cependant, l'avocat a fait remarquer que cette exception ne s'appliquait qu'aux poursuites pénales. Il a fait référence à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, dans laquelle on a jugé que l'exception prévue dans l'affaire *Big M Drug Mart* ne s'appliquait pas parce que l'affaire n'impliquait aucune poursuite pénale. L'avocat a noté que dans l'affaire *Irwin*, précitée, la Cour suprême du Canada avait statué que les droits économiques d'une société n'étaient pas protégés par l'article 7 de la *Charte*. L'avocat de l'intimée a reconnu que l'application de l'exception prévue dans l'affaire *Big M Drug Mart* avait été élargie dans l'affaire *Office canadien de commercialisation des oeufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157, où la Cour suprême du Canada a jugé qu'une société pouvait contester des lois qu'elle considérait inconstitutionnelles lorsqu'elle était amenée devant les tribunaux de façon involontaire en vertu d'un régime de réglementation. L'avocat a soutenu que l'exception élargie dans l'affaire *Office canadien de commercialisation des oeufs* ne s'applique pas aux présents appels puisque les sociétés appelantes n'ont pas été amenées de façon involontaire devant notre cour.

[433] L'avocat des appelants a fait de très brèves observations quant au droit des sociétés appelantes d'invoquer l'article 7 de la *Charte*. D'abord, l'avocat a soutenu que si la Cour annulait l'article 245 en raison d'une violation des droits des particuliers appelants en vertu de l'article 7 de la *Charte*, les sociétés appelantes profiteraient de cette décision. Bref, si la disposition ne peut être appliquée à l'encontre de particuliers, elle ne peut être appliquée à l'encontre de sociétés. Ensuite, l'avocat a fait référence à l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en soutenant que le

fondement du pouvoir d'annuler des lois est l'invalidité de la loi en question et non la qualité pour agir ou les attributs de la partie contestant la loi. L'avocat a affirmé que c'est la nature de la loi et non le statut de la partie qui la conteste qui importe.

(C) ANALYSE

1. La question constitutionnelle

(i) L'article 7 de la Charte

[434] Alors que l'avocat des appelants a affirmé que l'article 7 de la *Charte* offre une garantie contre les lois trop imprécises, l'intimée a soutenu qu'il n'existe aucun droit autonome en vertu duquel les lois ne peuvent être trop imprécises et que la Cour suprême a plutôt choisi de statuer que l'énoncé selon lequel les lois ne peuvent être trop imprécises est un principe de justice fondamentale.

[435] Pour ce qui est de l'infraction alléguée à la *Charte* en raison de l'imprécision de la DGAÉ, l'appelant et l'intimée se sont tous deux appuyés sur l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical*, précitée, dans laquelle la Cour suprême du Canada a analysé la règle de l'imprécision en profondeur. La question dans cette affaire consistait à déterminer si l'alinéa 32(1)c) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* contrevenait à l'article 7 de la *Charte* en raison de l'imprécision découlant de l'utilisation du terme « indûment ». Il est utile de reproduire d'abord le résumé de la règle de l'imprécision fait par le juge Gonthier, au nom de la Cour, aux pages 626 et 627 :

On peut résumer cet exposé par les propositions suivantes :

1. On peut invoquer l'imprécision du chef de l'art. 7 de la *Charte* puisqu'un principe de justice fondamentale exige que les lois ne soient pas trop imprécises. On peut aussi l'invoquer dans le cadre de l'article premier de la *Charte in limine*, au motif qu'une disposition est imprécise au point qu'elle ne satisfait pas à l'exigence selon laquelle une restriction de droits garantis par la *Charte* doit être prescrite « par une règle de droit ». De plus, l'imprécision est aussi pertinente sous le volet « atteinte minimale » du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* (arrêts *Morgentaler*, *Irwin Toy* et *Renvoi sur la prostitution*).

2. La « théorie de l'imprécision » repose sur la primauté du droit, en particulier sur les principes voulant que les citoyens soient raisonnablement prévenus et que le pouvoir discrétionnaire en matière d'application de la loi soit limité (*Renvoi sur la prostitution* et l'arrêt *Comité pour la République du Canada*).

3. Les facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer si une loi est trop imprécise comprennent : a) la nécessité de la souplesse et le rôle des tribunaux en matière d'interprétation; b) l'impossibilité de la précision absolue, une norme d'intelligibilité étant préférable; c) la possibilité qu'une disposition donnée soit susceptible de nombreuses interprétations qui peuvent même coexister (arrêts *Morgentaler*, *Irwin Toy*, *Renvoi sur la prostitution*, *Taylor et Osborne*).

4. L'imprécision, qu'elle soit soulevée par rapport à l'art. 7 ou par rapport à l'article premier *in limine*, fait entrer en jeu des considérations semblables (*Renvoi sur la prostitution* et l'arrêt *Comité pour la République du Canada*). En revanche, l'imprécision, en ce qui concerne le volet « atteinte minimale » du critère relatif à l'article premier, se confond avec la notion connexe de portée excessive (arrêts *Comité pour la République du Canada* et *Osborne*).

5. La Cour hésitera à décider qu'une disposition est imprécise au point de ne pas constituer une « règle de droit » au sens de l'article premier *in limine* et examinera plutôt la portée de la disposition sous l'éclairage du critère de l'« atteinte minimale » (arrêts *Taylor et Osborne*).

Le juge Gonthier a ensuite examiné la règle de l'imprécision dans le contexte de litiges portant sur la *Charte* et est arrivé aux conclusions suivantes, à la page 632 :

1. Ce que l'on a appelé la « portée excessive », qu'elle découle de l'imprécision de la loi ou d'une autre cause, reste tout au plus un outil analytique servant à établir une atteinte à un droit garanti par la *Charte*. La portée excessive n'a pas d'existence indépendante. Les renvois à une « théorie de la portée excessive » sont superflus.

2. La « théorie de l'imprécision », dont je vais maintenant étudier le contenu, est un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 et elle est en outre un élément de l'analyse fondée sur l'article premier *in limine* (restriction prescrite par « une règle de droit »).

[436] L'intimée a soutenu que l'analyse en vertu de l'article 7 de la *Charte* comporte deux étapes, comme on peut le voir d'après la structure de la disposition même. Pour déclencher l'application de l'article 7, il faut d'abord établir qu'une personne a été privée de son droit « à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne », puis que cette atteinte est contraire aux principes de justice fondamentale. Si l'on répond à la première question par la négative, il est inutile d'examiner la seconde question, c'est-à-dire la question de savoir si l'atteinte est contraire aux principes de justice fondamentale.

[437] L'avocat des appelants a affirmé qu'en reconnaissant, dans l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical*, précitée, que « les citoyens ont droit à ce que l'État se conforme aux normes constitutionnelles régissant la précision chaque fois qu'il établit des textes de loi », et en déclarant que cette norme s'applique à « tous les textes de loi », la Cour suprême du Canada indiquait qu'en évaluant si une loi est indûment imprécise, on pouvait aller au-delà de l'analyse habituelle en vertu de l'article 7. La thèse des appelants, essentiellement, est que le droit à la protection contre des lois imprécises ou arbitraires est un droit autonome.

[438] J'accepte l'observation de l'intimée voulant que l'analyse en vertu de l'article 7 soit en fait un processus en deux étapes. Cette approche analytique a été approuvée par la Cour suprême du Canada et est appliquée de façon uniforme par les tribunaux, comme le montre le bref examen de la jurisprudence relative à l'article 7 de la *Charte* qui suit.

[439] Dans l'affaire *Blencoe*, précitée, la Cour suprême du Canada a récemment passé en revue les principes applicables aux contestations en vertu de l'article 7. Le juge Bastarache, au nom de la majorité, a déclaré au paragraphe 46 :

[...] L'article 7 peut déborder le cadre du droit criminel, au moins dans le cas d'un « acte gouvernemental intéressant directement le système judiciaire et l'administration de la justice » (*G. (J.)*, au par. 66). Rien ne s'oppose à ce que cet article s'applique à une affaire en matière des droits de la personne qui, sur le plan des faits, respecte les conditions préliminaires de son application. La question qui se pose toutefois est de savoir non pas si des délais dans des procédures en matière de droits de la personne peuvent déclencher l'application de l'art. 7 de la *Charte*, mais plutôt si, dans les circonstances de la présente affaire, des délais ont porté atteinte aux droits garantis à l'intimé par l'art. 7. [...]

Au paragraphe 47, il a expliqué ce qui suit :

L'article 7 de la *Charte* prévoit ceci : «[c]hacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. » Ainsi, avant même que l'on puisse se demander si les droits garantis à l'intimé par l'art. 7 ont fait l'objet d'une atteinte non conforme aux principes de justice fondamentale, il faut d'abord prouver que le droit visé par l'allégation de l'intimé relève de l'art. 7. Dans l'arrêt *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la p. 401, le juge La Forest a énoncé ainsi ces deux étapes de l'analyse fondée sur l'art. 7 :

Pour que l'article puisse entrer en jeu, il faut constater d'abord qu'il a été porté atteinte au droit « à la vie, à la liberté et à la

sécurité [d'une] personne » et, en second lieu, que cette atteinte est contraire aux principes de justice fondamentale.

Par conséquent, si le droit de l'intimé à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne n'est pas en cause, l'analyse fondée sur l'art. 7 prend fin. [...]

[Je souligne.]

[440] Il serait bon de souligner que le juge Létourneau de la Cour d'appel fédérale, dans l'affaire *Gregory-C.A.F.*, précitée, a confirmé qu'il fallait utiliser cette analyse en deux étapes pour trancher la question constitutionnelle en cause dans les présents appels. Le juge Létourneau, en son propre nom, mais dans des motifs concordant avec la majorité, a indiqué au paragraphe 9 des motifs de son jugement :

Il est bien établi en droit qu'une contestation fondée sur l'article 7 se déroule en deux étapes. Tout d'abord, il doit y avoir une preuve qu'on a porté atteinte aux droits garantis au citoyen par l'article 7. Deuxièmement, il faut produire une preuve établissant qu'il a été privé de ces droits d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale : *Blencoe*, précité, *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, page 401.

[441] Il est également bon de noter que le juge Iacobucci, dans l'affaire *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, a prescrit une analyse semblable au nom de la majorité, au paragraphe 38 :

[...] Lorsque le tribunal est appelé à déterminer s'il y a eu atteinte à l'art. 7, son analyse doit comporter trois étapes principales, conformément à la formulation de la disposition. La première question à résoudre est s'il y a privation réelle ou imminente de la vie, de la liberté, de la sécurité de la personne ou d'une combinaison de ces trois droits. La deuxième étape consiste à identifier et à qualifier le ou les principes de justice fondamentale pertinents. Enfin, il faut déterminer si la privation s'est produite conformément aux principes pertinents : voir *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, à la p. 479, le juge Iacobucci. Lorsque la privation de la vie, de la liberté ou de la sécurité de la personne s'est produite ou est sur le point de se produire d'une manière non conforme aux principes de la justice fondamentale, l'atteinte à l'art. 7 est établie.

[442] Le juge Bastarache, dans l'affaire *Blencoe*, précitée, a proposé une analyse en deux étapes alors que le juge Iacobucci a suggéré une analyse en trois étapes dans l'affaire *White*, précitée. Cependant, les deux cas sont conséquents puisque les deux analyses tiennent compte des mêmes considérations, la différence étant que

dans l'affaire *Blencoe*, le juge Bastarache réunit en une seule étape la deuxième et la troisième étapes proposées par le juge Iacobucci dans l'affaire *White*.

[443] L'analyse en deux étapes mentionnée dans l'affaire *Blencoe* cadre également avec l'approche du juge en chef Lamer (titre qu'il portait alors) dans l'affaire *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, où il a déclaré au nom de la majorité, à la page 969 :

Pour invoquer la protection accordée par l'art. 7, une personne doit démontrer qu'il y a atteinte, réelle ou potentielle, à sa vie, à sa liberté ou à sa sécurité. Une fois démontré l'intérêt à cet égard, il s'agit alors de déterminer si l'atteinte à la liberté ou à la sécurité de la personne est conforme ou non aux principes de justice fondamentale.

[444] Bien que la question de l'imprécision n'ait pas été soulevée dans les affaires susmentionnées, elles énoncent les principes généraux applicables aux contestations fondées sur l'article 7 qui, à mon avis, s'appliquent également aux contestations en raison de l'imprécision fondées sur l'article 7. Conformément à ces principes, la violation d'un droit protégé par l'article 7 est un préalable à une contestation fondée sur l'imprécision en vertu de cet article. Cette affirmation est étayée par la décision majoritaire de la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, où le juge Lamer (titre qu'il portait alors) a déclaré à la page 501 que les principes de justice fondamentale mentionnés à l'article 7 « constituent non pas un intérêt protégé, mais plutôt un modificatif du droit de ne pas se voir porter atteinte à sa vie, à sa liberté et à la sécurité de sa personne ». Il s'ensuit que pour invoquer l'article 7 de la *Charte*, il faut établir qu'il y a eu violation du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne.

[445] Je suis également d'accord avec l'intimée qu'à moins qu'une privation réelle ou potentielle d'un des droits protégés au titre de l'article 7 soit manifeste au vu de la loi mise en cause, la première étape de l'analyse en vertu de l'article 7 requiert un fondement factuel convenable. En l'absence de preuve, la Cour devrait s'abstenir de supposer que l'article 245 est susceptible d'avoir une incidence sur un droit protégé par la constitution. Il n'est toutefois pas nécessaire qu'il y ait une violation réelle. Dans l'affaire *White*, précitée, il est indiqué qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait effectivement une violation du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne; l'expression adoptée par la Cour suprême du Canada indique plutôt qu'il doit y avoir une privation « réelle ou imminente » du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. En conséquence, la question à trancher en l'espèce est de savoir si l'article 245 de la *Loi* entraîne une privation « réelle ou imminente » d'un

des droits énumérés à l'article 7 de la *Charte*. Ce n'est qu'en cas de réponse affirmative que l'on peut ensuite décider si la privation en question est conforme avec les principes de justice fondamentale.

[446] Ainsi, la première des questions à trancher est de savoir si l'article 245 de la *Loi* met en jeu le droit des appelants à la liberté. Selon l'avocat des appelants, le droit d'être à l'abri de lois arbitraires fait partie du droit à la liberté en vertu de l'article 7. Il a notamment allégué que le droit à l'autonomie personnelle serait peu de chose s'il ne comprenait pas le droit d'organiser ses propres affaires — tant personnelles que commerciales — sans ingérence arbitraire de l'État. L'avocat de l'intimée a soutenu que le droit à la liberté ne comprenait que le droit de prendre des décisions ayant une importance fondamentale pour une personne et qu'il n'était pas assez vaste pour protéger des droits purement économiques.

[447] Il convient d'abord d'évaluer la portée et le contenu du droit à la liberté, puis de déterminer si l'article 245 contrevient à ce droit.

[448] L'interprétation autrefois étroite du droit à la liberté s'est vue élargie au cours des dernières années. Ainsi, dans l'affaire *Blencoe*, précitée, le juge Bastarache a déclaré au nom de la majorité, au paragraphe 45 :

Même si, dans certains arrêts, notre Cour a pu adhérer au point de vue que l'art. 7 de la *Charte* ne s'applique que dans le domaine du droit criminel, il ne fait plus aucun doute que cette disposition n'est pas limitée au contexte pénal. C'est ce que confirmait tout récemment notre Cour dans *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J)*, [1999] 3 R.C.S. 46, où le juge en chef Lamer a affirmé que la protection de la sécurité de la personne déborde le cadre du droit criminel (au par. 58). Plus loin, il a ajouté ce qui suit (au par. 65) :

[...] l'art. 7 n'est pas limité aux affaires purement criminelles ou pénales. Dans le cours de l'administration de la justice, il existe d'autres façons par lesquelles l'État peut priver un individu du droit à la liberté et à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7, par exemple l'internement dans un établissement psychiatrique : voir *B. (R.)*, précité, au par. 22.

[449] Dans l'affaire *Blencoe*, le juge Bastarache reconnaissait que, hors du contexte pénal, le droit à la liberté en vertu de l'article 7 comprend le droit à l'« autonomie personnelle » et celui de prendre des décisions « d'importance fondamentale pour sa personne », et qu'il convient d'interpréter le droit à la liberté de façon large, selon les principes et les valeurs qui sous-tendent la *Charte* prise dans son ensemble. Il a ainsi déclaré, au paragraphe 49 :

Le droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte* ne s'entend plus uniquement de l'absence de toute contrainte physique. Des juges de notre Cour ont conclu que la « liberté » est en cause lorsque des contraintes ou des interdictions de l'État influent sur les choix importants et fondamentaux qu'une personne peut faire dans sa vie. Une telle situation existe, par exemple, lorsque des personnes doivent se présenter à un endroit et à un moment précis pour faire prendre leurs empreintes digitales (*Beare*, précité), produire des documents ou témoigner (*Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425), et lorsque des personnes doivent s'abstenir de flâner dans certains lieux (*R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761). Dans notre société libre et démocratique, chacun a le droit de prendre des décisions d'importance fondamentale sans intervention de l'État. Dans *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, au par. 80, le juge La Forest, avec l'assentiment des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin, souligne que le droit à la liberté garanti par l'art. 7 protège l'autonomie personnelle et qu'il doit être interprété largement et en conformité avec les principes et les valeurs qui sous-tendent la *Charte* dans son ensemble :

[...] la liberté ne signifie pas simplement l'absence de toute contrainte physique. Dans une société libre et démocratique, l'individu doit avoir suffisamment d'autonomie personnelle pour vivre sa propre vie et prendre des décisions qui sont d'importance fondamentale pour sa personne.

[Je souligne.]

[450] Dans l'affaire *Godbout*, précitée, la Cour suprême du Canada, à l'unanimité, a conclu que l'exigence de résidence imposée par la ville de Longueuil à ses fonctionnaires constituait une violation de l'article 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. L'article 5 se lit comme suit : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée. » La majorité de la Cour a toutefois refusé de procéder à une analyse pour savoir si la disposition mise en cause constituait une violation de l'article 7 de la *Charte*. Seuls le juge La Forest, en son nom propre, le juge L'Heureux-Dubé et le juge McLachlin (tel était alors son titre) se sont penchés sur la question. Le juge La Forest a discuté de la nature et de l'étendue du droit à la liberté, en déclarant, au paragraphe 66 :

[...] la protection du droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte* s'étend au droit à une sphère irréductible d'autonomie personnelle où les individus peuvent prendre des décisions intrinsèquement privées sans intervention de l'État. Comme les propos que j'ai tenus dans l'arrêt *B. (R.)* l'indiquent, je n'entends pas par là, je le précise, que cette sphère d'autonomie est vaste au point d'englober toute

décision qu'un individu peut prendre dans la conduite de ses affaires. Une telle opinion, en effet, irait à l'encontre du principe fondamental que j'ai formulé au début des présents motifs et dans les motifs de l'arrêt *B. (R.)*, selon lequel nul ne peut, dans une société organisée, prétendre à la garantie de la liberté absolue d'agir comme il lui plaît. J'estime même que cette sphère d'autonomie ne protège pas tout ce qui peut, même vaguement, être qualifié de « privé ». Je suis plutôt d'avis que l'autonomie protégée par le droit à la liberté garanti par l'art. 7 ne comprend que les sujets qui peuvent à juste titre être qualifiés de fondamentalement ou d'essentiellement personnels et qui impliquent, par leur nature même, des choix fondamentaux participant de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles. Comme je l'ai déjà mentionné, j'ai exprimé, dans l'arrêt *B. (R.)*, l'opinion voulant que les décisions des parents quant aux soins médicaux administrés à leurs enfants appartiennent à cette catégorie limitée de sujets fondamentalement personnels. À mon avis, le choix d'un lieu pour établir sa demeure est, de la même façon, une décision essentiellement privée qui tient de la nature même de l'autonomie personnelle.

[Je souligne.]

[451] La question qu'il convient de trancher ici est celle de savoir si le droit à la liberté comprend des droits économiques, notamment le droit de s'appuyer sur des dispositions spécifiques de la *Loi* lors de la planification financière. Les appelants ont noté que la Cour suprême du Canada avait reconnu, dans l'affaire *Godbout*, précitée, que des restrictions sur le lieu de résidence d'une personne étaient susceptibles de contrevenir à l'article 7, puisque cet article protège les choix, la dignité et l'indépendance de l'individu. Les appelants ont soutenu que le droit de ne pas être soumis à des lois arbitraires est fondamental à la notion de « liberté », que l'on a récemment décrite comme étant la « jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles ». En outre, selon les appelants, le droit à l'« autonomie personnelle » reconnu dans le cadre du droit à la liberté au titre de l'article 7 dans l'affaire *Blencoe*, précitée, serait peu de chose s'il ne comprenait pas le droit de gérer sa vie personnelle ou commerciale sans [TRADUCTION] « ingérence gouvernementale de nature purement arbitraire ». En réponse, l'avocat de l'intimée a soutenu que le fait d'accepter la position avancée par les appelants entraînerait un élargissement de l'application de la règle de l'imprécision, au point d'en faire un droit protégé; or, en faire ainsi un droit autonome serait contraire à l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical*, précitée, selon lequel la règle de l'imprécision est un principe de justice fondamentale.

[452] Dans le *Renvoi relatif au Code criminel (Man.)*, précité, la Cour suprême du Canada s'est penchée sur la question de savoir si l'article 7 de la Charte s'applique aux droits économiques de telle sorte qu'il protège le droit d'un prostitué à gagner sa vie en exerçant la profession de son choix. Le juge Lamer (tel était alors son titre), en son nom propre, mais en concordant avec la majorité quant au résultat, a examiné la jurisprudence sur la liberté économique et a conclu que l'article 7, comme le reste de la *Charte*, avec l'éventuelle exception des dispositions en matière de liberté de circulation et d'établissement, ne porte pas sur les droits économiques. Le juge Lamer a déclaré à la page 1162 :

Ce pourvoi soulève une question importante qui s'est posée fréquemment dans notre jurisprudence fondée sur la *Charte*. En termes simples, elle concerne le champ d'application de l'art. 7 de la *Charte*, et plus précisément les garanties de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne. Les appelants soutiennent que les dispositions contestées portent atteinte au droit à la liberté des prostitués, en ne leur permettant pas d'exercer la profession qu'ils ont choisie, et à leur droit à la sécurité de la personne en ne leur permettant pas d'exercer leur profession pour se procurer les nécessités essentielles de la vie. [...]

[453] Aux pages 1166 et 1167, il poursuit ainsi :

Dans cette optique, je me propose maintenant d'examiner la jurisprudence canadienne dans le domaine de la « liberté économique » et de l'art. 7 de la *Charte*.

Je commence en soulignant les propos du Juge en chef dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 785 et 786 :

À mon avis, le terme « liberté » de l'art. 7 de la *Charte* n'est pas synonyme d'absence totale de contrainte [...] Quel que soit le sens précis du terme « liberté » à l'art. 7, je ne saurais accepter qu'il aille jusqu'à s'entendre du droit illimité de faire des affaires toutes les fois qu'on le veut.

D'autres tribunaux canadiens ont conclu dans la même veine que la « liberté » ne s'étend généralement pas aux droits commerciaux ou économiques. Par exemple, dans l'arrêt *R.V.P. Entreprises Ltd. v. British Columbia (Minister of Consumer & Corporate Affairs)*, [1988] 4 W.W.R. 726, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique devait décider si le droit de continuer à détenir un permis d'alcool était un droit à la liberté protégé par la Constitution. Le juge Esson, au nom de la cour, a conclu que non, aux pp. 732 et 733 :

[TRADUCTION] Il suffit de dire que le permis dont il est question ici est un droit exclusivement économique et, comme tel, ne relève pas de l'application de l'art. 7.

Il convient de souligner que la cour a affirmé expressément qu'elle ne décidait pas que l'art. 7 ne pouvait s'appliquer à un droit comportant un aspect économique, commercial ou un aspect lié au droit de propriété. Dans un autre arrêt de la Colombie-Britannique, *Whitbread v. Walley* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 203 (C.A.), la cour a également abordé la question des droits économiques et de l'art. 7 de la *Charte*. L'affaire portait sur deux articles de la *Loi sur la marine marchande du Canada* qui limitaient la responsabilité des propriétaires et des membres d'équipage des navires. Le juge McLachlin (maintenant juge de cette Cour), au nom de la Cour d'appel, a conclu, à la p. 213, que [TRADUCTION] « les demandes de nature purement économique n'entrent pas dans le champ d'application de l'art. 7 de la *Charte* », tout en faisant la mise en garde qu'elle n'affirmait pas que l'art. 7 ne pourrait jamais comprendre un droit comportant un aspect économique.

[Je souligne.]

Le juge Lamer continue comme suit, aux pages 1168 et 1169 :

Le jugement rendu au nom de la cour conclut que la « liberté » au sens de l'art. 7 ne se limite pas à l'absence de contraintes physiques ajoutant ce qui suit quant au champ d'application de l'art. 7 (à la p. 18) :

[TRADUCTION] Elle ne s'étend cependant pas à la protection des droits de propriété ou de nature purement économique. Elle peut comprendre la liberté de mouvement des individus, y compris le droit de choisir son métier et l'endroit où l'exercer, sous réserve du droit de l'État d'imposer, conformément aux principes de justice fondamentale, des restrictions légitimes et raisonnables aux activités des individus.

[Je souligne.]

Il conclut ensuite, aux pages 1170 et 1171 :

Bref, je souscris à l'affirmation suivante du juge McIntyre dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, précité, à la p. 412 :

On constatera aussi que la *Charte*, sauf peut-être l'al. 6(2)b) (le droit de gagner sa vie dans toute province) et le par. 6(4), ne s'intéresse pas aux droits économiques.

[Je souligne.]

[454] Dans l'affaire *Wilson v. B.C. (Medical Services Commission)*, précitée, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a approuvé une exception limitée à l'affirmation selon laquelle les droits économiques ne sont pas protégés par le droit à la liberté prévu à l'article 7 de la *Charte*. Cette exception s'applique lorsque les intérêts économiques sont si étroitement liés à des libertés non économiques, comme dans le cas du droit d'exercer la profession de son choix, qu'ils sont protégés de façon incidente.

[455] J'accepte les observations de l'intimée selon qui cette exception limitée n'entre pas en jeu dans les présents appels, puisqu'il n'y a pas de preuve que les effets économiques de l'article 245 de la *Loi* se traduiraient par une privation réelle ou imminente d'un quelconque droit à la liberté protégé par la *Charte*.

[456] Il convient de noter que de nombreuses autres décisions ont confirmé que les droits garantis au titre de l'article 7 ne comprennent pas les droits purement économiques. Dans l'affaire *Gerol v. The Attorney General of Canada* (1985), 53 O.R. (2d) 275, 24 D.L.R. (4th) 705, 85 D.T.C. 5561, le juge Rosenberg, de la Haute cour de justice de l'Ontario, a déclaré, à la page 5563 D.T.C. :

[TRADUCTION]

[...] Le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne est un droit unique avec des aspects interdépendants; il protège chacun de l'ingérence avec sa personne. Il vise à accorder une protection contre des menaces ou des châtiments physiques et contre l'arrestation ou la détention. La sécurité de la personne correspond à l'intégrité physique et personnelle d'une personne.

Même si les droits en question comprennent certaines libertés économiques, ils ne comprennent pas le droit de mener ses affaires commerciales sans aucune restriction ni le droit à une liberté économique totale : *La Reine c. Operation Dismantle Inc.*, [1983] 1 C.F. 745, 3 D.L.R. (4th) 193, aux pages 199, 200 et 217; *Alliance de la fonction publique du Canada c. Sa Majesté du chef du Canada*, [1984] 2 C.F. 562, 11 D.L.R. (4th) 337 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), conf. par [1984] 2 C.F. 889, 11 D.L.R. (4th) 387; *Singh c. Ministre de l'emploi et de l'immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, 17 D.L.R. (4th) 422, à la p. 458; *R. v. Videoflicks* (1984), 48 O.R. (2d) 395 (C.A. Ont.), à la p. 433; *Gersham Produce Co. Ltd. v. The Motor Transport Board* (1985), 14 D.L.R. (4th) 722

(B.R. Man.), à la p. 730; *Becker v. The Queen in Right of Alberta* (1983), 7 C.R.R. 232 (B.R. Alb.), à la p. 237; P. Garant dans W. Tarnopolsky, G. Beaudoin, comp., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 1982, aux pages 263 et 270.

[Je souligne.]

[457] La Cour d'appel fédérale est parvenue à une conclusion similaire dans l'affaire *Smith, Kline & French-C.A.F.*, précitée. Dans cette affaire, à la page 364, le juge Hugessen a confirmé l'analyse du juge Strayer dans l'affaire *Smith, Kline & French-C.F.* 1<sup>re</sup> inst., précitée, en ce qui concerne le déni du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne en vertu de l'article 7 de la *Charte*. Il vaut la peine de citer à cet égard l'extrait suivant des motifs du juge Strayer, à la page 313 :

[...] À mon avis, le fait d'associer les concepts de « vie ... liberté et ... sécurité de sa personne » en colore le sens et ils se rapportent au bien-être physique d'une personne physique. Comme tels ils ne permettent pas de décrire les droits d'une société ni de décrire les intérêts purement économiques d'une personne physique. On ne m'a cité aucune décision ou ouvrage de doctrine qui m'obligerait à conclure autrement.

[Je souligne.]

[458] En outre, dans l'affaire *Taylor c. La Reine*, C.C.I., n° 93-238(IT)G, 10 mai 1995, 95 D.T.C. 591, le juge Sobier de notre cour a déclaré, à la page 16 (D.T.C. : à la page 598) : « L'article 7 ne prévoit aucune protection des droits économiques. »

[459] Cette interprétation de l'article 7 de la *Charte* a récemment été confirmée dans l'affaire *Olympia Interiors Ltd. c. La Reine*, C.F. 1<sup>re</sup> inst., n° T-1436-92, 8 avril 1999, [1999] 3 C.T.C. 305, où le juge MacKay a déclaré, au paragraphe 88 :

Le droit limite également les garanties prévues à l'article 7, qui protège la liberté physique d'une personne plutôt que sa liberté économique. Dans l'arrêt *MacPhee et al. v. Pulpwood Marketing Board (N.S.) et al.*, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a statué que l'article 7 ne s'appliquait pas aux droits économiques ou propriétaires. Dans *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, le juge

Lamer (tel était alors son titre) a conclu qu'une loi imposant simplement une amende plutôt qu'une peine d'emprisonnement ne pouvait pas être examinée en vertu de l'article 7 parce qu'elle ne prive pas un délinquant de sa liberté.

[J'omets les notes en bas de page.]

[460] En l'espèce, je n'ai nullement été convaincu du fait que l'article 245 portait atteinte au droit à la liberté des appelants. Une restriction apportée à la capacité d'un contribuable de s'appuyer sur une disposition ou sur le libellé de la *Loi* d'une façon qui n'est pas conforme à l'objet ou à l'esprit de la *Loi* lue dans son ensemble dans le but de planifier des opérations afin d'en atténuer les incidences fiscales ne peut se caractériser comme une violation d'un droit personnel fondamental ou inhérent qui serait analogue au droit de choisir le lieu où l'on vit. Je ne crois pas que les « droits économiques » dont une personne est susceptible d'être privée à la suite de l'application de l'article 245 tombent dans la même catégorie de droits économiques que les droits à la sécurité sociale, à une alimentation ou à un logement susceptibles d'être protégés par l'article 7 de la *Charte*. Je ne vois décidément pas comment on pourrait caractériser l'article 245 de la *Loi* comme restreignant l'autonomie d'un individu de façon si fondamentale et si intrinsèquement personnelle qu'il le priverait de la capacité d'effectuer des choix fondamentaux qui portent sur l'essence de sa dignité et de son indépendance.

[461] De plus, je suis d'accord avec l'intimée que l'article 245 de la *Loi* n'empêche pas les appelants d'acquérir des participations dans une société en nom collectif ou d'y participer; la disposition ne fait qu'exclure les pertes découlant des participations dans la société en nom collectif.

[462] La contestation de l'article 245 de la *Loi* qui s'appuie sur le droit à la liberté en vertu de l'article 7 de la *Charte* doit donc échouer.

[463] L'avocat des appelants n'a pas prétendu que l'article 245 de la *Loi* contrevenait au droit à la « sécurité de la personne » en vertu de l'article 7. L'avocat de l'intimée a toutefois jugé nécessaire de discuter de cette contravention potentielle à la *Charte* et a soutenu que la sécurité de la personne n'entraîne pas en jeu dans les circonstances actuelles.

[464] Le droit à la sécurité de la personne protège l'intégrité physique et psychologique d'un individu. Il n'y a, en l'espèce, aucune menace à l'intégrité physique d'un individu. Il ne reste donc qu'à déterminer si l'article 245 de la *Loi* a pour effet de violer l'intégrité psychologique d'un individu. Le juge Bastarache,

dans l'affaire *Blencoe*, précitée, a examiné le sens de la protection de l'intégrité psychologique d'un individu et a affirmé au nom de la majorité, au paragraphe 57 :

Les atteintes de l'État à l'intégrité psychologique d'une personne ne font pas toutes intervenir l'art. 7. Lorsque l'intégrité physique [*sic*] d'une personne est en cause, la sécurité de la personne se limite à la « tension psychologique grave causée par l'État » (le juge en chef Dickson dans *Morgentaler*, précité, à la p. 56). Je crois que le juge en chef Lamer a eu raison de dire que le juge en chef Dickson tentait d'exprimer en termes qualitatifs le type d'ingérence de l'État susceptible de violer l'art. 7 (*G. (J.)*, au par. 59). Selon l'expression « tension psychologique grave causée par l'État », deux conditions doivent être remplies que [*sic*] la sécurité de la personne soit en cause. Premièrement, le préjudice psychologique doit être causé par l'État, c'est-à-dire qu'il doit résulter d'un acte de l'État. Deuxièmement, le préjudice psychologique doit être grave. Les formes que prend le préjudice psychologique causé par le gouvernement n'entraînent pas toutes automatiquement des violations de l'art. 7.

Le juge Bastarache poursuit, aux paragraphes 82 et 83 :

Le préjudice doit donc être évalué sur le plan qualitatif. À mon avis, la présente affaire, en raison des droits qui sont en cause, diffère sensiblement de toutes les affaires non pénales que l'on a considérées comme n'étant pas visées par la notion de « sécurité de la personne », à l'issue d'une interprétation large de cette notion. L'atteinte à la sécurité de la personne dans le présent contexte n'englobe que l'atteinte grave à l'intégrité psychologique résultant de l'atteinte de l'État à un droit individuel d'importance fondamentale.

Ce n'est que dans des cas exceptionnels où l'État s'ingère dans des choix profondément intimes et personnels d'un individu que le délai imputable à l'État, dans des procédures en matière de droits de la personne, pourrait déclencher l'application du droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7. Même si ces choix personnels fondamentaux comprenaient le droit de prendre des décisions concernant son propre corps sans intervention de l'État ou sans risque de perdre la garde d'un enfant, ils pourraient difficilement inclure le genre de stress, d'angoisse et de stigmatisation qui résulte de procédures administratives ou civiles.

[Je souligne.]

[465] La protection de l'intégrité psychologique d'une personne ne s'applique manifestement qu'aux intrusions psychologiques les plus graves, comme cela a été précisé dans l'affaire *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, précitée. Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada a statué que le droit à la sécurité de la personne ne protégeait pas un individu des anxiétés ordinaires et du stress ressentis par une personne d'une

sensibilité raisonnable à la suite d'une action de l'État. Le juge en chef Lamer, parlant au nom de la majorité des juges de la Cour, a déclaré au paragraphe 59 :

Tracer les limites de la protection de l'intégrité psychologique de l'individu contre l'ingérence de l'État n'est pas une science exacte. Le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Morgentaler*, précité, à la p. 56, explique que la sécurité de la personne serait restreinte par une « tension psychologique grave causée par l'État » (je souligne). Le juge en chef Dickson tentait d'exprimer en termes qualitatifs le type d'ingérence de l'État susceptible de constituer une atteinte à ce droit. Il est manifeste que le droit à la sécurité de la personne ne protège pas l'individu contre les tensions et les angoisses ordinaires qu'une personne ayant une sensibilité raisonnable éprouverait par suite d'un acte gouvernemental. Si le droit était interprété de manière aussi large, d'innombrables initiatives gouvernementales pourraient être contestées au motif qu'elles violent le droit à la sécurité de la personne, ce qui élargirait considérablement l'étendue du contrôle judiciaire, et partant, banaliserait la protection constitutionnelle des droits.

[Je souligne.]

[466] Un autre point mérite d'être relevé. Contrairement au cinquième et au quatorzième amendements (article 1) de la Constitution des États-Unis, l'article 7 de la *Charte* ne protège pas expressément le droit à la propriété. Le juge Strayer (tel était alors son titre) a déclaré dans l'affaire *Smith Kline & French-C.F.* 1<sup>re</sup> inst., à la page 315 :

[...] En outre, il est notoire qu'une modification qui visait précisément à inclure le terme « propriété » dans les droits protégés par l'article 7 a été retirée au cours de l'examen de la *Charte* par le Comité mixte parlementaire sur la Constitution. Cela nous indique qu'à l'origine tout au moins l'article 7 n'était pas censé assurer la protection du droit de propriété.

[467] La Cour suprême du Canada s'est penchée sur l'effet de l'omission du terme « propriété » à l'article 7 de la *Charte* dans l'affaire *Irwin Toy*, précitée. Le juge en chef Dickson, le juge Lamer (tel était alors son titre) et le juge Wilson, qui constituaient la majorité, ont déclaré, aux pages 1003 et 1004 :

Ce qui frappe immédiatement dans cet article c'est l'inclusion de l'expression « la sécurité de sa personne » par opposition à « propriété ». Cela contraste avec la formulation classique libérale qui, par exemple, a été adoptée dans les Cinquième et Quatorzième amendements de la Constitution américaine, qui prévoient que nul ne sera privé [TRADUCTION] « de la vie, de la liberté et de sa propriété sans l'application régulière de la loi ». À notre avis, l'exclusion intentionnelle de la propriété de l'art. 7 et son remplacement par la « sécurité de sa personne » a un

double effet. Premièrement, cela permet d'en déduire globalement que les droits économiques, généralement désignés par le terme « propriété », ne relèvent pas de la garantie de l'art. 7. Cela ne signifie pas cependant qu'aucun droit comportant un élément économique ne peut être visé par l'expression « sécurité de sa personne ». Les tribunaux d'instance inférieure ont conclu que la rubrique des « droits économiques » couvre un vaste éventail d'intérêts qui comprennent tant certains droits reconnus dans diverses conventions internationales — tels la sécurité sociale, l'égalité du salaire pour un travail égal, le droit à une alimentation, un habillement et un logement adéquats — que les droits traditionnels relatifs aux biens et aux contrats. Ce serait agir avec précipitation, à notre avis, que d'exclure tous ces droits alors que nous en sommes au début de l'interprétation de la *Charte*. À ce moment-ci, nous ne voulons pas nous prononcer sur la question de savoir si ces droits économiques, fondamentaux à la vie de la personne et à sa survie, doivent être traités comme s'ils étaient de la même nature que les droits économiques des sociétés commerciales. Ce faisant, nous concluons que l'inclusion de l'expression « sécurité de sa personne » à l'art. 7 a comme deuxième effet de n'accorder aucune protection constitutionnelle aux droits économiques d'une société.

[468] Dans l'affaire *Blencoe*, précitée, le juge Bastarache, au nom de la majorité, a cité au paragraphe 53 le passage suivant tiré de l'ouvrage du professeur Hogg intitulé *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, édition à feuilles mobiles, p. 44-12.1, au sujet de l'omission délibérée du terme « propriété » à l'article 7 de la *Charte* :

Cela exige en outre [...] que ces termes [liberté et sécurité de [l]a personne] soient interprétés comme excluant la liberté et la sécurité économiques; sinon, refoulée à la porte avant, la propriété entrerait par la porte arrière.

[469] Au vu de tout ce qui précède, il semble clair que la protection du droit à la liberté et à la sécurité de la personne garanti à l'article 7 de la *Charte* n'englobe pas les droits économiques qu'on peut décrire comme étant des « droits commerciaux », tels que ceux en jeu dans les présents appels.

(ii) **La primauté du droit**

[470] Les appelants ont soutenu que les normes de fond de la primauté du droit constituent une base indépendante pour évaluer la constitutionnalité d'une loi. L'intimée a soutenu qu'il existait une abondante jurisprudence à l'appui de l'affirmation qu'en l'absence d'une violation de la *Charte*, les tribunaux ne peuvent pas statuer qu'une loi est inopérante pour cause d'imprécision, ou du moins ne le feront pas.

[471] Je suis encore une fois en accord avec l'intimée et j'accepte l'observation que la primauté du droit ne constitue pas une base autonome pour annuler une loi qui a par ailleurs été adoptée en bonne et due forme. Cette position est soutenue autant par la jurisprudence que par les principes du constitutionnalisme et de la primauté du droit et par leur interaction dans le système juridique canadien.

[472] Pour autant que je comprenne, le pouvoir judiciaire ne peut annuler une loi que si elle est contraire à la Constitution. Le pouvoir d'annuler une loi se trouve au paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui se lit comme suit :

Primauté de la Constitution du Canada

52.(1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

[473] Le principe de la primauté du droit au Canada est exprimé au préambule de la *Charte*, qui se lit comme suit :

Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit : [...]

[474] L'article premier de la *Charte* affirme que les droits et libertés ne peuvent être restreints que par « une règle de droit », ce qui revient à dire « en conformité avec la primauté du droit ». L'imprécision peut être invoquée au titre de l'article premier de la *Charte in limine* au motif qu'une disposition est si imprécise qu'elle ne satisfait pas à l'exigence selon laquelle les droits ne peuvent être restreints que par « une règle de droit ».

[475] Dans le *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, la Cour suprême du Canada a décrit à l'unanimité la primauté du droit comme suit aux pages 750-751 :

Le statut constitutionnel de la primauté du droit est incontestable. Le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1982* déclare :

Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit :

(C'est nous qui soulignons.)

Il y a là reconnaissance explicite que [TRADUCTION] « la primauté du droit [est] un des postulats fondamentaux de notre structure constitutionnelle » (le juge Rand,

*Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, à la p. 142). La primauté du droit a toujours été considérée comme le fondement même de la Constitution anglaise qui caractérise les institutions politiques d'Angleterre depuis l'époque de la conquête normande (A. V. Dicey, *The Law of the Constitution* (10th ed. 1959), à la p. 183). Elle devient un postulat de notre propre structure constitutionnelle en raison du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de son inclusion implicite dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, en vertu des mots « avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni ».

En plus de l'inclusion de la primauté du droit dans le préambule des *Lois constitutionnelles* de 1867 et de 1982, le principe est nettement implicite de par la nature même d'une constitution. La Constitution, en tant que loi suprême, doit être interprétée comme un aménagement fonctionnel des relations sociales qui sert de fondement à l'existence d'un ordre réel de droit positif. Les fondateurs de notre pays ont certainement voulu, entre autres principes fondamentaux d'édification nationale, que le Canada soit une société où règne l'ordre juridique et dotée d'une structure normative : une société soumise à la primauté du droit. Même s'il ne fait pas l'objet d'une disposition précise, le principe de la primauté du droit est nettement un principe de notre Constitution.

[476] L'avocat des appelants a soutenu que même si la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical*, précitée, avait affirmé que les principes de fond de la primauté du droit étaient liés de façon spécifique et intégrante à l'article 7 de la *Charte*, la Cour a également examiné, aux pages 636 et 637 et aux pages 641 et 642, la jurisprudence de la CEDH, notamment en ce qui concerne le lien entre l'imprécision et la primauté du droit dans cette jurisprudence. La Cour a noté que la CEDH avait attribué aux termes « prévues par la loi » de la *Convention européenne* un sens de fond plus large que la simple question de savoir s'il existait une loi.

[477] L'avocat des appelants a noté le commentaire suivant au sujet de la jurisprudence de la CEDH dans l'ouvrage de M. Zellick, précité, à la page 103 :

[TRADUCTION]

La Cour a également eu l'occasion de se pencher sur les termes « prévues par la loi » (*prescribed by law*), que l'on retrouve aussi bien dans la Convention que dans l'article premier; elle a statué que la précision, l'accessibilité et la clarté étaient des attributs nécessaires en plus du caractère formel et positiviste de la loi. La loi comprend toutefois la *common law*. En particulier, une loi qui attribue un pouvoir discrétionnaire doit indiquer la portée de celui-ci, mais il n'est pas nécessaire que les détails en tant que tels soient inscrits dans la loi habilitante elle-même. Les termes « prévues par la loi » ou « par une règle de droit » comportent donc également un caractère qualitatif qui exige la conformité à la primauté du droit mentionnée au

préambule de la Convention et à celui de la *Charte*. [Les notes de bas de page ont été omises.]

[478] L'avocat des appelants a renvoyé la Cour à l'extrait suivant de l'analyse du juge Gonthier relativement à l'imprécision dans l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical*, précitée, où, s'exprimant pour la Cour suprême, il a renvoyé à la page 637 à la jurisprudence de la CEDH :

La CEDH a développé sa conception du contenu des mots « prévues par la loi » dans deux affaires célèbres : l'affaire *Sunday Times*, arrêt du 26 avril 1978, série A n° 30, et l'affaire *Malone*, arrêt du 2 août 1984, série A n° 82. Dans le premier, la CEDH a attiré l'attention sur deux aspects de l'avertissement raisonnable, savoir l'avertissement visant la forme (« accessibilité ») et l'avertissement concernant le fond (« prévisibilité »). Elle écrit, à la p. 31 :

Aux yeux de la Cour, les deux conditions suivantes comptent parmi celles qui se dégagent des mots « prévues par la loi ». Il faut d'abord que la « loi » soit suffisamment accessible : le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné. En second lieu, on ne peut considérer comme une « loi » qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé. Elles n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue : l'expérience la révèle hors d'atteinte. En outre la certitude, bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive; or le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation. Aussi beaucoup de lois se servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique.

[479] Je noterais que même dans l'affaire *Sunday Times*, précitée, la CEDH a commencé par établir une violation d'un droit protégé par la *Convention européenne* avant d'analyser si l'ingérence avec le droit était « prévue par la loi ». Dans l'affaire *Sunday Times*, la CEDH interprétait l'article 10 de la *Convention européenne*, qui se lit comme suit :

#### Article 10

(1) Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de

frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

(2) L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

[Je souligne.]

[480] La CEDH a commencé par trouver qu'il y avait ingérence avec le droit à la liberté d'expression et a ensuite déterminé si l'ingérence était « prévue par la loi », affirmant au paragraphe 45 :

Il s'agissait, à coup sûr, d'une « ingérence d'autorités publiques » dans l'exercice de la liberté d'expression des requérants, garantie par le paragraphe 1 de l'article 10 (art. 10-1). Pareille ingérence entraîne une « violation » de l'article 10 (art. 10) si elle ne relève pas de l'une des exceptions ménagées par le paragraphe 2 (art. 10-2) (arrêt *Handyside* du 7 décembre 1976, série A n° 24, p. 21, par. 43). Il y a donc lieu de vérifier successivement si l'ingérence incriminée était « prévue par la loi », inspirée par un ou des buts légitimes au regard de l'article 10 par. 2 (art. 10-2) et « nécessaire, dans une société démocratique », pour atteindre ce ou ces buts.

[Je souligne.]

[481] Par conséquent, je suis d'avis que les énoncés de la CEDH quant à l'expression « prévue par la loi » doivent être interprétés comme se rapportant aux principes de justice fondamentale et doivent donc être considérés comme semblables à la deuxième étape de l'analyse en vertu de l'article 7 de la *Charte* plutôt que d'être considérés comme établissant que la primauté du droit constitue un fondement autonome pour évaluer la constitutionnalité des lois.

[482] Même si la primauté du droit était la base de la restriction d'actes arbitraires et illégaux de la part de fonctionnaires dans l'affaire *Roncarelli*, précitée, il n'y a pas eu d'affaires où l'on a réussi à élargir la doctrine afin de s'en servir pour annuler une loi. Dans l'affaire *Bacon v. Saskatchewan Crop Insurance Corp.*, [1997] 9 W.W.R. 258 (« *Bacon-B.R.* »), le juge Laing a reconnu que l'on n'avait jamais invoqué la primauté du droit pour annuler une loi lorsqu'il a affirmé, au paragraphe 102 :

[TRADUCTION]

[...] le principe de la primauté du droit en tant que tel n'a encore jamais été utilisé pour annuler une loi qui relève par ailleurs de la compétence des provinces.

[483] Cependant, il a poursuivi en disant que la primauté du droit pourrait servir de base pour annuler une loi et s'est ensuite demandé si la loi en question était arbitraire. Il était d'avis que l'interdiction de toute action arbitraire de l'État, à titre de composant de la primauté du droit, n'était pas limitée au pouvoir exécutif ou administratif, mais qu'elle s'appliquait également au pouvoir législatif. Dans l'affaire *Bacon-B.R.*, le juge Laing a statué que la loi n'était en fait pas arbitraire. Lors de l'appel, la Cour d'appel de la Saskatchewan a confirmé à l'unanimité la décision du juge Laing dans l'affaire *Bacon-C.A.*, précitée, tout en rejetant son analyse et en affirmant que la primauté du droit n'était pas un motif pour invalider une loi. Le juge Wakeling, s'exprimant au nom de la Cour, a dit au paragraphe 30 :

[TRADUCTION]

La protection que nous apprécions dans notre pays démocratique où règne la primauté du droit comme « postulat fondamental » de notre constitution se présente sous deux aspects. Nos tribunaux nous protègent des actions arbitraires et illégales des agents de l'État, alors que le fait de demander aux législateurs de rendre compte régulièrement de façon démocratique par la voie des urnes nous protège des lois arbitraires. Ce concept de la primauté du droit n'est nullement restreint par l'énoncé de la Cour suprême selon lequel personne, pas même l'État, n'échappe à la loi. Cette déclaration fait référence à la loi telle qu'elle existe à un moment donné, sans restreindre le droit du législateur de légiférer; elle ne fait que reconnaître que les lois adoptées s'appliquent à tous, y compris à l'État.

[484] Il faut noter qu'une requête en autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada de la décision rendue dans l'affaire *Bacon-C.A.* a été rejetée en juin 2000.

[485] Dans l'affaire *Singh c. Canada (Procureur général)*, [1999] 4 C.F. 583, le juge McKeown de la Cour fédérale, Section de première instance, a examiné la question de savoir si les articles de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C., 1985, ch. C-5, qui permettent des oppositions *ex parte* à la divulgation de renseignements concernant la sécurité nationale étaient inconstitutionnels sur la base des principes fondamentaux non écrits de la Constitution, y compris la primauté du droit. Il a statué que les normes constitutionnelles non écrites ne constituaient pas un motif d'invalidation de lois adoptées en bonne et due forme. Le recours aux normes constitutionnelles non écrites se limite aux cas où il faut combler des lacunes dans le libellé explicite d'un

texte constitutionnel ou lorsqu'il faut y avoir recours à titre d'outil d'interprétation lorsqu'un article de la *Charte* n'est pas clair.

[486] Après avoir examiné la décision de la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité, le juge McKeown a déclaré au paragraphe 39 :

La Cour suprême du Canada a établi que les normes constitutionnelles non écrites peuvent combler un vide dans les termes exprès du texte constitutionnel, ou servir d'outil d'interprétation dans le cas où une disposition d'une loi constitutionnelle n'est pas claire. Cependant, comme l'a noté le juge La Forest, dissident dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, les principes du contrôle judiciaire n'habilitent pas un tribunal à invalider une loi en l'absence de violation d'une disposition expresse de la Constitution par la loi en question.

[487] Le juge McKeown a ensuite conclu, au paragraphe 66 :

Le principe de la primauté du droit ne peut invalider de loi, comme le démontre ce qui précède. Il est loisible au Parlement de réviser les droits et privilèges de la Couronne de temps à autre. Il revient toutefois au Parlement et non aux tribunaux d'entreprendre cet exercice.

[488] Il est bon de noter que la Cour d'appel fédérale a rejeté un appel dans l'affaire *Singh* en janvier 2000 et qu'une requête en autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada a été rejetée en août 2000.

[489] Dans l'affaire *Johnson v. B.C. (Securities Commission)*, précitée (modifiée pour d'autres motifs dans le jugement (2001), 206 D.L.R. (4th) 711), le juge Allan de la Cour suprême de la Colombie-Britannique avait à trancher une contestation des dispositions de la loi intitulée *Securities Act* (Loi sur les valeurs mobilières), R.S.B.C. 1996, ch. 418, qui permettaient l'imposition de peines « dans l'intérêt du public ». La contestation était fondée sur l'assertion que les dispositions étaient d'une imprécision inconstitutionnelle, les requérants alléguant qu'elles contrevenaient à la primauté du droit et à l'article 7 de la *Charte*. Le juge Allan a commencé par résumer les motifs pour lesquels on peut statuer qu'une loi est invalide, en affirmant au paragraphe 20 :

[TRADUCTION]

Il est possible de contester une loi pour cause d'imprécision d'une de deux façons différentes :

(1) *Parce qu'elle est contraire au partage des compétences* : toute loi doit relever de la compétence du législateur provincial ou du législateur fédéral. Une loi trop large ou trop imprécise ne relève ni du législateur provincial ni du législateur fédéral : P. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3<sup>e</sup> éd. (Supp.) (Toronto, Carswell, 1992), à la page 15-42.

(2) *Parce qu'elle est contraire à la Charte* : Dans l'affaire *Canada c. Pharmaceutical Society (Nova Scotia)*, [1992] 2 R.C.S. 606 (C.S.C.), à la page 626, le juge Gonthier, pour la Cour, a déclaré que l'imprécision peut exister sous trois formes :

(a) En vertu de l'art. 7, il est un principe de justice fondamentale que les lois ne peuvent être trop imprécises;

(b) En vertu de l'art. 1 *in limine*, une disposition légale doit être assez précise pour satisfaire à l'exigence que la restriction constitue une « règle de droit »;

(c) En vertu de l'art. 1, dans le cadre de la partie du critère dans l'affaire *R. c. Oakes* [[1986] 1 R.C.S. 103 (C.S.C.)] portant sur l'atteinte minimale.

[490] En ce qui concerne la question de savoir si la primauté du droit constituait un motif suffisant de contestation de la validité d'une loi, le juge Allan a déclaré aux paragraphes 24 à 26 :

[TRADUCTION]

Les requérants affirment qu'une disposition légale peut être déclarée imprécise en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle*, lequel porte que toute loi incompatible avec les dispositions de la Constitution est inopérante. Ils affirment que les articles 161 et 162 sont contraires à la primauté du droit qui figure au préambule de la *Charte* : « Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit [...] ». Maître Shapray soutient que le préambule établit la suprématie de la primauté du droit comme pierre angulaire de la Constitution canadienne. Il cherche à élever le « statut primordial » de la « primauté du droit » au rang de principe justiciable pouvant servir à annuler une disposition légale imprécise, peu importe si cette disposition est contraire à un droit spécifique visé par la *Charte* ou au partage des compétences entre le gouvernement fédéral et les législatures provinciales.

Je ne suis pas d'accord avec cette affirmation. Le préambule d'une loi sert à en établir l'objet et peut aider à l'interprétation de ses dispositions. Les principes qui figurent au préambule — la suprématie de Dieu et la primauté du droit — éclairent l'interprétation des articles substantifs de la Charte. Il ne s'agit pas de principes

justiciables distincts, conçus par le législateur comme des « droits » dont la violation permet de contester une loi. Il n'existe aucun fondement à la proposition qu'une contestation fondée sur la *Charte* est possible en l'absence d'une contravention à un droit de fond.

La primauté du droit comprend une vaste application sous-jacente et peut être invoquée pour garantir un système positif de lois. Ainsi, dans le *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba garantis par l'art. 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba et par l'art. 133 de la Loi constitutionnelle de 1867*, [1985] 1 R.C.S. 721 (C.S.C.), la Cour a réitéré que la primauté du droit est « un des postulats fondamentaux de notre structure constitutionnelle » et a invoqué ce principe afin de prolonger temporairement l'effet de lois inconstitutionnelles afin d'éviter la création d'un vide juridique.

[Je souligne.]

[491] On peut conclure de la jurisprudence qui précède que la primauté du droit ne constitue pas un motif indépendant pour annuler une loi. On peut avoir recours à la primauté du droit pour combler un vide dans le libellé d'un texte constitutionnel ou comme outil d'interprétation. Cependant, il semblerait que ce n'est que lorsqu'une loi est incompatible avec un droit de fond garanti par la *Charte* ou lorsqu'elle ne peut relever de la compétence législative des provinces ou du Parlement que les tribunaux peuvent annuler une loi ou en faire une interprétation atténuée en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

## **2. La qualité pour agir des sociétés appelantes**

[492] La Cour suprême du Canada s'est penchée à plusieurs reprises sur la question de savoir si une personne morale a la qualité pour agir nécessaire pour contester la constitutionnalité d'une loi en vertu de la *Charte*.

[493] Dans l'affaire *Big M Drug Mart*, précitée, le juge en chef Dickson, au nom de la majorité, a déclaré aux pages 313 et 314 :

Tout accusé, que ce soit une personne morale ou une personne physique, peut contester une accusation criminelle en faisant valoir que la loi en vertu de laquelle l'accusation est portée est inconstitutionnelle.

[494] Dans l'affaire *Irwin Toy*, précitée, la Cour suprême du Canada a statué qu'une personne morale était incapable d'avoir le droit « à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne » en vertu de l'article 7 de la *Charte* parce qu'il s'agit de droits de

nature humaine. Le juge en chef Dickson, le juge Lamer (titre qu'il portait à l'époque) et le juge Wilson, constituant la majorité, ont déclaré à la page 1004 :

[...] il nous semble que, pris globalement, cet article avait pour but d'accorder une protection à un niveau individuel seulement. Une lecture ordinaire, conforme au bon sens, de la phrase « Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne » fait ressortir l'élément humain visé; seul un être humain peut avoir ces droits. Le terme « chacun » doit donc être lu en fonction du reste de l'article et défini de façon à exclure les sociétés et autres entités qui ne peuvent jouir de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne, et de façon à ne comprendre que les êtres humains. À cet égard, l'arrêt *Big M Drug Mart*, précité, ne trouve aucune application.

[495] Il n'y a aucune poursuite pénale dans la présente affaire. Par conséquent, le principe exprimé dans l'affaire *Big M Drug Mart*, précitée, n'entre pas en jeu.

[496] Dans l'affaire *Dywidag Systems International Canada Ltd. c. Zutphen Brothers Construction Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 705, la Cour suprême du Canada a clarifié la distinction entre les décisions dans les affaires *Big M Drug Mart*, précitée, et *Irwin Toy*, précitée. Le juge Cory, au nom de la Cour, a expliqué qu'une personne morale ne peut s'appuyer sur l'article 7 de la *Charte* que lorsqu'elle conteste une accusation criminelle. Le juge Cory a affirmé à la page 709 :

On ne peut plus douter maintenant qu'une société ne peut se prévaloir de la protection de l'art. 7 de la *Charte*. Dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, notre Cour à la majorité a conclu qu'une société ne peut être privée de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne et par conséquent ne peut se prévaloir de la protection de l'art. 7 de la *Charte*. [...]

Il est vrai qu'il existe une exception à ce principe général qui a été établi dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart*, précité, où la Cour a conclu que « [t]out accusé, que ce soit une personne morale ou une personne physique, peut contester une accusation criminelle en faisant valoir que la loi en vertu de laquelle l'accusation est portée est inconstitutionnelle » (pp. 313 et 314). En l'espèce, il n'y pas [*sic*] de poursuite pénale et de toute évidence l'exception ne s'applique pas.

[497] Dans l'affaire *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, la majorité des juges de la Cour suprême a précisé qu'une personne morale peut contester une accusation criminelle en invoquant le fait que si la loi devait s'appliquer à une personne physique, elle violerait son droit « à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne » et que la personne morale pourrait ainsi bénéficier d'une conclusion de la Cour selon laquelle la loi serait inconstitutionnelle parce qu'elle contrevient à l'article 7 de la *Charte*. La Cour a aussi fait référence au passage susmentionné tiré de

l'affaire *Dywidag Systems*, précitée, et au fait que les accusations criminelles portées contre une personne morale constituent une exception au principe général selon lequel une personne morale ne peut se prévaloir de la protection qu'accorde l'article 7 de la *Charte*.

[498] Le droit d'une personne morale de se prévaloir de la *Charte* a été élargi dans l'affaire *Office canadien de commercialisation des oeufs*, précitée. Dans cette affaire, les juges Iacobucci et Bastarache, au nom de la majorité, ont conclu que lorsqu'une personne morale est défenderesse dans une action civile intentée par l'État ou par un organisme de l'État conformément à un régime de réglementation, la personne morale peut invoquer la *Charte*. Les juges Iacobucci et Bastarache ont déclaré au paragraphe 34 :

[...] la présente affaire a donné à notre Cour l'occasion de réexaminer les règles applicables à la reconnaissance à une personne morale de la qualité pour agir en vertu de ladite exception de l'arrêt *Big M Drug Mart*. Avant le présent arrêt, les intimés ne pouvaient pas obtenir la qualité pour invoquer la *Charte* grâce à l'exception créée par notre Cour dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, parce qu'ils ne faisaient pas l'objet de poursuites criminelles. À notre avis, il est maintenant temps d'élargir cette exception afin de permettre aux personnes morales d'invoquer la *Charte* lorsqu'elles sont défenderesses dans des poursuites civiles intentées par l'État ou un organisme de l'État conformément à un régime de réglementation.

[Je souligne.]

Les juges Iacobucci et Bastarache ont également affirmé au paragraphe 46 :

Même si les intimés n'ont pas été poursuivis en vertu du régime fédéral de commercialisation des oeufs, il n'en demeure pas moins que c'est ce régime qui justifiait l'action civile de l'OCCO. N'eût été ce régime, l'OCCO n'aurait subi aucun préjudice. En fait, il n'y aurait pas d'OCCO. Le défendeur dans une action civile fondée sur une mesure législative a normalement le droit de contester la constitutionnalité de cette mesure législative. Cependant, il a été soutenu que, parce que les intimés étaient des personnes morales et que les actions intentées contre elles étaient de nature civile, ils ne pouvaient pas contester les dispositions du régime. À notre avis, pour maintenir la primauté du droit et l'intégrité du système judiciaire, il est beaucoup plus important de garantir la constitutionnalité de la mesure législative en vertu de laquelle l'État engage des procédures coercitives que de savoir si les procédures en question sont de nature pénale ou civile.

[Je souligne.]

[499] Dans l'affaire *Office canadien de commercialisation des oeufs*, la contestation constitutionnelle était fondée sur l'affirmation selon laquelle le programme fédéral de commercialisation des oeufs, qui constituait le fondement de l'action civile, contrevenait à la liberté d'association garantie à l'alinéa 2*d*) et au droit à la mobilité garanti par l'article 6 de la *Charte*. Aucune affaire subséquente n'a mis en application l'exception en vertu de l'affaire *Big M* telle qu'élargie par l'affaire *Office canadien de commercialisation des oeufs* de sorte à accorder à une personne morale la qualité pour agir pour contester la constitutionnalité d'une loi en vertu de l'article 7 de la *Charte*. Cependant, les passages susmentionnés semblent s'appliquer à toutes les contestations fondées sur la *Charte* où la partie qui cherche à obtenir la qualité pour agir ne bénéficie pas des droits que garantit la *Charte*, comme c'est le cas dans les présents appels en ce qui concerne les quatre sociétés appelantes.

[500] Ainsi, la question serait de savoir si la présente affaire est analogue à une poursuite civile intentée par l'État. L'intimée a soutenu que l'exception élargie en vertu de l'affaire *Office canadien de commercialisation des oeufs*, précitée, ne s'applique pas en l'espèce parce que les appelants n'ont pas été amenés de façon involontaire devant notre cour. En raison de la structure des instances en vertu de la *Loi*, lors d'un appel d'une cotisation ou d'une nouvelle cotisation, le contribuable est la partie qui introduit une instance judiciaire. Cependant, on pourrait soutenir qu'il s'agit simplement d'une nuance en matière de procédure et que le rôle du ministre, lorsqu'il tente de faire confirmer une cotisation par la Cour, est analogue à une poursuite civile par un organisme de l'État. Sauf si le contribuable souhaite se conformer à la cotisation, qui est par ailleurs considérée comme valide et exécutoire en vertu du paragraphe 152(8) de la *Loi*, le seul choix est de porter la question en appel à la Cour canadienne de l'impôt pour qu'elle règle la question, et c'est à ce moment que l'instance civile entre le contribuable et l'État est entamée.

[501] Dans la présente affaire, les appels des quatre sociétés appelantes ont été entendus sur preuve commune avec les appels des quatorze autres appelants, qui sont des personnes physiques. De plus, comme j'ai conclu que l'article 245 de la *Loi* n'est pas inconstitutionnel en raison d'un manquement à l'article 7 de la *Charte* ou pour un autre motif, la question de savoir si les sociétés appelantes peuvent soulever la question de l'article 7 de la *Charte* ou de la primauté du droit est devenue sans pertinence à ce stade de l'instance. Comme il n'est pas nécessaire de statuer définitivement sur cette question étant donné mes autres conclusions au sujet de la contestation constitutionnelle, je ne discuterai pas de cette question ici et elle pourra être réglée dans une autre affaire où les circonstances seront plus pertinentes.

## VI REMARQUES FINALES

[502] Il n'est pas nécessaire de passer en revue les décisions de notre cour au sujet de la DGAÉ qui portaient sur des situations factuelles entièrement différentes et sur d'autres dispositions de la *Loi*. Cependant, je voudrais mentionner brièvement une question. L'avocat des appelants a fait valoir qu'il est évident, d'après la jurisprudence, que la Cour canadienne de l'impôt a adopté une démarche nuancée en ce qui concerne l'application de l'article 245 de la *Loi* et a donc été incapable d'élaborer une démarche fondée sur des principes établis. À l'appui de cette allégation, l'avocat a cité la conclusion du juge Bowman dans l'affaire *Jabs Construction*, précitée, et la conclusion du juge Bonner dans l'affaire *Canadien Pacifique-C.C.I.*, précitée, selon lesquelles l'article 245 constitue une sanction extrême. L'avocat a aussi cité la déclaration du juge Archambault dans l'affaire *Rousseau-Houle*, précitée, selon laquelle l'article 245 de la *Loi* n'est conçu que pour empêcher les abus flagrants. À mon avis, cette prétendue démarche nuancée est précisément ce que prescrit le libellé de la disposition. Le paragraphe 245(4) de la *Loi* est une disposition d'allégement qui crée une exception à l'application de la règle anti-évitement. Essentiellement, le paragraphe 245(4) porte que le paragraphe 245(2) ne s'applique pas aux opérations qui se conforment par ailleurs à l'objet et à l'esprit des dispositions de la *Loi*. La nature d'allégement du paragraphe 245(4) oblige qu'il y ait une démarche nuancée à la mise en application de la DGAÉ.

[503] Dans le cas d'une loi aussi complexe que la *Loi*, qui comprend également de nombreuses incitations fiscales, il semble évident qu'une restriction devait être ajoutée afin d'exonérer certaines opérations dont il ne serait pas raisonnable de considérer qu'elles ont été entreprises ou organisées principalement à des fins légitimes autres que celles d'obtenir un avantage fiscal. Ainsi, les tribunaux, tout comme le fisc, d'ailleurs, ne devraient pas être empressés de conclure à l'existence d'un abus, mais ne devraient le faire que lorsqu'on a d'abord établi clairement l'objet et l'esprit d'une disposition ou d'un régime prévu par la *Loi*. Sinon, il ne faudrait pas appliquer l'article 245. Selon moi, une telle approche n'entre pas en conflit avec l'énoncé selon lequel l'article 245 est une « sanction extrême » ou qu'il ne devrait être utilisé que pour éviter les « abus flagrants ». À mon avis, il a été prouvé que les faits des présents appels ont donné lieu à un tel abus.

## VII CONCLUSIONS

[504] Si ce n'était l'application de l'article 245 de la *Loi*, chacun des appelants aurait obtenu un avantage fiscal d'une série de six opérations, dont aucune n'avait été entreprise ou organisée principalement à des fins légitimes autres que celles d'obtenir

l'avantage fiscal. En tenant compte des dispositions de la *Loi* lue dans son ensemble, les six opérations ont entraîné un abus par rapport à l'économie générale de la *Loi*, qui interdit le transfert de pertes entre contribuables.

[505] L'article 245 de la *Loi* ne représente pas une menace « réelle ou imminente » aux droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne visés à l'article 7 de la *Charte* et on ne peut donc pas déclarer qu'elle est inopérante en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[506] La primauté du droit ne constitue pas un motif pour invalider une loi en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[507] En conséquence de ce qui précède, les appels sont rejetés et les dépens sont adjugés à l'intimée. Cependant, les frais pour la préparation et le déroulement de l'audience se limitent à ceux qui s'appliqueraient à un seul appel.

Signé à Ottawa, Canada, ce 3<sup>e</sup> jour de mai 2002.

« P. R. Dussault »

---

J.C.C.I.

Traduction certifiée conforme  
ce 3<sup>e</sup> jour de novembre 2004.

Yves Bellefeuille, réviseur