

<p>A-196-92</p> <p>M. Donald Easton (<i>Appellant</i>)</p> <p>v.</p> <p>Her Majesty the Queen and The Minister of National Revenue (<i>Respondents</i>)</p>	<p>A-196-92</p> <p>M. Donald Easton (<i>appelant</i>)</p> <p>c.</p> <p>Sa Majesté la Reine et le ministre du Revenu national (<i>intimés</i>)</p>
---	---

<p>A-197-92</p> <p>Harold Freeman (<i>Appellant</i>)</p> <p>v.</p> <p>Her Majesty the Queen (<i>Respondent</i>)</p>	<p>A-197-92</p> <p>Harold Freeman (<i>appelant</i>)</p> <p>c.</p> <p>Sa Majesté la Reine (<i>intimée</i>)</p>
---	---

INDEXED AS: EASTON v. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Denault J.A. (*ex officio*), Linden and Robertson JJ.A.—Toronto, September 4; Ottawa, October 3, 1997.

Income tax — Income calculation — Deductions — Taxpayers purchasing land for subdivision, building houses for sale — Title transferred to holding companies — Taxpayers required to extend personal guarantees to finance project — Called on to honour guarantees — Land not purchased as investment — Case law on tax treatment of advances, outlays by shareholders reviewed — Law presuming shares acquired for investment purposes, loss arising from advance, outlay by shareholder also on capital account — Taxpayers could not claim business loss as not in business of lending money, extending guarantees — Failed to rebut presumption losses from payment on guarantees on capital account.

These were appeals from a decision of the Trial Division that losses incurred by shareholders arising from advances or outlays made to their holding companies were of a capital nature. In 1976, the taxpayers decided to purchase a parcel of land with a view to subdividing it and constructing homes for sale. After obtaining subdivision approval, they took title in their respective names and then transferred the lands to their holding companies. To finance the project, the corporations obtained a bank loan which required each taxpayer to extend an individual guarantee of \$300,000. When the real estate market collapsed in British Columbia in the fall of 1981, the taxpayers had to honour their guarantee. Each claimed a non-capital loss of \$300,000. The Minister of National Revenue characterized the payment as a capital

RÉPERTORIÉ: EASTON c. CANADA (C.A.)

Cour d'appel, juges Denault, J.C.A. (de droit), Linden et Robertson, J.C.A.—Toronto, 4 septembre; Ottawa, 3 octobre 1997.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Les contribuables ont acquis des terrains pour les lotir et y construire des maisons destinées à la revente — Le titre de propriété a été transféré à des sociétés de portefeuille — Les contribuables ont dû fournir des garanties personnelles pour financer le projet — Ils ont été invités à honorer leurs garanties — Les terrains n'ont pas été acquis comme un investissement — Examen de la jurisprudence sur le traitement fiscal des avances et des dépenses faites par des actionnaires — La loi présume que l'acquisition d'actions est faite dans le but de faire un placement et que la perte découlant d'une avance ou d'une dépense faite par un actionnaire est également une perte en capital — Les contribuables ne pouvaient pas réclamer une perte d'entreprise parce qu'ils ne prêtaient pas d'argent ni n'octroyaient de garanties — Ils n'ont pas réfuté la présomption que les pertes découlant du paiement effectué à l'occasion de garanties sont des pertes en capital.

Il s'agit d'appels d'une décision de la Section de première instance portant que les pertes subies par des actionnaires à la suite d'avances faites à leurs sociétés de portefeuille ou de dépenses faites au nom de celles-ci étaient imputables au compte de capital. En 1976, les contribuables ont décidé d'acquérir des terrains dans l'intention de les lotir et d'y construire des maisons destinées à la revente. Après avoir obtenu l'approbation du lotissement, les contribuables ont pris le titre de propriété en leur nom respectif et ont ensuite transféré les terrains à leurs sociétés de portefeuille. Pour financer le projet, les personnes morales ont obtenu un prêt bancaire qui obligeait chaque contribuable à fournir une garantie personnelle de 300 000 \$. À l'automne 1981, le marché immobilier s'est effondré en Colombie-Britannique

loss for the taxation year in which the guarantees were paid. The Trial Judge also ruled that the outlay on the guarantee was on capital account and concluded that, had the taxpayers eventually sold the real estate development at a profit, it would have been treated as a capital gain. The issue raised on appeal was whether an amount paid by a shareholder as guarantor on funds borrowed by his corporation is to be treated as an outlay on account of capital or a loss deductible from other income sources.

Held, the appeals should be dismissed.

The Trial Judge erred in concluding that the taxpayers would have incurred either a capital loss or profit had they not conveyed the real estate to their holding companies. The development project was not intended to provide the taxpayers with an enduring benefit which would produce an ongoing stream of income. The real estate was not purchased as an investment. Shares acquired for the purpose of generating income are held on capital account and those acquired with the intent of reselling at a profit are on income account. In two cases, the Supreme Court of Canada seemed to assume that shares were acquired on income account because the taxpayers had from the outset been involved in a business or adventure. An advance or outlay made by a shareholder to a corporation will be treated as a loan extended for the purpose of providing that corporation with working capital; if the loan is not repaid, the loss is deemed to be of a capital nature. The law presumes that shares are acquired for investment purposes and that a loss arising from an advance or outlay made by a shareholder is also on capital account. There are two recognized exceptions to the general proposition that losses of that nature are on capital account. First, the taxpayer may be able to establish that the loan was made in the ordinary course of his business of lending money or granting guarantees. The second exception is applicable to those who are held to be traders in shares. Where a taxpayer holds shares in a corporation as a trading asset and not as an investment, any loss arising from an incidental outlay, including payment on a guarantee, will be on income account. The taxpayers failed to establish that the payment on the guarantee came within one of these two exceptions. As they were not in the business of lending money or extending guarantees, they could not claim a business loss. Nor did they seek to establish that the guarantee was given in the ordinary course of their other business endeavours or that they held the shares in their respective holding companies as trading assets. They have failed to rebut the presumption that the losses arising from the payment on the guarantees were on capital account.

et les contribuables ont été invités à honorer leur garantie. Ils ont chacun déclaré une perte autre qu'en capital de 300 000 \$. Le ministre du Revenu national a qualifié le paiement de perte en capital subie pendant l'année d'imposition au cours de laquelle les garanties ont été payées. Le juge de première instance a également statué que le paiement de la garantie était imputable au compte de capital et a conclu que si les contribuables avaient finalement vendu le projet d'aménagement immobilier à profit, le montant touché aurait été traité comme un gain en capital. La question que soulevait les appels était de savoir si un paiement effectué par un actionnaire à titre de garant d'un emprunt contracté par la société de cet actionnaire doit être considéré comme une dépense en immobilisations ou comme une perte entièrement déductible du revenu provenant d'autres sources.

Arrêt: les appels doivent être rejetés.

Le juge de première instance a commis une erreur en concluant que les contribuables auraient subi une perte en capital ou réalisé un bénéfice en capital s'ils n'avaient pas transféré le bien-fonds à leurs sociétés de portefeuille. Le projet d'aménagement ne visait pas à procurer aux contribuables un avantage durable qui produirait un revenu continu. Le bien-fonds n'a pas été acquis dans l'intention de faire un placement. Les actions acquises dans l'intention de produire un revenu font partie du compte de capital et celles qui sont acquises dans l'intention de les revendre à profit font partie du compte de revenu. Dans deux arrêts, la Cour suprême a semblé présumer que l'acquisition des actions était imputable au compte de revenu pour la seule raison que les contribuables étaient engagés depuis le début dans une entreprise ou un projet comportant un risque. Une avance faite par un actionnaire à une société ou une dépense faite par un actionnaire au nom d'une société sera considérée comme un prêt consenti dans l'intention de fournir un fonds de roulement à cette société; si le prêt n'est pas remboursé, la perte est réputée être une perte en capital. La loi présume que l'acquisition d'actions est faite dans le but de faire un placement et que la perte découlant d'une avance ou d'une dépense faite par un actionnaire est également une perte en capital. Il existe deux exceptions reconnues au principe général que des pertes de cette nature sont des pertes en capital. Premièrement, il se peut que le contribuable soit en mesure de démontrer que le prêt a été consenti dans le cours normal des activités de son entreprise de prêt d'argent ou d'octroi de garanties. La deuxième exception s'applique aux personnes qui sont considérées comme des négociants en actions. Lorsqu'un contribuable possède des actions dans une société non pas comme un placement mais comme un actif commercial, la perte résultant d'une dépense accessoire, y compris un paiement effectué à l'occasion d'une garantie, sera imputable au compte de revenu. Les contribuables n'ont pas prouvé que le paiement effectué à l'occasion de la garantie était visé par l'une de ces deux exceptions. Comme ils n'étaient pas dans l'entreprise de prêt d'argent ou d'octroi de garanties, ils ne pouvaient pas

réclamer une perte d'entreprise. Ils n'ont pas cherché non plus à démontrer qu'ils ont donné la garantie dans le cours normal de leurs autres activités commerciales ou que les actions qu'ils possédaient dans leurs sociétés de portefeuille respectives étaient un actif commercial. Ils n'ont pas réfuté la présomption que les pertes découlant du paiement effectué à l'occasion de garanties sont des pertes en capital.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 39(1)(c) (as enacted by S.C. 1977-78, c. 42, s. 3; 1979, c. 5, s. 11; 1980-81-82-83, c. 48, s. 16; 1985, c. 45, s. 14; 1986, c. 6, s. 17).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

NOT FOLLOWED:

Cull (P.J.) v. The Queen, [1987] 2 C.T.C. 63; (1987), 87 DTC 5322; 14 F.T.R. 232 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

Fraser v. Minister of National Revenue, [1964] S.C.R. 657; (1964), 47 D.L.R. (2d) 98; [1964] CTC 372; 64 DTC 5224; *Minister of National Revenue v. Freud*, [1969] S.C.R. 75; (1968), 70 D.L.R. (2d) 306; [1968] CTC 438; 68 DTC 5279; *K.J. Beamish Construction Ltd. v. M.N.R.*, [1990] 2 C.T.C. 2199; (1990), 90 DTC 1584 (T.C.C.); *Minister of National Revenue v. Steer*, [1967] S.C.R. 34; [1966] CTC 731; (1966), 66 DTC 5481; *Berman, L., & Co. Ltd. v. M.N.R.*, [1961] CTC 237; (1961), 61 DTC 1150 (Ex. Ct.); *Lachappelle (R.) v. M.N.R.*, [1990] 2 C.T.C. 2396; (1990), 90 DTC 1876 (T.C.C.).

REFERRED TO:

Moluch, Harry v. Minister of National Revenue, [1967] 2 Ex. C.R. 158; [1966] CTC 712; (1966), 66 DTC 5463; *Stewart & Morrison Ltd. v. M.N.R.*, [1974] S.C.R. 477; *Mandryk (O.) v. Canada*, [1992] 1 C.T.C. 317; (1992), 92 DTC 6329; 141 N.R. 371 (F.C.A.); *Becker v. The Queen*, [1983] 1 F.C. 459; [1983] CTC 11; (1982), 83 DTC 5032; 46 N.R. 251 (C.A.); *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; [1995] 2 C.T.C. 369; (1995), 95 DTC 5551.

APPEALS from Trial Division decision ([1992] 1 C.T.C. 334; (1992), 92 DTC 6218) that losses incurred by shareholders arising from advances or outlays made to their holding companies were on capital account. Appeals dismissed.

LOIS ET RÉGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 39(1)c) (édicte par S.C. 1977-78, ch. 42, art. 3; 1979, ch. 5, art. 11; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 16; 1985, ch. 45, art. 14; 1986, ch. 6, art. 17).

JURISPRUDENCE

DÉCISION NON SUIVIE:

Cull (P.J.) c. La Reine, [1987] 2 C.T.C. 63; (1987), 87 DTC 5322; 14 F.T.R. 232 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Fraser v. Minister of National Revenue, [1964] R.C.S. 657; (1964), 47 D.L.R. (2d) 98; [1964] CTC 372; 64 DTC 5224; *Minister of National Revenue v. Freud*, [1969] R.C.S. 75; (1968), 70 D.L.R. (2d) 306; [1968] CTC 438; 68 DTC 5279; *K.J. Beamish Construction Ltd. c. M.N.R.*, [1990] 2 C.T.C. 2199; (1990), 90 DTC 1584 (C.C.I.); *Minister of National Revenue v. Steer*, [1967] R.C.S. 34; [1966] CTC 731; (1966), 66 DTC 5481; *Berman, L., & Co. Ltd. v. M.N.R.*, [1961] CTC 237; (1961), 61 DTC 1150 (C. de l'É.); *Lachappelle (R.) c. M.N.R.*, [1990] 2 C.T.C. 2396; (1990), 90 DTC 1876 (C.C.I.).

DÉCISIONS CITÉES:

Moluch, Harry v. Minister of National Revenue, [1967] 2 R.C.É. 158; [1966] CTC 712; (1966), 66 DTC 5463; *Stewart & Morrison Ltd. c. M.N.R.*, [1974] R.C.S. 477; *Mandryk (O.) c. Canada*, [1992] 1 C.T.C. 317; (1992), 92 DTC 6329; 141 N.R. 371 (C.A.F.); *Becker c. La Reine*, [1983] 1 C.F. 459; [1983] CTC 11; (1982), 83 DTC 5032; 46 N.R. 251 (C.A.); *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; [1995] 2 C.T.C. 369; (1995), 95 DTC 5551.

APPELS d'une décision de la Section de première instance ([1992] 1 C.T.C. 334; (1992), 92 DTC 6218) portant que les pertes subies par des actionnaires à la suite d'avances faites à leurs sociétés de portefeuille ou de dépenses faites au nom de celles-ci étaient imputables au compte de capital. Appels rejetés.

COUNSEL:

Werner H. G. Heinrich for appellants.
William Mah for respondents.

SOLICITORS:

Koffman Birnie & Kalef, Vancouver, for appellants.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] ROBERTSON J.A.: Narrowly defined, the issue raised on these appeals is whether an amount paid by a shareholder as guarantor on funds borrowed by the shareholder's corporation is to be treated as an outlay on account of capital or a loss fully deductible from other income sources. The Trial Judge [*Easton (M.D.) v. Canada*, [1992] 1 C.T.C. 334] concluded that the loss was of a capital nature, a conclusion with which I am in respectful agreement. That being said it is apparent that there is at least one decision of the Supreme Court of Canada which offers *prima facie* support to the taxpayers' argument on appeal: *Fraser v. Minister of National Revenue*, [1964] S.C.R. 657. In the reasons that follow I conclude that the *Fraser* decision has been overtaken by another: *Minister of National Revenue v. Freud*, [1969] S.C.R. 75. On this point my conclusion is in conflict with the opinion expressed by the Tax Court of Canada in *K.J. Beamish Construction Ltd. v. M.N.R.*, [1990] 2 C.T.C. 2199. The taxpayers also rely on a decision of the Trial Division of this Court: *Cull (P.J.) v. The Queen*, [1987] 2 C.T.C. 63. The correctness of that decision has been questioned in the Tax Court and, subsequently, in this Court. In my respectful view, both the *Beamish* and *Cull* decisions can no longer be considered persuasive authorities.

[2] The salient facts leading up to these appeals are straightforward. In 1976 the taxpayers, co-venturers, decided to purchase a parcel of land with a view to

AVOCATS:

Werner H. G. Heinrich pour les appelants.
William Mah pour les intimés.

PROCUREURS:

Koffman Birnie & Kalef, Vancouver, pour les appelants.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

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

[1] LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Strictement définie, la question que soulève les présents appels consistent à savoir si un paiement effectué par un actionnaire à titre de garant d'un emprunt contracté par la société de cet actionnaire doit être considéré comme une dépense en immobilisations ou comme une perte entièrement déductible du revenu provenant d'autres sources. Le juge de première instance [*Easton (M.D.) c. Canada*, [1992] 1 C.T.C. 334] a conclu que la perte était une perte en capital, et je souscris à cette conclusion. Cela dit, il existe de toute évidence au moins une décision de la Cour suprême du Canada qui appuie à première vue l'argument invoqué par les contribuables en appel, soit l'arrêt *Fraser v. Minister of National Revenue*, [1964] R.C.S. 657. Dans les motifs qui suivent, je conclus que l'arrêt *Fraser* a été supplanté par un autre arrêt, à savoir *Minister of National Revenue v. Freud*, [1969] R.C.S. 75. Sur ce point, ma conclusion est incompatible avec l'opinion exprimée par la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *K.J. Beamish Construction Ltd. c. M.R.N.*, [1990] 2 C.T.C. 2199. Les contribuables invoquent également la décision rendue par la Section de première instance de la Cour dans l'affaire *Cull (P.J.) c. La Reine*, [1987] 2 C.T.C. 63. La justesse de cette décision a été mise en doute devant la Cour de l'impôt et, par la suite, devant la présente Cour. À mon avis, les décisions *Beamish* et *Cull* ne peuvent plus être considérées comme des sources convaincantes.

[2] Les faits essentiels qui sont à l'origine des présents appels sont simples. En 1976, les contribuables, qui sont des coentrepreneurs, ont décidé d'acquies-

subdividing it and then constructing homes for resale. Under the terms of the purchase agreement the contract was conditional on subdivision approval being obtained from the necessary authorities in British Columbia. Ultimately, such approval was obtained and the taxpayers took title in their respective names. In turn, they transferred the lands to their respective holding companies. That real estate became the sole asset of each holding company. In order to finance the project the corporations obtained a \$4.1 million credit facility with a local bank. As a condition precedent to the granting of the loan, each taxpayer was required to extend an individual guarantee in the amount of \$300,000. The real estate project proceeded during 1979 and 1980 with some of the residences being marketed. In the fall of 1981 the real estate market in British Columbia collapsed and the taxpayers were called on to honour their guarantee. Each taxpayer claimed a non-capital loss of \$300,000. The Minister of National Revenue characterized the payment as a capital loss (by way of an "allowable business investment loss" as provided for under paragraph 39(1)(c) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63 (as enacted by S.C. 1977-78, c. 42, s. 3; 1979, c. 5, s. 11; 1980-81-82-83, c. 48, s. 16; 1985, c. 45, s. 14; 1986, c. 6, s. 17)]) for the taxation year in which the guarantees were paid.

[3] Aside from the principal finding that the outlay on the guarantee was on capital account, the Trial Judge also concluded that had the taxpayers eventually sold the real estate development at a profit it would have been treated as a capital gain. The inference to be drawn from that conclusion is that the taxpayers were not engaged in a business or an adventure in the nature of trade (hereinafter "an adventure") but rather a capital transaction, prior to conveying the real estate to their holding companies. The taxpayers take exception to the finding because it undermines their argument on appeal. That argument is premised on the understanding that they were engaged in a business venture and that any profit or loss that would have been realized would have been placed on income and not capital account. Moreover, the taxpayers maintain

rir des terrains dans l'intention de les lotir et d'y construire des maisons destinées à la revente. La convention d'achat stipulait que le contrat était subordonné à l'approbation du lotissement par les autorités compétentes de la Colombie-Britannique. Après avoir finalement obtenu cette approbation, les contribuables ont pris le titre de propriété en leur nom respectif. Ils ont ensuite transféré les terrains à leur société de portefeuille respective. Ce bien-fonds constituait le seul élément d'actif de chaque société de portefeuille. Afin de financer le projet, les personnes morales ont emprunté 4,1 millions de dollars à une banque locale. La banque a exigé, comme condition préalable à l'octroi du prêt, que chaque contribuable fournisse une garantie personnelle de 300 000 \$. La réalisation du projet de construction s'est poursuivie en 1979 et en 1980, et quelques résidences ont été mises en vente. À l'automne 1981, il y a eu un effondrement du marché immobilier en Colombie-Britannique et les contribuables ont été invités à honorer leur garantie. Ils ont chacun déclaré une perte autre qu'en capital de 300 000 \$. Le ministre du Revenu national a qualifié le paiement de perte en capital (à titre de «perte déductible au titre d'un placement d'entreprise» par application de l'alinéa 39(1)c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63 (édité par S.C. 1977-78, ch. 42, art. 3; 1979, ch. 5, art. 11; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 16; 1985, ch. 45, art. 14; 1986, ch. 6, art. 17)]) subie pendant l'année d'imposition au cours de laquelle les garanties ont été payées.

[3] Outre la conclusion principale que le paiement de la garantie était imputable au compte de capital, le juge de première instance est également arrivé à la conclusion que si les contribuables avaient finalement vendu le projet d'aménagement immobilier à profit, le montant touché aurait été traité comme un gain en capital. On peut inférer de cette conclusion que les contribuables n'exploitaient pas une entreprise ou un projet comportant un risque de nature commerciale (ci-après un projet comportant un risque), mais avaient plutôt fait une opération en capital avant de transférer le bien-fonds à leurs sociétés de portefeuille. Les contribuables contestent cette conclusion parce qu'elle sape l'argument qu'ils invoquent en appel. Cet argument repose sur la thèse qu'ils exploitaient une entreprise commerciale et que le bénéfice qui aurait

that the fact that they used the corporate vehicle to pursue their profit-making activities does not alter the characterization of the resulting profit or loss. In their view, payment on the guarantees constitutes an incidental expense and, therefore, this particular loss should also be on income account. In support of their argument the taxpayers rely on two decisions of the Supreme Court, *Fraser and Freud*, and the decision rendered in the Trial Division of this Court, namely *Cull*.

[4] The application of conventional tax wisdom might lead some practitioners to reject the taxpayers' argument out of hand because it is simply antithetical to the doctrine of corporate personality. But as there is some judicial support for their position, and the case law is not consistent, I am obliged to pursue the matter further. I shall deal first with the Trial Judge's conclusion that the taxpayers were engaged in a capital transaction.

[5] I am prepared to accept that the Trial Judge erred in concluding that the taxpayers would have incurred either a capital loss or profit had they not conveyed the real estate to their holding companies. The taxpayers acquired the real estate with a view to subdividing it, constructing houses and selling each lot at a profit. Paragraph 13 of the agreed statement of facts incorporates what I regard as critical concessions on the part of the Minister. That paragraph is worth reproducing:

In early 1975 the Plaintiff and Easton conceived the idea to develop certain property located in Secret Cove, British Columbia. Their joint intention was to acquire lands adjacent to the Secret Cove Marina referred to in subparagraphs 11(d) and (h) above, and to subdivide the land, develop and ready it for construction and to construct housing thereon. Part of their intention was to include a portion of the Secret Cove Marina lands in the development project. . . They planned to market the housing to the general public through private sales, real estate agents and other third parties who might introduce purchasers to the project.

été réalisé ou la perte qui aurait été subie auraient été imputés au compte de revenu et non au compte de capital. De plus, les contribuables affirment que le fait d'avoir eu recours à des personnes morales pour exercer leurs activités visant la réalisation d'un bénéfice ne modifie pas la qualification du bénéfice ou de la perte qui en résulte. Selon eux, le paiement effectué à l'occasion des garanties constitue une dépense accessoire et, par conséquent, la perte qu'ils ont subie devrait également être considérée comme imputable au compte de revenu. Au soutien de leur argument, les contribuables invoquent les arrêts *Fraser et Freud* de la Cour suprême et la décision rendue par la Section de première instance de la Cour dans l'affaire *Cull*.

[4] La voix de la sagesse fiscale classique pourrait amener certains juristes à rejeter d'emblée cet argument parce qu'il s'oppose tout simplement à la théorie de la personnalité morale. Mais comme il existe certaines décisions judiciaires au soutien du point de vue des contribuables et que la jurisprudence n'est pas uniforme, je suis obligé d'approfondir l'affaire. Je vais d'abord examiner la conclusion du juge de première instance selon laquelle les contribuables ont fait une opération en capital.

[5] Je suis prêt à convenir que le juge de première instance a commis une erreur en concluant que les contribuables auraient subi une perte en capital ou réalisé un bénéfice en capital s'ils n'avaient pas transféré le bien-fonds à leurs sociétés de portefeuille. Les contribuables ont acquis le bien-fonds dans l'intention de le lotir, d'y construire des maisons et de vendre chaque lot à profit. Le paragraphe 13 de l'exposé conjoint des faits contient ce que je considère comme des concessions importantes de la part du ministre. Ce paragraphe mérite d'être cité:

[TRADUCTION] Au début de 1975, le demandeur et Easton ont conçu l'idée de mettre en valeur un bien-fonds sis à Secret Cove (Colombie-Britannique). Ils avaient ensemble l'intention d'acquérir des terrains adjacents à la Secret Cove Marina mentionnée aux alinéas 11d) et h) ci-dessus, et de lotir le terrain, de le mettre en valeur, de le rendre propre à la construction et d'y construire des maisons. Ils avaient entre autres l'intention d'inclure une partie des terrains de la Secret Cove Marina dans le projet d'aménagement . . . Ils prévoyaient vendre les maisons au grand public au moyen de ventes privées et par l'entremise d'agents immobiliers et

[6] It is patently clear that the development project was not intended to provide the taxpayers with an enduring benefit which would produce an ongoing stream of income. In short, the real estate was not purchased for investment purposes. What the taxpayers did was no different than what a person engaged in the business of land development would do. Accordingly, I am compelled to accept that the Trial Judge erred on this issue and if judicial support for my conclusion were required then I am prepared to invoke *Moluch, Harry v. Minister of National Revenue*, [1967] 2 Ex. C.R. 158. In my view, however, this error does not alter the outcome of these appeals. I turn now to the jurisprudence of the Supreme Court in *Fraser* and *Freud* which is relevant to the taxpayers' argument.

[7] In *Fraser*, the appellant taxpayer and an associate purchased lands which were subsequently transferred to two corporations in return for all the shares in the corporations. Two years later the taxpayers disposed of their shares and then argued that the gain was of a capital nature. The Minister maintained that the profit was taxable as income and the Supreme Court of Canada agreed. Writing for the Court, Judson J. held that the taxpayers were two skilled real estate promoters who had made a profit in the ordinary course of their business. The fact that the taxpayers had incorporated companies to hold the real estate was held to make "no difference" (at page 661). It was simply an alternative method for achieving the same end—to realize a profit from the sale of the land.

[8] It cannot be denied that the taxpayers' argument is supported by the Supreme Court's decision in *Fraser*. Standing alone that decision justifies the understanding that a person who embarks upon a business or an adventure and, subsequently, pursues that endeavour through a corporate entity will be taxed as if it never existed. It is important to note that in *Fraser* the Supreme Court gave no consideration to

d'autres tiers qui pourraient faire connaître le projet aux acheteurs.

[6] Il ne fait absolument aucun doute que le projet d'aménagement ne visait pas à procurer aux contribuables un avantage durable qui produirait un revenu continu. Bref, le bien-fonds n'a pas été acquis dans l'intention de faire un placement. Les contribuables ont fait exactement ce que ferait une personne exploitant une entreprise d'aménagement immobilier. Je suis donc obligé de convenir que le juge de première instance a commis une erreur sur ce point, et si ma conclusion exigeait un appui judiciaire, alors je suis prêt à invoquer la décision *Moluch, Harry v. Minister of National Revenue*, [1967] 2 R.C.É. 158. À mon avis, toutefois, cette erreur ne modifie pas l'issue des présents appels. J'en viens maintenant aux arrêts *Fraser* et *Freud* de la Cour suprême qui se rapportent à l'argument invoqué par les contribuables.

[7] Dans l'affaire *Fraser*, le contribuable appelant et un associé avaient acquis des terrains qui ont par la suite été transférés à deux sociétés en échange de toutes les actions de ces sociétés. Deux ans plus tard, les contribuables ont vendu leurs actions et ont ensuite soutenu qu'ils avaient fait un gain en capital. Le ministre a soutenu que le bénéfice était imposable comme un revenu et la Cour suprême du Canada a souscrit à cette affirmation. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Judson a statué que les contribuables étaient deux promoteurs immobiliers chevronnés qui avaient fait un bénéfice dans le cours normal des activités de leur entreprise. Selon lui, le fait que les contribuables avaient constitué des sociétés pour détenir le bien-fonds [TRADUCTION] «ne changeait rien» (à la page 661). C'était simplement un autre moyen d'arriver au même résultat, c'est-à-dire vendre les terrains à profit.

[8] On ne saurait nier que l'arrêt *Fraser* de la Cour suprême appuie l'argument des contribuables. Pris isolément, cet arrêt permet d'affirmer que la personne qui se lance dans une entreprise ou un projet comportant un risque et qui poursuit ensuite l'exploitation de cette entreprise par le truchement d'une société sera imposée comme si la société n'avait jamais existé. Il est important de faire remarquer que la Cour suprême

whether the taxpayer had acquired the shares for investment purposes or as trading assets. In my respectful view, *Fraser* is a clear example of a court ignoring the axiom that a corporation is a legal entity separate and distinct from its shareholders. At the same time, it is equally clear that the destabilizing effect which *Fraser* could have had on the doctrine of corporate personality was soon recognized by the Supreme Court. In *Freud* that Court took the opportunity to revisit the reasoning underlying its earlier decision in *Fraser*.

[9] Writing for the Court in *Freud*, Pigeon J. reasoned that *Fraser* was not a case in which the Supreme Court had ignored the fact that the taxpayer had utilized the corporate structure. Rather it was a case in which that Court recognized that had the taxpayer disposed of his shares any profit would have been characterized as a trading profit and not a capital one. That is to say the shares were acquired as trading assets and not as an investment and, therefore, the profit arising from the disposition of the shares in *Fraser* was taxable on income account. (Note that at the time *Fraser* and *Freud* were decided capital gains were excluded from the tax base.) This reformulation of the *ratio* in *Fraser* is found at pages 80 and 81 of Pigeon J.'s reasons:

On the first question, the decision of this Court in *Fraser v. Minister of National Revenue* appears to be in point. It was there held that where two real estate operators had incorporated companies to hold real estate, the sale of shares in those companies rather than the sale of the land was merely an alternative method of putting through the real estate transactions and the profit was therefore taxable. This decision does not in my view necessarily imply that the existence of the companies as separate legal entities was disregarded for income tax assessment purposes. On the contrary, it must be presumed that the companies remained liable for taxes on their operations and their title to the land, unchallenged. I must therefore consider that the decision rests on the view that was taken of the nature of the outlay involved in the acquisition of the companies' shares by the promoters.

dans l'arrêt *Fraser* n'a pas examiné la question de savoir si le contribuable avait acquis les actions pour faire un placement ou en tant qu'actif commercial. Selon moi, l'arrêt *Fraser* offre un exemple évident d'une cour de justice qui ne tient aucun compte de l'axiome qu'une société est une entité juridique distincte de ses actionnaires. Par ailleurs, il est tout aussi évident que la Cour suprême a vite reconnu l'effet déstabilisateur que l'arrêt *Fraser* pourrait avoir eu sur la théorie de la personnalité morale. Dans l'arrêt *Freud*, cette Cour a profité de l'occasion pour revoir le raisonnement qui sous-tend la décision qu'elle a rendue dans l'affaire *Fraser*.

[9] S'exprimant au nom de la Cour suprême dans l'arrêt *Freud*, le juge Pigeon a soutenu que l'arrêt *Fraser* n'était pas une affaire dans laquelle la Cour suprême n'avait tenu aucun compte du fait que le contribuable avait eu recours à la structure de la personne morale. Il s'agissait plutôt d'une affaire dans laquelle cette Cour a reconnu que si le contribuable avait vendu ses actions, le bénéficiaire aurait été qualifié de bénéficiaire commercial et non de gain en capital. En d'autres termes, les actions avaient été acquises comme un actif commercial et non pour faire un placement et, par conséquent, le bénéfice résultant de la vente des actions dans l'affaire *Fraser* était imposable comme un revenu. (Il convient de noter qu'au moment du prononcé des arrêts *Fraser* et *Freud*, les gains en capital étaient exclus de l'assiette fiscale.) C'est aux pages 80 et 81 de ses motifs que le juge Pigeon a reformulé le raisonnement de l'arrêt *Fraser*:

[TRADUCTION] En premier lieu, l'arrêt que cette cour a prononcé dans l'affaire *Fraser c. Le ministre du Revenu national* semble pertinent. La Cour a jugé dans cette affaire que lorsque deux agents immobiliers avaient constitué des compagnies en corporation pour détenir des biens-fonds, la vente des actions de ces compagnies au lieu de la vente de terrain était simplement un autre moyen de conclure des opérations immobilières et que le bénéficiaire était donc imposable. J'estime que cet arrêt n'implique pas nécessairement que l'existence de ces compagnies comme entités juridiques distinctes ait été écartée en fixant la cotisation d'impôt sur le revenu. Au contraire, il faut supposer que les compagnies restaient imposables en raison de leurs opérations et que leur titre de propriété sur les terrains restait incontesté. Je dois donc estimer que l'arrêt se fonde sur l'opinion formée quant à la nature de la dépense que

It is clear that while the acquisition of shares may be an investment (*Minister of National Revenue v. Foreign Power Securities Corp. Ltd.*, [1967] S.C.R. 295, [1967] C.T.C. 116, 67 D.T.C. 5084), it may also be a trading operation depending upon circumstances (*Osler Hammond and Nanton Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1963] S.C.R. 432, [1963] C.T.C. 164, 63 D.T.C. 1119, 38 D.L.R. (2d) 178; *Hill-Clarke-Francis Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1963] S.C.R. 452, [1963] C.T.C. 337, 63 D.T.C. 1211). Due to the definition of business as including an adventure in the nature of trade, it is unnecessary for an acquisition of shares to be a trading operation rather than an investment that there should be a pattern of regular trading operations. In the Fraser case, the basic operation was the acquisition of land with a view to a profit upon resale so that it became a trading asset. The conclusion reached implies that the acquisition of shares in companies incorporated for the purpose of holding such land was of the same nature seeing that upon selling the shares instead of the land itself, the profit was a trading profit not a capital profit on the realization of an investment. [Emphasis added.]

[10] In my opinion, there can be no doubt that the Supreme Court's decision in *Freud* was intended to limit the breadth of its earlier pronouncement in *Fraser*. It goes without saying that the Supreme Court is free to reformulate the *ratio* of an earlier decision without expressly overruling it. Indeed, I would go so far as to say that it would introduce "intolerable uncertainty" into tax law and tax planning to apply the *ratio* in *Fraser* without regard to the subsequent jurisprudence.

[11] As outlined earlier, the taxpayers seek to convince us that *Fraser* and *Freud* stand for the proposition that if, from the outset, an individual taxpayer is engaged in a trading transaction then any subsequent outlay related to that transaction will receive the same tax treatment. That is to say any loss will be on income account even though the taxpayer decided to use the corporate vehicle for purposes of pursuing the business or adventure. The fallacy in this part of the taxpayers' argument can be traced to the fact that in *Freud* the taxpayer did not succeed because the outlay was incidental to a business or an adventure. He succeeded because he was able to

comportait l'acquisition des actions des compagnies par les promoteurs.

Il est clair que si l'acquisition d'actions peut être un placement (*Le ministre du Revenu national c. Foreign Power Securities Corp. Ltd.*, [1967] R.C.S. 295; [1967] C.T.C. 116; 67 D.T.C. 5084), elle peut aussi, selon les circonstances, être une opération commerciale (*Osler Hammond and Nanton Ltd. c. Le ministre du Revenu national*, [1963] R.C.S. 432; [1963] C.T.C. 164, 63 D.T.C. 1119, 38 D.L.R. (2d) 178; *Hill-Clarke-Francis Ltd. c. Le ministre du Revenu national*, [1963] R.C.S. 452; [1963] C.T.C. 337, 63 D.T.C. 1211). Puisque la définition de l'entreprise comporte une initiative de nature commerciale, il n'est pas nécessaire que l'acquisition d'actions soit une opération commerciale plutôt qu'un placement pour qu'il s'agisse d'un type d'opérations commerciales ordinaires. Dans l'affaire Fraser, l'opération principale était l'acquisition de terrain en vue de réaliser un bénéfice à la revente, de sorte que le terrain devenait un actif commercial. La conclusion de la Cour implique que l'acquisition d'actions de compagnies constituées en corporations afin de posséder des terrains était de la même nature, vu qu'à la vente des actions au lieu de terrains, le bénéfice était un bénéfice commercial et non un bénéfice d'immobilisation à la réalisation d'un placement. [Non souligné dans l'original.]

[10] À mon avis, il ne saurait faire de doute que l'arrêt *Freud* de la Cour suprême visait à restreindre la portée du jugement qui a été prononcé dans l'affaire *Fraser*. Il va sans dire que la Cour suprême est libre de reformuler le fondement d'une décision antérieure sans rejeter expressément cette décision. J'irais même jusqu'à dire que l'application du fondement de la décision *Fraser* sans tenir compte des décisions ultérieures introduirait une [TRADUCTION] «incertitude intolérable» dans le droit fiscal et la planification fiscale.

[11] Comme je viens de l'indiquer, les contribuables cherchent à nous convaincre que les arrêts *Fraser* et *Freud* appuient la proposition voulant que si, depuis le début, un contribuable est partie à une opération commerciale, alors une dépense ultérieure faite dans le cadre de cette opération fera l'objet du même traitement fiscal. Autrement dit, une perte sera imputable au compte de revenu même si le contribuable a décidé d'exploiter l'entreprise ou le projet comportant un risque par le truchement d'une personne morale. On peut imputer l'erreur commise par les contribuables dans cette partie de leur argumentation au fait que le contribuable dans *Freud* n'a pas eu gain de cause

convince the Supreme Court that the outlay (loss) should receive the same tax treatment as would any profit or loss arising on the disposition of his shares. In other words, if a shareholder can establish that his or her shares were acquired as trading assets, and not for investment purposes, then any loss arising from an advance or outlay made by the shareholder to or on behalf of the corporation, including payments on a guarantee, will also be taxed on income account. In my view this is the true import of *Freud*. This is a convenient place to recite the essential facts of that case.

[12] In *Freud*, the individual taxpayer incorporated a U.S. company for the purpose of promoting and developing his invention, a prototype sports car. The taxpayer's intention was to sell the concept to a manufacturer. He had no intention of manufacturing or selling cars. At a time when the company was in financial difficulty the taxpayer advanced it \$13,840. Shortly thereafter the taxpayer abandoned the project. He then sought to deduct the amount advanced from other income. The Minister conceded that had the taxpayer pursued the venture in his own name the loss would have been on income account as it arose in respect of an adventure. Nonetheless, he disallowed the deduction on the ground that it was an outlay on account of capital. Both the Exchequer Court and the Supreme Court disagreed with this characterization.

[13] Assuming that the \$13,840 advance could be considered a loan, Pigeon J. observed "that a loan made by a person who is not in the business of lending money is ordinarily to be considered as an investment" (at page 82). He went on to reason, however, that in "exceptional or unusual circumstances" such loans could be characterized as a trade and not an investment. The facts of *Freud* were held to be "quite unusual and exceptional" (at page 82). As

parce que la dépense était accessoire à une entreprise ou un projet comportant un risque. Il a eu gain de cause parce qu'il a été capable de convaincre la Cour suprême que la dépense (perte) devrait recevoir le même traitement fiscal qu'un bénéfice réalisé ou une perte subie à l'occasion de la vente de ses actions. En d'autres termes, si un actionnaire peut démontrer qu'il a acquis ses actions comme un actif commercial, et non dans l'intention de faire un placement, alors la perte découlant d'une avance faite par un actionnaire à la société ou d'une dépense faite par un actionnaire au nom de la société, y compris des paiements effectués à l'occasion d'une garantie, sera également imposée comme une perte imputable au compte de revenu. À mon avis, telle est la signification véritable de l'arrêt *Freud*. Le moment est bien choisi pour exposer les faits essentiels de cette affaire.

[12] Dans l'affaire *Freud*, le contribuable avait constitué une société américaine dans le but de promouvoir et de perfectionner son invention, à savoir un prototype de voiture sport. Il avait l'intention de vendre le concept à un fabricant. Il n'avait pas l'intention de fabriquer ni de vendre des voitures. À un moment donné, la société a eu des ennuis d'argent et le contribuable lui a avancé la somme de 13 840 \$. Peu de temps après, le contribuable a abandonné le projet. Il a ensuite tenté de déduire l'avance de son revenu provenant d'autres sources. Le ministre a reconnu que si le contribuable avait réalisé le projet en son nom personnel, la perte aurait été imputable au compte de revenu puisqu'elle aurait été subie dans le cadre d'un projet comportant un risque. Il a toutefois refusé la déduction au motif qu'il s'agissait d'une dépense en immobilisations. Tant la Cour de l'Échiquier que la Cour suprême se sont trouvées en désaccord avec cette qualification.

[13] En supposant que l'avance de 13 840 \$ puisse être considérée comme un prêt, le juge Pigeon a fait remarquer [TRADUCTION] «qu'un prêt consenti par une personne qui n'est pas dans l'entreprise de prêt d'argent doit habituellement être considéré comme un investissement» (à la page 82). Il a toutefois ajouté que [TRADUCTION] «dans des circonstances exceptionnelles ou inhabituelles», un prêt semblable pourrait être considéré comme une opération commerciale et

I understand the reasons for judgment, the exceptional circumstances were that the shares were acquired as a trading asset and not as an investment and therefore the advance was not made for the purpose of securing a stream of income. This understanding comes from the observation by Pigeon J. that had the taxpayer been successful in selling the prototype sports car then any profit realized on the disposition of his shares would have been on income and not capital account. At page 81 of his reasons Pigeon J. made this point clear:

If the respondent and his friends had been successful in selling the prototype sports car, they might well have done it by selling their shares in the company instead of having the company sell the prototype, and there can be no doubt that if they had thus made a profit it would have been taxable.

[14] It would be misleading on my part to suggest that the Supreme Court in *Freud* did not attach great significance to the fact that the taxpayer was, from the outset, engaged in an adventure. Moreover, it cannot be denied that the Supreme Court failed to consider the taxpayer's intention at the time the shares were acquired before determining whether their disposition would have been on income as opposed to capital account. It is trite law today that shares acquired for the purpose of generating income are held on capital account and those acquired with the intent of reselling at a profit are on income account. In both *Fraser* and *Freud* the Supreme Court seemed to assume that the shares were acquired on income account simply because the taxpayers in those cases had from the outset been involved in a business or adventure. Finally, I cannot help but observe that both *Fraser* and *Freud* appear sceptical to the manipulation of the corporate vehicle as a means of achieving tax planning objectives.

[15] Notwithstanding any perceived imprecision on the part of the Supreme Court in *Freud*, that decision

non comme un investissement. Les faits dans l'affaire *Freud* ont été jugés [TRADUCTION] «tout à fait inhabituels et exceptionnels» (à la page 82). Si je comprends bien les motifs du jugement, les circonstances exceptionnelles étaient que les actions avaient été acquises comme un actif commercial et non comme un investissement, de sorte que l'avance n'avait pas été faite dans le but d'en retirer un revenu continu. Cette compréhension s'appuie sur l'observation du juge Pigeon que si le contribuable avait réussi à vendre le prototype de voiture sport, le bénéfice qu'il aurait fait en vendant ses actions aurait été imputable au compte de revenu et non au compte de capital. Le juge Pigeon a bien précisé ce point à la page 81 de ses motifs:

[TRADUCTION] Si le requérant et ses amis avaient réussi à vendre le prototype de voiture sport, ils auraient bien pu le faire en vendant les actions de la compagnie au lieu de faire vendre le prototype par la compagnie, et il ne saurait y avoir de doute que s'ils avaient ainsi réalisé un bénéfice, celui-ci était imposable.

[14] Il serait trompeur de ma part de dire que la Cour suprême dans l'arrêt *Freud* n'a pas accordé beaucoup d'importance au fait que le contribuable était, depuis le début, engagé dans un projet comportant un risque. Par ailleurs, on ne saurait nier que la Cour suprême n'a pas examiné l'intention du contribuable au moment de l'acquisition des actions avant de déterminer si leur vente aurait été imputable au compte de revenu plutôt qu'au compte de capital. Il est maintenant bien établi en droit que les actions acquises dans l'intention de produire un revenu font partie du compte de capital et que celles qui sont acquises dans l'intention de les revendre à profit font partie du compte de revenu. Dans les arrêts *Fraser* et *Freud*, la Cour suprême a semblé présumer que l'acquisition des actions était imputable au compte de revenu pour la seule raison que les contribuables dans ces affaires étaient engagés depuis le début dans une entreprise ou un projet comportant un risque. Enfin, je ne peux pas ne pas faire remarquer que la Cour suprême dans ces deux arrêts paraît sceptique quant à la manipulation de la personne morale pour réaliser des objectifs de planification fiscale.

[15] Malgré l'impression d'imprécision que donne la Cour suprême dans l'arrêt *Freud*, cet arrêt est impor-

is significant because it establishes an exception to the general legal framework to be applied when assessing the tax treatment of losses incurred by shareholders arising from advances or outlays made to or on behalf of their corporations. This is a convenient opportunity to restate basic precepts underlying the tax treatment of advances and outlays made by shareholders.

[16] As a general proposition, it is safe to conclude that an advance or outlay made by a shareholder to or on behalf of the corporation will be treated as a loan extended for the purpose of providing that corporation with working capital. In the event the loan is not repaid the loss is deemed to be of a capital nature for one of two reasons. Either the loan was given to generate a stream of income for the taxpayer, as is characteristic of an investment, or it was given to enable the corporation to carry on its business such that the shareholder would secure an enduring benefit in the form of dividends or an increase in share value. As the law presumes that shares are acquired for investment purposes it seems only too reasonable to presume that a loss arising from an advance or outlay made by a shareholder is also on capital account. The same considerations apply to shareholder guarantees for loans made to corporations. In *Minister of National Revenue v. Steer*, [1967] S.C.R. 34, it was held that a guarantee given to a bank for a company's indebtedness by the taxpayer in consideration for shares in the company was to be treated as a deferred loan to the company and that monies paid to discharge that indebtedness were to be treated as a capital loss. That case, however, does not stand for the proposition that every time a corporation fails to reimburse a shareholder with respect to an advance, outlay or payment on a guarantee that the loss is necessarily on capital account. There is only a rebuttable presumption of such. I turn now to the circumstances in which that presumption can be rebutted.

[17] There are two recognized exceptions to the general proposition that losses of the nature described

tant parce qu'il crée une exception au cadre juridique général à appliquer au moment d'établir le traitement fiscal des pertes subies par les actionnaires qui ont fait des avances à leurs sociétés ou des dépenses en leur nom. Le moment est bien choisi pour énoncer à nouveau les préceptes fondamentaux qui sous-tendent le traitement fiscal des avances et des dépenses faites par les actionnaires.

[16] En guise d'énoncé général, il est raisonnable de conclure qu'une avance faite par un actionnaire à une société ou une dépense faite par un actionnaire au nom d'une société sera considérée comme un prêt consenti dans l'intention de fournir un fonds de roulement à cette société. Dans le cas où le prêt n'est pas remboursé, la perte est réputée être une perte en capital pour l'une ou l'autre des deux raisons suivantes. Le contribuable a consenti le prêt soit pour en retirer un revenu continu, ce qui est typique d'un investissement, soit pour permettre à la société d'exploiter son entreprise de manière à procurer à l'actionnaire un avantage durable sous forme de dividendes ou grâce à une augmentation de la valeur des actions. Comme la loi présume que l'acquisition a été faite dans le but de faire un placement, il ne semble que trop raisonnable de supposer que la perte découlant d'une avance ou d'une dépense faite par un actionnaire est également une perte en capital. Les mêmes considérations s'appliquent aux garanties données par les actionnaires à l'occasion de prêts consentis à des sociétés. Dans l'arrêt *Minister of National Revenue v. Steer*, [1967] R.C.S. 34, il a été statué que la garantie donnée à une banque par un contribuable relativement à la dette d'une société en contrepartie d'actions de la société devait être traitée comme un prêt différé consenti à la société et que le paiement effectué pour régler cette dette devait être considéré comme une perte en capital. Cet arrêt n'appuie toutefois pas la proposition que chaque fois qu'une société omet de rembourser un actionnaire relativement à une avance, à une dépense ou à un paiement effectué à l'occasion d'une garantie, la perte est nécessairement une perte en capital. Il existe simplement une présomption réfutable à cet égard. J'en viens maintenant aux circonstances dans lesquelles cette présomption peut être réfutée.

[17] Il existe deux exceptions reconnues au principe général que des pertes semblables à celles dont il vient

above are on capital account. First, the taxpayer may be able to establish that the loan was made in the ordinary course of the taxpayer's business. The classic example is the taxpayer/shareholder who is in the business of lending money or granting guarantees. The exception, however, also extends to cases where the advance or outlay was made for income-producing purposes related to the taxpayer's own business and not that of the corporation in which he or she holds shares. For example, in *Berman, L., & Co. Ltd. v. M.N.R.*, [1961] CTC 237 (Ex. Ct.) the corporate taxpayer made voluntary payments to the suppliers of its subsidiary for the purpose of protecting its own goodwill. The subsidiary had defaulted on its obligations and as the taxpayer had been doing business with the suppliers it wished to continue doing so in future. (*Berman* was cited with apparent approval in the Supreme Court decision in *Stewart & Morrison Ltd. v. M.N.R.*, [1974] S.C.R. 477, at page 479.)

[18] The second exception is found in *Freud*. Where a taxpayer holds shares in a corporation as a trading asset and not as an investment then any loss arising from an incidental outlay, including payment on a guarantee, will be on income account. This exception is applicable in the case of those who are held to be traders in shares. For those who do not fall within this category, it will be necessary to establish that the shares were acquired as an adventure in the nature of trade. I do not perceive this "exceptional circumstance" as constituting a window of opportunity for taxpayers seeking to deduct losses. I say this because there is a rebuttable presumption that shares are acquired as capital assets: see *Mandryk (O.) v. Canada*, [1992] 1 C.T.C. 317 (F.C.A.), at pages 323-324.

[19] Accordingly, for the taxpayers to succeed on these appeals they had to establish that the payment on the guarantee came within one of the recognized exceptions to the general proposition. As the taxpayers were not in the business of lending money or extending guarantees they could not claim a business loss.

d'être question sont des pertes en capital. Premièrement, il se peut que le contribuable soit en mesure de démontrer que le prêt a été consenti dans le cours normal des activités de son entreprise. L'exemple classique est celui du contribuable/actionnaire qui est dans l'entreprise de prêt d'argent ou d'octroi de garanties. Cette exception s'applique toutefois aussi aux situations dans lesquelles l'avance ou la dépense a été faite dans un but productif de revenu lié à la propre entreprise du contribuable et non à celle de la société dont le contribuable est actionnaire. À titre d'exemple, dans l'affaire *Berman, L., & Co. Ltd. v. M.N.R.*, [1961] CTC 237 (C. de l'É.), la société contribuable avait volontairement effectué des paiements aux fournisseurs de sa filiale afin de protéger sa clientèle. La filiale avait manqué à ses obligations et comme la contribuable avait traité avec les fournisseurs, elle désirait continuer de le faire plus tard. (La Cour suprême a cité et paru approuver la décision *Berman* dans l'arrêt *Stewart & Morrison Ltd. c. M.N.R.*, [1974] R.C.S. 477, à la page 479.)

[18] La deuxième exception est exposée dans l'arrêt *Freud*. Lorsqu'un contribuable possède des actions dans une société non pas comme un placement mais comme un actif commercial, la perte résultant d'une dépense accessoire, y compris un paiement effectué à l'occasion d'une garantie, sera imputable au compte de revenu. Cette exception s'applique aux personnes qui sont considérées comme des négociants en actions. Les personnes qui n'appartiennent pas à cette catégorie devront prouver qu'elles ont acquis les actions dans le cadre d'un projet comportant un risque de caractère commercial. Selon moi, cette «circonstance exceptionnelle» ne constitue pas une solution pour les contribuables qui cherchent à déduire des pertes. Je dis cela parce qu'il existe une présomption réfutable voulant que les actions soient acquises à titre d'immobilisations: voir l'arrêt *Mandryk (O.) c. Canada*, [1992] 1 C.T.C. 317 (C.A.F.), aux pages 323 et 324.

[19] Par conséquent, pour avoir gain de cause dans les présents appels, les contribuables devaient prouver que le paiement effectué à l'occasion de la garantie était visé par l'une des exceptions reconnues au principe général. Comme les contribuables n'étaient pas dans l'entreprise de prêt d'argent ou d'octroi de

Nor did they seek to establish that the guarantee was given in the ordinary course of the taxpayers' other business endeavours. Alternatively, the taxpayers could have sought to establish that they held the shares in their respective holding companies as trading assets and, therefore, any gain or loss arising from the disposition of those shares would have been on income and not capital account. The taxpayers failed to establish such and it is unlikely that they could have convinced the Trial Judge the guarantee was given at a time when the taxpayers intended to sell the shares in their respective holding companies for a profit. It is for these reasons that I am of the opinion that the taxpayers are unable to succeed on these appeals.

[20] I recognize that in *K.J. Beamish Construction Ltd. v. M.N.R.*, *supra*, the Tax Court rejected the proposition that an advance or outlay, including payments made on guarantees by shareholders, can be described as being on current account based on whether the shareholder acquired his or her shares as trading assets. In the opinion of the Tax Court Judge the exceptional circumstance outlined in *Freud* by Pigeon J. is *obiter*. With respect, I do not agree. In my view, the exception articulated in *Freud* provided the legal basis on which the taxpayer in that case was successful. Though *Beamish* can no longer be considered persuasive with respect to its understanding of the significance of the Supreme Court's decisions in *Fraser* and *Freud*, I am not suggesting that *Beamish* was wrongly decided. On the facts the Tax Court Judge in that case found that the taxpayer had acquired the shares as an investment and, therefore, the exception to the proposition articulated in *Freud* did not apply in any event. In short, what was said of *Fraser* and *Freud* in *Beamish* is itself *obiter*. My understanding of what was decided in *Freud* is reinforced by another decision of the Tax Court: *Lachappelle (R.) v. M.N.R.*, [1990] 2 C.T.C. 2396. I do not propose to review all that is clearly set out in those reasons. For purposes of deciding these appeals it is sufficient to note that in *Lachappelle*, Brulé J.T.C.C. approaches *Freud* in the manner I have

garanties, ils ne pouvaient pas réclamer une perte d'entreprise. Ils n'ont pas cherché non plus à démontrer qu'ils ont donné la garantie dans le cours normal de leurs autres activités commerciales. Subsidiairement, les contribuables auraient pu chercher à démontrer que les actions qu'ils possédaient dans leurs sociétés de portefeuille respectives étaient un actif commercial, de sorte que le gain ou la perte résultant de la vente de ces actions aurait été imputable au compte de revenu et non au compte de capital. Les contribuables n'en ont rien fait, et il est peu probable qu'ils eussent été capables de convaincre le juge de première instance qu'ils avaient l'intention de vendre à profit les actions qu'ils détenaient dans leurs sociétés de portefeuille respectives lorsqu'ils ont donné la garantie. Ce sont les motifs pour lesquels que je suis d'avis que les contribuables doivent être déboutés des présents appels.

[20] Je reconnais que dans la décision *K.J. Beamish Construction Ltd. c. M.N.R.*, *supra*, la Cour de l'impôt a rejeté l'affirmation qu'une avance ou une dépense, y compris un paiement effectué à l'occasion d'une garantie par des actionnaires, peut être considérée comme fondée sur un compte courant si l'actionnaire a acquis les actions comme un actif commercial. De l'avis du juge de la Cour de l'impôt, la circonstance exceptionnelle exposée par le juge Pigeon dans l'arrêt *Freud* est une opinion incidente. Il ne me paraît pas possible d'être d'accord avec lui. Selon moi, l'exception mentionnée dans cet arrêt a fourni le fondement juridique qui a permis au contribuable dans cette affaire d'avoir gain de cause. Bien que la décision *Beamish* ne puisse plus être considérée comme convaincante en ce qui concerne sa compréhension de l'importance des arrêts *Fraser* et *Freud* de la Cour suprême, je ne prétends pas qu'elle est mal fondée. Dans cette affaire, le juge de la Cour de l'impôt a conclu, à partir des faits, que le contribuable avait acquis les actions comme un placement, de sorte que l'exception au principe énoncé dans l'arrêt *Freud* ne s'appliquait pas de toute façon. Bref, les remarques qui ont été faites sur les arrêts *Fraser* et *Freud* dans l'affaire *Beamish* sont elles-mêmes des remarques incidentes. Ma compréhension de ce qui a été décidé dans l'arrêt *Freud* est renforcée par une autre décision de la Cour de l'impôt, à savoir *Lachappelle (R.) c.*

outlined above. Our understanding is consistent with this Court's decision in *Becker v. The Queen*, [1983] 1 F.C. 459 (C.A.).

[21] Finally, the taxpayers rely on a decision of the Trial Division of this Court in support of their argument; namely *Cull (P.J.) v. The Queen, supra*. In *Mandryk* this Court noted that in *Beamish* the Tax Court refused to apply or follow *Cull* (MacGuigan J.A., writing for the Court in *Mandryk*, found it unnecessary to decide whether *Cull* was correctly decided). In *Lachappelle* the Tax Court Judge observed that *Cull* is "a difficult decision to explain" (at page 2403). There is no question that *Cull* is problematic. Briefly, the facts are as follows. In 1976 the taxpayer acquired one-third of the shares in a company which was developing land in two subdivisions and gave a guarantee for one-third of the company's indebtedness. By 1981 the company ran into financial difficulties and the taxpayer ended up advancing monies to cover certain financial obligations with the company's creditors. The taxpayer then sought to deduct various losses from income.

[22] In *Cull*, the Trial Judge allowed the appeal on grounds which reflect the tension between the Supreme Court's decisions in *Fraser* and *Freud*. On the one hand, there are passages in the reasons for judgment which suggest that the separate existence of the corporation can be overlooked (at pages 67-69). In this regard the reasoning in *Fraser* was invoked. On the other hand, the Trial Judge relies on *Freud* to support the finding that losses will be on income account if shares were acquired for resale (as an adventure) and not for investment purposes (at pages 67-68). Admittedly, and with great respect, the reasoning offered in *Cull* is not entirely clear. Where I have the greatest difficulty is in accepting the finding that the taxpayer in that case acquired the shares for

M.R.N., [1990] 2 C.T.C. 2396. Je n'ai pas l'intention d'examiner tout ce qui est clairement exposé dans ces motifs. Pour statuer sur les présents appels, il est suffisant de mentionner que dans la décision *Lachappelle*, le juge Brulé traite l'arrêt *Freud* de la manière que je viens de décrire. Notre analyse est conforme à la décision rendue par cette Cour dans *Becker c. La Reine*, [1983] 1 C.F. 459 (C.A.).

[21] En dernier lieu, les contribuables invoquent la décision *Cull (P.J.) c. La Reine, supra*, de la Section de première instance de cette Cour à l'appui de leur argument. Dans l'arrêt *Mandryk*, la Cour a fait remarquer que dans *Beamish*, la Cour de l'impôt a refusé d'appliquer ou de suivre la décision *Cull* (le juge MacGuigan, J.C.A., qui a prononcé les motifs de la Cour dans l'arrêt *Mandryk*, a estimé qu'il était inutile de déterminer si la décision *Cull* était bien fondée). Dans *Lachappelle*, le juge de la Cour de l'impôt a fait remarquer que la décision *Cull* était «difficile à expliquer» (à la page 2403). Il ne fait aucun doute que cette décision pose un problème. En gros, les faits sont les suivants. En 1976, le contribuable avait acquis le tiers des actions d'une société qui mettait en valeur des terrains situés sur deux lotissements et donné une garantie pour le tiers de la dette de la société. En 1981, la société a eu des ennuis d'argent et le contribuable a fini par lui consentir une avance pour lui permettre de faire face à certaines obligations financières envers ses créanciers. Le contribuable a ensuite cherché à déduire diverses pertes de son revenu.

[22] Dans l'affaire *Cull*, le juge de première instance a accueilli l'appel en prononçant des motifs qui reflètent la tension entre les arrêts *Fraser* et *Freud* de la Cour suprême. D'une part, il y a des passages des motifs du jugement qui indiquent que l'existence séparée de la société peut ne pas être prise en considération (aux pages 67 à 69). Le raisonnement fait dans l'arrêt *Fraser* est invoqué à cet égard. D'autre part, le juge de première instance invoque l'arrêt *Freud* au soutien de la conclusion que les pertes seront imputables au compte de revenu si les actions ont été acquises dans le but d'être revendues (dans le cadre d'un projet comportant un risque) et non dans l'intention de faire un placement (aux pages 67 et 68). En toute déférence, il faut reconnaître que le raisonnement fait

purposes of resale when in fact they were retained for a period of at least five years. In my opinion, *Cull* is not helpful to the taxpayers' appeals and should not be followed in future. (That being said, I am aware that *Cull* was cited in *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, at page 125 in support of the proposition that land can constitute inventory.)

[23] In conclusion, the taxpayers have failed to rebut the presumption that the losses arising from the payment on the guarantees are on capital account. Furthermore, they cannot lay claim to one of the exceptions to that general proposition. First, they failed to establish that the guarantees were given in the course of profit-making endeavours unrelated to the real estate development. Second, they failed to establish that the shares in their respective holding companies were held as trading assets and, therefore, that payments on the guarantees were incidental expenses giving rise to losses on income account. Accordingly, the appeals should be dismissed with costs, the respondent being entitled to one set of counsel fees for both appeals.

DENAULT J.A. (*ex officio*): I agree.

LINDEN J.A.: I agree.

dans la décision *Cull* n'est pas tout à fait limpide. Ce qui me paraît le plus difficile à accepter, c'est la conclusion que le contribuable dans cette affaire a acquis les actions pour les revendre, alors qu'en réalité il les a conservées pendant une période d'au moins cinq ans. À mon avis, la décision *Cull* n'est pas utile dans le cadre des présents appels et ne devrait pas être suivie à l'avenir. (Cela étant dit, je n'ignore pas que la décision *Cull* a été invoquée dans l'arrêt *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, à la page 125, au soutien de la proposition qu'un terrain peut constituer un bien figurant dans un inventaire.)

[23] En conclusion, les contribuables n'ont pas réfuté la présomption que les pertes découlant du paiement effectué à l'occasion des garanties sont des pertes en capital. De plus, ils ne peuvent pas se réclamer de l'une des exceptions à ce principe général. Premièrement, ils n'ont pas démontré que les garanties ont été données dans le cadre d'entreprises visant la réalisation d'un bénéfice qui ne se rapportaient pas à l'aménagement immobilier. Deuxièmement, ils n'ont pas démontré que les actions de leurs sociétés de portefeuille respectives étaient détenues comme un actif commercial et, partant, que les paiements effectués à l'occasion des garanties étaient des dépenses accessoires qui ont entraîné des pertes imputables au compte de revenu. Par conséquent, les appels devraient être rejetés avec dépens, et l'intimée a droit à un mémoire d'honoraires d'avocat pour les deux appels.

LE JUGE DENAULT, J.C.A. (de droit): Je souscris.

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je souscris.