

Dossier : 2013-4032(IT)G

ENTRE :

JAMES S.A. MACDONALD,

appellant,

et

SA MAJESTÉ LA REINE,

intimée.

[TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE]

---

Appel entendu les 13, 14, 15 et 16 février 2017, à Toronto (Ontario)

Devant : L'honorable juge Dominique Lafleur

Comparutions :

Avocats de l'appelant :

M<sup>e</sup> James Bunting

M<sup>e</sup> Elie Roth

M<sup>e</sup> Stephen S. Ruby

Avocate de l'intimée :

M<sup>e</sup> Suzanie Chua

---

**JUGEMENT**

L'appel interjeté à l'encontre des nouvelles cotisations établies en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour les années d'imposition 2004, 2005, 2006 et 2007 est accueilli avec dépens à l'appelant et l'affaire est déférée au ministre du Revenu national pour nouvel examen et nouvelles cotisations conformément aux motifs du jugement ci-joints.

Signé à Montréal (Québec), ce 8<sup>e</sup> jour d'août 2017.

« Dominique Lafleur »

---

La juge Lafleur

Référence : 2017 CCI 157

Date : 20170808

Dossier : 2013-4032(IT)G

ENTRE :

JAMES S.A. MACDONALD,

appellant,

et

SA MAJESTÉ LA REINE,

intimée.

[TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE]

### **MOTIFS DU JUGEMENT**

La juge Lafleur

#### A. APERÇU

[1] Le présent appel porte sur la détermination du traitement fiscal qu'il convient de donner, en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), telle que modifiée (la « Loi »), à divers paiements en espèces à titre de règlement (selon la définition qui suit) versés par l'appellant, M. James S.A. MacDonald, en règlement partiel et final d'un contrat à terme de gré à gré (selon la définition qui suit) durant les années d'imposition 2004, 2005 et 2006. M. MacDonald a traité les paiements en espèces à titre de règlement en vertu du contrat à terme de gré à gré, dont le total est de 9 956 837 \$, comme étant imputables au revenu en vertu du paragraphe 9(1) de la Loi et a demandé la déduction de pertes d'entreprise s'élevant au total à 9 936 149 \$. Le ministre du Revenu national (le « ministre ») a établi une nouvelle cotisation à l'égard de M. MacDonald au motif que ces paiements étaient imputables au capital et entraînaient par conséquent des pertes en capital. De plus, en raison de la nouvelle cotisation établie pour l'année d'imposition 2005, le ministre a établi une nouvelle cotisation à l'égard de M. MacDonald pour l'année d'imposition 2007 afin de supprimer un crédit pour report prospectif d'impôt minimum au motif que le report n'existait plus.

[2] L'appelant a soutenu que le contrat à terme de gré à gré était un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial, s'agissant d'une opération purement spéculative. Le contrat à terme de gré à gré était un pari sur le cours des actions ordinaires de la Banque de Nouvelle-Écosse (la BNE) (les « actions de la BNE »). En outre, le contrat à terme ne pouvait être réglé qu'en espèces et ne comportait pas de transfert d'actions. Par conséquent, tout paiement fait en vertu du contrat à terme était imputable au revenu et les pertes en résultant étaient des pertes d'entreprise. Ce n'est que si le contrat à terme de gré à gré est considéré comme une opération de couverture d'une immobilisation que les paiements en espèces à titre de règlement et les pertes en résultant peuvent être convertis en paiements de capital et en pertes en capital de M. MacDonald. Toutefois, il est clair que l'intention de M. MacDonald quand il a signé le contrat à terme était de profiter à court terme de la baisse du cours des actions de la BNE et non de couvrir ses actions de la BNE. En outre, il n'existe pas de lien quant au moment et au montant entre le contrat à terme et les actions de la BNE ou toute autre immobilisation appartenant à M. MacDonald. Par conséquent, les paiements en espèces à titre de règlement étaient imputables au revenu et les pertes en résultant étaient des pertes d'entreprise de M. MacDonald.

[3] L'intimée a affirmé que M. MacDonald avait signé le contrat à terme pour couvrir les actions de la BNE qu'il détenait, puisque le contrat à terme était suffisamment lié aux actions de la BNE et qu'il constituait une couverture partielle d'un même actif. Comme les actions de la BNE sont des immobilisations de M. MacDonald, les paiements en espèces à titre de règlement seront aussi considérés comme étant imputables au capital, entraînant des pertes en capital pour M. MacDonald, au sens des articles 38, 39 et 40 de la Loi. En outre, l'intimée a fait valoir que les paiements en espèces à titre de règlement n'étaient pas déductibles du revenu parce qu'il s'agissait de dépenses en capital au sens de l'alinéa 18(1)b) de la Loi.

## B. LES FAITS

[4] Avant que la Cour ne commence à instruire le présent appel, les parties en sont venues à une entente sur plusieurs faits dans un exposé partiel des faits convenus joint à l'annexe A des présents motifs.

[5] M. MacDonald a témoigné. Il a été un témoin très honnête et franc. J'ai estimé qu'il était un témoin crédible et je ne doute pas de la véracité des faits sur lesquels portait son témoignage.

[6] Chaque partie a également fait témoigner un témoin expert : pour l'appelant, M. John Kurgan, spécialiste des opérations à terme et des marchandises chez RBC Dominion Valeurs mobilières, et pour l'intimée, M. Peter Klein, professeur de finance à la Beedie School of Business de l'université Simon Fraser. Les deux témoins ont été reconnus comme experts dans les domaines des services financiers, des contrats à terme, des instruments dérivés et des opérations de couverture, et leurs rapports ainsi que leurs rapports en contre-preuve ont été déposés à la Cour à titre de rapports d'experts.

[7] M. MacDonald a plus de 40 ans d'expérience dans le domaine des marchés financiers et des finances des entreprises, expérience qui a débuté en 1969 au cabinet de courtage McLeod Young Weir (« MYW »); quand la BNE a acheté MYW en 1988, il a poursuivi sa carrière chez Scotia McLeod Inc. En raison de l'acquisition de MYW par la BNE en 1988, M. Macdonald a obtenu 183 333 actions ordinaires de la BNE en échange des actions qu'il détenait dans MYW.

[8] En 1994, M. MacDonald a investi dans VFC Inc. (« VFC »), une société de crédit automobile qui faisait des prêts-automobile à risque. Il était président de VFC et en possédait 963 004 actions. En 2003, les actions de VFC ont fait l'objet d'un appel public à l'épargne. En 2006, la Banque Toronto-Dominion (la « Banque TD ») a fait l'acquisition de toutes les actions de VFC et M. MacDonald a reçu des actions ordinaires de la Banque TD d'une valeur d'environ 13 millions de dollars en échange de ses actions de VFC.

[9] En mars 1997, M. MacDonald a quitté Scotia McLeod Inc. et a constitué Enterprise Capital Management Inc. (« ECM »), qui gérait des fonds pour des investisseurs institutionnels canadiens et des particuliers fortunés et qui réunissait des fonds et les investissait dans une variété de sociétés.

[10] À la fin des années 1990, M. MacDonald a prévu, d'après son point de vue de certains événements financiers mondiaux, que la valeur des actions de la BNE qu'il détenait pourrait baisser à court terme, malgré son optimisme quant à leur valeur possible à long terme. Parmi ces événements, il y a eu la crise de la dette asiatique de 1997, l'effondrement du baht thaïlandais, le mini-krach de 1997 à la bourse de New York, la crise de la dette russe en 1998 et l'effondrement en 1998 du fonds de couverture Long Term Capital Management. La vision négative à court terme de M. MacDonald découlait de préoccupations au sujet de ces problèmes aux marchés étrangers; de plus, selon lui, la BNE était la banque canadienne la plus exposée à de tels événements à l'étranger.

[11] M. MacDonald a communiqué avec Valeurs mobilières TD Inc. (« VMTD ») afin de discuter d'un contrat à terme de gré à gré dans le but de spéculer sur le cours des actions de la BNE. M. MacDonald a signé un contrat à terme de gré à gré (le « contrat à terme ») avec VMTD, dont la date de transaction était le 26 juin 1997 et dont les modalités étaient énoncées dans une lettre de confirmation du 2 juillet 1997 (la « confirmation »); la date d'échéance était le 26 juin 2002 (la « date d'échéance »). Le contrat à terme ne pouvait être réglé qu'en espèces. On ne pouvait exiger le règlement en nature (c'est-à-dire la livraison d'actions de la BNE) en vertu du contrat à terme. La disposition relative au règlement en espèces était très importante pour M. MacDonald, puisqu'il n'avait aucune intention de vendre les actions de la BNE. La confirmation contenait des dispositions sur la résiliation anticipée facultative, en vertu desquelles M. MacDonald pouvait choisir de mettre fin au contrat à terme avant la date d'échéance. La confirmation exigeait que M. MacDonald et VMTD concluent une convention de nantissement de valeurs mobilières en garantie du contrat à terme. Cependant, aucune copie de cette entente n'a été déposée en preuve. M. MacDonald a témoigné qu'il n'avait pas de copie de ce document.

[12] M. MacDonald a versé les paiements en espèces suivants à titre de règlement en vertu du contrat à terme : 2 204 065 \$ durant son année d'imposition 2004, 5 855 329 \$ durant son année d'imposition 2005, et 1 897 442 \$ durant son année d'imposition 2006 (les « paiements en espèces à titre de règlement »). Les paiements en espèces à titre de règlement ont été versés du compte de chèques de M. MacDonald à la Banque TD.

[13] En vertu de la confirmation :

- a) M. MacDonald convenait de payer à VMTD le montant par lequel le [TRADUCTION] « prix de référence » (le cours officiel de clôture des actions de la BNE à la bourse de Toronto à la date d'échéance) excédait le [TRADUCTION] « prix à terme » (défini dans le contrat à terme comme s'élevant à 68,46 \$), multiplié par le nombre [TRADUCTION] d'« actions de référence », soit le nombre d'actions de la BNE faisant l'objet du contrat à terme (165 000 actions de la BNE);
- b) VMTD convenait de payer à M. MacDonald le montant par lequel le « prix à terme » excédait le « prix de référence », multiplié par le nombre d'actions de référence.

[14] Le contrat à terme a par la suite été modifié et prolongé plusieurs fois, soit pour rajuster le prix à terme (afin de tenir compte des changements apportés au dividende trimestriel des actions de la BNE) et le nombre d'actions de référence (afin de tenir compte d'un fractionnement des actions et d'un dividende en actions), soit pour reporter la date d'échéance et pour remplacer VMTD par TD Global Finance (dans les présents motifs, je ferai référence à VMTD et à TD Global Finance comme étant VMTD). Le contrat à terme a été résilié le 29 mars 2006.

[15] Le 6 juin 1997, la Banque TD a offert à M. MacDonald un crédit qu'il a accepté le 7 juillet 1997 (le « prêt »). M. MacDonald a également signé une entente de nantissement avec la Banque TD (l'« entente de nantissement »), en vertu de laquelle il a donné en gage 165 000 actions de la BNE ainsi que la confirmation pour garantir le prêt. De plus, en guise de garantie pour le prêt, M. MacDonald a donné en gage à la Banque TD tous les montants que VMTD pourrait lui devoir en vertu de la confirmation. Le prêt offert s'élevait à 10 477 480 \$, assujéti à un maximum de 95 % du prix au comptant des actions de la BNE, multiplié par le nombre d'actions de la BNE visées par l'entente de nantissement. L'entente de nantissement fait également référence à un accord entre créanciers entre la Banque TD et VMTD, puisque les titres donnés en gage (les actions de la BNE, la confirmation et les montants payables par VMTD en vertu de la confirmation) seraient donnés en gage à la Banque TD et à VMTD.

[16] M. MacDonald a emprunté 4 899 000 \$ en vertu du prêt en 1997, produit qui a été utilisé pour investir dans Enterprise Capital Limited Partnership (qui fait partie du groupe ECM) et dans d'autres valeurs mobilières. Les fonds ont été empruntés avant les années d'imposition visées par les nouvelles cotisations portées en appel, et presque tous les fonds empruntés ont été remboursés avant le début des années d'imposition pertinentes. Le 1<sup>er</sup> janvier 2004, le solde du prêt était de 554 485 \$. M. MacDonald a déclaré dans son témoignage qu'il considérait que le prêt avait pris fin au moment où il l'a entièrement remboursé, le 5 novembre 2004.

[17] M. MacDonald a témoigné qu'il considérait le prêt comme étant accessoire au contrat à terme : il voyait le prêt comme un [TRADUCTION] « sous-produit » du contrat à terme. Il a affirmé qu'il avait conclu le prêt parce qu'on lui offrait des conditions très favorables.

[18] M. MacDonald a aussi témoigné qu'il avait pu profiter d'un repli du marché et d'un fléchissement du cours des actions de la BNE et que son intention était de réaliser un bénéfice lors de la baisse prévue de la valeur des actions de la BNE en

raison des [TRADUCTION] « nuages sombres » qu'il voyait s'accumuler à l'horizon. Il a affirmé que son intention n'était pas de couvrir ses actions et il a été très clair sur ce point.

[19] M. MacDonald a expliqué durant son témoignage que le fait de ne pas avoir réalisé de gain sur le contrat à terme vers 1998, alors que le marché était à la baisse, était, en rétrospective, une erreur grave, et qu'il avait amplifié l'erreur en continuant d'attendre avant de régler le contrat à terme.

[20] M. MacDonald a expliqué que durant la période pertinente, il avait les moyens d'encaisser les pertes découlant du contrat à terme. M. MacDonald a ajouté que le revenu total déclaré dans ses déclarations de revenus T1 de 2002 à 2006 était d'environ 28,5 millions de dollars, même après avoir déduit les pertes subies en raison du contrat à terme.

[21] M. MacDonald a déclaré qu'il n'avait pas vendu ses actions de la BNE pour compenser les pertes découlant du contrat à terme et qu'il a vendu les actions de la BNE qu'il a effectivement vendues durant les années d'imposition pertinentes dans le but de rééquilibrer son portefeuille de placements. Après l'acquisition de VFC par la Banque TD, M. MacDonald a obtenu une quantité importante d'actions de la Banque TD. Pour réduire ses placements dans les institutions financières canadiennes, M. MacDonald a vendu certaines de ses actions de la BNE avec le temps.

[22] Malgré la vente d'un certain nombre d'actions de la BNE pendant les années, M. MacDonald a témoigné qu'il conservait une vision favorable à long terme de la BNE. Il a expliqué à l'audience qu'actuellement, les actions de la BNE représentent son placement le plus important, la [TRADUCTION] « pierre angulaire » de son portefeuille de placements, soit environ 15 % de son portefeuille total. Il n'a pas l'intention de vendre les actions de la BNE et entend les conserver indéfiniment.

### C. LA QUESTION EN LITIGE

[23] La question en litige dans le présent appel consiste à décider si les paiements en espèces à titre de règlement versés par M. MacDonald en vertu du contrat à terme durant les années d'imposition 2004, 2005 et 2006 étaient imputables au revenu, entraînant des pertes d'entreprise pour M. MacDonald, ou si les paiements étaient imputables au capital, entraînant des pertes en capital pour M. MacDonald, en vertu de la Loi.

## D. LES THÈSES DES PARTIES

### 1. La thèse de l'appelant

[24] Selon l'appelant, je devrais d'abord décider si le contrat à terme était, en soi, un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial, soit de la spéculation. Si je conclus que le contrat à terme était un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial, je devrai ensuite décider si le contrat à terme était suffisamment lié (quant au moment et au montant) à une immobilisation sous-jacente pour pouvoir convertir les paiements que M. MacDonald a faits au titre du revenu en vertu du contrat à terme en paiements imputables au capital, entraînant des pertes en capital pour M. MacDonald. Si je conclus que le contrat à terme n'était pas une affaire de caractère commercial, je devrais alors, selon l'appelant, rejeter l'appel.

[25] Selon l'appelant, le contrat à terme était un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial et les paiements en espèces à titre de règlement étaient par conséquent entièrement déductibles du revenu en vertu du paragraphe 9(1) de la Loi. Le contrat à terme lui-même ne peut être considéré comme une immobilisation productive de revenus, puisqu'il ne générerait aucun revenu. Le contrat à terme ne comportait pas d'échange, de vente ou de livraison d'actions de la BNE. En outre, le contrat à terme était un instrument de spéculation et donnait lieu à un bénéfice ou à une perte uniquement en vertu des fluctuations de la valeur du contrat lui-même; plus particulièrement, il ne pouvait donner lieu à un gain ou à une perte qu'en vertu des fluctuations du cours des actions de référence (c'est-à-dire les actions de la BNE) lors du règlement en espèces. Il est clair que le contrat à terme était lui-même la seule source de revenus. Au moment où M. MacDonald a signé le contrat à terme, personne ne savait si le cours des actions de référence dépasserait le prix à terme à la date d'échéance, ou le contraire. La seule intention de M. MacDonald au moment de conclure le contrat à terme était de spéculer sur une baisse prévue du cours des actions de la BNE et d'en tirer profit.

[26] Pour avoir gain de cause dans le présent appel, l'intimée doit établir que le contrat à terme couvrait une immobilisation, de telle façon que le contrat à terme puisse être traité comme une immobilisation, avec pour résultat que les gains ou les pertes résultant de son règlement soient imputés au capital. Dans le présent appel, les conditions relatives à l'existence d'une opération de couverture ne sont pas établies, puisque M. MacDonald n'avait pas l'intention de couvrir ses actions quand il a conclu le contrat à terme et qu'il n'y avait pas de lien entre le contrat à terme et les immobilisations que possédait M. MacDonald, y compris les actions de la BNE,

quant au moment et au montant. Selon l'appelant, le contrat à terme ne couvrait aucune immobilisation et, par conséquent, les pertes imputables au revenu n'ont pas été converties en pertes imputables au capital.

## 2. La thèse de l'intimée

[27] L'intimée a contesté l'approche de l'appelant. Selon l'intimée, puisque le ministre est d'avis que les paiements en espèces à titre de règlement étaient des paiements imputés au capital, étant donné que le contrat à terme couvrait les actions de la BNE (qui sont des immobilisations pour M. MacDonald), et puisque le ministre a fondé les nouvelles cotisations sur cette hypothèse, mon analyse devrait donc débiter par l'examen de la question de savoir si le contrat à terme était ou non un instrument de couverture. Si je réponde par l'affirmative, je devrai ensuite trancher la nature des actifs couverts afin de décider si les paiements en espèces à titre de règlement étaient imputables au revenu ou au capital. Si je réponde plutôt par la négative, je devrai décider si M. MacDonald exploitait une entreprise, ce qui, par définition, en vertu du paragraphe 248(1) de la Loi, inclut un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial. Si je conclus que M. MacDonald exploitait une entreprise, les paiements en espèces à titre de règlement seront alors considérés comme des paiements imputables au revenu, entraînant des pertes d'entreprise pour M. MacDonald.

[28] Selon l'intimée, le contrat à terme n'était pas un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial; le contrat à terme était un « bien » et une « immobilisation », selon les définitions de la Loi.

[29] Selon l'intimée, l'intention principale de M. MacDonald en concluant cette série d'ententes, y compris le contrat à terme, était [TRADUCTION] « de réaliser un gain économique sur les actions de la BNE sous-jacentes données en gage et sur le contrat à terme, et de couvrir la valeur des actions de la BNE ». En concluant le contrat à terme, M. MacDonald avait réalisé un gain comme si les actions de la BNE avaient été vendues en fixant le prix (le prix à terme); en vertu du prêt, il a eu accès à des fonds d'un montant semblable au montant qu'il aurait obtenu si les actions de la BNE avaient plutôt été vendues sur le marché au comptant.

[30] M. MacDonald n'était pas exposé à un risque de perte en vertu de cette série d'ententes et n'était pas un spéculateur en vertu du contrat à terme. Selon l'intimée, M. MacDonald aurait fait un [TRADUCTION] « bénéfice de plusieurs millions de dollars » en raison du contrat à terme d'août 1997 à mai 2000, alors que s'est

intensifiée la crise financière mondiale et que le cours des actions de la BNE a chuté; toutefois, il n'a pas agi de façon à réaliser ce bénéfice.

[31] En outre, l'intention secondaire de M. MacDonald était de tirer profit de la différence entre la déclaration des pertes résultant du contrat à terme au titre du revenu et la déclaration des gains résultant de l'aliénation des actions de la BNE au titre du capital.

[32] L'intimée est d'avis que M. MacDonald a couvert ses actions de la BNE. Le contrat à terme constituait une couverture partielle d'un même actif pour le placement à long terme de M. MacDonald dans les actions de la BNE, c'est-à-dire un contrat à terme en vertu duquel les actions de la BNE étaient les biens sous-jacents (les biens à livrer) et les actions de référence. Par conséquent, le lien entre les actions de la BNE et le contrat à terme était clair. Comme M. MacDonald a réduit son exposition globale aux fluctuations du cours des actions de la BNE, et comme le nombre d'actions de la BNE à livrer n'a jamais dépassé le nombre d'actions de la BNE que détenait M. MacDonald, M. MacDonald a couvert ses actions de la BNE.

[33] En outre, comme le contrat à terme constitue une couverture partielle d'un même actif, il n'était pas nécessaire que l'achat initial des actions de la BNE ait lieu à la conclusion du contrat à terme. L'intimée a également souligné les liens entre le contrat à terme, le prêt et l'entente de nantissement, que j'examinerai plus loin dans les présents motifs.

## E. ANALYSE

### 1. Le cadre légal

[34] Jusqu'en 2013, la Loi ne traitait pas directement de l'imposition des instruments dérivés financiers. Par conséquent, les principes fiscaux de base devraient s'appliquer à la question de savoir si les paiements versés en vertu d'un instrument dérivé financier sont imputables au revenu ou au capital, et la jurisprudence nous orientera quant à la façon d'appliquer la Loi à ce type d'instrument.

[35] Comme je l'ai mentionné plus haut, les parties ont adopté des approches différentes relativement au cadre légal approprié que je devrais utiliser pour mon analyse dans le présent appel. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que l'approche de l'appelant doit être utilisée, puisqu'elle est conforme à l'économie de

la Loi. Par conséquent, je devrais d'abord décider si le contrat à terme était, en soi, un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial de M. MacDonald, de manière à constituer une source de revenus qui est une « entreprise » en vertu de l'alinéa 3a) de la Loi. Si je conclus que le contrat à terme était, en soi, un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial de M. MacDonald, les paiements en espèces à titre de règlement seront alors considérés comme des paiements provenant d'une source, à savoir le contrat à terme, lequel constituait une entreprise, et seront imputés au revenu, à la condition que le contrat à terme n'ait pas couvert une immobilisation, cette dernière question devant être examinée à la seconde partie de mon analyse. À mon avis, cette approche est conforme aux principes permettant de déterminer le bénéficiaire en vertu du paragraphe 9(1) de la Loi que la Cour suprême du Canada a définis dans *Canderel Ltée c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147 (*Canderel*), selon lesquels « [d]ans la détermination du bénéficiaire, l'objectif est d'obtenir une image fidèle du bénéficiaire du contribuable pour l'année visée » (au paragraphe 53).

[36] Les règles de base pour déterminer le revenu d'un contribuable sont énoncées à l'article 3 de la Loi, dont les parties pertinentes sont libellées ainsi :

**3. Revenu pour l'année d'imposition** Pour déterminer le revenu d'un contribuable pour une année d'imposition, pour l'application de la présente partie, les calculs suivants sont à effectuer :

a) le calcul du total des sommes qui constituent chacune le revenu du contribuable pour l'année (autre qu'un gain en capital imposable résultant de la disposition d'un bien) dont la source se situe au Canada ou à l'étranger, y compris, sans que soit limitée la portée générale de ce qui précède, le revenu tiré de chaque charge, emploi, entreprise et bien;

b) le calcul de l'excédent éventuel du montant visé au sous-alinéa (i) sur le montant visé au sous-alinéa (ii) :

**3. Income for taxation year** The income of a taxpayer for a taxation year for the purposes of this Part is the taxpayer's income for the year determined by the following rules:

(a) determine the total of all amounts each of which is the taxpayer's income for the year (other than a taxable capital gain from the disposition of a property) from a source inside or outside Canada, including, without restricting the generality of the foregoing, the taxpayer's income for the year from each office, employment, business and property,

(b) determine the amount, if any, by which

(i) the total of

(A) all of the taxpayer's

|  |   |
|--|---|
| (i) le total des montants suivants :   | taxable capital gains for the year from dispositions of property other than listed personal property, and   |
| (A) ses gains en capital imposables pour l'année tirés de la disposition de biens, autres que des biens meubles déterminés,  | ...   |
| [...]  | exceeds   |
| (ii) l'excédent éventuel de ses pertes en capital déductibles pour l'année, résultant de la disposition de biens autres que des biens meubles déterminés sur les pertes déductibles au titre d'un placement d'entreprise pour l'année, subies par le contribuable; | (ii) the amount, if any, by which the taxpayer's allowable capital losses for the year from dispositions of property other than listed personal property exceed the taxpayer's allowable business investment losses for the year, |
| [...]  | ...   |

[37] La Cour suprême du Canada a expliqué dans *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103 (*Friesen*), au paragraphe 5, que l'article 3 de la Loi :

[...] reconnaît deux catégories fondamentales de revenus : le « revenu ordinaire » tiré d'une charge, d'un emploi, d'une entreprise et d'un bien, qui sont tous visés par l'al. 3*a*), et le revenu tiré de biens en immobilisation, ou les gains en capital, qui sont visés par l'al. 3*b*). Toute la structure de la *Loi de l'impôt sur le revenu* reflète cette distinction de base, reconnue dans le régime fiscal canadien, entre le revenu et le gain en capital.

[38] Selon l'alinéa 3*a*) de la Loi, un revenu tiré d'une source qui est une entreprise, y compris un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial, est inclus dans le revenu d'un contribuable en vertu de la Loi. Par conséquent, les gains et les pertes résultant du règlement d'un contrat à terme seront considérés comme imputables au revenu, à la condition qu'ils soient tirés d'une source qui est une entreprise, y compris un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial. De l'autre côté, les gains et les pertes résultant du règlement d'un contrat à terme seront considérés comme imputables au capital, à la condition qu'ils proviennent d'une source qui est une immobilisation ou un bien en immobilisation.

2. Le contrat à terme : un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial, ou bien une immobilisation?

### 2.1 La thèse de l'appelant

[39] Selon l'appelant, le contrat à terme est [TRADUCTION] « l'exemple parfait d'un projet comportant un risque ou d'une affaire de caractère commercial », puisqu'il est hautement spéculatif, comporte de grands risques, était isolé et non récurrent, et n'a pas été utilisé par M. MacDonald pour « réaliser » tout gain tiré de ses actions de la BNE. Le contrat à terme ne pouvait être rentable que si le cours des actions de la BNE au moment du règlement du contrat était inférieur au prix à terme. Lorsque M. MacDonald a conclu le contrat à terme, il n'était pas possible de dire avec certitude s'il devrait faire un paiement à VMTD ou s'il recevrait un montant de VMTD.

[40] En outre, le contrat à terme ne pouvait être considéré comme un bien productif de revenus dans le sens traditionnel, puisqu'il ne génère pas, en soi, un revenu; il donnera lieu à un gain ou à une perte selon le cours des actions de la BNE à la date du règlement. Le contrat à terme ne peut être considéré comme un « bien » ou une « immobilisation » parce qu'il s'agit [TRADUCTION] « d'un arbre qui ne porte pas de fruits ». À l'échéance du contrat à terme, il n'y a pas d'échange, de vente ou de livraison d'actions de la BNE, et il n'y a aucune immobilisation autre que le contrat qui est achetée ou vendue. Le contrat à terme est l'unique source de revenus de M. MacDonald. Les actions de la BNE, soit les actions de référence visées par le contrat à terme, ne sont pas la source des revenus.

[41] Étant donné la nature du contrat à terme avec règlement en espèces et l'intention affirmée de M. MacDonald au moment de conclure le contrat à terme, selon laquelle il espérait réaliser un bénéfice d'une chute prévue du cours des actions de la BNE, le contrat à terme était [TRADUCTION] « de la spéculation pure », soit un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial.

### 2.2 La thèse de l'intimée

[42] Selon l'intimée, un contrat à terme est un « bien » au sens du paragraphe 248(1) de la Loi, un terme à la définition si large qu'il inclut « les droits de quelque nature qu'ils soient », et également une « immobilisation » au sens du paragraphe 248(1) et de l'article 54 de la Loi. L'intimée a renvoyé à *Friesen*, précité, un arrêt de la Cour suprême du Canada (au paragraphe 42), pour affirmer qu'il n'existe que deux catégories de biens en vertu de la Loi, soit les biens figurant

dans un « inventaire » et les immobilisations, et a soutenu qu'un instrument dérivé pouvait être une immobilisation ou un bien figurant dans un « inventaire ». Selon l'intimée, le contrat à terme en cause dans le présent appel est une immobilisation.

[43] Le contrat à terme n'est pas un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial. L'intimée a fait valoir que pour qu'il constitue un projet de caractère commercial, il devait comporter un projet visant la réalisation d'un bénéfice, ce qui n'inclut pas des réductions fiscales prévues, ce que tentait d'obtenir M. MacDonald (*Canada c. Loewen*, [1994] 3 C.F. 83 (C.A.F.), à la page 93 (*Loewen*)).

[44] Selon l'intimée, une série de faits n'établissent pas que M. MacDonald avait un projet pour réaliser un bénéfice; j'examinerai ces faits plus loin.

[45] En outre, l'intimée a souligné les critères suivants qui sont pertinents pour déterminer si une transaction est imputable au revenu ou au capital : i) la nature du bien qui est vendu; ii) la durée de la possession; iii) la fréquence ou le nombre d'opérations similaires effectuées; iv) les améliorations apportées au bien pendant que le contribuable en est propriétaire pour le mettre dans un état permettant de le vendre; v) les circonstances qui ont entraîné la vente du bien; vi) l'intention au moment de l'acquisition et, s'il y avait une intention secondaire au moment de l'achat, le motif pour vendre (*Les propriétés Belcourt inc. c. La Reine*, 2014 CCI 208, aux paragraphes 30 et 31).

### 2.3 Analyse

[46] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que le contrat à terme conclu par M. MacDonald était, en soi, un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial, c'est-à-dire un instrument de spéculation.

[47] Un contrat à terme est un type d'instrument dérivé financier. Dans l'arrêt *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715, au paragraphe 30 (*Placer Dome*), la Cour suprême du Canada décrit généralement le contrat à terme comme « un contrat qui oblige une partie à acheter, et une autre à vendre, une certaine quantité d'éléments d'actif à un prix et à une date fixés d'avance ». La Cour suprême affirme que le contrat à terme crée une obligation bilatérale en ce sens que les deux parties ont des obligations. La Cour suprême souligne également que, conformément à ce qui est habituellement compris en vertu des principes comptables généralement reconnus (« PCGR »), les instruments financiers dérivés sont des contrats dont la valeur dépend de celle d'un

actif, d'un taux de référence ou d'un indice qui lui est sous-jacent (au paragraphe 29).

[48] De la même façon, M. Klein a décrit en termes généraux le contrat à terme comme étant une entente entre un vendeur et un acheteur d'échanger une certaine quantité d'un [TRADUCTION] « actif à livrer » à une [TRADUCTION] « date de livraison » fixée pour un [TRADUCTION] « prix de livraison » convenu au préalable. Il a aussi expliqué qu'en l'espèce, il est clair que M. MacDonald était le « vendeur » en vertu du contrat à terme, même si on ne sait pas, jusqu'à la date du règlement, quelle partie devra transférer une valeur économique. Autrement dit, avant que le cours des actions de référence (soit le prix courant du marché) à la date du règlement ne soit connu, on ne savait si M. MacDonald devrait faire un paiement à VMTD ou s'il recevrait un paiement de VMTD.

[49] Comme il a été mentionné plus haut, la définition du terme « entreprise » au paragraphe 248(1) de la Loi inclut « les projets comportant un risque ou les affaires de caractère commercial ». Cependant, cette expression n'est pas définie dans la Loi et il faut faire appel à la *common law* pour déterminer son sens.

[50] Un « projet visant la réalisation d'un bénéfice » constitue la première condition d'un projet comportant un risque ou d'une affaire de caractère commercial, et il doit faire partie de l'intention du contribuable. Les tribunaux se sont concentrés sur l'intention du contribuable au moment de conclure la transaction.

[51] En déterminant si une transaction était un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial, la Cour de l'Échiquier, dans *M.N.R. v. James A. Taylor*, [1956-60] R.C. de l'É. 3 (*Taylor*), a affirmé qu'il faut tenir compte de toutes les circonstances entourant la transaction et qu'aucun critère unique ne pouvait être formulé (*Taylor*, précité, à la page 29). Dans cette affaire, la Cour de l'Échiquier a souligné que la nature et la quantité des biens en cause étaient utiles pour déterminer si une opération constituait un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial. De plus, le fait qu'une opération soit isolée ou unique n'est pas un critère permettant de déterminer si elle constitue un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial; en fait, ce pourrait, au contraire, être un [TRADUCTION] « facteur très important » (*Taylor*, précité, aux pages 24 et 25). La Cour de l'Échiquier a cité et approuvé la déclaration de lord Carmont dans *Commissioners of Inland Revenue v. Reinhold* (1953), 34 T.C. 389, selon laquelle [TRADUCTION] « il y a des cas “où la marchandise elle-même

qualifie l'opération d'affaire de caractère commercial” » (*Taylor*, précité, à la page 29).

[52] Dans l'arrêt *Canada Safeway Limited c. La Reine*, 2008 CAF 24 (*Canada Safeway*), la Cour d'appel fédérale a affirmé que même si les tribunaux appliquent divers facteurs pour déterminer si une opération constitue un projet comportant un risque de caractère commercial ou une opération en capital, le facteur le plus déterminant est l'intention qu'avait le contribuable au moment de l'acquisition du bien, et que si cette intention révèle l'existence d'un plan visant la réalisation d'un bénéfice, l'opération répond à la définition de projet comportant un risque de caractère commercial (au paragraphe 43). Pour déterminer l'existence d'un plan visant la réalisation d'un bénéfice, les tribunaux doivent déterminer si le contribuable avait « l'intention légitime de tirer un bénéfice de l'opération » (*Friesen*, précité, au paragraphe 16). Cependant, si le bien est acquis dans l'intention d'être détenu en vue de produire un revenu (ou de servir à la production d'un revenu), on a affaire à une immobilisation (*Canada Safeway*, précité, au paragraphe 78).

[53] Les tribunaux ont constamment soutenu que les projets comportant un risque étaient des opérations spéculatives et qu'ils comportaient un risque élevé (*Banque continentale du Canada c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 358; *Aviva Canada Inc., anciennement CGU Group Canada Ltd. c. La Reine*, 2006 CCI 57).

[54] Dans la décision *Ethicon Sutures Ltd. c. La Reine*, [1985] A.C.F. n° 436 (QL) (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), la Cour fédérale a conclu que : « lorsque l'opération est une spéculation faite dans l'espoir de réaliser un profit, elle est réputée être un risque de caractère commercial ».

[55] L'appelant a renvoyé la Cour au Bulletin d'interprétation IT-459 (8 septembre 1980) (maintenant archivé) de l'Agence du revenu du Canada (l'« ARC ») à l'appui de l'affirmation selon laquelle toutes les circonstances d'une transaction doivent être prises en compte pour décider s'il s'agit d'un projet comportant un risque ou d'une affaire de caractère commercial. Dans ce document, l'ARC rappelait les critères principaux tirés de la jurisprudence pour déterminer si une transaction est un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial :

- a) le contribuable a-t-il traité le bien qu'il avait acquis de la même manière qu'un négociant aurait habituellement traité un tel bien;

b) la nature et la quantité des biens excluent-elles la possibilité que leur vente soit la réalisation d'un investissement ou soit, par ailleurs, une réalisation de capital, ou que les biens puissent avoir fait l'objet d'une disposition autrement que par une transaction commerciale; et

c) l'intention du contribuable, établie par les faits ou par déduction, est-elle dans la même ligne que d'autres preuves indiquant une motivation commerciale.

[56] Si on applique à l'espèce la règle énoncée dans l'arrêt *Canada Safeway*, précité, le facteur le plus important à considérer pour déterminer si le contrat à terme était un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial est l'intention de M. MacDonald au moment où il a conclu le contrat à terme.

[57] De toute évidence, un contrat à terme peut être utilisé comme instrument de couverture ou de spéculation (*Placer Dome*, précité, au paragraphe 29). Par conséquent, le type d'instrument dérivé n'a aucune incidence sur l'intention de M. MacDonald. En outre, l'existence ou non d'une intention spéculative ne peut être inférée des dispositions du contrat à terme, du prêt et de l'entente de nantissement. En d'autres mots, ces ententes n'indiquent pas que le but était la couverture de risque ou la spéculation.

[58] L'intimée fait valoir que l'intention principale de M. MacDonald en concluant cet arrangement structuré, y compris le contrat à terme, était de réaliser le gain économique à l'égard des actions de la BNE faisant l'objet du nantissement et du contrat à terme et de protéger la valeur des actions de la BNE. Il n'était par conséquent exposé à aucun risque de perte en raison de l'arrangement structuré. De plus, toujours selon l'intimée, M. MacDonald n'a pas démontré de plan lui permettant de réaliser un bénéfice et n'a pas agi comme un négociant l'aurait fait. Je ne suis pas d'accord avec l'intimée.

[59] Je suis d'avis que la seule intention de M. MacDonald au moment de conclure le contrat à terme était de spéculer sur une baisse prévue du cours des actions de la BNE et d'en tirer profit; son témoignage était crédible et fiable, et il était un témoin très digne de foi. De plus, je ne suis pas convaincue qu'il y ait eu un changement d'intention au fil des années, même lorsque M. MacDonald déclare qu'il a conservé le contrat à terme parce qu'il voulait limiter ses pertes, puisqu'un changement d'intention doit être clair et sans équivoque (*Edmund Peachey Ltd c. La Reine*, [1979] A.C.F. n° 2 (QL) (C.A.F.)).

[60] Pour qu'il y ait affaire de caractère commercial, il doit y avoir un projet permettant de réaliser un bénéfice, et je suis d'avis que c'est le cas en l'espèce. Les

faits démontrent que M. MacDonald avait une intention légitime de tirer un bénéfice du contrat à terme. Lorsqu'il a conclu le contrat à terme, il n'était pas possible de dire avec certitude s'il devrait faire un paiement à VMTD ou s'il recevrait un montant de VMTD. Le contrat à terme permettait à M. MacDonald de spéculer sur la possibilité que le cours des actions de la BNE baisse à court terme et qu'il puisse tirer profit de cette baisse prévue. Son témoignage n'a pas été contredit et les faits appuient son témoignage.

[61] Je suis d'accord avec les observations suivantes soulevées par l'appelant. M. MacDonald a conclu un contrat à terme qui ne pouvait faire l'objet que d'un règlement en espèces. Par conséquent, le contrat à terme ne comportait pas d'échange, de vente ou de livraison d'actions de la BNE. Le contrat à terme était purement spéculatif, puisque M. MacDonald devait le résilier intégralement ou partiellement pour en tirer un revenu; en lui-même, le contrat à terme ne produisait pas de revenu. Le contrat à terme ne pouvait mener à un bénéfice que si le cours des actions de la BNE à la date d'échéance était plus bas que le prix à terme et uniquement si M. MacDonald résiliait le contrat à terme intégralement ou partiellement. En outre, le contrat à terme lui-même indique que la transaction était une opération commerciale, puisqu'il est de nature hautement spéculative, qu'il présente un fort potentiel de perte et de bénéfice, qu'il s'agit d'une opération isolée et non récurrente et qu'il n'a pas été utilisé pour réaliser un gain de la valeur des actions de la BNE. Quant à savoir si M. MacDonald recevrait un paiement ou serait tenu de faire un paiement en vertu du contrat à terme, cela dépendait entièrement de l'évolution future du cours des actions de la BNE à la bourse de Toronto.

[62] Bien que les différentes ententes (le contrat à terme, le prêt et l'entente de nantissement) renvoient les unes aux autres, la preuve démontre que M. MacDonald ne considérait pas que le prêt faisait partie du contrat à terme. Il considérait le prêt comme un sous-produit du contrat à terme, et a indiqué dans son témoignage qu'il avait accepté le crédit offert par la Banque TD parce que les conditions en étaient avantageuses. La preuve démontre que M. MacDonald a traité le prêt et le contrat à terme comme deux ententes distinctes. M. MacDonald n'a utilisé qu'un très faible pourcentage du crédit offert. De plus, le prêt a été remboursé en totalité en novembre 2004, mais le contrat à terme est resté en place. Le fait que M. MacDonald ait investi le montant emprunté dans des actions d'ECM et d'autres titres cotés en bourse n'est pas pertinent à cette détermination.

[63] Ce que je dois examiner en l'espèce, c'est l'intention de M. MacDonald au moment où il a conclu le contrat à terme, comme le confirme la signature de la

confirmation. La confirmation a été signée le 2 juillet 1997; la date de transaction du contrat à terme est le 26 juin 1997. Je suis d'avis que la preuve démontre, selon la prépondérance des probabilités, que l'intention de M. MacDonald au moment de signer le contrat à terme était de réaliser un bénéfice en spéculant que le cours des actions de la BNE baisserait, en raison des nuages sombres qu'il voyait s'accumuler sur les marchés financiers et dont il a fait mention dans son témoignage : la crise de la dette asiatique en 1997, l'effondrement du baht thaïlandais, le mini-krach boursier d'octobre 1997 à la bourse de New York, la crise de la dette russe en 1998 et l'effondrement du fonds de couverture Long Term Capital Management en 1998. Selon ses propres mots, M. MacDonald avait l'intention [TRADUCTION] « de réaliser un profit de la baisse prévue de la valeur des actions de la Banque de la Nouvelle-Écosse en raison des nuages sombres que je voyais s'accumuler à l'horizon financier ». Le témoignage de M. MacDonald montre clairement qu'il avait l'intention de spéculer — il voulait tirer profit d'une baisse possible du cours des actions de la BNE à la lumière de l'état des marchés financiers au moment où il a négocié le contrat à terme.

[64] Un facteur important à l'appui de ma conclusion concernant l'intention de M. MacDonald est qu'au moment où M. MacDonald a conclu le contrat à terme, il ne savait pas s'il devrait faire un paiement à VMTD ou s'il allait recevoir un paiement de VMTD. Selon le témoignage de M. MacDonald, que j'ai trouvé crédible et fiable, ses prévisions défavorables à court terme découlaient des préoccupations que lui inspiraient ces nuages sombres dans les marchés internationaux et du fait qu'à son avis, la BNE était la banque canadienne qui présentait la plus grande exposition à ces événements à l'étranger. Sa croyance était fondée sur la vaste expérience acquise durant ses nombreuses années de travail dans les marchés financiers et sur l'information cruciale dont il disposait sur la BNE en particulier. Dans son témoignage, M. MacDonald a établi clairement quelle était son intention au moment de conclure le contrat à terme. À titre de personne bien informée sur le monde de la finance, il voyait les nuages sombres qui s'accumulaient à l'horizon. De plus, parce qu'il avait occupé des postes de très haut niveau pendant plusieurs années à la BNE, il était en mesure de conclure de façon raisonnable que la BNE était la banque canadienne la plus exposée aux turbulences des marchés étrangers.

[65] L'intimée fait valoir que les déclarations intéressées de M. MacDonald ne peuvent à elles seules être déterminantes de son intention. Cependant, je ne m'appuie pas uniquement sur les déclarations de M. MacDonald (c'est-à-dire sur son intention subjective), et je dois examiner comment son intention se manifeste objectivement, ce qui est une question de fait à trancher en tenant compte de toutes

les circonstances (*Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695 (à la page 736); *Swirsky c. La Reine*, 2014 CAF 36, au paragraphe 8). Comme je l'ai mentionné au paragraphe précédent, les faits et les circonstances montrent que le témoignage de M. MacDonald était crédible et fiable.

[66] Un autre fait très important dont il faut tenir compte en l'espèce est que M. MacDonald avait l'intention de ne jamais vendre ses actions de la BNE et qu'il voulait les conserver à très long terme. Les faits étayaient aussi cette partie de son témoignage, puisque M. MacDonald n'a vendu qu'une petite partie de ses actions de la BNE au fil des années afin de rééquilibrer son portefeuille. En 2003 et en 2004, il n'a vendu aucune action de la BNE (il a fait don de 400 actions de la BNE en 2004). En 2005, alors que VFC commençait à connaître beaucoup de succès, M. MacDonald a vendu 273 000 actions de la BNE, soit 37 % de sa participation. La raison invoquée par M. MacDonald pour la vente des actions de la BNE était crédible : puisqu'il était l'un des fondateurs de VFC, il n'aurait pas envoyé un bon message en vendant des actions de VFC. De plus, en 2006, M. MacDonald a acquis des actions de la Banque TD en échange de ses actions de VFC et a décidé de vendre une partie de ses actions de la BNE et de la Banque TD afin de rééquilibrer son portefeuille. En 2006, M. MacDonald a vendu 10 000 actions de la BNE, ce qui ne représentait que 2,2 % de sa participation. Le témoignage de M. MacDonald a été très clair : les actions de la BNE constituent la pierre angulaire de son portefeuille de placements, représentant environ 15 % de la valeur de son portefeuille à la date de l'audience. Par conséquent, il est clair que M. MacDonald a pris un risque financier très important en concluant le contrat à terme. Si le cours des actions de la BNE avait augmenté, il aurait dû faire un paiement à VMTD. Comme il ne voulait pas vendre ses actions de la BNE et qu'il n'a pas, en fait, vendu d'actions de la BNE lorsqu'il a fait des paiements en vertu du contrat à terme, il est évident que le fait de faire des paiements en vertu du contrat à terme sans vendre des actions de la BNE correspondantes plaçait M. MacDonald dans une situation financière désavantageuse. Par conséquent, on ne peut conclure qu'il a réalisé un gain en concluant le contrat à terme. En outre, et en gardant à l'esprit le fait important que M. MacDonald a déclaré qu'il souhaitait conserver ses actions de la BNE à très long terme, je ne peux voir pourquoi M. MacDonald aurait conclu le contrat à terme dans l'intention d'effectuer un paiement à VMTD, ce qui reviendrait à perdre de l'argent.

[67] Dans ses observations, l'intimée a souligné que le nombre d'actions de la BNE détenues par M. MacDonald avait en tout temps été supérieur au nombre d'actions faisant l'objet du contrat à terme. Selon le témoignage de M. Klein, pour qu'il y ait spéculation, c'est-à-dire augmentation de l'exposition au risque, le

nombre d'actions faisant l'objet du contrat doit être supérieur au nombre d'actions détenues. De plus, M. Klein conclut qu'il y aurait toujours une couverture à l'égard du nombre d'actions détenues. L'intimée a invoqué les commentaires de la juge en chef adjointe Lamarre dans la décision *George Weston limitée c. La Reine*, 2015 CCI 42 (*George Weston*) : pour qu'une transaction soit spéculative, la valeur nominale des opérations dérivées doit excéder le risque couru (au paragraphe 68). De même, dans l'arrêt *Placer Dome*, précité, la Cour suprême du Canada a conclu que pour qu'il y ait spéculation, l'exposition du contribuable doit excéder le risque couru (au paragraphe 29).

[68] Je ne suis pas d'accord avec la position de l'intimée. Si l'intimée avait raison, il deviendrait impossible de spéculer en utilisant un instrument dérivé tout en conservant une position acheteur dans un élément d'actif. Comme je l'ai conclu plus haut, M. MacDonald ne s'exposait à aucun risque en détenant les actions de la BNE puisqu'il n'avait pas l'intention de les vendre avant très longtemps. Par conséquent, je suis d'avis que, lorsqu'il a conclu le contrat à terme, il a augmenté son niveau de risque, puisqu'il ne savait pas s'il devrait faire un paiement à VMTD ou s'il recevrait un montant de VMTD.

[69] Ma conclusion est étayée par le fait que le règlement du contrat à terme devait avoir lieu en espèces, ce qui, comme l'a exprimé M. Kurgan, est plus susceptible de se produire lors de la spéculation. Comme il est mentionné plus haut, M. MacDonald ne pouvait régler le contrat à terme par un transfert d'actions de la BNE; seul un transfert en espèces pouvait régler le contrat. La seule source de revenu pour M. MacDonald est le contrat à terme. Cependant, M. Klein était d'avis que le fait que le contrat à terme dût être réglé en espèces n'était pas un élément déterminant d'une couverture ou de la spéculation, puisque celles-ci sont équivalentes sur le plan économique. À l'audience, M. Klein a témoigné de l'équivalence économique entre des contrats à terme dont le règlement se fait en espèces ou en éléments d'actif. Je conviens qu'il a établi ce fait. Cependant, en matière de fiscalité, la forme a de l'importance, et mon but n'est pas de déterminer l'équivalence économique de deux transactions différentes, mais les conséquences fiscales découlant d'une transaction précise, et je dois à cette fin obtenir une image précise du revenu d'un contribuable. Je suis d'avis que la présente affaire correspond à la première précision faite par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622 (*Shell*), aux paragraphes 39 et 45 :

39 Notre Cour a statué à maintes reprises que les tribunaux doivent tenir compte de la réalité économique qui sous-tend l'opération et ne pas se sentir liés

par la forme juridique apparente de celle-ci : *Bronfman Trust*, précité, aux pp. 52 et 53, le juge en chef Dickson; *Tennant*, précité, au par. 26, le juge Iacobucci. Cependant, deux précisions à tout le moins doivent être apportées. Premièrement, notre Cour n'a jamais statué que la réalité économique d'une situation pouvait justifier une nouvelle qualification des rapports juridiques véritables établis par le contribuable. Au contraire, nous avons décidé qu'en l'absence d'une disposition expresse contraire de la Loi ou d'une conclusion selon laquelle l'opération en cause est un trompe-l'œil, les rapports juridiques établis par le contribuable doivent être respectés en matière fiscale. Une nouvelle qualification n'est possible que lorsque la désignation de l'opération par le contribuable ne reflète pas convenablement ses effets juridiques véritables : *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298, au par. 21, le juge Bastarache.

[...]

45 [...] Sauf disposition contraire de la Loi, le contribuable a le droit d'être imposé en fonction de ce qu'il a fait, et non de ce qu'il aurait pu faire et encore moins de ce qu'un contribuable moins habile aurait fait.

[Je souligne.]

[70] Néanmoins, je suis également au fait des commentaires de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Placer Dome*, précité, selon lesquels « tout au moins pour l'application des PCGR, le contrat dérivé demeure un instrument de « couverture » quel qu'en soit le dénouement » (au paragraphe 31). Cependant, comme l'a aussi affirmé la Cour suprême dans l'arrêt *Canderel*, précité, les PCGR ne sont pas déterminants en matière de traitement fiscal (aux paragraphes 36 et suivants).

[71] L'intimée a aussi fait valoir que le contrat à terme comportait une disposition sur la résiliation anticipée permettant à M. MacDonald de résilier partiellement ou intégralement le contrat à terme avant la date d'échéance, que M. MacDonald aurait dû s'en prévaloir lorsque le cours des actions de la BNE a chuté en 1998 et tout au long du milieu des années 2000, et qu'il aurait alors réalisé un bénéfice de plusieurs millions de dollars. L'intimée a fait valoir que M. MacDonald n'a pas agi comme un négociant ou un spéculateur. De fait, M. MacDonald a admis dans son témoignage qu'il aurait pu résilier en totalité le contrat à terme en 1998 et qu'il aurait alors pu réaliser un bénéfice substantiel, compte tenu du cours des actions de la BNE à ce moment. Cela soulève effectivement la question de savoir pourquoi M. MacDonald, alors qu'il avait la possibilité de réaliser un bénéfice, n'a pas demandé la résiliation même partielle du contrat à terme, si son intention était de spéculer au moyen du contrat à terme. Mais M. MacDonald a donné une explication raisonnable : il a fait une erreur en ne réalisant pas son bénéfice.

[72] Rien dans la preuve n'indique qu'il y ait eu d'autres circonstances dans lesquelles M. MacDonald aurait pu réaliser un bénéfice en vertu du contrat à terme. Outre l'admission de M. MacDonald concernant 1998, selon la preuve disponible, il n'y a eu qu'une seule autre période (du 2 juillet 1997 au 28 novembre 1997, en supposant que le prix à terme en vertu du contrat à terme n'ait pas été modifié de façon à être inférieur à 67,854 \$ durant cette période) durant laquelle le prix de référence était inférieur au prix à terme (auquel cas VMTD aurait été tenue de faire un paiement à M. MacDonald en cas de règlement). La preuve ne contient aucune confirmation modifiée pour la période du 28 novembre 1997 au 22 mars 2002; par conséquent, je n'ai pas d'information sur le prix à terme durant cette période. Après le 22 mars 2002, il semble que les prix de référence étaient supérieurs aux prix à terme établis dans les confirmations modifiées (auquel cas c'est M. MacDonald qui aurait été tenu de faire un paiement à VMTD en cas de règlement). Bien qu'il semble que M. MacDonald puisse avoir été « passif » en comparaison d'un négociant ou d'un spéculateur, je suis d'avis que ce n'est pas suffisant pour conclure que M. MacDonald n'agissait pas à titre de négociant ou de spéculateur à l'égard du contrat à terme. En outre, le fait de tenter de déterminer de façon rétrospective quelle était l'intention de M. MacDonald à un moment précis commande, à mon avis, une extrême prudence. En rétrospective, il est facile de dire que M. MacDonald aurait dû régler le contrat à terme lorsque le cours des actions de la BNE a baissé en 1998 et jusqu'au milieu des années 2000 et qu'il aurait réalisé un bénéfice de plusieurs millions de dollars. Comme il a été indiqué plus haut, il y avait des orages à l'horizon en 1997. En outre, comme l'a indiqué M. Korgan dans son témoignage, un marché baissier s'est installé au milieu des années 2000 et les marchés financiers manifestaient une anxiété croissante; l'attaque sur les tours jumelles à New York le 11 septembre 2001 a aussi suscité beaucoup d'anxiété au sein des marchés financiers.

[73] L'intimée a en outre affirmé que M. MacDonald n'avait pas la possibilité de réaliser un bénéfice ou de spéculer sur le contrat à terme puisqu'il avait donné en gage la totalité des montants payables par VMTD en vertu du contrat à terme en guise de garantie pour le prêt et qu'il avait cédé tous ses droits en vertu du contrat à terme à la Banque TD. M. MacDonald avait également donné en gage les actions de la BNE. Je ne vois pas la pertinence de ces arguments. Le fait que les banques prennent des garanties n'est pas pertinent pour déterminer si une personne est engagée dans un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial. Un créancier exigera souvent des garanties pour un contrat; ceci n'a aucune incidence sur la question de savoir si le débiteur est engagé dans un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial. Plus précisément, le fait que M. MacDonald ait donné en gage tous les montants payables par VMTD

en vertu du contrat à terme ainsi que les actions de la BNE en garantie du prêt et qu'il ait cédé tous ses droits en vertu du contrat à terme à la Banque TD n'est pas pertinent pour déterminer si M. MacDonald était engagé dans un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial. Le facteur qui déterminait si M. MacDonald recevrait un paiement en vertu du contrat à terme est celui de savoir si le prix à terme était supérieur au prix de référence. M. MacDonald n'avait pas à vendre ou à négocier ses actions de la BNE pour tirer un bénéfice du contrat à terme. De plus, même si les montants payables à M. MacDonald par VMTD, le cas échéant, étaient donnés en gage à la Banque TD en vertu de l'entente de nantissement, M. MacDonald aurait quand même eu droit à ces montants (à la condition de respecter ces ententes). J'ajouterais que le fait que les actions de la BNE aient été données en gage n'était pas pertinent pour M. MacDonald, puisqu'il avait l'intention de conserver ces actions à long terme et que la preuve démontre que c'est ce qu'il a fait.

[74] L'intimée ajoute que M. MacDonald n'avait aucune possibilité de régler le contrat à terme tant que la Banque TD maintenait son engagement de prêt, puisque le prêt exigeait qu'il maintienne le contrat à terme. Cependant, M. MacDonald a déclaré dans son témoignage qu'il considérait le prêt comme un sous-produit du contrat à terme; la Banque TD lui a offert un engagement de prêt à des conditions très favorables et c'est pourquoi M. MacDonald a accepté le prêt. En outre, la preuve démontre qu'il n'a pas emprunté le montant total disponible en vertu du prêt; il a emprunté 4 899 000 \$ du montant possible de 10 477 480 \$, environ 47 % du crédit offert par la Banque TD. Il a utilisé une partie de la somme empruntée pour investir dans ECM et acheter d'autres titres cotés en bourse. Puisque M. MacDonald est financièrement à l'aise, je suis d'avis que s'il avait voulu régler le contrat à terme, il aurait eu les moyens de rembourser le montant dû en vertu du prêt et de résilier le contrat à terme au moment qui lui convenait.

[75] L'intimée fait remarquer que le premier remboursement du prêt (en février 2003) a été suivi de près par le premier paiement en espèces à titre de règlement (en juin 2003) et qu'une partie des actions de la BNE données en gage ont été remises à M. MacDonald, ce qui démontre que M. MacDonald n'aurait pas pu négocier. À mon avis, l'intimée fait erreur en examinant les actions de la BNE et non le contrat à terme. M. MacDonald a déclaré qu'il ne souhaitait pas vendre les actions de la BNE; la question est de savoir s'il a agi comme un négociant ou un spéculateur à l'égard du contrat à terme et non à l'égard des actions de la BNE. La question n'est pas de savoir s'il a spéculé avec les actions de la BNE, mais s'il a spéculé lorsqu'il a conclu le contrat à terme. On pourrait dire la même chose de l'observation de l'intimée selon laquelle M. MacDonald, s'il était un négociant ou

un spéculateur, aurait déclaré toutes les transactions mobilières au titre du revenu. La question qui se pose ici est de savoir si le contrat à terme était un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial; par conséquent, je dois déterminer si M. MacDonald agissait comme un négociant ou un spéculateur à l'égard du contrat à terme. Je ne vois pas la pertinence d'examiner la façon dont il a traité des titres cotés en bourse sur la question de savoir si M. MacDonald était engagé dans un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial à l'égard du contrat à terme.

[76] En outre, selon l'intimée, il n'existe aucune preuve de l'existence d'un projet permettant de réaliser un bénéfice en résiliant immédiatement le contrat puisque M. MacDonald a conclu un seul contrat à terme, d'une durée de neuf ans, qui a été modifié à plusieurs reprises. Au contraire, un négociant ou un spéculateur aurait conclu plusieurs contrats. Je suis d'avis que cet argument ne peut être retenu, puisque la Cour de l'Échiquier, dans la décision *Taylor*, précitée, a conclu que le fait qu'une transaction soit isolée ou unique n'est pas un critère pour déterminer s'il s'agit d'un projet comportant un risque ou d'une affaire de caractère commercial (*Taylor*, précité, au paragraphe 48).

[77] L'intimée a supposé que M. MacDonald avait l'intention secondaire d'obtenir un avantage fiscal, ce qui ne peut être considéré comme un plan permettant de réaliser un bénéfice, et a cité à l'appui de cet argument l'arrêt *Loewen*, précité, dans lequel la Cour d'appel fédérale a déclaré : « je ne crois pas que l'on puisse à bon droit soutenir que l'opération dont le seul but est de réduire l'impôt par ailleurs payable par un contribuable est, pour cette seule raison, un risque de caractère commercial » (page 95).

[78] Dans *Loewen*, précité, la Cour d'appel fédérale a clairement établi que la réduction de l'impôt ne pouvait pas être le seul facteur à considérer pour déterminer si une opération est un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial, et que d'autres facteurs doivent être présents. Dans le cas de M. MacDonald, je suis d'avis que la réduction de l'impôt par ailleurs payable n'était pas l'une des raisons de conclure le contrat à terme. Le témoignage de M. MacDonald est clair : il ne souhaitait pas vendre les actions de la BNE et voulait les conserver à très long terme. Les faits démontrent que cela était son intention et a continué de l'être. Par conséquent, il ne peut y avoir de déclarations asymétriques, c'est-à-dire des pertes d'entreprise sur le contrat à terme et des gains en capital sur la vente des actions de la BNE, comme l'a fait valoir l'intimée.

[79] Enfin, en ce qui a trait aux pratiques passées, M. MacDonald a déclaré durant son témoignage qu'il n'avait pas, avant 1997, conclu de contrat à terme portant sur un titre coté en bourse. Il a ajouté qu'il avait l'habitude de vendre des options d'achat sur les titres qu'il détenait et que celles-ci étaient déclarées comme revenu, puisqu'il les considérait comme spéculatives et qu'il [TRADUCTION] « pensait qu'il était préférable d'avoir une approche uniforme pour les options et pour le contrat à terme ». L'intimée a souligné que M. MacDonald avait traité certaines options comme imputables au capital. Elle fait valoir qu'à partir de 2003, M. MacDonald a modifié la façon de déclarer les transactions sur les options d'achat de la BNE et a porté les options au compte de revenu. M. MacDonald a témoigné qu'un [TRADUCTION] « très petit nombre » d'options avaient [TRADUCTION] « par inadvertance » été traitées comme imputables au capital. Par conséquent, malgré la pratique de M. MacDonald de déclarer d'autres instruments dérivés au titre du revenu, il semble y avoir eu une certaine incohérence dans son traitement des options d'achat. Dans le présent appel, cependant, je m'intéresse au contrat à terme et non aux options d'achat. Par conséquent, cette incohérence dans le traitement des options d'achat n'a aucune incidence sur la question de savoir si le contrat à terme était un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial.

### 3. Couverture

[80] La deuxième partie de mon analyse consiste à déterminer si M. MacDonald a couvert une immobilisation lorsqu'il a conclu le contrat à terme, et dans l'affirmative, quelle est l'immobilisation faisant l'objet de la couverture, de sorte que les paiements en espèces à titre de règlement soient au titre du capital plutôt qu'au titre du revenu. La preuve présentée à la Cour et les observations des parties démontrent clairement que les actions de la BNE détenues par M. MacDonald sont l'immobilisation qui doit être prise en compte dans cette détermination. Pour les motifs suivants, je suis d'avis que M. MacDonald n'a pas couvert les actions de la BNE : M. MacDonald n'avait pas l'intention claire de mener une opération de couverture lorsqu'il a conclu le contrat à terme et les faits en l'espèce ne montrent pas de lien, ni quant au montant ni quant au moment, entre le contrat à terme et la propriété des actions de la BNE ou toute transaction à l'égard des actions de la BNE. De plus, aucun autre lien n'a été trouvé.

#### 3.1 Définition d'une opération de couverture

[81] La Loi ne définit pas ce qu'est une opération de couverture. Selon le *Canadian Dictionary of Finance and Investment Terms* (Lexique canadien de la

finance et des placements), l'opération de couverture est une stratégie utilisée pour compenser le risque d'un placement, dans laquelle [TRADUCTION] « l'opération de couverture parfaite est celle qui élimine la possibilité de gain futur ou de perte future » (Jerry White *et al.*, *Canadian Dictionary of Finance and Investment Terms*, 2<sup>e</sup> éd. (Hauppauge, New York, Barron's, 2000)) (*Canadian Dictionary of Finance*). Le dictionnaire *Black's Law Dictionary* (10<sup>e</sup> édition, 2014) définit comme suit l'opération de couverture :

[TRADUCTION]

L'utilisation de deux opérations se compensant ou s'annulant afin d'assurer un équilibre; plus particulièrement, prendre d'avance des mesures pour se protéger des pertes sur un placement, une opération de spéculation ou un pari, par exemple lorsque l'acheteur d'une marchandise s'assure contre un changement défavorable des prix en effectuant d'avance un achat à un prix fixe pour livraison à une date ultérieure.

[Non souligné dans l'original.]

[82] Dans son rapport d'expert, M. Kurgan décrit l'opération de couverture comme [TRADUCTION] « l'utilisation simultanée d'un placement pour compenser le risque d'une baisse des prix d'un autre placement ». M. Klein, dans son rapport, explique que la personne qui effectue une opération de couverture cherche à [TRADUCTION] « réduire ou éliminer son exposition à une source de risque à laquelle elle est déjà exposée » et est en désaccord avec l'utilisation du mot « baisse » par M. Kurgan, puisqu'une opération de couverture compense tous les changements de prix du bien faisant l'objet de la couverture.

[83] Selon M. Kurgan, un lien quant au montant et au moment est essentiel pour une opération de couverture. Plus précisément, un actif ne sera pas protégé à moins qu'il y ait un instrument de couverture à la date pertinente et que la valeur de la couverture soit directement liée à la valeur de l'actif sous-jacent.

[84] Toutefois, M. Klein a contesté l'idée que l'on puisse limiter la couverture de cette façon, puisqu'il n'est pas obligatoire qu'un instrument de couverture soit en place pour la totalité de la valeur de l'actif; les instruments de couverture partiels sont communs dans l'industrie. En outre, selon M. Klein, il n'est pas nécessaire que l'instrument de couverture soit résilié au moment où l'actif protégé est vendu. Le lien quant au montant et au moment n'est pas nécessaire, à la condition qu'il y ait un lien suffisant d'une autre nature entre l'instrument de couverture et l'actif protégé.

[85] D'après la définition commerciale de cette expression, et d'après les témoignages des experts, je suis d'avis qu'une composante essentielle d'une couverture est que la stratégie utilisée pour la couverture compense un risque du placement.

[86] En outre, la jurisprudence mentionnée ci-dessous affirme que les principaux éléments d'un instrument de couverture sont : (i) une intention d'éliminer un risque (c'est-à-dire de couvrir), (ii) un instrument de couverture qui est directement lié (ou symétrique) au bien sous-jacent qui fait l'objet de la couverture quant au montant et au moment (le « principe du rattachement ») (voir *Grain Futures Taxation Act (Manitoba)*, [1925] A.C. 591, [1925] J.C.J. n° 4 (QL), [1925] 2 W.W.R. 60 (C.J.C.P.)). De plus, je suis d'avis qu'une couverture exige à la fois une intention claire de couvrir en plus d'un lien étroit entre le prétendu instrument de couverture et le bien sous-jacent ou la transaction sous-jacente. Le lien quant au montant et au moment est très important parce qu'il réalise un gain ou fixe un prix.

[87] L'appelant a renvoyé à *Echo Bay Mines Ltd. c. Canada*, [1992] 3 C.F. 707 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (*Echo Bay*), *Placer Dome*, précité, et *Salada Foods Ltd c. La Reine*, [1974] A.C.F. n° 106 (QL) (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (*Salada Foods*), comme décisions ayant confirmé la nécessité d'un lien extrêmement étroit entre le prétendu instrument de couverture et le bien sous-jacent ou la transaction sous-jacente pour conclure qu'il y a une couverture lors du calcul de l'impôt sur le revenu.

[88] Plus précisément, dans *Echo Bay*, précité, la Cour d'appel fédérale a conclu qu'il existait une interconnexion et une intégration suffisantes avec l'entreprise du contribuable, soit la production d'argent, de telle façon que le gain tiré de la clôture du contrat de vente à terme était considéré comme un revenu tiré de cette entreprise. En prononçant son jugement, la Cour a souligné que l'existence d'une couverture « dépend de l'appréciation, au moment de la conclusion du contrat de vente à terme, de la capacité et de l'intention de produire la marchandise promise par ce contrat » : [1992] 3 C.F. 707, à la page 716.

[89] Dans l'arrêt *Placer Dome*, précité, même si la Cour se penchait sur la définition du terme « couverture » figurant dans la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* de l'Ontario, et qu'en outre l'affaire ne portait pas sur la question de savoir s'il y avait un revenu ou un gain en capital, la Cour suprême du Canada a fait quelques commentaires utiles sur la couverture, soit qu'elle désigne généralement les opérations destinées à compenser l'exposition au risque financier. De plus, la Cour suprême a examiné le sens courant du terme « couverture » selon les principes comptables généralement reconnus (PCGR) :

29 [...] Comme l'expliquent les professeurs Grottenthaler et Henderson, il y a essentiellement deux raisons de conclure un contrat de cette nature : soit la spéculation sur les fluctuations de la valeur de l'actif, du taux de référence ou de l'indice sous-jacent, soit la volonté de couvrir une position exposée à un risque financier particulier, comme celui que présente la volatilité des prix des marchandises : voir M. E. Grottenthaler et P. J. Henderson, *The Law of Financial Derivatives in Canada* (feuilles mobiles), p. 1-8. Cette distinction entre la spéculation et l'opération de couverture est importante. Il y a opération de couverture lorsque des éléments d'actif ou de passif de la partie qui l'effectue sont véritablement exposés aux fluctuations du marché, alors que la spéculation est [TRADUCTION] « la mesure dans laquelle l'opérateur en couverture effectue des opérations dérivées dont la valeur nominale excède le risque couru » : voir B. W. Kraus, « The Use and Regulation of Derivative Financial Products in Canada » (1999), 9 *W.R.L.S.I.* 31, p. 38. [...]

[Non souligné dans l'original.]

La Cour suprême a également conclu que les principes généraux énoncés dans la décision *Echo Bay*, précitée, avaient une certaine pertinence dans l'affaire dont elle était saisie et elle a adopté une approche stricte à l'égard du principe de rattachement :

35 Tout en étant conscient que la décision *Echo Bay Mines* porte sur une loi différente qui ne définit pas le terme « couverture », je conclus que les principes généraux qui y sont énoncés ont une certaine pertinence en l'espèce. En effet, la principale question posée dans *Echo Bay Mines* était de savoir si les gains et pertes résultant des opérations de couverture avaient avec les opérations sous-jacentes, à savoir la production et la vente d'argent, un lien suffisant pour constituer des « bénéfices relatifs à des ressources » au sens du Règlement pris en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. [...]

[Non souligné dans l'original.]

[90] Dans la décision *Salada Foods*, précitée, la Cour fédérale a confirmé la cotisation établie par le ministre, selon laquelle le bénéfice découlant de l'opération était un revenu tiré d'un projet de caractère commercial. Dans cette affaire, la contribuable, qui possédait un certain nombre de filiales au Royaume-Uni, avait prévu une baisse de la valeur de la livre sterling par rapport au dollar canadien. La contribuable avait vendu à terme une certaine quantité de livres sterling pour livraison l'année suivante. La livre sterling a effectivement perdu de la valeur et la contribuable a liquidé sa position à découvert dans la livre sterling, réalisant un bénéfice substantiel. La contribuable a soutenu que le bénéfice était un gain en capital parce que l'opération était une opération de couverture pour protéger ses

placements dans les filiales du Royaume-Uni, mais la cotisation a imposé le bénéfice en tant que revenu tiré d'un projet de caractère commercial. La Cour fédérale a confirmé la cotisation établie par le ministre en soulignant que la quantité de livres sterling vendues à terme ne comportait aucun lien avec la valeur des filiales du Royaume-Uni. La Cour fédérale a conclu que l'opération était un projet de caractère commercial, puisqu'elle a été menée comme une opération purement spéculative, avec l'intention et l'espoir de tirer un bénéfice :

16 Lorsqu'elle a fait les démarches pour la conclusion du contrat de vente à terme, la demanderesse a agi exactement comme l'aurait fait un vendeur de monnaie ou un spéculateur sur les devises. Salada n'a jamais eu l'intention de faire de la transaction un investissement au sens normal du terme et, en fait, la demanderesse a reconnu qu'il s'agissait uniquement de spéculation. Le succès de l'entreprise dépendait de l'achat de 500 000 livres à un prix inférieur à celui auquel elle s'était engagée à les livrer six mois plus tôt, et elle a agi de cette façon non pas parce qu'elle savait que la livre devait être dévaluée mais parce qu'elle a spéculé sur le fait qu'elle le serait. Elle n'a ni investi un capital dormant, ni disposé d'un actif immobilisé. En fait, Salada a réagi face à une situation anormale dont elle espérait tirer profit et la motivation d'un tel espoir est sans importance. (par. 16)

[91] En outre, l'appelant a affirmé qu'à sa connaissance, il n'existait pas de décisions fiscales canadiennes dans lesquelles on a conclu à l'existence d'une opération de couverture alors que le contribuable n'avait pas exprimé l'intention d'effectuer une opération de couverture. L'appelant a invoqué la décision *Saskferco Products ULC c. Canada*, 2008 CAF 297, [2009] 1 R.C.F. F-4 (*Saskferco*), à l'appui de l'affirmation selon laquelle en l'absence d'un lien direct, la simple intention de couvrir de la part du contribuable est insuffisante pour conclure à une opération de couverture lors du calcul de l'impôt sur le revenu. Dans l'arrêt *Saskferco*, précité, la contribuable avait fait valoir que le prêt en dollars américains constituait une couverture naturelle pour ses revenus en dollars américains. La Cour d'appel fédérale, confirmant la décision de notre Cour, a conclu que le principal but du prêt était de financer la construction d'une immobilisation, même s'il pouvait viser à couvrir une devise étrangère, et a conclu qu'il n'existait pas de lien entre le prêt et l'actif qu'on prétendait couvrir, à savoir les recettes de ventes en dollars américains, et qu'il n'y avait par conséquent pas d'opération de couverture pour les besoins de l'impôt sur le revenu.

[92] Les deux parties ont aussi renvoyé à la décision *George Weston*, précitée, pour appuyer leur position respective.

[93] Dans la décision *George Weston*, précitée, George Weston Ltd. (« GWL ») a traité les paiements reçus à la résiliation d'échanges ou de crédits croisés (« swaps ») comme étant imputables au capital, et a déclaré un gain en capital. Le ministre a établi une nouvelle cotisation à l'égard de GWL au motif que les montants reçus étaient imputables au revenu. GWL est une société canadienne cotée en bourse qui détient directement et indirectement des filiales au Canada et aux États-Unis. En 2001, GWL a fait l'acquisition d'une entreprise de produits de boulangerie exerçant principalement ses activités aux États-Unis dénommée Bestfoods Baking. Cette acquisition a augmenté la participation nette du groupe d'entreprises GWL dans des entreprises exploitées en dollars américains et a été financée entièrement au moyen d'emprunts. GWL a soutenu qu'elle avait eu recours aux échanges afin de protéger les capitaux propres du bilan consolidé et de se protéger contre les fluctuations du taux de change. La thèse de l'intimée était que les montants reçus suivant la résiliation de l'instrument dérivé ne pouvaient être imputables au capital pour les besoins de l'impôt sur le revenu que s'il était possible de démontrer que l'instrument dérivé était rattaché à une opération sous-jacente, comme l'achat ou la vente d'une immobilisation, le remboursement d'une dette en monnaie étrangère ou le placement de capitaux oisifs. L'intimée était d'avis qu'il ne suffit pas de couvrir le placement net au moyen d'une opération de couverture si la contribuable n'a aucune intention de vendre ce placement, puisqu'il n'y aurait pas de position à laquelle les gains ou les pertes provenant du contrat pourraient correspondre.

[94] La juge en chef adjointe Lamarre a souligné que la Cour suprême, dans l'arrêt *Shell*, précité, n'avait pas déclaré que le gain ou la perte provenant d'une opération dérivée devait nécessairement être rattaché à un gain ou à une perte découlant d'une autre opération; elle a affirmé qu'il n'y avait pas de fondement juridique justifiant que le produit tiré d'un contrat de couverture ne puisse pas être imputé au capital en l'absence de vente ou d'une vente proposée de l'élément couvert sous-jacent. Pour conclure que les échanges avaient été utilisés à titre de couverture du placement dans les entreprises exploitées en dollars américains, la juge en chef adjointe Lamarre a pris en considération l'intention de GWL, la valeur des échanges et la valeur des entreprises exploitées en dollars américains, laquelle était approximativement égale, en plus de la date d'acquisition des échanges, qui était assez proche de la date d'acquisition des entreprises exploitées en dollars américains.

[95] À mon avis, la décision *George Weston* a confirmé la nécessité d'évaluer à la fois l'intention du contribuable et sa conduite pour déterminer si une opération est une couverture, en plus de la nécessité d'appliquer le principe du rattachement.

Dans cette affaire, la valeur des échanges correspondait à la valeur des actifs américains sous-jacents que la contribuable avait l'intention de couvrir et il existait une certaine contemporanéité, puisque la contribuable avait eu recours aux échanges à une date assez rapprochée de la date d'acquisition des actifs américains (l'actif à couvrir). Il était clair que la contribuable n'aurait pas eu recours aux produits dérivés en l'absence de l'acquisition de Bestfoods et la juge en chef adjointe Lamarre a reconnu que l'intention était de couvrir le placement. Je suis d'accord avec l'appelant que, malgré certaines remarques laissant croire que la décision *George Weston* élargit les circonstances permettant de conclure à une opération de couverture, la loi exige toujours un lien étroit entre le prétendu instrument de couverture et l'actif sous-jacent.

### 3.2 Analyse

#### *L'intention*

[96] Avant d'examiner le principe du rattachement, je dois décider si M. MacDonald avait une intention claire de couvrir ses actions de la BNE. Je suis d'avis qu'il n'avait pas une telle intention, puisque j'ai estimé qu'il avait conclu le contrat à terme pour spéculer. Comme j'ai examiné en détail l'intention de M. MacDonald au moment de conclure le contrat à terme dans la section précédente des présents motifs, je n'aborderai pas la question ici.

#### *Le principe du rattachement*

[97] Citant la décision *George Weston*, précitée, l'intimée a fait valoir que le risque existant était lié aux actions de la BNE que détenait M. MacDonald et à la possibilité d'une fluctuation des prix. Elle a affirmé que le contrat à terme avait réduit l'exposition de M. MacDonald à la volatilité des prix. L'intimée a souligné être d'avis que le contrat à terme était suffisamment lié aux actions de la BNE que détenait l'appelant pour constituer une opération de couverture. Elle n'affirme pas que le contrat à terme était lié à une vente des actions de la BNE ou au remboursement du prêt.

[98] L'intimée s'est aussi appuyée sur le témoignage d'expert de M. Klein. Selon M. Klein, le contrat à terme constituait une couverture partielle d'un même actif pour le placement à long terme de M. MacDonald dans les actions de la BNE, à savoir une opération de couverture où les biens à livrer et l'actif couvert constituent le même actif, soit les actions de la BNE; par conséquent, le lien était très clair. Ainsi, en l'espèce, aucun autre lien n'est nécessaire pour conclure qu'il y a eu

opération de couverture. M. Klein a exprimé l'opinion que les mots « biens de référence » et « biens à livrer » étaient utilisés comme synonymes dans les contrats à terme. Comme le nombre d'actions de référence en vertu du contrat à terme ne dépassait pas le nombre d'actions de la BNE que détenait M. MacDonald, cela signifie que M. MacDonald a couvert les actions de la BNE. En outre, comme le contrat à terme offrait l'équivalent financier et économique d'une vente immédiate, M. MacDonald a en fait éliminé tous les risques liés à la fluctuation des prix et il s'agissait donc d'une opération de couverture.

[99] Je ne suis pas d'accord avec M. Klein. À mon avis, le contrat à terme ne peut être décrit pour les besoins de l'impôt sur le revenu comme une couverture partielle d'un même actif, soit les actions de la BNE. Les actions de la BNE sont les actions de référence dans le contrat à terme et ne sont pas les biens à livrer. M. Kurgan a également témoigné que le contrat à terme n'est pas une couverture d'un même actif pour les actions de la BNE, puisque les actions de la BNE ne sont pas les biens à livrer, mais plutôt les actions de référence en vertu du contrat à terme. M. MacDonald ne peut régler le contrat à terme en transférant ses actions de la BNE à VMTD. En vertu du contrat à terme, ce dernier ne peut être résilié que par l'échange d'espèces.

[100] Ma conclusion est également fondée sur le témoignage des deux experts, selon lesquels un contrat à terme de gré à gré est un contrat négocié entre les parties, par opposition à un contrat à terme standardisé, qui est un document normalisé. Si les parties avaient voulu que les actions de la BNE soient les biens à livrer, cela aurait été prévu dans le contrat à terme, mais ce n'était pas le cas.

[101] En outre, l'opinion de M. Klein repose sur une perspective purement économique et financière. Adopter le modèle économique et financier présenté par M. Klein à l'audience amènerait la Cour à spéculer sur ce qui pourrait arriver, au lieu de se fonder sur ce qui est arrivé. Ce n'est pas ce que devrait faire la Cour quand elle doit décider des conséquences fiscales résultant de faits précis (*Shell*, précité, au paragraphe 45).

[102] Les deux experts ont également convenu que le fait que le contrat à terme avait l'effet d'une vente immédiate n'avait pas de pertinence quant à la question de savoir si M. MacDonald avait ou non utilisé une opération de couverture.

[103] De plus, je suis d'avis que l'intimée a commis une erreur quand elle a affirmé que le risque pour M. MacDonald concernait les actions de la BNE qu'il détenait et la possibilité d'une fluctuation des prix, citant *George Weston*, précité. Dans la

décision *George Weston*, les faits sont clairs : les échanges ont été conclus pour protéger GWL d'une dévaluation du dollar américain par rapport au dollar canadien, ce qui aurait nuit aux états financiers de GWL et sur le rapport emprunts/capitaux propres de GWL. Le risque pour GWL était clair et, sans les échanges, GWL aurait souffert de la dévaluation du dollar américain, puisque cela aurait eu un effet direct sur les états financiers de GWL et sur ses actionnaires. Lorsque le risque n'était plus présent, GWL a liquidé les échanges.

[104] Toutefois, je suis d'avis que la situation sur laquelle je dois me pencher est entièrement différente en ce qui a trait à l'existence d'un risque. Dans son argumentation, l'intimée n'a pas tenu compte des faits réels de l'espèce. M. MacDonald a témoigné qu'il voulait conserver les actions de la BNE à très long terme. Il n'a vendu qu'un petit nombre de ses actions de la BNE au cours des ans pour rééquilibrer son portefeuille. Il possédait des actions de la BNE depuis 30 ans. Il a conclu le contrat à terme, qui devait être réglé en espèces, ce qui confirme son intention de ne pas vendre les actions de la BNE. Je ne vois pas comment M. MacDonald aurait pu être exposé à un risque associé aux actions de la BNE qu'il détenait, puisqu'il voulait ne jamais vendre les actions de la BNE; en fait, il n'en a vendu qu'un petit nombre. Tant qu'il ne vendait pas ses actions de la BNE, il n'était exposé à aucun risque du fait qu'il les détenait, et je ne vois pas comment la fluctuation des prix aurait pu le toucher.

[105] Par conséquent, je suis d'avis que d'autres liens, quant au montant et au moment, doivent être présents pour conclure que le contrat à terme a servi d'opération de couverture pour les actions de la BNE et que l'existence d'une opération correspondante est un prérequis pour conclure à une couverture en l'espèce.

[106] Selon l'intimée, M. MacDonald a créé une occasion de résilier le contrat à terme de façon permanente en remboursant entièrement le prêt, puisque [TRADUCTION] « sinon, il aurait été obligé de “conserver le contrat à terme” ». Comme le prêt exigeait le contrat à terme, mais que le contrat à terme n'exigeait pas le prêt, il serait logique qu'au moment de rembourser le prêt, on mette également fin au contrat à terme. Les deux experts ont convenu que le prêt n'était pas pertinent à la question de savoir si M. MacDonald avait ou non eu recours à une opération de couverture. Je suis d'accord avec eux. Le prêt a été entièrement remboursé en novembre 2004. M. MacDonald n'a emprunté aucun montant en vertu du prêt en 2004, 2005 et 2006. De plus, M. MacDonald a témoigné que le prêt était accessoire au contrat à terme. Je ne peux trouver aucun lien entre le

montant emprunté en vertu du prêt et la conclusion, de même que le règlement, du contrat à terme.

[107] En l'espèce, aucune opération en particulier n'a eu lieu vers le moment où M. MacDonald a signé le contrat à terme, ce qui aurait pu constituer un événement déclencheur. Dans la décision *George Weston*, précitée, il y avait une opération connexe — l'acquisition de Bestfoods — qui a déclenché la décision d'avoir recours aux échanges et à laquelle les échanges pouvaient être liés quant au moment. Dans le présent appel, M. MacDonald possédait les actions de la BNE depuis environ 30 ans quand il a conclu le contrat à terme. Il y avait un grand écart entre les dates auxquelles le contrat à terme a été conclu, puis réglé, et les dates auxquelles M. MacDonald a fait l'acquisition des actions de la BNE, puis a vendu des actions de la BNE. M. MacDonald a continué de détenir environ 447 000 actions de la BNE après le règlement final en vertu du contrat à terme. J'estime qu'il n'y avait pas de lien étroit entre le règlement du contrat à terme et les actions de la BNE. Plus précisément, les paiements de règlement n'étaient pas fondés sur une vente prévue des actions de la BNE et la vente par M. MacDonald de ses actions de la BNE ne s'est pas produite durant une période proche des paiements de règlement.

[108] En fait, la quantité d'actions de la BNE visées par le contrat à terme est inférieure au nombre d'actions que détenait M. MacDonald. Cela laisse croire qu'il n'y a pas de concordance entre la valeur des actions en vertu du contrat à terme et la valeur des actions de la BNE que détenait M. MacDonald. Néanmoins, les deux experts ont confirmé qu'il était possible d'utiliser une couverture partielle.

[109] L'intimée a souligné que lorsque M. MacDonald a réglé le contrat à terme, un nombre correspondant d'actions de la BNE lui ont été redonnées, de telle façon qu'il y avait une corrélation parfaite quant au montant et au moment. Cet argument ne me convainc pas. C'est là simplement le résultat logique découlant du règlement d'un contrat à terme.

[110] De plus, je ne suis pas convaincue par l'opinion de M. Klein, selon laquelle les encaissements constituent un lien entre le contrat à terme et les actions de la BNE. On peut penser que la liste des dividendes attendus constitue une composante normale d'un contrat à terme. En outre, dans son témoignage, M. Klein a expressément dit que l'annexe A ferait partie d'un contrat à terme autant pour la couverture que pour la spéculation.

[111] L'intimée a fait valoir que puisque les modalités du contrat à terme sont connues, il y a réalisation, parce que M. MacDonald est certain d'obtenir le prix à terme à la date d'échéance des biens à livrer ou des actions de référence ou de l'actif sous-jacent. Toutefois, dans son témoignage, M. Klein a convenu que, dans la situation hypothétique où une personne règle un contrat à terme en espèces et ne vend pas les actions sous-jacentes sur le marché au même moment où elle règle le contrat à terme, elle n'aurait pas réalisé le gain sur les actions et serait toujours exposée à un changement du prix des actions le lendemain même. Je suis d'avis que le fait que M. MacDonald a vendu à terme les actions de la BNE n'est pas pertinent en ce qui concerne la question de savoir s'il a couvert les actions de la BNE ou non. Les deux experts ont témoigné en ce sens. Juridiquement, M. MacDonald demeure le propriétaire bénéficiaire des actions de la BNE; les actions ont été données en gage. En outre, je suis d'accord avec M. Kurgan que l'équivalent du prix à terme du marché selon le contrat à terme n'est rien de plus qu'un mécanisme de fixation des prix et n'indique pas qu'il y a couverture. Avant que le prix de référence des actions de la BNE ne soit déterminé, on ne savait pas avec certitude laquelle des parties au contrat à terme devrait faire un paiement.

[112] Comme le contrat à terme devait être réglé uniquement en espèces, la seule manière possible pour M. MacDonald d'être protégé d'une perte en vertu du contrat à terme était de vendre un certain nombre d'actions de la BNE pour couvrir la perte correspondante lors du règlement du contrat à terme. Mais M. MacDonald n'a jamais vendu d'actions de la BNE en même temps que le règlement du contrat à terme, ou dans une période rapprochée. En conséquence, M. MacDonald n'avait qu'un profit latent sur les actions de la BNE, mais une perte réelle lors du règlement du contrat à terme. Je suis d'avis que si M. MacDonald n'a pas vendu d'actions de la BNE à une date très proche de la date du règlement du contrat à terme, on ne peut conclure que M. MacDonald a atténué ou réduit un risque. La preuve présentée à l'audience montrait très clairement que M. MacDonald n'a pas vendu d'actions de la BNE à une date très proche de la date du règlement du contrat à terme.

[113] Plus précisément, le premier règlement partiel du contrat à terme a eu lieu le 16 juin 2003, et il y a eu par la suite d'autres résiliations de temps à autre jusqu'au 29 mars 2006. M. MacDonald a fait don d'un nombre minime d'actions de la BNE durant cette période; toutefois, la première vente d'actions de la BNE a eu lieu le 19 janvier 2005. Ainsi, les paiements à titre de règlement du contrat à terme ont eu lieu à des dates différentes de celles des gains réalisés des ventes des actions de la BNE.

[114] L'intimée a souligné que M. MacDonald a lancé VFC en 1994 et qu'au moment de la constitution de la société, M. MacDonald détenait 963 004 actions de VFC à un prix de base rajusté d'environ 1 \$ chacune, pour un montant total d'environ un million de dollars, et que la société a réuni environ 5 millions de dollars. L'intimée a ajouté que le 19 mars 1997, l'appelant a constitué en société et cofondé ECM et qu'il avait besoin d'argent pour cette nouvelle entreprise; cela montre un lien entre le contrat à terme et les actions de la BNE puisque le prêt était disponible. Je ne peux voir ce lien.

[115] L'intimée a affirmé que d'autres liens étaient présents en l'espèce : le montant du prêt restant aurait été réduit si le prix à terme initial avait été réduit; si le nombre d'actions de référence en vertu du contrat à terme devait être réduit, le montant du prêt offert à M. MacDonald aurait aussi été réduit; les conditions du prêt exigeaient également que M. MacDonald [TRADUCTION] « conserve le contrat à terme »; M. MacDonald a également donné en gage les paiements qu'il pouvait recevoir de VMTD en vertu du contrat à terme, de même que 165 000 actions de la BNE. Je suis d'avis que les liens susmentionnés ne sont pas suffisants pour conclure à une opération de couverture dans le présent appel.

[116] Dans l'arrêt *Shell*, précité, la Cour suprême du Canada a rejeté la thèse de la Couronne selon laquelle les contrats en devises étrangères étaient si étroitement liés aux sommes empruntées en vertu d'obligations émises par la contribuable que les deux opérations devaient être traitées comme une seule (paragraphe 65). Je reconnais que dans l'arrêt *Shell*, les diverses ententes ont été conclues entre parties sans lien de dépendance. En l'espèce, les parties avec lesquelles M. MacDonald a conclu des ententes sont des banques ou des sociétés au sein du même groupe. Cependant, compte tenu du témoignage crédible de M. MacDonald et de l'absence de liens entre les montants du prêt utilisé par M. MacDonald et la valeur des actions de la BNE en tant qu'actions de référence en vertu du contrat à terme, je suis d'avis que les mêmes principes s'appliquent dans le présent appel.

[117] Par conséquent, le seul lien entre le contrat à terme et les actions de la BNE est le fait que M. MacDonald a conclu l'entente de nantissement, le contrat à terme et le prêt à peu près à la même période. Ce lien est insuffisant pour conclure à une opération de couverture dans le présent appel.

## F. CONCLUSION

[118] En raison de ce qui précède, je suis d'avis que les paiements en espèces à titre de règlement sont des paiements imputables au revenu et constituent pour

M. MacDonald des pertes d'entreprise. Par conséquent, l'appel à l'encontre des nouvelles cotisations établies en vertu de la Loi pour les années d'imposition 2004, 2005, 2006 et 2007 est accueilli avec dépens à l'appelant; l'affaire est déferée au ministre pour nouvel examen et nouvelles cotisations conformément aux présents motifs.

Signé à Montréal (Québec), ce 8<sup>e</sup> jour d'août 2017.

« Dominique Lafleur »

---

La juge Lafleur

**ANNEXE A**

[TRADUCTION]

**2013-4032(IT)G**

**COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT**

ENTRE :

**JAMES S.A. MACDONALD**

appelant

- et -

**SA MAJESTÉ LA REINE**

intimée

**EXPOSÉ PARTIEL DES FAITS CONVENUS**

Les parties, par l'intermédiaire de leurs avocats respectifs, reconnaissent, pour les besoins du présent appel uniquement et de tout appel subséquent, que les faits énoncés ci-après sont vrais et que les documents au recueil conjoint de documents sont des copies conformes de documents authentiques. Les parties peuvent présenter des observations concernant le degré de pertinence et le poids devant être attribués à ces faits et documents et ne sont pas réputées reconnaître cette pertinence et ce poids. Les parties peuvent tenter de présenter en preuve des faits nouveaux au procès; cependant, ces faits ne peuvent contredire les faits énoncés aux présentes, à moins que les parties n'y consentent. La présente entente ne liera pas les parties dans toute autre instance.

**L'appelant — James MacDonald**

1. L'appelant, James S.A. MacDonald, est un particulier qui, à tous les moments pertinents, était un résident du Canada pour les besoins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la « Loi »).
2. À partir de 1969 ou vers 1969, M. MacDonald s'est joint à McLeod Young Weir où il a eu divers postes, ce qui l'a mené à diriger le service des regroupements d'entreprises du cabinet vers 1986.
3. McLeod Young Weir était un cabinet de courtage canadien chargé de divers aspects de la finance d'entreprise, de courtage de valeurs mobilières, de souscriptions et de courtage de détail d'obligations et d'actions.
4. En mars 1988 ou vers ce mois, la Banque de Nouvelle-Écosse (BNE) a acquis McLeod Young Weir, qui est devenu ScotiaMcLeod Inc.

5. En raison de l'acquisition de McLeod Young Weir par la BNE, M. MacDonald a obtenu 183 333 actions ordinaires de la BNE en échange des actions de McLeod Young Weir qu'il avait acquises de 1969 à 1988. M. MacDonald ne détenait pas un nombre d'actions de la BNE supérieur à celui obtenu lors de l'acquisition de McLeod Young Weir. Comme il est mentionné ci-après, en 1998 et 2004, il y a eu un fractionnement d'actions et un dividende en actions, respectivement.
6. M. MacDonald a été le vice-président du conseil d'administration de ScotiaMcLeod, Inc. jusqu'en 1997, quand il a quitté la société et mis sur pied Enterprise Capital Management Inc. (« Enterprise Capital ») le 19 mars 1997.
7. Enterprise Capital gère des fonds pour des institutions canadiennes et des personnes fortunées, réunissait des fonds d'investisseurs tiers et les plaçait dans diverses entreprises au nom de ces investisseurs, par l'entremise de plusieurs entreprises de portefeuille, notamment une société en commandite dénommée Enterprise Capital Limited Partnership.
8. Vers 1994, M. MacDonald a investi dans VFC Inc. (« VFC »), une société de crédit automobile qui faisait des prêts-automobile à risque, des prêts pour la réparation d'automobiles et des prêts remboursables par versements aux consommateurs. L'appelant était le président du conseil d'administration de VFC et possédait 963 004 actions.
9. Le 26 septembre 2003, les actions de VFC ont fait l'objet d'un appel public à l'épargne à la bourse de Toronto. L'appelant a vendu 86 967 actions de VFC lors de l'appel public, réduisant à 876 047 le nombre d'actions qu'il détenait.
10. M. MacDonald détenait des actions ordinaires de VFC dont la valeur s'élevait à quelque 5,7 millions de dollars selon le prospectus pour l'appel public en septembre 2003.
11. En 2006, la société VFC a été acquise par la Banque Toronto-Dominion (la « Banque TD »), et M. MacDonald a reçu 153 000 actions ordinaires de la Banque TD d'une valeur d'environ 13 millions de dollars en échange des actions ordinaires de VFC.

### **Le contrat à terme**

12. Le 26 juin 1997, Valeurs mobilières TD Inc. (« VMTD ») et M. MacDonald ont conclu un contrat à terme de gré à gré à règlement en espèces (le « contrat à terme ») ayant une date d'échéance du 26 juin 2002 (la « date d'échéance ») et dont les modalités sont énoncées dans l'entente conclue sous forme de lettre de confirmation du 2 juillet 1997 (la « confirmation »)<sup>1</sup> entre VMTD et M. MacDonald.

---

<sup>1</sup> Recueil conjoint de documents, onglet 1.

13. En vertu de la confirmation<sup>2</sup> :

a) M. MacDonald a convenu de payer à VMTD le montant, le cas échéant, par lequel le « prix de référence » excédait le « prix à terme » de 68,46 \$<sup>3</sup>, multiplié par le nombre d'actions de référence faisant l'objet du contrat à terme;

b) VMTD a convenu de payer à M. MacDonald le montant, le cas échéant, par lequel le prix à terme de 68,46 \$ excédait le prix de référence à la date d'échéance, multiplié par le nombre d'actions de référence faisant l'objet du contrat à terme.

14. En vertu de la confirmation, les « actions de référence » étaient les actions ordinaires de la BNE et la confirmation précisait que le nombre de ces actions de référence s'élevait à 165 000, et le « prix de référence » était défini comme étant le cours officiel de clôture des actions de référence à la bourse de Toronto à la « date d'échéance », soit le 26 juin 2002. Vers le 26 juin 1997, le cours de clôture d'une action de la BNE à la bourse de Toronto était de 61,50 \$ et, vers le 2 juillet 1997, le prix était passé à 62,50 \$.

15. La juste valeur marchande des 183 333 actions de la BNE de l'appelant le 26 juin 1997 et le 2 juillet 1997 était de 11 273 146 \$ et de 11 458 312 \$, respectivement.

16. Le règlement du contrat à terme devait avoir lieu à la « date du paiement en espèces », soit trois jours ouvrables après la date d'échéance, sauf s'il y avait une « perturbation du marché » visée par la confirmation.

17. Le contrat à terme, tel qu'énoncé dans la confirmation et les modifications subséquentes qui s'y rattachent<sup>4</sup> :

a) pouvait être réglé en espèces seulement, car le contrat ne prévoyait pas un règlement en nature (par la livraison d'actions) au lieu d'espèces;

b) prévoyait une résiliation anticipée optionnelle, en vertu de laquelle M. MacDonald pouvait choisir de résilier le contrat à terme avant la date d'échéance, moyennant un préavis de trois jours ouvrables à VMTD, auquel cas le contrat à terme serait réglé en espèces selon la valeur du contrat à terme à la date de la résiliation anticipée, sous réserve de rajustements pour dédommager VMTD des coûts subis en raison de la résiliation anticipée (les « paiements en espèces à titre de règlement »).

18. Les actions de la BNE ont ensuite été fractionnées le 12 février 1998 au taux de deux pour une. Le 2 avril 2004, les actions de la BNE ont de nouveau été fractionnées, dans les faits,

---

<sup>2</sup> Recueil conjoint de documents, onglet 1.

<sup>3</sup> Le prix à terme de 68,46 \$ a été modifié, conformément à une entente entre les parties, à 67,854 \$. Voir le recueil conjoint de document, onglet 2.

<sup>4</sup> Recueil conjoint de documents, onglets 1 à 17.

au taux de deux pour une, au moyen de l'émission par la BNE d'un dividende en actions d'une action de la BNE pour chaque action de la BNE émise et en circulation.

19. La confirmation a ensuite été modifiée et prolongée plusieurs fois et de nouvelles confirmations ont été signées par les parties jusqu'au 29 mars 2006, date à laquelle le contrat à terme a pris fin. Ces modifications ont notamment rajusté les prix à terme de façon à tenir compte de changements au dividende trimestriel des actions de référence et ont doublé le nombre d'actions de référence de façon à tenir compte des deux fractionnements des actions de la BNE au taux de deux pour une de la façon susmentionnée. Dans une confirmation du 22 mars 2002 et les modifications subséquentes qui y ont été apportées, le contrat à terme a été modifié de façon à remplacer VMTD par TD Global Finance (« TDGF »). Les nombreuses modifications à la confirmation qui ont suivi ont également reporté la date d'échéance, en plus de modifier le prix à terme et le nombre d'actions de référence<sup>5</sup>.

20. Le 7 juillet 1997, M. MacDonald a accepté les modalités d'une offre de crédit énoncées dans une lettre du 6 juin 1997 (l'« entente de prêt »)<sup>6</sup> de la Banque TD.

21. L'entente de prêt prévoyait un prêt à terme d'un maximum de 10 477 480 \$, portant intérêts, sous réserve d'un maximum initial de 90 % du prix au comptant des actions de la BNE à la date de la transaction, multiplié par le nombre d'actions de la BNE visées par l'entente de nantissement. Le pourcentage a ensuite été augmenté à 95 %.

22. En 1997, M. MacDonald a emprunté 4 250 000 \$ à la Banque TD en vertu de l'entente de prêt et a utilisé le produit pour investir dans Enterprise Capital Limited Partnership. M. MacDonald a par la suite emprunté à la Banque TD un montant additionnel de 649 000 \$ en 1997 en vertu de l'entente de prêt et il a investi les fonds dans divers titres.

23. Le montant total de l'emprunt en vertu de l'entente de prêt était de 4 899 000 \$ en 1997 et les remboursements versés par M. MacDonald à la Banque TD jusqu'à ce que le prêt soit entièrement remboursé étaient les suivants :

| <u>Date</u>                        | <u>Montant</u>      |
|------------------------------------|---------------------|
| Montant total emprunté en 1997     | 4 899 000 \$        |
| Remboursement du 3 février 2003    | <u>2 999 430 \$</u> |
|                                    | 1 899 569 \$        |
| Remboursement du 16 septembre 2003 | <u>1 345 084 \$</u> |
|                                    | 554 484 \$          |
| Remboursement du 15 janvier 2004   | <u>100 000 \$</u>   |
|                                    | 454 484 \$          |
| Remboursement du 5 novembre 2004   | <u>454 484 \$</u>   |

---

<sup>5</sup> Recueil conjoint de documents, onglets 2 à 17.

<sup>6</sup> Recueil conjoint de documents, onglet 30.

24. Le 1<sup>er</sup> janvier 2004, le principal impayé du prêt était de 554 484,85 \$ et le prêt a été entièrement remboursé le 5 novembre 2004.

### **L'entente de nantissement**

25. Vers le 2 juillet 1997, M. MacDonald a signé une entente de nantissement avec la Banque TD<sup>7</sup> et VMTD, mais l'entente avec VMTD a par la suite été cédée à TDGF, comme il a été mentionné. Conformément à l'entente de nantissement, M. MacDonald a donné en gage 165 000 actions de la BNE à la Banque TD pour garantir le prêt<sup>8</sup>.

### **Résiliation anticipée partielle du contrat à terme — Vente d'actions de la BNE — Dons d'actions de la BNE**

26. M. MacDonald a versé les paiements en espèces à titre de règlement lorsqu'il a choisi d'invoquer les dispositions relatives à la résiliation anticipée de la confirmation et des modifications ultérieures qui s'y rattachent.

27. Tous les paiements en espèces à titre de règlement versés par M. MacDonald l'ont été en vertu du contrat à terme entre M. MacDonald et TDGF dont la date de transaction est le 26 juin 1997 décrit dans la lettre de confirmation de VMTD du 2 juillet 1997 et modifié de temps à autre et provenaient du compte de chèques de M. MacDonald avec la Banque TD conformément à ses directives.

28. Les paiements en espèces à titre de règlement versés par M. MacDonald avant le 1<sup>er</sup> janvier 2004 sont décrits à l'annexe A des présentes.

### **Année d'imposition 2004 (du 1<sup>er</sup> janvier au 31 décembre)**

29. En raison des résiliations anticipées partielles du contrat à terme en 2003, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2004, les actions de référence consistaient en 182 600 actions de la BNE conformément au contrat à terme avec TDGF, comme le précisent les confirmations des 15 décembre 2003<sup>9</sup> et 14 janvier 2004<sup>10</sup>.

30. Le 1<sup>er</sup> janvier 2004, M. MacDonald détenait 366 111 actions de la BNE, dont 182 600 étaient données en gage à la Banque TD conformément à l'entente de nantissement.

31. Le 2 avril 2004, le nombre d'actions de référence de la BNE assujetties au contrat à terme est passé de 182 600 à 365 200 en raison du fractionnement au taux de deux pour une des actions de la BNE à cette date. À cette date, M. MacDonald détenait 730 732 actions de la BNE.

---

<sup>7</sup> Recueil conjoint de documents, onglet 29.

<sup>8</sup> Recueil conjoint de documents, onglet 29.

<sup>9</sup> Recueil conjoint de documents, onglet 8.

<sup>10</sup> Recueil conjoint de documents, onglet 9.

32. Le 10 juin 2004, M. MacDonald a partiellement résilié le contrat à terme à l'égard de 50 000 actions de référence en versant à TDGF un paiement en espèces à titre de règlement de 989 520 \$, conformément à une entente de résiliation partielle du contrat à terme du 9 juin 2004 entre M. MacDonald et TDGF<sup>11</sup>. Le paiement en espèces à titre de règlement par M. MacDonald à TDGF le 10 juin 2004 a été calculé comme étant le produit de (i) 50 000 actions de référence et (ii) le montant par lequel, le 10 juin 2004, le prix de référence excédait le prix à terme, tel qu'il a été rajusté en raison d'une résiliation anticipée, calculé conformément à la confirmation. Le prix de référence de l'action de la BNE était de 35,43 \$ et le prix à terme d'une action de référence était de 14,41 \$, et le prix tel que rajusté en raison d'une résiliation partielle anticipée du contrat à terme était de 15,64 \$. En conséquence, le 10 juin 2004, le prix de référence excédait le prix à terme rajusté de 19,79 \$ (c.-à-d. 35,43 \$ moins 15,64 \$). Le produit de 19,79 \$ et de 50 000 actions de référence est d'environ 989 520 \$, soit le paiement en espèces à titre de règlement du 10 juin 2004.

33. En raison de cette résiliation partielle anticipée, le nombre d'actions de référence assujetties au contrat à terme a été réduit de 365 200 actions de la BNE à 315 200, comme il est précisé dans la confirmation du 16 juin 2004<sup>12</sup>.

34. Le 2 novembre 2004, M. MacDonald a partiellement résilié le contrat à terme à l'égard de 50 000 actions de référence en versant à TDGF un paiement en espèces à titre de règlement de 1 214 544,87 \$, conformément à une entente de résiliation partielle du contrat à terme du 2 novembre 2004 conclue entre M. MacDonald et TDGF<sup>13</sup>, en utilisant la méthode décrite au paragraphe 32 qui précède.

35. En raison de cette résiliation partielle anticipée, le nombre d'actions de référence assujetties au contrat à terme est passé de 315 200 actions de la BNE à 265 200, comme il est précisé dans les confirmations du 2 novembre 2004<sup>14</sup> et du 14 décembre 2004<sup>15</sup>.

36. En raison des deux résiliations partielles anticipées effectuées en 2004, M. MacDonald a payé à TDGF environ 2 204 065 \$ en espèces à titre de règlement et, en 2004, le nombre d'actions de référence assujetties au contrat à terme est passé de 365 200 actions de la BNE à 265 200.

37. Les 6 février 2004 et 17 novembre 2004, M. MacDonald a fait don de 745 et de 400 actions de la BNE, respectivement, à des organismes de bienfaisance canadiens enregistrés, réduisant ainsi le nombre d'actions de la BNE qu'il détenait à 730 332.

---

<sup>11</sup> Recueil conjoint de documents, onglet 22.

<sup>12</sup> Recueil conjoint de documents, onglet 10.

<sup>13</sup> Recueil conjoint de documents, onglet 23.

<sup>14</sup> Recueil conjoint de documents, onglet 11.

<sup>15</sup> Recueil conjoint de documents, onglet 12.

38. En calculant son revenu pour l'année d'imposition 2004, M. MacDonald a déduit les paiements en espèces à titre de règlement qu'il avait versés au cours de cette année.

**Année d'imposition 2005 (du 1<sup>er</sup> janvier au 9 juin)**

39. Le 1<sup>er</sup> janvier 2005, M. MacDonald détenait toujours 730 332 actions, dont 265 200 étaient données en gage à la Banque TD. Le 1<sup>er</sup> janvier 2005, le nombre d'actions de référence assujetties au contrat à terme était également de 265 200.

40. Au cours de la période du 1<sup>er</sup> janvier 2005 au 29 mars 2005, M. MacDonald a vendu 63 000 actions de la BNE, réduisant le nombre des actions de la BNE qu'il détenait de 730 332 à 667 332. M. MacDonald a vendu les 63 000 actions de la BNE en six tranches aux dates suivantes :

| <u>Date</u>        | <u>Nombre d'actions de la<br/>BNE vendues</u> |
|--------------------|---|
| Le 19 janvier 2005 | 10 000  |
| Le 20 janvier 2005 | 10 000  |
| Le 27 janvier 2005 | 10 000  |
| Le 28 janvier 2005 | 10 000  |
| Le 23 février 2005 | 13 000  |
| Le 29 mars 2005    | <u>10 000</u>                                 |
|                    | <u>63 000</u>                                 |

41. Au cours de la période du 1<sup>er</sup> avril 2005 au 9 juin 2005, M. MacDonald a vendu 150 000 actions de la BNE, réduisant le nombre des actions qu'il détenait le 4 mai 2005 de 667 332 à 517 732. Les ventes des actions de la BNE par M. MacDonald au cours de cette période étaient les suivantes :

| <u>Date</u>                   | <u>Nombre d'actions de la<br/>BNE vendues</u> |
|-------------------------------|---|
| Le 1 <sup>er</sup> avril 2005 | 10 000  |
| Le 11 avril 2005              | 20 000  |
| Le 13 avril 2005              | 20 000  |
| Le 15 avril 2005              | 20 000  |
| Le 21 avril 2005              | 20 000  |
| Le 29 avril 2005              | 50 000  |
| Le 4 mai 2005                 | <u>10 000</u>                                 |
|                               | <u>150 000</u>                                |

42. M. MacDonald a réalisé un gain en capital en raison de la vente de ses actions de la BNE au cours de la période du 1<sup>er</sup> avril 2005 au 9 juin 2005, et a inclus le gain en capital imposable qui en découlait dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition 2005.

43. M. MacDonald n'a pas résilié le contrat à terme à l'égard d'une action de référence au cours de la période du 1<sup>er</sup> janvier 2005 au 9 juin 2005.

**Année d'imposition 2005 (du 10 juin au 18 septembre)**

44. Le 10 juin 2005, M. MacDonald a partiellement résilié le contrat à terme à l'égard de 50 000 actions de référence en versant à TDGF un paiement en espèces à titre de règlement de 1 272 247,91 \$, conformément à une entente de résiliation partielle du contrat à terme du 10 juin 2005 conclue entre M. MacDonald et TDGF<sup>16</sup>, en utilisant la méthode décrite au paragraphe 32 qui précède. En raison de cette résiliation partielle anticipée, le nombre d'actions de référence assujetties au contrat à terme a été réduit de 265 200 actions de la BNE à 215 200, comme il est précisé dans les confirmations des 15 juin 2005<sup>17</sup> et 29 juin 2005<sup>18</sup>.

45. Le 2 août 2005, M. MacDonald a de nouveau partiellement résilié le contrat à terme à l'égard de 31 200 actions de référence en versant à TDGF un paiement en espèces à titre de règlement de 862 771,12 \$, conformément à une entente de résiliation partielle du contrat à terme du 2 août 2005 conclue entre M. MacDonald et TDGF<sup>19</sup>, en utilisant la méthode décrite au paragraphe 32 qui précède. Cette résiliation partielle anticipée s'est traduite par une réduction du nombre d'actions de référence assujetties au contrat à terme de 215 200 actions de la BNE à 184 000<sup>20</sup>.

46. Le 8 août 2005, M. MacDonald a de nouveau partiellement résilié le contrat à terme à l'égard de 50 000 actions de référence en versant à TDGF un paiement en espèces à titre de règlement de 1 373 499,53 \$, conformément à une entente de résiliation partielle du contrat à terme du 8 août 2005 conclue entre M. MacDonald et TDGF<sup>21</sup>, en utilisant la méthode décrite au paragraphe 32 qui précède. En raison de cette résiliation partielle anticipée, le nombre d'actions de référence assujetties au contrat à terme a été réduit de 184 000 actions de la BNE à 134 000<sup>22</sup>.

47. En raison des trois résiliations partielles anticipées effectuées du 10 juin 2005 au 18 septembre 2005, M. MacDonald a versé à TDGF 3 508 518,56 \$<sup>23</sup> en paiements en espèces à

---

<sup>16</sup> Recueil conjoint de documents, onglet 24.

<sup>17</sup> Recueil conjoint de documents, onglet 13.

<sup>18</sup> Recueil conjoint de documents, onglet 14.

<sup>19</sup> Recueil conjoint de documents, onglet 25.

<sup>20</sup> Il n'y a aucune copie de la confirmation des 184 000 actions de référence en vertu du contrat à terme.

<sup>21</sup> Recueil conjoint de documents, onglet 26.

<sup>22</sup> Il n'y a aucune copie de la confirmation des 134 000 actions de référence en vertu du contrat à terme.

<sup>23</sup> Recueil conjoint de documents, onglets 24, 25 et 26.

titre de règlement et le nombre d'actions de référence assujetties au contrat à terme a été réduit de 265 200 actions de la BNE à 134 000. M. MacDonald a déduit les 3 508 518,56 \$ dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition 2005.

48. Au cours de la période du 10 juin 2005 au 18 septembre 2005, M. MacDonald n'a vendu aucune action de la BNE.

**Année d'imposition 2005 (du 19 septembre au 30 septembre)**

49. Au cours de la période du 19 septembre 2005 au 30 septembre 2005, M. MacDonald a vendu 60 000 actions de la BNE, réduisant le nombre des actions qu'il détenait le 30 septembre 2005 de 517 332 à 457 332. Les ventes des actions de la BNE par M. MacDonald au cours de cette période se sont déroulées de la façon suivante :

| <u>Date</u>          | <u>Nombre d'actions de la<br/>BNE vendues</u> |
|----------------------|---|
| Le 19 septembre 2005 | 15 000  |
| Le 27 septembre 2005 | 10 000  |
| Le 28 septembre 2005 | 10 000  |
| Le 29 septembre 2005 | 15 000  |
| Le 30 septembre 2005 | <u>10 000</u>                                 |
|                      | <u>60 000</u>                                 |

50. M. MacDonald a réalisé un gain en capital en raison de la vente de ses actions de la BNE du 19 septembre 2005 au 30 septembre 2005 et a inclus le gain en capital imposable qui en découlait dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition 2005.

51. Le 28 septembre 2005, M. MacDonald a partiellement résilié le contrat à terme à l'égard de 3 000 actions de référence en versant à TDGF un paiement en espèces à titre de règlement de 87 476,70 \$ conformément à une entente de résiliation partielle du contrat à terme du 28 septembre 2005 conclue entre M. MacDonald et TDGF<sup>24</sup>, en utilisant la méthode décrite au paragraphe 32 qui précède. En raison de cette résiliation partielle anticipée, le nombre d'actions de référence assujetties au contrat à terme a été réduit de 134 000 actions de la BNE à 131 000, comme il est précisé dans la confirmation du 29 septembre 2005<sup>25</sup>.

52. En calculant son revenu pour l'année d'imposition 2005, M. MacDonald a déduit le paiement en espèces à titre de règlement de 87 476,70 \$.

---

<sup>24</sup> Recueil conjoint de documents, onglets 27

<sup>25</sup> Recueil conjoint de documents, onglet 15.

**Année d'imposition 2005 (du 1<sup>er</sup> octobre au 31 décembre)**

53. Le 15 novembre 2005, M. MacDonald a partiellement résilié le contrat à terme à l'égard de 75 000 actions de référence en versant à TDGF un paiement en espèces à titre de règlement de 2 259 334,34 \$ conformément à une entente de résiliation partielle du contrat à terme du 15 novembre 2005 conclue entre M. MacDonald et TDGF<sup>26</sup>, en utilisant la méthode décrite au paragraphe 32 qui précède. En raison de cette résiliation partielle anticipée, le nombre d'actions de référence assujetties au contrat à terme a été réduit de 131 000 actions de la BNE à 56 000 actions, comme il est précisé dans les confirmations du 15 novembre 2005<sup>27</sup> et du 29 décembre 2005<sup>28</sup>, dont la date d'échéance est le 29 mars 2006.

54. En calculant son revenu pour l'année d'imposition 2005, M. MacDonald a déduit le paiement en espèces à titre de règlement de 2 259 334,34 \$.

55. Le 17 novembre 2005, M. MacDonald a fait don de 350 actions de la BNE à un organisme de bienfaisance canadien enregistré, réduisant ainsi le nombre d'actions de la BNE qu'il détenait le 31 décembre 2005 de 457 332 à 456 982.

56. Ainsi, en 2005, M. MacDonald a disposé de 273 350 actions de la BNE, réduisant le nombre de ces actions qu'il détenait de 730 332 le 1<sup>er</sup> janvier 2006 à 456 982 à la fin de l'année. En raison des résiliations partielles anticipées effectuées en 2005, M. MacDonald a versé à TDGF des paiements en espèces à titre de règlement de 5 855 329,60 \$ et le nombre d'actions de référence assujetties au contrat à terme a été réduit de 265 200 actions de la BNE à 56 000.

**Année d'imposition 2006 (du 1<sup>er</sup> au 25 janvier)**

57. Le 25 janvier 2006, M. MacDonald a disposé de 10 000 actions de la BNE, réduisant le nombre d'actions de la BNE qu'il détenait le 25 janvier 2006 de 456 982 à 446 982.

58. En disposant de 10 000 actions de la BNE le 25 janvier 2006, M. MacDonald a réalisé un gain en capital et a inclus le gain en capital imposable qui en découlait dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition 2006.

**Année d'imposition 2006 (du 26 janvier au 3 avril)**

59. Le 29 mars 2006, soit la date d'échéance du contrat à terme, M. MacDonald a résilié le contrat à terme à l'égard de 56 000 actions de référence en versant à TDGF un paiement en espèces à titre de règlement de 1 897 442,40 \$ le 3 avril 2006, en utilisant la méthode décrite au paragraphe 32 qui précède. En raison de cette résiliation partielle anticipée, le nombre d'actions de référence assujetties au contrat à terme a été réduit à zéro; le contrat à terme a ainsi été résilié intégralement.

---

<sup>26</sup> Recueil conjoint de documents, onglet 28.

<sup>27</sup> Recueil conjoint de documents, onglet 17.

<sup>28</sup> Recueil conjoint de documents, onglet 18.

60. En calculant son revenu pour l'année d'imposition 2006, M. MacDonald a déduit le paiement en espèces à titre de règlement de 1 897 442,40 \$.

**Année d'imposition 2006 (du 4 avril au 31 décembre)**

61. Le 18 octobre 2006, M. MacDonald a fait don de 500 actions de la BNE à un organisme de bienfaisance canadien enregistré, réduisant le nombre d'actions de la BNE qu'il détenait de 446 982 à 446 482.

**Année d'imposition 2007**

62. Le 3 avril 2007, M. MacDonald a fait don de 475 actions de la BNE à un organisme de bienfaisance canadien enregistré, réduisant le nombre d'actions de la BNE qu'il détenait de 446 482 à 446 007.

63. Au cours de la période du 4 octobre 2007 au 5 décembre 2007, M. MacDonald a vendu 95 000 actions de la BNE, réduisant le nombre de ces actions qu'il détenait le 5 décembre 2007 de 446 007 actions de la BNE à 351 007. Les ventes des actions de la BNE par M. MacDonald au cours de cette période se sont déroulées de la façon suivante :

| <u>Date</u>         | <u>Nombre d'actions de la<br/>BNE vendues</u> |
|---------------------|---|
| Le 4 octobre 2007   | 20 000  |
| Le 5 octobre 2007   | 10 000  |
| Le 9 octobre 2007   | 5 000   |
| Le 29 novembre 2007 | 50 000  |
| Le 5 décembre 2007  | <u>10 000</u>                                 |
|                     | <u>95 000</u>                                 |

64. M. MacDonald a réalisé un gain en capital en raison de la vente de ses actions de la BNE du 4 octobre 2007 au 5 décembre 2007 et a inclus le gain en capital imposable qui en découlait dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition 2007.

**Nouvelles cotisations et appels**

65. Le ministre du Revenu national (le « ministre ») a établi les avis de nouvelle cotisation suivants (les « nouvelles cotisations initiales ») relativement aux années d'imposition 2004, 2005 et 2006 de M. MacDonald :

- a) pour l'année d'imposition 2004, un avis de nouvelle cotisation du 10 juillet 2009 (la « nouvelle cotisation pour 2004 »);
- b) pour l'année d'imposition 2005, un avis de nouvelle cotisation du 10 juillet 2009 (la « nouvelle cotisation pour 2005 »);

- c) pour l'année d'imposition 2006, un avis de nouvelle cotisation du 10 juillet 2009 (la « première nouvelle cotisation pour 2006 »);
  - d) pour l'année d'imposition 2007, un avis de nouvelle cotisation du 10 juillet 2009 (la « nouvelle cotisation pour 2007 »).
66. Au moyen d'avis d'opposition du 5 août 2009 déposés auprès du ministre le 17 août 2009, M. MacDonald s'est opposé à chacune des nouvelles cotisations initiales.
67. Le ministre n'a pas avisé M. MacDonald dans les 90 jours à compter de la date du dépôt des avis d'opposition de M. MacDonald que les nouvelles cotisations initiales avaient été annulées ou ratifiées ou qu'il avait établi d'autres nouvelles cotisations.
68. Au moyen d'un avis d'appel déposé le 28 octobre 2013, M. MacDonald a interjeté appel de chacune des nouvelles cotisations initiales.
69. Au moyen d'un nouvel avis de nouvelle cotisation du 10 avril 2014 à l'égard de l'année d'imposition 2006 de M. MacDonald (la « deuxième nouvelle cotisation pour 2006 »), le ministre a établi une nouvelle cotisation pour l'année d'imposition 2006 de M. MacDonald. La deuxième nouvelle cotisation pour 2006, la nouvelle cotisation pour 2004, la nouvelle cotisation pour 2005 et la nouvelle cotisation pour 2007 sont collectivement désignées comme les « nouvelles cotisations ».
70. Le ministre a établi les nouvelles cotisations à l'égard de M. MacDonald comme suit :
- a) à l'égard de l'année d'imposition 2004 de M. MacDonald, le ministre a refusé la déduction de deux paiements en espèces à titre de règlement d'un montant total de 2 204 065 \$ que M. MacDonald avait versés au cours de cette année et a plutôt considéré les paiements en espèces à titre de règlement comme des pertes en capital;
  - b) à l'égard de l'année d'imposition 2005 de M. MacDonald, le ministre a notamment refusé la déduction de cinq paiements en espèces à titre de règlement d'un montant total de 5 855 279,60 \$ que M. MacDonald avait versés au cours de cette année et a plutôt considéré les paiements en espèces à titre de règlement comme des dépenses au titre du capital, entraînant des pertes en capital;
  - c) à l'égard de l'année d'imposition 2006 de M. MacDonald, le ministre a notamment refusé la déduction du paiement en espèces à titre de règlement de 1 897 442,40 \$ que M. MacDonald avait versé au cours de cette année et a plutôt considéré le paiement en espèces à titre de règlement comme une dépense au titre du capital entraînant une perte en capital. Le ministre a également augmenté les gains en capital imposables réalisés par M. MacDonald pour son année d'imposition 2006 de 45 079 \$;
  - d) à l'égard de l'année d'imposition 2007 de M. MacDonald, le ministre a notamment supprimé un crédit pour report prospectif d'impôt minimum réclamé par M. MacDonald dans son calcul de l'impôt pour l'année d'imposition 2007 au motif que le report n'existait plus en raison des changements découlant de la nouvelle cotisation pour 2005.

## Annexe A

Résumé jusqu'au 31 décembre 2003

| <u>Activité</u>  | <u>Actions de référence</u> <sup>29</sup> | <u>Paiement en espèces à titre de règlement</u> | <u>Actions de la BNE détenues et (vendues)</u> | <u>Remboursement du prêt</u> |
|--|---|---|--|------------------------------|
| Montant total du prêt en 1997  |   |   |  | 4 899 000 \$                 |
| Le 26 juin 1997, nombre d'actions de référence en vertu du contrat à terme               | 165 000                                   |   | 183 333  |                              |
| Augmentation découlant d'un fractionnement d'actions le 12 février 1998 (voir ci-dessus) | <u>165 000</u>                            |   | <u>183 333</u>                                 |                              |
| Le 26 juin 2002, nombre d'actions de référence en vertu du contrat à terme               | 330 000                                   |   | 366 666  |                              |
| Dons en 2001, 2002 et 2003   | <u>330 000</u>                            |   | <u>(555)</u>                                   |                              |
|  |   |   | 366 111  |                              |
| Remboursement du prêt — le 3 février 2003  |   |   |  | (2 999 430 \$)               |
| Règlements partiels en 2003 <sup>30</sup> :  |   |   |  |                              |
| Règlement partiel le 16 juin 2003  | (27 400)                                  | 788 585 \$ <sup>31</sup>                        |  |                              |

<sup>29</sup> Recueil conjoint de documents, onglets 2 à 17. Le 2 septembre 2003, 20 000 actions ont été payées en espèces, car M. MacDonald a choisi une résiliation partielle anticipée du contrat à terme et a payé 577 621 \$, et 252 600 actions ont fait l'objet d'un roulement en vertu du contrat à terme, mais il n'y a pas de confirmation relative au contrat à terme visant les 252 600 actions. Le 11 septembre 2003, 50 000 actions ont été payées en espèces, car M. MacDonald a choisi une résiliation partielle anticipée du contrat à terme et a versé 1 463 799 \$ (recueil conjoint de documents, onglet 37, p. 22), et 202 600 actions ont fait l'objet d'un roulement en vertu du contrat à terme, mais il n'y a pas de confirmation relative au contrat à terme visant les 202 600 actions. Le 2 août 2005, 31 200 actions ont été payées en espèces, car M. MacDonald a choisi une résiliation partielle anticipée du contrat à terme et a versé 862 771 \$, et 184 000 actions ont fait l'objet d'un roulement en vertu du contrat à terme, mais il n'y a pas de confirmation relative au contrat à terme visant les 184 000 actions. Le 8 août 2005, 50 000 actions ont été payées en espèces, car M. MacDonald a choisi une résiliation partielle anticipée du contrat à terme et a payé 1 373 499 \$, et 134 000 actions ont fait l'objet d'un roulement en vertu du contrat à terme (voir le recueil conjoint de documents, onglet 37, p. 18), mais il n'y a pas de confirmation relative au contrat à terme visant les 134 000 actions.

<sup>30</sup> Le nombre total d'actions réglées à titre de règlement partiel du contrat à terme en 2003 était de 147 400, et non pas de 294 800 (voir l'avis d'appel modifié, alinéa 9a), car le règlement a eu lieu avant le dividende en actions en 2004.

<sup>31</sup> Recueil conjoint de documents, onglet 19.

|   |                 |                            |         |                       |
|---|-----------------|----------------------------|---------|-----------------------|
| Règlement partiel le 20 juin 2003               | (10 000)        | 279 889 \$ <sup>32</sup>   |         |                       |
| Règlement partiel le 1 <sup>er</sup> août 2003  | (20 000)        | 562 765 \$ <sup>33</sup>   |         |                       |
| Règlement partiel le 2 septembre 2003           | (20 000)        | 577 621 \$ <sup>34</sup>   |         |                       |
| Règlement partiel le 11 septembre 2003          | (50 000)        | 1 463 799 \$ <sup>35</sup> |         |                       |
| Remboursement du prêt — le<br>13 septembre 2003 |                 |                            |         | <u>(1 345 084 \$)</u> |
| Règlement partiel le 10 décembre 2003           | <u>(20 000)</u> | 622 260 \$ <sup>36</sup>   |         |                       |
| Le 1 <sup>er</sup> janvier 2004                 |                 | 182 600 <sup>37</sup>      | 366 111 | 554 484 \$            |

---

<sup>32</sup> Recueil conjoint de documents, onglet 18.

<sup>33</sup> Recueil conjoint de documents, onglet 20.

<sup>34</sup> Réponses de l'appelant aux engagements du 26 mars 2015, pages 22 et 28.

<sup>35</sup> Réponses de l'appelant aux engagements du 26 mars 2015, page 22.

<sup>36</sup> Recueil conjoint de documents, onglet 21.

<sup>37</sup> Recueil conjoint de documents, onglets 8 et 9, réponses de l'appelant aux engagements du 26 mars 2015, page 24.

**Résumé du 1<sup>er</sup> janvier 2004 au 31 décembre 2007**  
**(Années des nouvelles cotisations)**

2004

| <u>Activité</u>                               | <u>Actions de</u><br><u>référence</u> | <u>Paiement en</u><br><u>espèces à titre</u><br><u>de règlement</u> | <u>Actions de</u><br><u>la BNE</u><br><u>détenues et</u><br><u>(vendues)</u> | <u>Remboursement</u><br><u>du prêt</u> |
|---|---------------------------------------|---|--|--|
| Le 1 <sup>er</sup> janvier 2004               | 182 600                               |   | 366 111  | 554 484 \$                             |
| Remboursement du prêt — le<br>15 janvier 2004 |                                       |   |  | <u>(100 000 \$)</u>                    |
| Don — le 6 février 2004                       |                                       |   | <u>(745)</u><br>365 366  |  |
| Dividende en actions le<br>2 avril 2004       | <u>182 600</u>                        |   | <u>365 366</u>   |  |
| Total partiel                                 | 365 200                               |   | 730 732  | 454 484 \$                             |
| Règlement partiel le<br>10 juin 2004          | (50 000)                              | 989 520 \$ <sup>38</sup>  |  |  |
| Règlement partiel le<br>2 novembre 2004       | (50 000)                              | 1 214 544 \$ <sup>39</sup>  |  |  |
| Remboursement du prêt — le<br>15 janvier 2004 |                                       |   |  | <u>(454 484 \$)</u>                    |
| Don — le 17 novembre 2004                     |                                       |   | <u>(400)</u>   |  |
| Le 1 <sup>er</sup> janvier 2005               | <u>265 200</u>                        |   | 730 332  | 0 \$                                   |

---

<sup>38</sup> Recueil conjoint de documents, onglet 22.

<sup>39</sup> Recueil conjoint de documents, onglet 23.

## 2005

| <u>Activité</u>                         | <u>Actions de référence</u> | <u>Paiement en espèces à titre de règlement</u> | <u>Actions de la BNE détenues et (vendues)</u> | <u>Remboursement du prêt</u> |
|---|-----------------------------|---|--|------------------------------|
| Le 1 <sup>er</sup> janvier 2005         | 265 200                     |   | 730 332  | 0 \$                         |
| Ventes du 19 janvier 2005 au 4 mai 2005 |                             |   | (213 000)                                      |                              |
|   |                             |   | <u>517 332</u>                                 |                              |
| Règlement partiel le 15 juin 2005       | (50 000)                    | 1 272 247 \$ <sup>40</sup>                      |  |                              |
| Règlement partiel le 2 août 2005        | (31 200)                    | 862 771 \$ <sup>41</sup>                        |  |                              |
| Règlement partiel le 8 août 2005        | (50 000)                    | 1 373 499 \$ <sup>42</sup>                      |  |                              |
| Ventes en septembre 2005                |                             |   | (60 000)                                       |                              |
|   | <u>134 000</u>              |   | <u>457 332</u>                                 | 0 \$                         |
| Règlement partiel le 28 septembre 2005  | (3 000)                     | 87 476 \$ <sup>43</sup>                         |  |                              |
| Règlement partiel le 15 novembre 2005   | <u>(75 000)</u>             | 2 259 334 \$ <sup>44</sup>                      |  |                              |
| Don — le 17 novembre 2005               | 56 000                      |   | (350)  |                              |
| Le 1 <sup>er</sup> janvier 2006         | 56 000                      |   | <u>456 982</u>                                 |                              |

---

<sup>40</sup> Recueil conjoint de documents, onglet 24.

<sup>41</sup> Recueil conjoint de documents, onglet 25.

<sup>42</sup> Recueil conjoint de documents, onglet 26.

<sup>43</sup> Recueil conjoint de documents, onglet 27; réponses de l'appelant aux engagements du 26 mars 2015, page 18.

<sup>44</sup> Recueil conjoint de documents, onglet 28.

## 2006-2007

| <u>Activité</u>   | <u>Actions de référence</u> | <u>Paiement en espèces à titre de règlement</u> | <u>Actions de la BNE détenues et (vendues)</u> | <u>Remboursement du prêt</u> |
|---|-----------------------------|---|--|------------------------------|
| Le 1 <sup>er</sup> janvier 2006   | 56 000                      |   | 456 982  |                              |
| Ventes le 25 janvier 2006   |                             |   | <u>(10 000)</u>                                |                              |
| Résiliation du contrat à terme lors de l'échéance le 29 mars 2006 <sup>45</sup> | <u>(56 000)</u>             | 1 897 442 \$ <sup>46</sup>                      | <u>446 982</u> <sup>47</sup>                   |                              |
|   | 0                           |   | 446 982  | 0 \$                         |
| Don — le 18 octobre 2006  |                             |   | <u>(500)</u>                                   |                              |
| Le 1 <sup>er</sup> janvier 2007   |                             |   | 446 482  |                              |
| Don — le 3 avril 2007   |                             |   | (475)  |                              |
| Vente — le 4 octobre 2007   |                             |   | (20 000)                                       |                              |
| Vente — le 5 octobre 2007   |                             |   | (10 000)                                       |                              |
| Vente — le 9 octobre 2007   |                             |   | (5 000)  |                              |
| Vente — le 27 novembre 2007   |                             |   | (50 000)                                       |                              |
| Vente — le 5 décembre 2007  |                             |   | <u>(10 000)</u>                                |                              |
| Le 31 décembre 2007   | 0                           | 0 \$  | <u>351 007</u>                                 | 0 \$                         |

<sup>45</sup> Réponses de l'appelant aux engagements du 26 mars 2015, pages 18 et 22; recueil conjoint de documents, onglets 17 et 18.

<sup>46</sup> Réponses de l'appelant aux engagements du 26 mars 2015, page 22.

<sup>47</sup> Réponses de l'appelant aux engagements du 26 mars 2015, page 33.

Fait à Toronto (Ontario), le  
« 3 février » 2017.



Davies Ward Phillips & Vineberg  
S.E.N.C.R.L., s.r.l.  
155, rue Wellington Ouest  
Toronto (Ontario)  
M5V 3J7

James Bunting, Stephen S. Ruby,  
Elie Roth  
Avocats de l'appelant

Fait à Ottawa (Ontario), le  
« 3 février » 2017.



Procureur général du Canada  
Ministère de la Justice Canada  
Service du droit fiscal  
99, rue Bank, 11<sup>e</sup> étage  
Ottawa (Ontario)  
K1A 0H8

Par : Suzanie Chua

Avocat de l'intimée

RÉFÉRENCE : 2017 CCI 157

N° DU DOSSIER DE LA COUR : 2013-4032(IT)G

INTITULÉ : JAMES S.A. MACDONALD c.  
SA MAJESTÉ LA REINE

LIEU DE L'AUDIENCE : Toronto (Ontario)

DATES DE L'AUDIENCE : Les 13, 14, 15 et 16 février 2017

MOTIFS DU JUGEMENT : L'honorable juge Dominique Lafleur

DATE DU JUGEMENT : Le 8 août 2017

COMPARUTIONS :

Avocats de l'appelant : M<sup>e</sup> James Bunting  
M<sup>e</sup> Elie Roth  
M<sup>e</sup> Stephen S. Ruby

Avocate de l'intimée : M<sup>e</sup> Suzanie Chua

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Pour l'appelant :

Nom : M<sup>e</sup> James Bunting  
M<sup>e</sup> Elie Roth  
M<sup>e</sup> Stephen S. Ruby

Cabinet : Davies Ward Phillips & Vineberg  
S.E.N.C.R.L., s.r.l.

Pour l'intimée : M<sup>e</sup> Nathalie G. Drouin  
Sous-procureur général du Canada  
Ottawa, Canada