

A-83-21
2022 FCA 86

A-83-21
2022 CAF 86

Her Majesty the Queen (*Appellant*)

Sa Majesté la Reine (*appelante*)

v.

c.

The Estate of Pasquale Paletta (*Respondent*)

La succession de Pasquale Paletta (*intimée*)

INDEXED AS: CANADA v. PALETTA (ESTATE)

RÉPERTORIÉ : CANADA c. PALETTA (SUCCESSION)

Federal Court of Appeal, Noël C.J., Rennie and Laskin J.J.A.—Toronto, April 4; Ottawa, May 17, 2022.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Noël, juges Rennie et Laskin, J.C.A. —Toronto, 4 avril; Ottawa, 17 mai 2022.

*Income Tax — Tax Avoidance — Appeal from Tax Court of Canada decision allowing respondent's appeal whereby Tax Court holding that Mr. Paletta's trading activities gave rise to source of income in form of business despite finding that trades not made for profit — Mr. Paletta passed away a few months before his appeal to Tax Court of Canada could be heard so appeal continued by his estate (respondent) — But for Mr. Paletta's failure to include relatively small part of amounts in issue in one taxation year, respondent's appeal entirely successful — During his 2000 through 2007 taxation years, Mr. Paletta generated income from various sources approximating 38 million dollars — Almost all that income was offset by losses that he generated in course of forward foreign exchange trading (forward FX trading) activities — Such straddling transactions allowing Mr. Paletta to defer paying tax indefinitely — Minister of National Revenue issuing reassessments in 2014, well after expiration of normal reassessment period — By these reassessments, Minister denied trading losses Mr. Paletta claimed for taxation years 2000 through 2006; assessed 2007 taxation year; denied loss carry-over of prior years' losses from these activities — Both Mr. Paletta's, respondent's position was that forward FX trading was conducted for profit, that losses were business losses — Whether Tax Court properly held that trading activities at issue gave rise to source of income in form of business despite having found that trades were not made for profit — Concept of source of income is fundamental to Income Tax Act — Unless Mr. Paletta's trading gains, losses emanated from source in form of business, they did not come within Act, s. 9, could neither be included nor deducted in computation of his income pursuant to Act, s. 3 — Tax Court explained that decisions of Supreme Court in *Stewart v. Canada*, *Walls v. Canada* "obliged" it to hold that trading activities gave rise to source of income — Read these decisions as authority for proposition that where activity appearing to be inherently commercial, constitutes source of income even where activity is not in fact carried on for commercial reasons or with view to profit — However, this is not what *Stewart*, *Walls* stand*

Impôt sur le revenu — Évitement fiscal — Appel à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt accueillant l'appel de l'intimée, dans laquelle la Cour de l'impôt a conclu que les activités de change de M. Paletta constituaient une source de revenu d'entreprise, et ce, même si elle était d'avis qu'elles n'avaient pas pour objet de réaliser des profits — M. Paletta est décédé quelques mois avant que son appel soit entendu devant la Cour canadienne de l'impôt, et la succession (l'intimée) a poursuivi l'instance — L'intimée a eu gain de cause à tous les égards, sauf en ce qui concerne une des années d'imposition, où M. Paletta a omis d'inclure une partie relativement minime des revenus en cause — Au cours des années d'imposition 2000 à 2007, M. Paletta a touché des revenus de diverses sources, s'élevant à environ 38 millions de dollars — Or, la presque totalité de ces revenus ont été effacés pour fins fiscales par des pertes qu'il a réalisées à la suite d'opérations de change à terme — Cette stratégie de décalage a permis à M. Paletta de différer indéfiniment le paiement de l'impôt — Le ministre du Revenu national a établi de nouvelles cotisations en 2014, bien après l'expiration de la période normale de nouvelle cotisation — Le ministre y a refusé les pertes découlant des activités de change qu'avait déclarées M. Paletta pour les années d'imposition 2000 à 2006 et il a établi une nouvelle cotisation à l'égard de l'année d'imposition 2007, refusant le report de pertes subies de ces mêmes activités au cours d'années précédentes — Tant M. Paletta, avant son décès, que l'intimée devant la Cour étaient d'avis que les opérations de change à terme avaient pour objet la réalisation de profits et que les pertes subies constituaient des pertes d'entreprise — Il s'agissait de savoir si la Cour de l'impôt a conclu à bon droit que ces activités de change constituaient une source de revenu d'entreprise, et ce même si elle était d'avis qu'elles n'avaient pas pour objet de réaliser des profits — Le concept de source de revenus est fondamental dans la Loi de l'impôt sur le revenu — À moins que les pertes et les revenus des opérations de change de M. Paletta n'aient été tirés d'une entreprise, ils ne tombaient pas sous le coup de l'article 9 et ne pouvaient

for — *Stewart teaches that, in absence of personal or hobby element, where courts confronted with what appears to be clearly commercial activity, evidence is consistent with view that activity is conducted for profit, courts need go no further to hold that business or property source of income exists for Act's purposes* — *Walls illustrating application of Stewart test* — *In conclusion, Tax Court's finding that Mr. Paletta did not conduct his forward FX trading activities with view to profit, that his sole purpose was avoiding his own tax led to inevitable conclusion that his trades were not commercial in nature; therefore, not giving rise to source of income in form of business* — *It followed that tax losses used by Mr. Paletta to offset his income from other sources properly denied* — *Tax Court's decision set aside, reassessments referred back to Minister for reconsideration, reassessment on basis that Mr. Paletta's trading gains, losses not to be recognized in computation of his income for 2000 through 2007 taxation years, that gross negligence penalties were to be applied for 2000 through 2006 taxation years* — *Appeal allowed.*

Income Tax — Assessment and Reassessment — *During his 2000 through 2007 taxation years, Mr. Paletta generated income from various sources approximating 38 million dollars* — *Almost all that income was offset by losses that he generated in course of forward foreign exchange trading (forward FX trading) activities* — *Such straddling transactions allowing Mr. Paletta to defer paying tax indefinitely* — *Minister of National Revenue issuing reassessments in 2014, well after expiration of normal reassessment period* — *By these reassessments, Minister denied Mr. Paletta's trading losses claimed for taxation years 2000 through 2006; Minister assessed 2007 taxation year; denied loss carry-over of prior years' losses from these activities* — *Whether Minister could reassess years in issue beyond normal reassessment period pursuant to Income Tax Act, s. 152(4)(a)(i), apply 50 percent penalty against Mr. Paletta on basis that he was grossly negligent in representing his losses as business losses even though they were not* — *In order to reopen statute-barred years, having to show that Mr. Paletta made*

pas être inclus dans le calcul de son revenu, ou déduits de ce dernier; pour l'application de l'article 3 — *La Cour de l'impôt s'est donc dite contrainte par les arrêts Stewart c. Canada et Walls c. Canada, rendus par la Cour suprême, d'affirmer que les activités de change constituaient une source de revenus* — *Suivant ces arrêts, dès lors qu'une activité semble avoir une nature intrinsèquement commerciale, elle constitue une source de revenus, même si elle n'a pas d'objet commercial ou de recherche de profits* — *Toutefois, ce ne sont pas là les enseignements des arrêts Stewart et Walls* — *Suivant l'arrêt Stewart, dans les cas où l'activité ne comporte pas d'aspect personnel ou récréatif, qu'il semble s'agir d'une activité manifestement commerciale et que la preuve étaye la thèse selon laquelle l'activité en question a pour objet la réalisation de profits, il n'est pas nécessaire pour le tribunal de poursuivre l'analyse pour conclure à l'existence d'une source de revenus tirés d'une entreprise ou d'un bien pour les fins de la Loi* — *L'application du critère énoncé dans l'arrêt Stewart est illustrée dans l'arrêt Walls* — *Enfin, la conclusion de la Cour de l'impôt portant que M. Paletta n'avait pas mené ses activités d'opérations de change à terme dans le but de faire des profits et que son seul but était d'éviter d'avoir à payer ses propres impôts a fait en sorte que ses opérations n'étaient pas de nature commerciale et, par conséquent, ne donnaient pas lieu à une source de revenus d'entreprise* — *Il s'est ensuivi que les pertes fiscales utilisées par M. Paletta pour compenser ses revenus d'autres sources ont été refusées à juste titre* — *La décision de la Cour de l'impôt a donc été annulée et les nouvelles cotisations ont été renvoyées au ministre pour qu'il procède à un nouvel examen et établisse de nouvelles cotisations en tenant pour acquis que les gains et les pertes de change de M. Paletta ne devaient pas être pris en compte dans le calcul de ses revenus pour les années d'imposition 2000 à 2007 et que des pénalités pour faute lourde devaient être imposées pour les années d'imposition 2000 à 2006* — *Appel accueilli.*

Impôt sur le revenu — Cotisation et nouvelle cotisation — *Au cours des années d'imposition 2000 à 2007, M. Paletta a touché des revenus de diverses sources, s'élevant à environ 38 millions de dollars* — *Or, la presque totalité de ces revenus ont été effacés pour fins fiscales par des pertes qu'il a réalisées à la suite d'opérations de change à terme* — *Cette stratégie de décalage a permis à M. Paletta de différer indéfiniment le paiement de l'impôt* — *Le ministre du Revenu national a établi de nouvelles cotisations en 2014, bien après l'expiration de la période normale de nouvelle cotisation* — *Le ministre y a refusé les pertes découlant des activités de change qu'a déclarées M. Paletta pour les années d'imposition 2000 à 2006, et il a établi une nouvelle cotisation à l'égard de l'année d'imposition 2007, refusant le report de pertes subies de ces mêmes activités au cours d'années précédentes* — *Il s'agissait de déterminer si le ministre était habilité à établir une nouvelle cotisation après l'expiration de la période normale de cotisation sous le régime du sous-alinéa 152(4)a(i) de la Loi de l'impôt sur le revenu et*

misrepresentation that was “attributable to neglect, carelessness or wilful default” (Act, s. 152(4)(a)(i)); to justify penalty that was levied, appellant having to demonstrate that misrepresentation was made “knowingly, or under circumstances amounting to gross negligence” (Act, s. 163(2)) — Appellant succeeded in demonstrating that Mr. Paletta was grossly negligent in portraying his trading losses as business losses even though they were not — Therefore, penalty set out in s. 163(2) was properly assessed — It followed that test set out in s. 152(4)(a)(i) also met; that Minister validly reopened seven taxation years in issue.

This was an appeal from a Tax Court of Canada decision allowing an appeal by the respondent whereby the Tax Court held that Mr. Paletta’s trading activities gave rise to a source of income in the form of a business despite finding that the trades were not made for profit.

Mr. Paletta passed away a few months before his appeal to the Tax Court of Canada could be heard. The appeal was continued by his estate (respondent). The Tax Court allowed the appeal. But for Mr. Paletta’s failure to include a relatively small part of the amounts in issue in one taxation year, the Estate’s appeal was entirely successful. During his 2000 through 2007 taxation years, Mr. Paletta generated income from a variety of sources approximating 38 million dollars in the aggregate. Almost all of that income was offset by losses that he generated in the course of forward foreign exchange trading (forward FX trading) activities. The plan (i.e. the straddle transactions) involved Mr. Paletta entering into pairs of contracts with certain brokerage firms to simultaneously buy and sell the same amount of foreign currency at different but closely proximate dates in the future. As the value of currency fluctuates over time, one of the contracts would move into a gain position and the other would move into a loss position. Before the end of the taxation year, Mr. Paletta would realize the loss leg, thereby crystallizing the loss for tax purposes while the gain leg would be crystallized at the beginning of the next taxation year. Mr. Paletta repeated these straddling transactions each of the years in question, in order to realize target losses in an amount sufficient to offset both the gain realized on the gain leg closed at the start of the year and his income from other sources earned during the year. This effectively allowed Mr. Paletta to defer paying tax indefinitely. The reassessments were issued in 2014, well after the expiration of the normal reassessment period. By these reassessments, the Minister of National Revenue (Minister) denied the trading losses claimed by Mr. Paletta for

à imposer la pénalité de 50 p. 100 à l’encontre de M. Paletta, au motif qu’il a commis une faute lourde en qualifiant de pertes d’entreprises des pertes qui n’en étaient pas — Pour pouvoir réexaminer les cotisations d’années frappées de prescription, il devait être établi que M. Paletta a fait une présentation erronée des faits « par négligence, inattention ou omission volontaire » (sous-alinéa 152(4)(a)(i)) et, pour justifier la pénalité imposée, l’appelante devait montrer qu’une telle présentation erronée des faits a été faite « sciemment ou dans des circonstances équivalant à faute lourde » (paragraphe 163(2)) — L’appelante a réussi à démontrer que M. Paletta a commis une faute lourde en présentant ses pertes de change comme étant des pertes d’entreprise alors que ce n’était pas le cas — Par conséquent, la pénalité prévue au paragraphe 163(2) a été imposée à juste titre — Il s’est ensuivi qu’il a également été satisfait au critère énoncé au sous-alinéa 152(4)(a)(i) et que le ministre avait le droit de réouvrir les sept années d’imposition en cause.

Il s’agissait d’un appel à l’encontre d’une décision de la Cour canadienne de l’impôt accueillant l’appel de l’intimée, dans laquelle la Cour canadienne de l’impôt a conclu que les activités de change de M. Paletta constituaient une source de revenu d’entreprise, et ce, même si elle était d’avis qu’elles n’avaient pas pour objet de réaliser des profits.

M. Paletta est décédé quelques mois avant que son appel soit entendu par la Cour canadienne de l’impôt. La succession (l’intimée) a poursuivi l’instance. La Cour canadienne de l’impôt a accueilli l’appel. La succession a eu gain de cause à tous les égards, sauf en ce qui concerne une des années d’imposition, où M. Paletta a omis d’inclure une partie relativement minime des revenus faisant l’objet du débat. Au cours des années d’imposition 2000 à 2007, M. Paletta a touché des revenus de diverses sources, s’élevant dans l’ensemble à environ 38 millions de dollars. Or, la presque totalité de ces revenus ont été effacés pour fins fiscales par des pertes qu’a réalisées M. Paletta à la suite d’opérations de change à terme. Suivant son plan (c.-à-d. la stratégie de décalage), M. Paletta a conclu des paires de contrats avec des bureaux de courtage, par lesquels il s’engageait simultanément à acheter et à vendre des montants équivalents d’une devise étrangère, et ce, à différentes dates très rapprochées à venir. À mesure que le cours de la devise fluctuait, un des deux contrats passait en position de gain, et l’autre en position de perte. Avant la fin de l’année d’imposition, M. Paletta réalisait la portion équivalant à une perte, cristallisant du même coup la perte aux fins d’imposition, la portion équivalant au gain, quant à elle, étant cristallisée au début de l’année d’imposition suivante. M. Paletta a répété les mêmes étapes de cette stratégie de décalage à chacune des années en question, de façon à subir des pertes suffisantes pour neutraliser le gain qui serait généré par la réalisation du contrat de change en début d’année, mais aussi suffisantes pour couvrir son revenu tiré d’autres sources au cours de l’année. Ainsi, M. Paletta parvenait à différer indéfiniment le paiement de l’impôt. Les nouvelles cotisations ont été

the 2000 through 2006 taxation years and assessed the 2007 taxation year, only to deny the loss carry-over of prior years' losses from these activities, while leaving the reported gain for that year untouched. Gross negligence penalties were applied for all years in which trading losses were claimed. Throughout the proceedings, the position of Mr. Paletta and of the respondent was that the forward FX trading was conducted for profit and that the losses were business losses. Mr. Paletta contended before the Tax Court that he intended to profit from the movement in the interest rate differential. The Tax Court rejected this theory outright. It held, based on its assessment of the evidence, that Mr. Paletta had no intention to make profits, whether large or minimal. To enter into his trades, Mr. Paletta paid fees totalling \$770,000. In all but one year, the fees paid exceeded the economic gain or loss derived from the swap. Through the achievement of the target loss year after year, Mr. Paletta was able to claim trading losses in an amount sufficient to erase the quasi-totality of his other income.

The Tax Court found that the sole purpose of the trading each year was the realization of the target loss for that year and that everything, without exception, revolved around the target loss each year and its realization. It further found that the only trading strategy used by Mr. Paletta was one designed to ensure immediate loss realization and indefinite gain deferral for tax purposes. The Tax Court added that the straddle trading had no business purpose and its only purpose was to allow Mr. Paletta to claim non-capital losses that he could use to offset his taxable income each year. Despite having found that Mr. Paletta did not trade for profit or for commercial reasons, the Tax Court held that his trading activities gave rise to a business. Specifically, the Tax Court found that the fact that Mr. Paletta's trading activities could at all times yield negligible gains and losses together with the fact that these activities were by their nature commercial and had no personal element, left it no choice but to hold that a source of income existed. Given the finding that the forward FX trading activities gave rise to a source of income, the Tax Court centred its analysis on whether Mr. Paletta fully reported the gains derived from that source. It found that Mr. Paletta failed to include the gain leg of his trades in his 2002 return thereby making an \$8 million understatement of income. The Tax Court then confirmed that the 2002 taxation year could be reopened in order to assess the understated amount and apply the gross negligence penalty for that year. All the reassessments were otherwise vacated.

établies en 2014, bien après l'expiration de la période normale de nouvelle cotisation. Le ministre du Revenu national (le ministre) y a refusé les pertes découlant des activités de change déclarées par M. Paletta pour les années d'imposition 2000 à 2006. À l'égard de l'année d'imposition 2007, le ministre a établi une nouvelle cotisation dans le seul but de refuser le report de pertes subies de ces mêmes activités au cours d'années précédentes, sans modifier le gain déclaré pour cette année-là. Il a imposé des pénalités pour faute lourde à l'égard de toutes les années où M. Paletta avait déclaré des pertes découlant de ses activités de change. Tout au long de l'instance, selon la thèse avancée par M. Paletta et par l'intimée, les opérations de change à terme avaient pour objet la réalisation de profits et les pertes subies constituaient des pertes d'entreprise. M. Paletta a soutenu devant la Cour de l'impôt que la façon dont il entendait tirer profit était par la fluctuation du différentiel des taux d'intérêt. La Cour de l'impôt a rejeté cette thèse d'emblée. Selon son appréciation de la preuve, M. Paletta n'avait aucunement l'intention de faire des profits, importants ou non. M. Paletta a acquitté des frais de 770 000 \$ pour effectuer les opérations. À l'exception d'une seule année au cours de cette période, les frais acquittés excédaient la perte ou le gain financier réalisé par suite du swap. Grâce à la réalisation de la perte voulue, chaque année, M. Paletta était en mesure de déclarer des pertes sur opérations de change suffisantes pour effacer la presque totalité de ses autres revenus.

La Cour de l'impôt a conclu que les opérations avaient pour seul objet chaque année la réalisation d'une certaine perte pour l'année et que tout, sans exception, tendait à cette perte et à sa réalisation chaque année. De plus, elle a estimé que la seule stratégie d'opérations de change employée par M. Paletta consistait à assurer la réalisation immédiate des pertes et un report indéfini des gains à des fins fiscales. La Cour de l'impôt a ajouté que les opérations de décalage n'avaient aucun objet commercial et que leur seul objet consistait à permettre à M. Paletta de demander la déduction pour pertes autres que des pertes en capital en vue de contrebalancer son revenu imposable chaque année. La Cour de l'impôt, même si elle a conclu que M. Paletta n'a pas effectué les opérations dans un but commercial ou pour la recherche de profits, était néanmoins d'avis que ses activités de change constituaient une entreprise. Tout particulièrement, selon elle, comme les activités de change de M. Paletta étaient en tout temps susceptibles de donner lieu à des gains et à des pertes négligeables, et comme ces activités étaient de nature commerciale et étaient dépourvues de tout aspect personnel, elle ne pouvait que conclure à l'existence d'une source de revenus. Ayant conclu que les opérations de change à terme donnaient lieu à une source de revenus, elle s'est demandé seulement si M. Paletta avait déclaré tous les revenus tirés de cette source. Selon elle, dans sa déclaration pour 2002, M. Paletta n'a pas déclaré la portion de ses activités de change qui donnaient lieu à un gain, à savoir 8 millions de dollars. La Cour de l'impôt a autorisé un nouvel examen de l'année d'imposition 2002 pour permettre

The appellant's sole contention in this appeal was that the Tax Court could not hold that Mr. Paletta's forward FX trading activities gave rise to a business given its finding that Mr. Paletta did not intend to profit from his trades. It stated that the Tax Court, in confirming the existence of a business despite this finding, misconstrued binding case law. The appellant submitted that had the Tax Court held that Mr. Paletta's trading losses were not incurred in the course of a business, as it should have, it would then have determined whether, in claiming his losses as business losses, Mr. Paletta made a misrepresentation attributable to neglect or wilful default. The respondent, for its part, accepted the Tax Court's conclusion that Mr. Paletta's trading activities were not conducted for profit. It argued, however, that the Tax Court correctly held that these activities nevertheless gave rise to a business for purposes of the Act.

The issues were whether the Tax Court properly held that these trading activities gave rise to a source of income in the form of a business despite having found that the trades were not made for profit; and if it did not, whether the Minister could reassess the years in issue beyond the normal reassessment period pursuant to subparagraph 152(4)(a)(i) of the *Income Tax Act* and apply the 50 percent penalty pursuant to subsection 163(2) against Mr. Paletta on the basis that he was grossly negligent in representing his losses as business losses even though they were not.

Held, the appeal should be allowed.

On appeal, the appellant's sole argument in support of the reassessments was that Mr. Paletta's forward FX trading activities did not give rise to a source of income, which was the source issue. The concept of source of income is fundamental to the Act. There can be no taxation without income and, absent a specific rule (Division C), there can be no income without a source. Pursuant to section 9 of the Act, the income derived from a business or property source is the "profit" derived therefrom while the "loss" from a business or property is the result of the reverse equation. Unless Mr. Paletta's trading gains and losses emanated from a source in the form of a business, they did not come within section 9 and could neither be included nor deducted in the computation of his income pursuant to section 3 of the Act. Despite finding that Mr. Paletta did not trade for profit, the Tax Court held that the trading losses that he claimed originated from a business. The Tax Court explained that the decisions of the Supreme Court in *Stewart v. Canada* and *Walls v.*

que la somme déclarée en moins soit incluse dans le revenu et pour imposer la pénalité pour faute lourde cette année-là. Elle a annulé par ailleurs toutes les autres nouvelles cotisations.

L'appelante a soulevé un seul argument dans le présent appel, à savoir qu'il n'était pas loisible à la Cour de l'impôt de conclure que les opérations de change à terme de M. Paletta constituaient une entreprise, car elle avait constaté que ce dernier n'entendait pas tirer de profit de ses activités de change. Selon l'appelante, en concluant à l'existence d'une entreprise malgré une telle constatation, la Cour de l'impôt a mal interprété les arrêts de principe. L'appelante a fait valoir que si la Cour de l'impôt avait conclu que les pertes de change de M. Paletta n'avaient pas été subies dans le cours d'une entreprise, comme il se doit, elle se serait alors demandé si, en déclarant des pertes d'entreprise, M. Paletta a fait une présentation erronée des faits par négligence ou omission volontaire. Pour sa part, l'intimée a accepté la conclusion de la Cour de l'impôt suivant laquelle les activités de change de M. Paletta n'avaient pas pour objet la recherche de profits. Toutefois, selon elle, la Cour de l'impôt a conclu à bon droit qu'il s'agissait tout de même d'une entreprise pour l'application de la Loi.

Il s'agissait de déterminer si la Cour de l'impôt a conclu à bon droit que ces activités de change constituaient une source de revenu d'entreprise, et ce même si elle était d'avis qu'elles n'avaient pas pour objet de réaliser des profits, et si ce n'était pas le cas, si le ministre était habilité à établir une nouvelle cotisation après l'expiration de la période normale de cotisation sous le régime du sous-alinéa 152(4)a)(i) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et à imposer la pénalité de 50 p. 100 prévue au paragraphe 163(2) au motif que M. Paletta a commis une faute lourde en qualifiant de pertes d'entreprise des pertes qui n'étaient pas.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

En appel, au sujet de la question de la source de revenus, l'unique argument de l'appelante au soutien des nouvelles cotisations était que les opérations de change à terme de M. Paletta ne donnaient pas lieu à une source de revenus. Le concept de source de revenus est fondamental dans la Loi. Il n'y a pas d'imposition sans revenu et, sauf lorsque s'applique une règle spéciale (section C), il n'y a pas de revenu sans source. Aux termes de l'article 9 de la Loi, le revenu tiré d'une entreprise ou d'un bien est constitué du « bénéfice » tiré de l'un ou de l'autre, tandis que les « pertes » d'une entreprise ou d'un bien sont le résultat de la formule inverse. À moins que les pertes et les revenus des opérations de change de M. Paletta n'aient été tirés d'une entreprise, ils ne tombaient pas sous le coup de l'article 9 et n'auraient pas pu être inclus dans le calcul de son revenu, ou déduits de ce dernier, pour l'application de l'article 3 de la Loi. Bien qu'elle soit arrivée à la conclusion que les opérations de change de M. Paletta ne visaient pas la

Canada “obliged” it to hold that the trading activities gave rise to a source of income. The Tax Court read these decisions as authority for the proposition that where an activity appears to be inherently commercial, it is a source of income even where the activity is not in fact carried on for commercial reasons or with a view to profit. However, this is not what *Stewart* and *Walls* stand for. *Stewart* teaches that, in the absence of a personal or hobby element, where courts are confronted with what appears to be a clearly commercial activity and the evidence is consistent with the view that the activity is conducted for profit, they need go no further to hold that a business or property source of income exists for purposes of the Act. However, where as is the case here, the evidence reveals that, despite the appearances of commerciality, the activity is not in fact conducted with a view to profit, a business or property source cannot be found to exist. However, the Tax Court read *Stewart* differently. It held that the *Stewart* test effectively did away with the pursuit of profit as a prerequisite for the existence of a business, and that as Mr. Paletta was engaged in what it viewed as a clear commercial activity with no personal element, it was bound to hold that a business existed despite the absence of any profit motive. This reading was incompatible with what the Supreme Court actually said in *Stewart*. As for *Walls*, the Supreme Court was illustrating the application of the *Stewart* test. *Walls* establishes that a commercial activity does not cease to be a business because it is pursued with an intent to profit as well as an intent to avoid tax. It does not stand for the odd proposition that an activity devoted exclusively to the avoidance of one’s tax can be a business, and hence a source of income under the Act. In conclusion, the Tax Court’s finding that Mr. Paletta did not conduct his forward FX trading activities with a view to profit and that his sole purpose was avoiding his own tax led to the inevitable conclusion that his trades were not commercial in nature and, therefore, did not give rise to a source of income in the form of a business. It followed that the tax losses used by Mr. Paletta to offset his income from other sources were properly denied.

In order to reopen the statute-barred years, it had to be shown that Mr. Paletta made a misrepresentation that was “attributable to neglect, carelessness or wilful default” (Act, subparagraph 152(4)(a)(i)) and in order to justify the penalty

réalisation de profits, la Cour de l’impôt a néanmoins conclu que les pertes de change dont ce dernier demandait la déduction étaient des pertes d’entreprise. La Cour de l’impôt s’est donc dite contrainte par les arrêts *Stewart c. Canada* et *Walls c. Canada*, rendus par la Cour suprême, d’affirmer que les activités de change constituaient une source de revenus. La Cour de l’impôt estimait que, suivant ces arrêts, dès lors qu’une activité semble avoir une nature intrinsèquement commerciale, elle constitue une source de revenus, même si elle n’a pas d’objet commercial ou de recherche de profits. Toutefois, ce ne sont pas là les enseignements des arrêts *Stewart* et *Walls*. Suivant l’arrêt *Stewart*, dans les cas où l’activité ne comporte pas d’aspect personnel ou récréatif, qu’il semble s’agir d’une activité manifestement commerciale et que la preuve étaye la thèse selon laquelle l’activité en question a pour objet la réalisation de profits, il n’est pas nécessaire pour le tribunal de poursuivre l’analyse pour conclure à l’existence d’une source de revenus tirés d’une entreprise ou d’un bien pour les fins de la Loi. Or, dans les cas où la preuve révèle, comme en l’espèce, que, malgré des airs d’activité commerciale, l’activité en question n’a pas pour objet cette réalisation de profits, l’on ne saurait conclure à l’existence d’une source de revenus tirés d’une entreprise ou d’un bien. Toutefois, la Cour de l’impôt a adopté une autre interprétation de l’arrêt *Stewart*. Selon elle, le critère qui y est énoncé a eu pour effet de supprimer la nécessité de subordonner l’existence d’une entreprise à la démonstration d’une recherche de profits. Ainsi, comme à son avis M. Paletta poursuivait une activité manifestement commerciale dépourvue de tout aspect personnel, elle était contrainte de conclure à l’existence d’une entreprise, malgré l’absence d’intention de réaliser des profits. Cette interprétation n’était pas conforme aux enseignements de l’arrêt *Stewart*. Dans l’arrêt *Walls*, la Cour Suprême cherchait à illustrer l’application du critère énoncé dans l’arrêt *Stewart*. L’arrêt *Walls* établit qu’une activité commerciale ne cesse pas de constituer une entreprise si elle est exercée à la fois dans un but de réalisation de profits et dans un but d’évitement fiscal. Il n’étaye pas l’étrange suggestion qu’une activité exercée dans le but exclusif d’éviter le paiement de ses impôts pourrait constituer une entreprise et, par conséquent, une source de revenus pour l’application de la Loi. Enfin, la conclusion de la Cour de l’impôt selon laquelle M. Paletta n’a pas mené ses activités d’opérations de change à terme dans le but de faire des profits et que son seul but était d’éviter d’avoir à payer ses propres impôts a fait en sorte que ses opérations n’étaient nécessairement pas de nature commerciale et, par conséquent, ne donnaient pas lieu à une source de revenus constituée d’une entreprise. Il s’est ensuivi que les pertes fiscales utilisées par M. Paletta pour compenser ses revenus d’autres sources ont été refusées à juste titre.

Pour pouvoir réexaminer les cotisations d’années frappées de prescription, il devait être établi que M. Paletta avait fait une présentation erronée des faits « par négligence, inattention ou omission volontaire » (sous-alinéa 152(4)(a)(i) de la Loi) et, pour

that was levied, the appellant had to demonstrate that this misrepresentation was made “knowingly, or under circumstances amounting to gross negligence” (subsection 163(2)). The Tax Court, being of the view that Mr. Paletta’s trading activities gave rise to a business and were properly reported as such, did not consider whether Mr. Paletta was neglectful or grossly negligent in filing his tax returns on this basis. The appellant requested that this issue be considered and while the respondent did not oppose the request, it argued that Mr. Paletta was neither negligent nor grossly negligent. Neglect under subparagraph 152(4)(a)(i) refers to a lack of reasonable care. The duty of reasonable care is met if the taxpayer has “thoughtfully, deliberately and carefully asse[ss]e[d] the situation and file[d] on what he believe[d] *bona fide* to be the proper method”. In contrast, subsection 163(2) requires that the false statement be made knowingly or in circumstances amounting to gross negligence. This burden can be met either directly or constructively, through a demonstration of wilful blindness. Subsection 163(2) imposes a higher threshold with the result that conduct warranting the reopening of statute-barred years pursuant to subparagraph 152(4)(a)(i) will not necessarily justify the imposition of a penalty under the former. The opposite is however true. It therefore had to be determined whether Mr. Paletta, in representing that his losses were incurred in the course of a business even though they were not, acted knowingly or in circumstances attributable to gross negligence. According to the appellant, this threshold was met because Mr. Paletta was wilfully blind to the legal consequences that flowed from making this false statement. The respondent advanced several defences in response, including that Mr. Paletta, in presenting his trading activities as a business, acted as a reasonably prudent person would in the same circumstances. Mr. Paletta and his son were warned by a tax expert that the tax shelter plan they were contemplating could be problematic. Both knew from the beginning that the sole purpose behind the plan was tax avoidance. Rather than addressing the risk head on by obtaining a formal legal opinion, Mr. Paletta chose to ignore it. This behaviour showed at the very least that Mr. Paletta was indifferent or wilfully blind to the legal validity of his plan and that he was only concerned about fulfilling his desire to pay no tax. The appellant succeeded in demonstrating that Mr. Paletta was grossly negligent in portraying his trading losses as business losses even though they were not. Therefore, the penalty set out in subsection 163(2) of the Act was properly assessed. It followed that the test set out in subparagraph 152(4)(a)(i) was also met, and that the Minister validly reopened the seven taxation years in issue.

justifier la pénalité imposée, l’appelante devait montrer qu’une telle présentation erronée des faits avait été faite « sciemment ou dans des circonstances équivalant à faute lourde » (paragraphe 163(2)). Ayant conclu que les activités de change de M. Paletta constituaient une entreprise et qu’elles avaient donc, à juste titre, été présentées ainsi dans ses déclarations de revenus, la Cour de l’impôt n’a pas examiné si M. Paletta avait fait preuve de négligence ou avait commis une faute lourde en produisant ses déclarations de revenus sur ce fondement. L’appelante a demandé que cette question soit examinée et, bien que l’intimée ne s’y soit pas opposée, elle a soutenu que M. Paletta n’avait ni fait preuve de négligence ni commis de faute lourde. La négligence dont il est question au sous-alinéa 152(4)a)(i) renvoie au manque de diligence raisonnable. Le contribuable s’acquitte de son obligation de diligence raisonnable lorsque, « après un examen réfléchi et attentif de la situation, il évalue celle-ci et produit une déclaration selon la méthode qu’en bonne foi il croit appropriée ». Par contraste, le paragraphe 163(2) exige que le faux énoncé ait été fait sciemment ou dans des circonstances équivalant à faute lourde. Cette conclusion peut être tirée par constatation directe ou par interprétation, lorsqu’il est démontré qu’il y a eu aveuglement volontaire. Le paragraphe 163(2) impose un critère plus rigoureux, de sorte qu’un comportement qui justifie la réouverture d’années d’imposition frappées de prescription au titre du sous-alinéa 152(4)a)(i) ne justifie pas nécessairement l’imposition d’une pénalité au titre du paragraphe 163(2). Par contre, l’inverse est vrai. Il fallait donc déterminer si M. Paletta, en présentant ses pertes comme ayant été subies dans le cours des activités d’une entreprise alors que ce n’était pas le cas, avait agi sciemment ou dans des circonstances équivalant à faute lourde. Selon l’appelante, ce critère a été satisfait parce que M. Paletta a fait preuve d’aveuglement volontaire à l’égard des conséquences juridiques découlant de ce faux énoncé. L’intimée a fait valoir plusieurs moyens de défense en réponse, notamment que M. Paletta, en présentant ses opérations de change comme une entreprise, s’est comporté comme l’aurait fait une personne raisonnablement prudente dans les mêmes circonstances. M. Paletta et son fils avaient été avertis par un expert en fiscalité que le plan d’abri fiscal qu’ils considéraient pouvait poser problème. Ils savaient tous deux, dès le départ, que la seule raison d’être de ce plan était l’évitement fiscal. Plutôt que de mesurer le risque en obtenant une opinion juridique formelle, M. Paletta a choisi d’en faire fi. Cette attitude a montré à tout le moins que M. Paletta a fait preuve d’indifférence ou d’aveuglement volontaire quant à la validité juridique de son plan et qu’il se souciait uniquement de satisfaire son désir de ne pas payer d’impôt. L’appelante a réussi à démontrer que M. Paletta a commis une faute lourde en présentant ses pertes de change comme étant des pertes d’entreprise alors que ce n’était pas le cas. Par conséquent, la pénalité prévue au paragraphe 163(2) de la Loi a été imposée à juste titre. Il s’est ensuivi qu’il a été également satisfait au critère énoncé au sous-alinéa 152(4)a)(i) et que le ministre avait le droit de réouvrir les sept années d’imposition en cause.

In conclusion, the Tax Court's decision was set aside and the reassessments were referred back to the Minister for reconsideration and reassessment on the basis that Mr. Paletta's trading gains and losses were not to be recognized in the computation of his income for the 2000 through 2007 taxation years and that the gross negligence penalties were to be applied for the 2000 through 2006 taxation years.

En conclusion, la décision de la Cour de l'impôt a été annulée et les nouvelles cotisations ont été renvoyées au ministre pour qu'il procède à un nouvel examen et établisse de nouvelles cotisations en tenant pour acquis que les gains et les pertes de change de M. Paletta ne devaient pas être pris en compte dans le calcul de ses revenus pour les années d'imposition 2000 à 2007 et que des pénalités pour faute lourde devaient être imposées pour les années d'imposition 2000 à 2006.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 3, 9, 18(17)–18(23), 152(4)(a)(i), 163(2), 245(1), 248(1).

CASES CITED

FOLLOWED:

Moloney v. Canada, [1992] 2 C.T.C. 227, 92 D.T.C. 6570 (F.C.A.).

APPLIED:

Stewart v. Canada, 2002 SCC 46, [2002] 2 S.C.R. 645; *Backman v. Canada*, 2001 SCC 10, [2001] 1 S.C.R. 367; *Wynter v. Canada*, 2017 FCA 195, 2017 D.T.C. 5114.

DISTINGUISHED:

Friedberg v. Canada, [1993] 4 S.C.R. 285, 160 N.R. 312, affg [1992] 1 C.T.C. 1, 92 D.T.C. 6031 (F.C.A.).

CONSIDERED:

Walls v. Canada, 2002 SCC 47, [2002] 2 S.C.R. 684, affg (1999), [2000] 1 C.T.C. 324, 2000 D.T.C. 6025 (F.C.A.), revg [1996] 2 C.T.C. 14, 96 D.T.C. 6142 (F.C.T.D.); *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, 10 D.L.R. (4th) 1; *Tonn v. Canada* (1995), [1996] 2 F.C. 73, [1996] 1 C.T.C. 205, 96 D.T.C. 6001 (C.A.).

REFERRED TO:

Russell v. Town & County Bank (1883), 13 App. Cas. 418 (H.L.); *Minister of National Revenue v. Anaconda American Brass Ltd.* (1955), 55 D.T.C. 1220, [1955] C.T.C. 311 (J.C.P.C.); *Moldowan v. The Queen* (1977), [1978] 1 S.C.R. 480, 77 D.L.R. (3d) 112; *Smith v. Anderson* (1880), 15 Ch. D. 247 (C.A.); *Terminal Dock and Warehouse Co. v. Minister of National Revenue*, [1968] 2 Ex. C.R. 78, [1968] C.T.C. 78, affd [1968] S.C.R. vi, 68 D.T.C. 5316; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, 178 D.L.R. (4th) 26; *Regina Shoppers Mall Ltd. v. Canada*, [1990] 2 C.T.C. 183, 90 D.T.C. 6427 (F.C.T.D.), affd (1991), 126

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 3, 9, 18(17)–18(23), 152(4)a(i), 163(2), 245(1), 248(1).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION SUIVIE :

Moloney c. Canada, [1992] A.C.F. n° 905 (QL) (C.A.).

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Stewart c. Canada, 2002 CSC 46, [2002] 2 R.C.S. 645; *Backman c. Canada*, 2001 CSC 10, [2001] 1 R.C.S. 367; *Wynter c. Canada*, 2017 CAF 195, [2017] A.C.F. n° 897 (QL).

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Friedberg c. Canada, [1993] 4 R.C.S. 285, 1993 CanLII 41 confirmant [1991] A.C.F. n° 1255 (QL) (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Walls c. Canada, 2002 CSC 47, [2002] 2 R.C.S. 684 confirmant 1999 CanLII 9127, [1999] A.C.F. n° 1823 (QL) (C.A.), infirmant [1996] A.C.F. n° 145 (QL) (1^{re} inst.); *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, 1984 CanLII 20; *Tonn c. Canada* (1995), [1996] 2 C.F. 73, [1995] A.C.F. n° 1635 (QL) (C.A.).

DÉCISIONS MENTIONNÉES :

Russell v. Town & County Bank (1883), 13 App. Cas. 418 (H.L.); *Minister of National Revenue v. Anaconda American Brass Ltd.* (1955), 55 D.T.C. 1220, [1955] C.T.C. 311 (J.C.P.C.); *Moldowan c. La Reine* (1977), [1978] 1 R.C.S. 480, 1977 CanLII 5; *Smith v. Anderson* (1880), 15 Ch. D. 247 (C.A.); *Terminal Dock and Warehouse Co. v. Minister of National Revenue*, [1968] 2 R.C. de l'É. 78, [1968] C.T.C. 78, conf. par [1968] R.C.S. vi, 68 D.T.C. 5316; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, 1999 CanLII 647; *Regina Shoppers Mall Ltd. v. Canada*, [1990] 2 C.T.C. 183, 90 D.T.C. 6427 (C.F. 1^{re} inst.), conf. par [1991] A.C.F. n° 52

N.R. 141, 91 D.T.C. 5101 (F.C.A.); *Canada v. Johnson*, 2012 FCA 253, 435 N.R. 361, [2013] 1 F.C.R. D-2; *Robertson v. Canada*, 2016 FCA 303, 2016 D.T.C. 5131; *Van der Steen v. The Queen*, 2019 TCC 23, 2019 D.T.C. 1024; *Venne v. The Queen* (1984), 84 D.T.C. 6247, [1984] C.T.C. 223 (F.C.T.D.).

AUTHORS CITED

Lindley & Banks on Partnership, 17th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1995).

APPEAL from a Tax Court of Canada decision (2021 TCC 11) allowing an appeal by the respondent whereby the Tax Court held that Mr. Paletta's trading activities gave rise to a source of income in the form of a business despite finding that the trades were not made for profit. Appeal allowed.

APPEARANCES

Justine Malone and Dina Elleithy for appellant.
Justin Kutyan and Kelly Ng for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
KPMG Law LLP, Toronto, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

NOËL C.J.:

INTRODUCTION

[1] Pasquale Paletta (Mr. Paletta) passed away a few months before his appeal to the Tax Court of Canada could be heard. The appeal was continued by his estate (the Estate) and heard over a period of 18 days. The Tax Court *per* Spiro J. (the Tax Court) allowed the appeal [2021 TCC 11; hereinafter “the Reasons”]. But for Mr. Paletta's failure to include a relatively small part of the amounts in issue in one taxation year, the Estate's appeal was entirely successful.

(QL) (C.A.); *Canada c. Johnson*, 2012 CAF 253, [2012] A.C.F. n° 1249 (QL), [2013] 1 R.C.F. F-3; *Robertson c. Canada*, 2016 CAF 303, [2016] A.C.F. n° 1338 (QL); *Van der Steen c. La Reine*, 2019 CCI 23, [2019] A.C.F. n° 122 (QL); *Venne c. Canada (ministre du Revenu national - M.R.N.)*, [1984] A.C.F. n° 314 (QL) (1^{re} inst.).

DOCTRINE CITÉE

Lindley & Banks on Partnership, 17^e éd. (Londres : Sweet & Maxwell, 1995).

APPEL à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (2021 CCI 11) accueillant l'appel de l'intimée, dans laquelle la Cour canadienne de l'impôt a soutenu que les activités de change de M. Paletta constituaient une source de revenu d'entreprise, et ce, même si elle a conclu qu'elles n'avaient pas pour objet de réaliser des profits. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

Justine Malone et Dina Elleithy pour l'appelante.
Justin Kutyan et Kelly Ng pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante.
KPMG Law LLP, Toronto, pour l'intimée.

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

LE JUGE EN CHEF NOËL :

INTRODUCTION

[1] Pasquale Paletta (M. Paletta) est décédé quelques mois avant que son appel soit entendu par la Cour canadienne de l'impôt. La succession a poursuivi l'instance, et l'audience a été tenue sur 18 jours. La Cour canadienne de l'impôt (la Cour de l'impôt), sous la plume du juge Spiro, a accueilli l'appel [2021 CCI 11; ci-après « les motifs »]. La succession a eu gain de cause à tous les égards, sauf en ce qui concerne une des années d'imposition, où M. Paletta a omis d'inclure une partie relativement minime des revenus faisant l'objet du débat.

[2] During his 2000 through 2007 taxation years, Mr. Paletta generated income from a variety of sources approximating 38 million dollars in the aggregate. Almost all of that income (\$37 million) was offset by losses that he generated in the course of forward foreign exchange trading (forward FX trading) activities. The first question to be addressed in this appeal is whether the Tax Court properly held that these trading activities gave rise to a source of income in the form of a business despite having found that the trades were not made for profit. If so, the appeal cannot succeed.

[3] If not, the Court will have to decide whether the Minister of National Revenue (the Minister) could reassess the years in issue beyond the normal reassessment period pursuant to subparagraph 152(4)(a)(i) of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (the Act) and apply the 50 percent penalty pursuant to subsection 163(2) against Mr. Paletta on the basis that he was grossly negligent in representing his losses as business losses even though they were not.

[4] For the reasons that follow, I would allow the appeal, set aside the Tax Court's conclusion that Mr. Paletta's forward FX trading activities gave rise to a source of income and confirm that the Minister could reopen the taxation years in issue and apply the penalty assessed for the 2000 through 2006 taxation years.

[5] As in most cases involving elaborate tax plans, the facts are not easy to sort out. The panel is grateful to the Tax Court for its meticulous, detailed and accurate marshalling of the evidence and the crucial factual findings that were made. These have greatly facilitated our task in disposing of this appeal.

BACKGROUND

A. *The straddle transactions*

[6] At a high level, the plan involved Mr. Paletta entering into pairs of contracts with certain brokerage firms to

[2] Au cours des années d'imposition 2000 à 2007, M. Paletta a touché des revenus de diverses sources, s'élevant dans l'ensemble à environ 38 millions de dollars. Or, la presque totalité de ces revenus, soit 37 millions de dollars, ont été effacés pour fins fiscales par des pertes qu'a réalisées M. Paletta à la suite d'opérations de change à terme. La première question que soulève le présent appel est de savoir si la Cour de l'impôt a conclu à bon droit que ces activités de change constituaient une source de revenu d'entreprise, et ce même si elle était d'avis qu'elles n'avaient pas pour objet de réaliser des profits. Si c'est le cas, l'appel ne saurait être accueilli.

[3] Or, si ce n'est pas le cas, la Cour devra décider si le ministre du Revenu national (le ministre) était habilité à établir une nouvelle cotisation après l'expiration de la période normale de cotisation sous le régime du sous-alinéa 152(4)a)(i) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 (la Loi) et à imposer la pénalité de 50 p. 100 prévue au paragraphe 163(2) au motif que M. Paletta a commis une faute lourde en qualifiant de pertes d'entreprise des pertes qui n'en étaient pas.

[4] Pour les motifs qui suivent, j'accueillerais l'appel, infirmerais la conclusion de la Cour de l'impôt selon laquelle les opérations de change à terme de M. Paletta donnaient lieu à une source de revenus et confirmerais le pouvoir du ministre de réexaminer les années d'imposition en question et d'imposer la pénalité par l'entremise des cotisations établies à l'égard des années d'imposition 2000 à 2006.

[5] Comme dans la plupart des affaires mettant en jeu une planification fiscale complexe, les faits ne sont pas faciles à démêler. Nous sommes reconnaissants à la Cour de l'impôt qui a examiné les éléments de preuve en détail, avec soin et exactitude, et en a tiré des conclusions de fait essentielles. Celles-ci ont grandement facilité notre tâche, qui consiste à trancher l'appel.

FAITS

A. *Stratégie de décalage*

[6] De façon générale, suivant son plan, M. Paletta a conclu des paires de contrats avec des bureaux de courtage,

simultaneously buy and sell the same amount of foreign currency at different but closely proximate dates in the future (value dates). As the value of currency fluctuates over time, one of the contracts would move into a gain position and the other would move into a loss position. Before the end of the taxation year, Mr. Paletta would realize the loss leg, thereby crystallizing the loss for tax purposes. The gain leg would be crystallized at the beginning of the next taxation year. Using this strategy, Mr. Paletta “straddled” the offsetting contracts by realizing a loss in the first year and the corresponding gain in the subsequent year.

[7] Mr. Paletta repeated these steps each of the years in question, in order to realize target losses in an amount sufficient to offset both the gain realized on the gain leg closed at the start of the year and his income from other sources earned during the year. This effectively allowed Mr. Paletta to defer paying tax indefinitely.

[8] Two other corporations owned or controlled by Mr. Paletta implemented the same strategy, this time generating target losses exceeding \$150 million. Their respective appeals are being held in abeyance pending the outcome of the present appeal (Reasons, at paragraph 12).

B. *The reassessments in issue*

[9] The reassessments were issued in 2014, well after the expiration of the normal reassessment period. By these reassessments, the Minister denied the trading losses claimed by Mr. Paletta for the 2000 through 2006 taxation years and assessed the 2007 taxation year, only to deny the loss carry-over of prior years’ losses from these activities, while leaving the reported gain for that year untouched. Gross negligence penalties were applied for all years in which trading losses were claimed. The following table reflects the trading losses claimed and refused (Reasons, at paragraph 13 [footnote omitted]):

par lesquels il s’engageait simultanément à acheter et à vendre des montants équivalents d’une devise étrangère, et ce à différentes dates très rapprochées à venir (dates de valeur). À mesure que le cours de la devise fluctuait, un des deux contrats passait en position de gain, et l’autre en position de perte. Avant la fin de l’année d’imposition, M. Paletta réalisait la portion équivalant à une perte, cristallisant du même coup la perte aux fins d’imposition. La portion équivalant au gain, quant à elle, était cristallisée au début de l’année d’imposition suivante. Grâce à cette stratégie de décalage, M. Paletta a structuré ses contrats de change de telle sorte que, bien que les montants transigés se contrebalançaient, l’un des deux donne lieu à une perte au cours de la première année et l’autre, à un gain correspondant l’année suivante.

[7] M. Paletta a répété les mêmes étapes à chacune des années en question, de façon à subir des pertes suffisantes pour neutraliser le gain qui serait généré par la réalisation du contrat de change en début d’année, mais aussi suffisantes pour couvrir son revenu tiré d’autres sources au cours de l’année. Ainsi, M. Paletta parvenait à différer indéfiniment le paiement de l’impôt.

[8] La même stratégie a été adoptée par deux autres entreprises appartenant à M. Paletta ou sous son contrôle. Celles-ci ont subi des pertes supérieures à 150 millions de dollars. Leurs appels respectifs ont été mis en suspens jusqu’à résolution du présent appel (motifs, au paragraphe 12).

B. *Les nouvelles cotisations en question*

[9] Les nouvelles cotisations ont été établies en 2014, bien après l’expiration de la période normale de nouvelle cotisation. Le ministre y a refusé les pertes découlant des activités de change qu’a déclarées M. Paletta pour les années d’imposition 2000 à 2006. À l’égard de l’année d’imposition 2007, le ministre a établi une nouvelle cotisation dans le seul but de refuser le report de pertes subies de ces mêmes activités au cours d’années précédentes, sans modifier le gain déclaré pour cette année-là. Il a imposé des pénalités pour faute lourde à l’égard de toutes les années où M. Paletta avait déclaré des pertes découlant de ses activités de change. Le tableau suivant illustre les pertes déclarées dont la déduction a été demandée et refusée (motifs, au paragraphe 13 [note en bas de page omise]) :

Taxation Year	Claimed Losses/Gains
2000	(\$6,184,460.89)
2001	(\$2,150,917.06)
2002	(\$10,007,726.00)
2003	(\$6,198,247.76)
2004	(\$4,294,300.06)
2005	(\$5,134,923.14)
2006	(\$21,236,115.40)
2007	\$6,444,216.20
Total:	(\$48,762,747.11)

C. The for-profit theory

[10] The position of Mr. Paletta during the objection stage and of the Estate before the Tax Court was that the forward FX trading was conducted for profit and that the losses were business losses.

[11] Mr. Paletta's forward FX trades were done in pairs of offsetting forward contracts (forward-forward swaps). He also traded using a combination of options, but to the extent that he did, the options would only replicate the financial return of a forward-forward swap, albeit synthetically. In their pleadings, Mr. Paletta and the Estate after him simply took the position that the trades were made for profit. The precise contention, as revealed during the trial, was that Mr. Paletta intended to profit from the movement in the interest rate differential (i.e., the difference between the interest rate payable on one currency and receivable in the other).

[12] Expert evidence was submitted in support of this idea. One of the experts who testified on behalf of the Estate acknowledged that the value dates of the legs making up Mr. Paletta's swaps were very close to one another, typically, only a few days. However, he explained that this was not unusual because Mr. Paletta traded using extremely large notional amounts (in the hundred millions of dollars, billions in the aggregate). Although the returns were very small, he explained that the extent of the returns was commercially proportional to the risk which

Année d'imposition	Pertes ou gains déclarés
2000	(6 184 460,89 \$)
2001	(2 150 917,06 \$)
2002	(10 007 726 \$)
2003	(6 198 247,76 \$)
2004	(4 294 300,06 \$)
2005	(5 134 923,14 \$)
2006	(21 236 115,40 \$)
2007	6 444 216,20 \$
Total	(48 762 747,11 \$)

C. La thèse relative à la recherche de profits

[10] Selon la thèse avancée par M. Paletta au stade de l'opposition — et par la succession devant la Cour de l'impôt —, les opérations de change à terme avaient pour objet la réalisation de profits. Partant, les pertes subies constituaient des pertes d'entreprise.

[11] M. Paletta a structuré ses opérations de change en paires de contrats à terme (swaps terme contre terme) de façon à ce que les montants transigés se compensent. Il a également effectué des opérations en ayant recours à une combinaison d'options, mais cette alternative ne faisait qu'imiter le rendement de swaps terme contre terme, de manière synthétique. Dans leur plaidoirie, M. Paletta et la succession par la suite ont simplement affirmé que ces opérations avaient pour objet la recherche de profits. Plus précisément, il est ressorti à l'audience que la façon dont M. Paletta entendait tirer profit était par la fluctuation du différentiel des taux d'intérêt (c'est-à-dire la différence entre les taux d'intérêt, à savoir celui à payer sur une devise et celui à recevoir sur l'autre).

[12] Une preuve d'expert a été déposée au soutien de cette thèse. L'un des experts appelés à comparaître par la succession a admis que les dates de valeur des deux portions constituant les swaps étaient très rapprochées; en général elles ne variaient que de quelques jours. Cependant, selon lui cette situation n'avait rien d'inusité, car les opérations de M. Paletta mettaient en jeu des sommes notionnelles extrêmement élevées (dans les centaines de millions de dollars; des milliards au total). Il a expliqué que, bien que le rendement de ces opérations fût

was also very small, and opined that “trading appears to have been carried out with the intention of making a profit overall” (Rebuttal Report of Colin Knight to Expert Report of Richard Roland Poirier, subparagraph 20(iv); see also paragraphs 20–26, 102–116, 186, 194, 242–260: Appeal Book, Vol. 16, at pages 5825–5827, 5843–5845, 5860, 5862, 5874–5877).

[13] The Tax Court rejected this theory outright. It held, based on its assessment of the evidence, including the trading pattern over the seven-year period and the fee structure, that Mr. Paletta had no intention to make profits, whether large or minimal.

[14] Specifically, the forward-forward swaps were not entered into to speculate on the interest rate differential, but rather to take advantage of the currency movements in order to create the huge losses and the corresponding gains that had to be generated in order to meet the target loss every year, while effectively hedging all currency risk. The slight economic gains and losses derived from the exposure to the interest rate differential were merely incidental and bore little connection with the gains and losses that Mr. Paletta realized for tax purposes, as evidenced by the following table (Reasons, at paragraph 96):

Trading Cycle	***	Losses	Gains (Realized the Following Taxation Year)	Net Difference (Economic Profit/Loss)
2000	***	(\$5,974,460.89)	\$5,974,660.32	\$199.43

très faible, sur le plan commercial il était proportionnel au risque qui était pareillement très faible. À son avis, [TRADUCTION] « les opérations semblent avoir eu pour objet de générer un profit au bout du compte » (rapport de réfutation de Colin Knight en réponse au rapport d’expert de Richard Roland Poirier, alinéa 20(iv); voir également les paragraphes 20 à 26, 102 à 116, 186, 194 et 242 à 260 : dossier d’appel, vol. 16, aux pages 5825 à 5827, 5843 à 5845, 5860, 5862 et 5874 à 5877).

[13] La Cour de l’impôt a rejeté cette thèse d’emblée. Selon son appréciation de la preuve, dont celle portant sur le *modus operandi* des opérations pendant la période de sept ans et celle portant sur la structure tarifaire, M. Paletta n’avait aucunement l’intention de faire des profits, importants ou non.

[14] Plus précisément, M. Paletta a conclu les swaps terme contre terme non pas en vue de spéculer sur la fluctuation du différentiel des taux d’intérêt, mais en vue de profiter des mouvements du cours de la devise afin de générer les pertes importantes et les gains correspondants qui lui permettrait de réaliser la perte voulue pour fins fiscales à chaque année, tout en couvrant tous les risques de change. Au niveau financier, les pertes et les gains minimes tirés des fluctuations du différentiel des taux d’intérêt étaient accessoires et n’avaient guère de rapport avec les pertes et les gains réalisés à des fins fiscales, comme le démontre le tableau suivant (motifs, au paragraphe 96) :

[TRADUCTION]¹

Cycle des opérations	***	Pertes	Gains (réalisés au cours de l’année d’imposition suivante)	Écart net (profit/perte financier(ère))
2000	***	(5 974 460,89 \$)	5 974 660,32 \$	199,43 \$

¹ Note de l’arrêstiste: Lorsque la présente décision a été rendue, il n’existait pas de traduction officielle en français de la décision de la Cour canadienne de l’impôt. Une telle traduction est maintenant disponible. Voir : <https://decision.tcc-cci.gc.ca/tcc-cci/decisions/fr/item/493113/index.do>.

Trading Cycle	***	Losses	Gains (Realized the Following Taxation Year)	Net Difference (Economic Profit/Loss)
2001	***	(\$8,063,011.19)	\$8,030,844.73	(\$32,166.46)
2002	***	(\$9,907,726.75)	\$9,912,321.58	\$4,594.82
2003	***	(\$16,011,042.22)	\$16,026,804.80	\$15,762.58
2004	***	(\$20,467,060.00)	\$20,313,547.00	(\$153,513.00)
2005	***	(\$25,231,920.00)	\$25,212,680.00	(\$19,240.00)
2006	***	(\$46,485,910.00)	\$46,422,000.00	(\$63,910.00)
2007	***	(\$39,998,730.00)	N/A	N/A

Cycle des opérations	***	Pertes	Gains (réalisés au cours de l'année d'imposition suivante)	Écart net (profit/perte financier(ère))
2001	***	(8 063 011,19 \$)	8 030 844,73 \$	(32 166,46) \$
2002	***	(9 907 726,75 \$)	9 912 321,58 \$	4 594,82 \$
2003	***	(16 011 042,22 \$)	16 026 804,80 \$	15 762,58 \$
2004	***	(20 467 060 \$)	20 313 547 \$	(153 513 \$)
2005	***	(25 231 920 \$)	25 212 680 \$	(19 240 \$)
2006	***	(46 485 910 \$)	46 422 000 \$	(63 910 \$)
2007	***	(39 998 730 \$)	s/o	s/o

[15] To enter into his trades, Mr. Paletta paid fees totaling \$770,000, calculated as a percentage of the target loss that he communicated to his brokers for execution through his son Angelo (Reasons, at paragraphs 70–72). In all but one year, the fees paid exceeded the economic gain or loss derived from the swap. Through the achievement of the

[15] Au total, M. Paletta a acquitté des frais de 770 000 \$ pour effectuer les opérations, soit un pourcentage du montant des pertes voulues, lesquelles étaient communiquées à ses courtiers par l'intermédiaire de son fils Angelo (motifs, aux paragraphes 70 à 72). À l'exception d'une seule année au cours de cette période, les frais acquittés excédaient la

target loss year after year, Mr. Paletta was able to claim trading losses in an amount sufficient to erase the quasi-totality of his other income (Reasons, at paragraphs 97–100). Although Mr. Paletta decided to “show” a gain of more than \$6 million in 2007, this was not inconsistent with his tax avoidance plan since he had cumulated losses from previous trading that were sufficient to offset this trading gain (Reasons, at paragraph 98; see also paragraph 7, note 3).

D. *The findings of fact*

[16] In rejecting the Estate’s for-profit theory, the Tax Court made a number of findings of fact that need to be emphasized because they are crucial to the outcome of the appeal. The Tax Court found that “the sole purpose of the trading each year was the realization of the target loss for that year” and that “[e]verything, without exception, revolved around the target loss each year and its realization” (Reasons, at paragraph 70). It further found that “no one seeking to make money would engage in the trades undertaken by Mr. Pat Paletta” (Reasons, at paragraph 134) and that there was no commercial or economic reason for those trades (Reasons, at paragraph 128). The Tax Court rejected the opinion offered by Mr. Paletta’s expert to the effect that the trading appears to have been carried out with the intention to make a profit “overall” (Reasons, at paragraph 140), repeating that “[t]he only purpose of his trading was tax avoidance” (Reasons, at paragraph 142).

[17] The Tax Court further found that “[t]he only trading strategy used by Mr. Pat Paletta was one designed to ensure immediate loss realization and indefinite gain deferral for tax purposes” (Reasons, at paragraph 143). The Tax Court also found that Mr. Paletta and his son knew from the onset the three basic elements of the plan (Reasons, at paragraphs 101 and 263):

perte ou le gain financier réalisé par suite du swap. Grâce à la réalisation de la perte voulue, chaque année, M. Paletta était en mesure de déclarer des pertes sur opérations de change suffisantes pour effacer la presque totalité de ses autres revenus (motifs, aux paragraphes 97 à 100). Bien qu’il ait décidé en 2007 d’« afficher » des gains supérieurs à 6 millions de dollars, une telle décision n’était pas incompatible avec son plan d’évitement fiscal. En effet, il avait antérieurement accumulé des pertes de change suffisantes qui contrebalanceraient ces gains (motifs, au paragraphe 98; voir aussi le paragraphe 7, note 3).

D. *Conclusions de fait*

[16] La Cour de l’impôt, en rejetant la théorie relative à la recherche de profits avancée par la succession, tire des conclusions de fait qu’il convient de souligner, car elles sont essentielles au règlement du présent appel. La Cour de l’impôt conclut que les opérations avaient [TRADUCTION]² « pour seul objet chaque année la réalisation d’une certaine perte pour l’année » et que [TRADUCTION]³ « tout, sans exception, tendait à cette perte et à sa réalisation chaque année » (motifs, au paragraphe 70). En outre, selon elle, [TRADUCTION]⁴ « aucune personne désireuse de réaliser des gains n’aurait effectué les opérations réalisées par M. Paletta » (motifs, au paragraphe 134) et les opérations n’étaient pas justifiées sur les plans financier ou commercial (motifs, au paragraphe 128). La Cour de l’impôt rejette l’avis de l’expert cité par M. Paletta suivant lequel les opérations semblent avoir eu pour objet de générer des profits [TRADUCTION]⁵ « au bout du compte » (motifs, au paragraphe 140). Elle répète que « le seul objet des opérations était l’évitement fiscal » (motifs, au paragraphe 142).

[17] De plus, la Cour de l’impôt estime que [TRADUCTION]⁶ « la seule stratégie d’opérations de change employée par M. Paletta consistait à assurer la réalisation immédiate des pertes et un report indéfini des gains à des

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

fins fiscales » (motifs, au paragraphe 143). Elle conclut également que M. Paletta et son fils connaissaient dès le départ les trois éléments qui formaient le plan (motifs, aux paragraphes 101 et 263) :

[TRADUCTION]⁷

1. Before the end of the year, the loss legs of the straddle would be closed out so as to realize the target loss for the year;
2. Shortly after the start of the next taxation year the corresponding gain legs would be closed out and realized—they both understood that those gains must be included in computing income for the next taxation year; and
3. The target loss for the next taxation year would be sufficient to shelter (a) the gains realized earlier in the taxation year and (b) the taxable income that Mr. Pat Paletta anticipated receiving in that year. (Emphasis in the original; footnote omitted.)

[18] The Tax Court later added that “[t]here can be no doubt but that the straddle trading had no business purpose”. Instead, “[i]ts only purpose was to allow Mr. Pat Paletta to claim non-capital losses that he could use to offset his taxable income each year” (Reasons, at paragraph 227).

E. *The application of the law to the facts*

[19] Despite having found that Mr. Paletta did not trade for profit or for commercial reasons, the Tax Court held that his trading activities gave rise to a business. Specifically, the Tax Court found that the fact that Mr. Paletta’s trading activities could at all times yield negligible gains and losses together with the fact that these activities were by their nature commercial and had no personal element, left it no choice but to hold that a source of income existed. According to the Tax Court, “*Stewart* instructs us clearly that the source analysis in such circumstances must end there” (Reasons, at paragraph 204; referring to *Stewart v. Canada*, 2002 SCC 46, [2002] 2 S.C.R. 645 (*Stewart*)).

1. Avant la fin de l’année, la portion équivalant à une perte de l’opération de décalage serait close pour que soit réalisée la perte voulue pour l’année;
2. Peu après le début de l’année d’imposition suivante, la portion équivalant à un gain correspondante serait close et le gain réalisé (tous deux savaient que ces gains devaient impérativement être inclus dans le calcul du revenu pour cette année d’imposition);
3. La perte voulue pour l’année d’imposition suivante suffirait à mettre à l’abri du fisc (a) les gains réalisés antérieurement au cours de l’année d’imposition et (b) le revenu imposable que M. Paletta prévoyait toucher au cours de cette année. (Souligné dans l’original; note de bas de page omise.)

[18] La Cour de l’impôt ajoute que [TRADUCTION]⁸ « manifestement les opérations de décalage n’avaient aucun objet commercial ». Au contraire, « leur seul objet consistait à permettre à M. Paletta de demander la déduction pour pertes autres que des pertes en capital en vue de contrebalancer son revenu imposable chaque année » (motifs, au paragraphe 227).

E. *Application du droit aux faits*

[19] La Cour de l’impôt, même si elle conclut que M. Paletta n’a pas effectué les opérations dans un but commercial ou pour la recherche de profits, est néanmoins d’avis que ses activités de change constituaient une entreprise. Tout particulièrement, selon elle, comme les activités de change de M. Paletta étaient en tout temps susceptibles de donner lieu à des gains et à des pertes négligeables, et comme ces activités étaient de nature commerciale et étaient dépourvues de tout aspect personnel, elle ne pouvait que conclure à l’existence d’une source de revenus. Suivant la Cour de l’impôt, [TRADUCTION] « l’arrêt *Stewart* enseigne clairement que l’analyse quant à la source dans de telles circonstances doit s’arrêter là »

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

[20] The Tax Court added that the Supreme Court in *Walls v. Canada*, 2002 SCC 47, [2002] 2 S.C.R. 684 (*Walls SCC*) confirmed that an intent to profit was not a prerequisite in order for a business to exist when it held that Mr. Walls was engaged in a business, despite the fact that the activity in question was not undertaken for profit and was entirely devoted to the avoidance of tax (Reasons, at paragraph 202). The Tax Court's theory that *Stewart* and *Walls SCC* could be so read was developed without the assistance of the parties as both argued their case at trial on the basis that an intent to profit had to be present before a business could be found to exist.

[21] Although the other arguments raised by the appellant (the Crown)—sham, window dressing, legally ineffective transactions—were ancillary to the source analysis, the Tax Court devoted a good part of its reasons to these issues. The Tax Court made clear that Mr. Paletta correctly represented the legal rights and obligations flowing from his forward FX trading and that the evidence did not support the Crown's contention that the documentation had been fabricated (Reasons, at paragraphs 225 and 255). The Tax Court also relied on the decision of the Supreme Court in *Friedberg v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 285, 160 N.R. 312 (*Friedberg*) to hold that Mr. Paletta could use the realization method to report his trading gains and losses (Reasons, at paragraph 191).

[22] The Tax Court then addressed whether Mr. Paletta made any misrepresentations that would warrant the reopening of statute-barred years and the application of gross negligence penalties. Given the finding that the forward FX trading activities gave rise to a source of income, the Tax Court centred its analysis on whether Mr. Paletta fully reported the gains derived from that source. It found that Mr. Paletta failed to include the gain leg of his trades in his 2002 return thereby making an \$8 million understatement of income. The Tax Court went on to find that this understatement was attributable to “conduct tantamount to intentional acting” (Reasons, at paragraph 269)

(motifs, au paragraphe 204; renvoi à *Stewart c. Canada*, 2002 CSC 46, [2002] 2 R.C.S. 645 (*Stewart*)).

[20] La Cour de l'impôt ajoute que, selon la Cour suprême dans l'arrêt *Walls c. Canada*, 2002 CSC 47, [2002] 2 R.C.S. 684 (*Walls CSC*), l'existence d'une activité commerciale n'est pas subordonnée à une intention de réaliser un profit, puisque la Cour suprême a conclu que M. Walls participait à une activité commerciale même si l'activité en question n'avait pas pour objet de réaliser des profits et qu'elle visait entièrement l'évitement fiscal (motifs, au paragraphe 202). Cette interprétation de la Cour de l'impôt des arrêts *Stewart* et *Walls CSC* ne provient pas des parties, car celles-ci ont présenté l'affaire à l'audience en tenant pour acquis que l'intention de réaliser des profits est essentielle à l'existence d'une activité commerciale.

[21] Bien que les autres arguments invoqués par l'appelante (la Couronne) — trompe-l'œil, artifice, opérations dépourvues d'effet juridique — étaient accessoires à l'analyse quant à la source de revenus, la Cour de l'impôt a néanmoins consacré une partie considérable de ses motifs à ces questions. Il ressort des motifs de la Cour de l'impôt que M. Paletta a décrit correctement les droits et obligations juridiques découlant de ses opérations de change à terme et que la preuve n'étayait pas la thèse de la Couronne suivant laquelle les documents étaient faux (motifs, aux paragraphes 225 et 255). Également, sur le fondement de l'arrêt *Friedberg c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 285, 1993 CanLII 41 (*Friedberg*), la Cour de l'impôt arrive à la conclusion que M. Paletta pouvait suivre la méthode de la réalisation pour déclarer ses gains et pertes de change (motifs, au paragraphe 191).

[22] La Cour de l'impôt s'attaque ensuite à déterminer si M. Paletta a fait une présentation erronée des faits qui justifierait l'établissement de nouvelles cotisations à l'égard d'années frappées de prescription et l'imposition de pénalités pour faute lourde. Ayant conclu que les opérations de change à terme donnaient lieu à une source de revenus, elle se demande seulement si M. Paletta a déclaré tous les revenus tirés de cette source. Selon elle, dans sa déclaration pour 2002, M. Paletta n'a pas déclaré la portion de ses activités de change qui donnaient lieu à un gain, à savoir 8 millions de dollars. La Cour de l'impôt est d'avis que cette déclaration en moins est due à une

and confirmed that the 2002 taxation year could be reopened in order to assess the understated amount and apply the gross negligence penalty for that year. All the reassessments were otherwise vacated.

[23] The Tax Court concluded its analysis by explaining that although this outcome was not the one it would have liked, binding precedents of the Supreme Court obliged it to reach the result that it did (Reasons, at paragraph 271).

POSITION OF THE PARTIES

A. *The Crown*

[24] The Crown's sole contention in this appeal is that the Tax Court could not hold that Mr. Paletta's forward FX trading activities gave rise to a business given its finding that Mr. Paletta did not intend to profit from his trades. According to the Crown, the Tax Court, in confirming the existence of a business despite this finding, misconstrued binding case law, in particular the pronouncements of the Supreme Court in *Stewart, Walls SCC, Friedberg and Stupart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, 10 D.L.R. (4th) 1 (*Stupart*) (Memorandum of the Crown, at paragraphs 26–73).

[25] The Crown submits that had the Tax Court held that Mr. Paletta's trading losses were not incurred in the course of a business, as it should have, it would then have determined whether, in claiming his losses as business losses, Mr. Paletta made a misrepresentation attributable to neglect or wilful default. The Crown asks that we examine the evidence as it pertains to this issue and make the necessary findings of fact (Memorandum of the Crown, at paragraphs 76–77).

[26] In this respect, the Crown submits that no experienced businessperson in the position of Mr. Paletta could reasonably believe that the trading activities gave rise to a business given that they were conducted for the sole purpose of avoiding tax. According to the Crown, Mr. Paletta's behaviour in that regard rises to the level of

[TRANSLATION]⁹ « conduite qui correspond à une action délibérée » (motifs, au paragraphe 269) et autorise un nouvel examen de l'année d'imposition 2002 pour permettre que la somme déclarée en moins soit incluse dans le revenu et pour imposer la pénalité pour faute lourde cette année-là. Elle annule toutes les autres nouvelles cotisations.

[23] La Cour de l'impôt conclut son analyse en expliquant que, si l'issue n'est pas celle qu'elle aurait voulue, les arrêts de principe de la Cour suprême l'obligent à trancher ainsi (motifs, au paragraphe 271).

THÈSE DES PARTIES

A. *La Couronne*

[24] La Couronne soulève un seul argument dans le présent appel, à savoir qu'il n'était pas loisible à la Cour de l'impôt de conclure que les opérations de change à terme de M. Paletta constituaient une entreprise, car elle avait constaté que ce dernier n'entendait pas tirer de profit de ses activités de change. Selon la Couronne, en concluant à l'existence d'une entreprise malgré une telle constatation, la Cour de l'impôt a mal interprété les arrêts de principe, tout particulièrement les enseignements de la Cour suprême dans les affaires *Stewart, Walls CSC, Friedberg et Stupart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, 1984 CanLII 20 (*Stupart*) (mémoire de la Couronne, aux paragraphes 26 à 73).

[25] La Couronne fait valoir que si la Cour de l'impôt avait conclu que les pertes de change de M. Paletta n'avaient pas été subies dans le cours d'une entreprise, comme il se doit, elle se serait alors demandé si, en déclarant des pertes d'entreprise, M. Paletta a fait une présentation erronée des faits par négligence ou omission volontaire. La Couronne demande à notre Cour d'examiner la preuve pertinente en la matière et d'en tirer les conclusions de fait nécessaires (mémoire de la Couronne, aux paragraphes 76 et 77).

[26] À cet égard, la Couronne affirme qu'aucun entrepreneur expérimenté dans la situation de M. Paletta n'aurait raisonnablement pu croire que les activités de change constituaient une entreprise, puisqu'elles avaient

⁹ *Ibid.*

wilful blindness and gross negligence thereby allowing for the reassessment beyond the normal reassessment period and the application of the penalty (Memorandum of the Crown, at paragraphs 78–98).

B. *The Estate*

[27] The Estate, for its part, accepts the Tax Court's conclusion that Mr. Paletta's trading activities were not conducted for profit. It argues, however, that the Tax Court correctly held that these activities nevertheless gave rise to a business for purposes of the Act. In this respect, it focuses on paragraph 53 of *Stewart* and stresses that an intent to profit is irrelevant in light of that decision (Memorandum of the Estate, at paragraphs 40–45). Specifically, Mr. Paletta's trades bear the hallmarks of commerciality in that they were subject to risk, and were made in a market full of large global banks, in a manner consistent with industry norms and through regulated entities subject to oversight (Memorandum of the Estate, at paragraph 39). Relying on the Tax Court's reading of *Stewart* and of the relevant case law, the Estate submits that this is where the analysis should end (Memorandum of the Estate, at paragraphs 32–38 and 46–71).

[28] In the event that Mr. Paletta's trading activities did not give rise to a business, the Estate submits that Mr. Paletta acted as a reasonable person would in reporting his trading losses as business losses (Memorandum of the Estate, at paragraphs 72–81). In this respect, the Estate refers to a series of steps taken by Mr. Paletta with the assistance of his son, Angelo, which show that he handled the issue with care and was neither neglectful nor careless (Memorandum of the Estate, at paragraphs 82–92).

ANALYSIS

[29] As the trial unfolded before the Tax Court and the evidence was presented and appreciated, it became apparent to the Crown that the lead arguments raised

pour seul objet l'évitement fiscal. Selon elle, la conduite de M. Paletta à cet égard équivaut à de l'aveuglement volontaire et à faute lourde. Ainsi, il est permis d'établir une nouvelle cotisation après la période normale de nouvelle cotisation et d'imposer la pénalité (mémoire de la Couronne, aux paragraphes 78 à 98).

B. *La succession*

[27] Pour sa part, la succession accepte la conclusion de la Cour de l'impôt suivant laquelle les activités de change de M. Paletta n'avaient pas pour objet la recherche de profits. Toutefois, selon elle, la Cour de l'impôt a conclu à bon droit qu'il s'agissait tout de même d'une entreprise pour l'application de la Loi. La succession invoque le paragraphe 53 de l'arrêt *Stewart* pour soutenir que l'intention de générer un profit n'importe pas (mémoire de la succession, aux paragraphes 40 à 45). Plus précisément, elle affirme que les activités de change de M. Paletta ont les attributs d'une activité commerciale en ce sens qu'elles comportaient un risque, étaient exercées au sein d'un marché auquel participent les grandes banques internationales, ont été effectuées dans le respect des normes du secteur et par le truchement d'organes réglementés soumis à une surveillance (mémoire de la succession, au paragraphe 39). Faisant valoir l'interprétation qu'a adoptée la Cour de l'impôt de l'arrêt *Stewart* et de la jurisprudence pertinente, la succession affirme que l'analyse doit s'arrêter là (mémoire de la succession, aux paragraphes 32 à 38 et 46 à 71).

[28] Selon la succession, si les activités de change de M. Paletta ne constituent pas une entreprise, ce dernier a néanmoins agi comme l'aurait fait une personne raisonnable en déclarant ses pertes de change à titre de pertes d'entreprise (mémoire de la succession, aux paragraphes 72 à 81). À cet égard, la succession renvoie à une série de mesures prises par M. Paletta avec l'aide de son fils, Angelo, qui démontrent qu'il a traité l'affaire avec soin et n'a pas fait preuve de négligence ni d'insouciance (mémoire de la succession, aux paragraphes 82 à 92).

ANALYSE

[29] Au fur et à mesure que s'est déroulée l'audience devant la Cour de l'impôt, la Couronne a constaté que les principaux arguments qu'elle avait soulevés au soutien des

in support of the reassessments—sham, window dressing, ineffective transactions—could not be supported, but that its alternative argument—Mr. Paletta’s forward FX trading activities did not give rise to a source of income—could. By the time of final argument, this became the sole ground, all others being relegated to a secondary role in support of the source argument (Reasons, at paragraph 48). Before us, the Crown’s case rests exclusively on the source issue.

A. *The source issue*

[30] The concept of source of income is fundamental to the Act. There can be no taxation without income and, absent a specific rule (Division C), there can be no income without a source. Tax in turn can only be determined after income has been computed for the year. The foundational rule for the computation of income is set out in section 3. Section 3 reads in part:

Income for taxation year

3 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

[31] Pursuant to section 9 of the Act, the income derived from a business or property source is the “profit” derived therefrom, i.e.: the revenues less the expenses incurred to earn them (*Russell v. Town & County Bank* (1883), 13 App. Cas. 418 (H.L.), at page 424, cited in *Minister of National Revenue v. Anaconda American Brass Ltd.* (1955), 55 D.T.C. 1220, [1955] C.T.C. 311 (J.C.P.C.)). The “loss” from a business or property is the result of the reverse equation. Because they are the reverse side of the same coin, the existence of a “profit” or “loss” for tax purposes is subject to the same conditions. In this respect, it is useful to note that no court has ever held that a “profit”

nouvelles cotisations — à savoir trompe-l’œil, artifice et opérations dépourvues d’effet juridique — n’étaient pas étayés par la preuve. En revanche, son argument subsidiaire, selon lequel les opérations de change à terme ne donnaient pas lieu à une source de revenus, l’était. Au moment de présenter ses observations finales, la Couronne avait réduit son argumentation à ce seul point, les autres étant relégués à un rôle secondaire à l’appui de l’argument de la source (motifs, au paragraphe 48). Devant nous, la Couronne soulève seulement la question de la source de revenus.

A. *Source de revenus*

[30] Le concept de source de revenus est fondamental dans la Loi. Il n’y a pas d’imposition sans revenu et, sauf lorsque s’applique une règle spéciale (section C), il n’y a pas de revenu sans source. L’impôt ne peut être déterminé qu’une fois que le revenu a été calculé pour l’année. La règle fondamentale applicable au calcul du revenu est énoncée à l’article 3, qui est en partie ainsi rédigé :

Revenu pour l’année d’imposition

3 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

[31] Aux termes de l’article 9 de la Loi, le revenu tiré d’une entreprise ou d’un bien est constitué du « bénéfice » tiré de l’un ou de l’autre, à savoir les revenus moins les dépenses engagées en vue de les gagner (*Russell v. Town & County Bank* (1883), 13 App. Cas. 418 (H.L.), à la page 424, cité dans *Minister of National Revenue v. Anaconda American Brass Ltd.* (1955), 55 D.T.C. 1220, [1955] C.T.C. 311 (J.C.P.C.)). Les « pertes » d’une entreprise ou d’un bien sont le résultat de la formule inverse. Comme ils représentent les deux côtés d’une même médaille, aux fins d’imposition, les « bénéfices » et les « pertes » sont soumis aux mêmes conditions d’existence. À cet égard,

or “loss” can arise under section 9 in the absence of an intent to profit, subject to the Tax Court’s unique reading of *Stewart* and *Walls SCC*. Section 9 reads in part:

Income

9 (1) Subject to this Part, a taxpayer’s income for a taxation year from a business or property is the taxpayer’s profit from that business or property for the year.

Loss

(2) ... a taxpayer’s loss for a taxation year from a business or property is the amount of the taxpayer’s loss, if any, for the taxation year from that source computed by applying the provisions of this Act respecting computation of income from that source with such modifications as the circumstances require.

Unless Mr. Paletta’s trading gains and losses emanate from a source in the form of a business, they do not come within section 9 and can neither be included nor deducted in the computation of his income pursuant to section 3.

i. Standard of review

[32] The outcome of this appeal turns on the Tax Court’s reading of various decisions that were binding on it. Identifying the legal principles established by these decisions gives rise to questions of law with respect to which the Tax Court is entitled to no deference.

ii. *Stewart* and *Walls SCC*

[33] Despite finding that Mr. Paletta did not trade for profit, the Tax Court held that the trading losses that he claimed originated from a business. The Tax Court explained that the decisions of the Supreme Court in *Stewart* and *Walls SCC* “obliged” it to hold that the trading activities gave rise to a source of income (Reasons, at paragraph 271). The Tax Court read these decisions as authority for the proposition that where an activity appears

souignons qu’aucun tribunal n’a jamais conclu à l’existence d’un « bénéfice » ou d’une « perte », sous le régime de l’article 9, sans une intention de réaliser des profits, à l’exception de la lecture particulière qu’a fait la Cour de l’impôt des arrêts *Stewart* et *Walls CSC*. L’article 9 est en partie ainsi rédigé :

Revenu

9 (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, le revenu qu’un contribuable tire d’une entreprise ou d’un bien pour une année d’imposition est le bénéfice qu’il en tire pour cette année.

Perte

(2) [...] la perte subie par un contribuable au cours d’une année d’imposition relativement à une entreprise ou à un bien est le montant de sa perte subie au cours de l’année relativement à cette entreprise ou à ce bien, calculée par l’application, avec les adaptations nécessaires, des dispositions de la présente loi afférentes au calcul du revenu tiré de cette entreprise ou de ce bien.

À moins que les pertes et les revenus des opérations de change de M. Paletta ne soient tirés d’une entreprise, ils ne tombent pas sous le coup de l’article 9 et ne sauraient être inclus dans le calcul de son revenu, ou déduits de ce dernier, pour l’application de l’article 3.

i. Norme de contrôle

[32] L’issue du présent appel dépend de l’interprétation qu’a donnée la Cour de l’impôt à divers arrêts qu’elle était contrainte d’appliquer. La définition des principes de droit établis par ces arrêts fait intervenir des questions de droit; partant, la décision de la Cour de l’impôt n’emporte aucune déférence.

ii. Les arrêts *Stewart* et *Walls CSC*

[33] Bien qu’elle soit arrivée à la conclusion que les opérations de change de M. Paletta ne visaient pas la réalisation de profits, la Cour de l’impôt a néanmoins conclu que les pertes de change dont ce dernier demandait la déduction étaient des pertes d’entreprise. La Cour de l’impôt s’est donc dite [TRADUCTION]¹⁰ « contrainte » par les arrêts *Stewart* et *Walls CSC*, rendus par la Cour suprême,

¹⁰ *Ibid.*

to be inherently commercial, it is a source of income even where the activity is not in fact carried on for commercial reasons or with a view to profit. With respect, this is not what *Stewart* and *Walls SCC* stand for.

[34] The Supreme Court in *Stewart* was focused on doing away with the reasonable expectation of profit test (the REOP test). This test originally had a specific statutory underpinning, but became, over time, a broad-based test used in all kinds of situations to determine if an activity gave rise to a source of income or whether the taxpayer is engaged in a personal endeavour, typically in the form of a hobby (*Moldowan v. The Queen* (1977), [1978] 1 S.C.R. 480, 77 D.L.R. (3d) 112). The Court was particularly concerned by the fact that, in applying this test, judges were using hindsight and often second-guessing the business acumen of the taxpayers concerned, a role for which they were ill-equipped and no better positioned than those whose business decisions they were assessing (*Stewart*, at paragraphs 44–47). More fundamentally, the REOP test, which has no statutory foundation as a stand-alone test of general application, had overtaken the long accepted common law definition of business which simply requires that the activity be undertaken in the pursuit of profit (*Stewart*, at paragraph 38, citing *Smith v. Anderson* (1880), 15 Ch. D. 247 (C.A.), at page 258; *Terminal Dock and Warehouse Co. v. Minister of National Revenue*, [1968] 2 Ex. C.R. 78, [1968] C.T.C. 78, affd [1968] S.C.R. vi, 68 D.T.C. 5316).

[35] The Supreme Court therefore devised a simple two-step test focused on the pursuit of profit that had withstood the test of time remarkably well until the decision under appeal was released:

1. Is the activity of the taxpayer undertaken in the pursuit of profit, or is it a personal endeavour?

d'affirmer que les activités de change constituaient une source de revenus (motifs, au paragraphe 271). La Cour de l'impôt estimait que, suivant ces arrêts, dès lors qu'une activité semble avoir une nature intrinsèquement commerciale, elle constitue une source de revenus, même si elle n'a pas d'objet commercial ou de recherche de profits. N'en déplaise à la Cour de l'impôt, ce ne sont pas là les enseignements des arrêts *Stewart* et *Walls CSC*.

[34] Dans l'arrêt *Stewart*, la Cour suprême cherchait à abandonner le critère de l'expectative raisonnable de profit (le critère de l'ERP). À l'origine, ce critère était rattaché à une disposition légale précise, mais, au fil du temps, son application a été élargie à toutes sortes de situations pour déterminer si une activité emportait une source de revenus ou si le contribuable poursuivait plutôt une démarche personnelle, généralement un passe-temps (*Moldowan c. La Reine* (1977), [1978] 1 R.C.S. 480, 1977 CanLII 5). Tout particulièrement, la Cour suprême ne voyait pas d'un bon œil le fait que les juges, en appliquant ce critère, évaluaient avec du recul les décisions commerciales des contribuables visés et mettaient souvent en doute le sens des affaires de ces derniers, un rôle pour lequel les juges n'étaient ni bien outillés ni mieux placés que les contribuables dont ils scrutaient les actes (*Stewart*, aux paragraphes 44 à 47). Fondamentalement, le critère de l'ERP, qui n'est pas prévu dans la Loi à titre de critère autonome d'application générale, avait fini par remplacer la définition de common law acceptée depuis longtemps de ce qui constitue une entreprise, suivant laquelle il s'agit simplement d'une activité qui a pour objet la recherche de profits (*Stewart*, au paragraphe 38, citant *Smith v. Anderson* (1880), 15 Ch. D. 247 (C.A.), à la page 258; *Terminal Dock and Warehouse Co. v. M.N.R.*, [1968] 2 R.C. de l'É. 78, [1968] C.T.C. 78, conf. par [1968] R.C.S. vi, 68 D.T.C. 5316).

[35] Par conséquent, la Cour suprême a élaboré un critère simple à deux volets axé sur la recherche de profits qui a résisté à l'épreuve du temps remarquablement bien, jusqu'au jugement sur lequel porte le présent appel. Le critère est le suivant :

1. L'activité du contribuable est-elle exercée en vue de réaliser un profit, ou s'agit-il d'une démarche personnelle?

2. If it is not a personal endeavour, is the source of income a business or property?

Where the activity contains no personal element and is clearly commercial, no further inquiry is necessary (*Stewart*, at paragraph 60).

[36] *Stewart* teaches that, in the absence of a personal or hobby element, where courts are confronted with what appears to be a clearly commercial activity and the evidence is consistent with the view that the activity is conducted for profit, they need go no further to hold that a business or property source of income exists for purposes of the Act. However, where as is the case here, the evidence reveals that, despite the appearances of commerciality, the activity is not in fact conducted with a view to profit, a business or property source cannot be found to exist.

[37] The Tax Court read *Stewart* differently. It held that the *Stewart* test effectively did away with the pursuit of profit as a prerequisite for the existence of a business, and that as Mr. Paletta was engaged in what it viewed as a clear commercial activity with no personal element, it was bound to hold that a business existed despite the absence of any profit motive.

[38] This reading is incompatible with what the Supreme Court actually said in *Stewart*. Not only did *Stewart* not oblige the Tax Court to hold that there was a source of income in these circumstances, but it required the Tax Court to come to the opposite conclusion. In *Stewart*, the Supreme Court made it clear that the test being devised was consistent with the traditional common law definition of “business”. The word “business” is given an inclusive and expansive meaning under the Act (subsection 248(1)), but is left otherwise undefined. As in such circumstances, the private law—the common law on the facts of *Stewart*—fills the gap, the Supreme Court explained that the *Stewart* test gave effect to the common law definition of “business” (*Stewart*, at paragraph 51):

2. S’il ne s’agit pas d’une démarche personnelle, la source du revenu est-elle une entreprise ou un bien?

Lorsque l’activité ne comporte aucun aspect personnel et qu’elle est manifestement commerciale, il n’est pas nécessaire de pousser l’analyse plus loin (*Stewart*, au paragraphe 60).

[36] Suivant l’arrêt *Stewart*, dans les cas où l’activité ne comporte pas d’aspect personnel ou récréatif, qu’il semble s’agir d’une activité manifestement commerciale et que la preuve étaye la thèse selon laquelle l’activité en question a pour objet la réalisation de profits, il n’est pas nécessaire pour le tribunal de poursuivre l’analyse pour conclure à l’existence d’une source de revenus tirés d’une entreprise ou d’un bien pour les fins de la Loi. Or, dans les cas où la preuve révèle, comme en l’espèce, que, malgré des airs d’activité commerciale, l’activité en question n’a pas pour objet cette réalisation de profits, l’on ne saurait conclure à l’existence d’une source de revenus tirés d’une entreprise ou d’un bien.

[37] La Cour de l’impôt a adopté une autre interprétation de l’arrêt *Stewart*. Selon elle, le critère qui y est énoncé a eu pour effet de supprimer la nécessité de subordonner l’existence d’une entreprise à la démonstration d’une recherche de profits. Ainsi, comme à son avis M. Paletta poursuivait une activité manifestement commerciale dépourvue de tout aspect personnel, elle était contrainte de conclure à l’existence d’une entreprise, malgré l’absence d’intention de réaliser des profits.

[38] Une telle interprétation n’est pas conforme aux enseignements de l’arrêt *Stewart*. Non seulement la Cour suprême ne contraignait pas la Cour de l’impôt à conclure à l’existence d’une source de revenus dans une telle situation, mais elle l’obligeait en fait à tirer la conclusion inverse. Dans l’arrêt *Stewart*, la Cour Suprême explique précisément que le critère énoncé est conforme à la définition traditionnelle de ce qui constitue une « entreprise » en common law. Le terme « entreprise » est défini en termes généraux dans la Loi (paragraphe 248(1)), sans être précisé davantage. Dans de telles circonstances, le droit privé — la common law au vu des faits de l’affaire *Stewart* — vient éclairer la question. La Cour suprême explique que le critère énoncé dans l’arrêt *Stewart* donne

Equating “source of income” with an activity undertaken “in pursuit of profit” accords with the traditional common law definition of “business”, i.e., “anything which occupies the time and attention and labour of a man for the purpose of profit”: *Smith, supra*, at p. 258; *Terminal Dock, supra*.

[39] Yet, the Tax Court read *Stewart* as requiring it to equate “source of income” with an activity that is not undertaken in “pursuit of profit” and to provide for a result that conflicts, rather than accords, with the common law definition of “business”. This turns *Stewart* on its head. Contrary to what the Tax Court believed, it could not hold that Mr. Paletta was engaged in a commercial activity in the face of evidence establishing that he had no intention to profit. The objective of the *Stewart* test, which was to reaffirm “pursuit of profit” as the decisive consideration in ascertaining the existence of a business, precludes the possibility that this test could be construed so as to require the recognition of a business in the face of evidence that establishes that profits are not being pursued.

[40] Even if *Stewart* cannot be read as the Tax Court proposes, the Estate submits that the companion case to *Stewart*, *Walls SCC*, can, and indeed must. In this regard, the Estate first relies on the findings of fact made by the Federal Court at trial (at the time, the Federal Court, Trial Division) in *Walls v. R.*, [1996] 2 C.T.C. 14, 96 D.T.C. 6142 (*Walls FC*) to the effect that the activity in that case was undercapitalized and unable to produce a profit (Memorandum of the Estate, at paragraphs 60 and 61). It submits that the Supreme Court’s conclusion in *Walls SCC* that a business exists despite these findings confirms that an intention to profit is no longer an essential element.

[41] In advancing this argument, the Estate omits to point out that the trial court’s findings on which it relies were made in applying the REOP test, that is through the

effet à la définition du terme « entreprise » issue de la common law (*Stewart*, au paragraphe 51) :

Assimiler la « source de revenu » à une activité exercée « en vue de réaliser un profit » concorde avec la définition traditionnelle du mot « entreprise » qui est donnée en common law, à savoir [TRADUCTION] « tout ce qui occupe le temps, l’attention et les efforts d’un homme et qui a pour objet la réalisation d’un profit » : *Smith*, précité, p. 258; *Terminal Dock*, précité.

[39] Or, la Cour de l’impôt a conclu que l’arrêt *Stewart* l’obligeait à assimiler à une « source de revenus » une activité qui n’est pas exercée « en vue de réaliser un profit » et à en arriver à un résultat contraire à la définition de ce qui constitue une « entreprise » en common law. Une telle interprétation est diamétralement opposée à l’arrêt *Stewart*. Contrairement à ce qu’affirme la Cour de l’impôt, il ne lui était pas loisible de conclure à l’existence d’une activité commerciale à la lumière d’éléments de preuve révélant que M. Paletta n’avait aucune intention de réaliser des profits. Le critère énoncé dans l’arrêt *Stewart* avait pour objet de remettre au premier plan la « recherche de profit » dans l’analyse servant à déterminer si une activité constitue une entreprise. Par conséquent, il n’est pas possible de l’interpréter de façon à exiger que l’on conclue à l’existence d’une entreprise dans les cas où la preuve démontre l’absence d’une intention de réaliser des profits.

[40] La succession soutient que, même si l’arrêt *Stewart* ne peut être interprété comme l’a fait la Cour de l’impôt, l’arrêt connexe *Walls CSC* peut l’être, et même doit l’être. À cet égard, la succession se fonde d’abord sur les conclusions de fait tirées par la Cour fédérale (alors la Division de première instance de la Cour fédérale) dans la décision *Walls c. Canada*, [1996] A.C.F. n° 145 (QL) (*Walls CF*), selon lesquelles la société en commandite dans cette affaire manquait de capitaux et était incapable de produire des profits (mémoire de la succession, aux paragraphes 60 et 61). Elle affirme qu’en concluant qu’une entreprise existait malgré ces constatations, la Cour Suprême a confirmé que l’intention de réaliser des profits n’est plus un élément essentiel.

[41] Dans ses observations à l’appui de cet argument, la succession ne mentionne pas que les conclusions sur lesquelles elle se fonde avaient été tirées, en première

use of hindsight, and by second-guessing the business judgment of the partners (*Walls FC*, at paragraphs 14–16 [pages 19-20 of C.T.C.]). The Supreme Court was not bound by these findings as this is the very approach that was proscribed in *Stewart*.

[42] In *Walls SCC*, the Supreme Court was illustrating the application of the *Stewart* test. The case involved the tax-motivated purchase of partnership interests in a storage park operation acquired by the partnership as a going concern. In holding that the partners were engaged in a business, the Court wrote (*Walls SCC*, at paragraph 22):

Although the respondents in this case were clearly motivated by tax considerations when they purchased their interests in the Partnership, this does not detract from the commercial nature of the storage park operation or its characterization as a source of income for the purposes of s. 9 of the Act. It is a well-established proposition that a tax motivation does not affect the validity of transactions for tax purposes: *Backman v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 367, 2001 SCC 10, at para. 22; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312; *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at p. 540.

[43] By this decision, the Supreme Court confirmed the decision of the Federal Court of Appeal (at the time, the Federal Court, Appeal Division) in *Walls v. Canada*, [2000] 1 C.T.C. 324, 2000 D.T.C. 6025 (*Walls FCA*). *Walls FCA* reversed *Walls FC*, applying *Tonn v. Canada* (1995), [1996] 2 F.C. 73, [1996] 1 C.T.C. 205, 96 D.T.C. 6001 (C.A.), a decision that sets out the approach that foreshadowed the advent of the *Stewart* test. The important point made in both *Walls FCA* and *Walls SCC* is that the partnership “purchased and maintained an ongoing commercial operation” that continued to operate exactly as it had before (*Walls SCC*, at paragraph 21; *Walls FCA*, at paragraph 1).

[44] The purpose of the exercise in *Walls SCC* was to highlight the failings of the REOP test and show the contrasting result obtained under the *Stewart* test. Applying the *Stewart* test, the Supreme Court held that the operation was a commercial activity, a conclusion that could

instance, par l’application du critère de l’ERP, c’est-à-dire avec du recul, et en remettant en doute le sens des affaires des associés (*Walls CF*, aux paragraphes 14 à 16). La Cour suprême n’était pas liée par ces conclusions de fait, car cette méthode a été interdite par l’arrêt *Stewart*.

[42] Dans *Walls CSC*, la Cour Suprême cherchait à illustrer l’application du critère énoncé dans l’arrêt *Stewart*. L’affaire portait sur l’achat, motivé par des fins fiscales, d’une participation dans une société en commandite possédant un parc d’entreposage, lequel avait été acquis par la société en commandite afin d’en poursuivre ses activités. En concluant que les associés exploitaient une entreprise, la Cour suprême a fait observer ce qui suit (*Walls CSC*, au paragraphe 22) :

Même si les intimés en l’espèce étaient clairement motivés par des considérations fiscales lorsqu’ils ont acquis leur participation dans la société, cela n’enlève rien à la nature commerciale de l’exploitation du parc d’entreposage ni à sa qualification de source de revenu pour l’application de l’art. 9 de la Loi. Il est bien établi qu’une motivation d’ordre fiscal n’enlève rien à la validité d’opérations effectuées à des fins fiscales : *Backman c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 367, 2001 CSC 10, par. 22; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312; *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, p. 540.

[43] Par cet arrêt, la Cour suprême a confirmé l’arrêt rendu précédemment par la Cour d’appel fédérale (alors la Division d’appel de la Cour fédérale) dans *Walls c. Canada*, 1999 CanLII 9127, [1999] A.C.F. n° 1823 (QL) (*Walls CAF*). L’arrêt *Walls CAF* infirmait la décision *Walls CF*, par application de l’arrêt *Tonn c. Canada*, [1996] 2 C.F. 73, [1995] A.C.F. n° 1635 (QL) (C.A.), un arrêt qui annonçait l’approche ultimement préconisée dans l’arrêt *Stewart*. Ce qu’il faut retenir des arrêts *Walls CAF* et *Walls CSC* est que la société en commandite « a acquis une entreprise commerciale en activité et en a poursuivi l’exploitation », laquelle a continué à fonctionner comme avant (*Walls CSC*, au paragraphe 21; *Walls CAF*, au paragraphe 1).

[44] Le but de l’exercice dans l’arrêt *Walls CSC* était de mettre en évidence les lacunes du critère de l’ERP et de montrer le contraste résultant de l’application de l’arrêt *Stewart*. En appliquant le critère énoncé dans l’arrêt *Stewart*, la Cour suprême a conclu que l’activité était de

only be reached if the evidence was consistent with the partners' claim that they intended to profit from this activity.

[45] The Estate makes the distinct but related argument that *Walls SCC* must be read as holding that an activity that is "solely" devoted to the reduction of one's tax is a business for purpose of the Act. It makes this submission, based on its understanding of the facts in *Walls SCC* (Memorandum of the Estate, at paragraph 62–63). This understanding appears to be predicated on the Tax Court's assertion that the activity in *Walls SCC* was "entirely tax motivated" (Reasons, at paragraphs 201–202). I do not believe that to be the case. A closer look at the trial decision in *Walls FC* and the subsequent appeals is necessary in order to make this demonstration.

[46] Applying the REOP test, the Federal Court in *Walls FC* found that the partners had no expectation of profit and therefore were not engaged in a business. Although it could have stopped there, it went on to find that the partners were not engaged in a business on the ground that the "sole" reason for the existence of the partnership operation was to allow the partners to avoid paying taxes (*Walls FC*, at paragraph 18). Applying the *dictum* of this Court in *Moloney v. Canada*, [1992] 2 C.T.C. 227, 92 D.T.C. 6570 (F.C.A.) (*Moloney*), to the effect that an activity aimed at reducing one's tax cannot, by itself, give rise to a business, the Federal Court held that this was another reason for holding that the partners were not engaged in a business (*Walls FC*, at paragraph 19).

[47] In the appeals that ensued, neither the Supreme Court nor the Federal Court of Appeal accepted the Federal Court's finding that the "sole" reason for the existence of the partnership was tax avoidance. The Supreme Court found that the activity was "clearly" tax motivated—not "exclusively" tax motivated—a qualification that left ample room for the Court's ultimate conclusion that the partners were engaged in a commercial activity and hence a business (*Walls SCC*, at paragraph 22).

nature commerciale, une conclusion qui ne pouvait être tirée que si les éléments de preuve étayaient l'affirmation des associés selon laquelle ils avaient l'intention de tirer des profits de cette activité.

[45] La succession fait valoir, de manière distincte mais néanmoins connexe, que l'arrêt *Walls CSC* doit être interprété comme concluant qu'une activité qui vise [TRADUCTION] « uniquement » la réduction de l'impôt à payer est une entreprise pour l'application de la Loi. Elle se fonde à cet égard sur sa compréhension des faits dans l'affaire *Walls CSC* (mémoire de la succession, aux paragraphes 62 et 63). Cette compréhension semble tributaire de l'affirmation de la Cour de l'impôt selon laquelle l'activité dans l'affaire *Walls CSC* était [TRADUCTION] « entièrement motivée par des considérations fiscales » (motifs, aux paragraphes 201 et 202). Je ne crois pas que ce soit le cas. Pour le démontrer, il est nécessaire d'examiner de plus près la décision de première instance, *Walls CF*, et les appels subséquents.

[46] Après avoir appliqué le critère de l'ERP, la Cour fédérale, dans la décision *Walls CF*, a conclu que les associés n'avaient aucune expectative de réaliser des profits et que, par conséquent, ils n'exploitaient pas d'entreprise. Même si elle aurait pu s'arrêter là, elle a conclu de surcroît que les associés n'exploitaient pas d'entreprise parce que l'activité de la société en commandite existait dans le « seul » but d'éviter l'impôt (*Walls CF*, au paragraphe 18). Suivant le principe formulé par notre Cour dans l'arrêt *Moloney c. Canada*, [1992] A.C.F. n° 905 (QL) (C.A.) (*Moloney*), selon lequel une activité qui ne vise qu'à réduire l'impôt à payer ne peut, en soi, constituer une entreprise, la Cour fédérale a estimé qu'il s'agissait là d'un motif supplémentaire pour conclure que les associés n'exploitaient pas d'entreprise (*Walls CF*, au paragraphe 19).

[47] Dans les appels subséquents, ni la Cour suprême ni la Cour d'appel fédérale n'a souscrit à la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle l'existence de la société en commandite avait pour « seul » but l'évitement fiscal. La Cour suprême a conclu que l'activité était « clairement » motivée par des considérations fiscales — et non « exclusivement » motivée par des considérations fiscales — une nuance qui laisse amplement de place à la conclusion ultime de la Cour selon laquelle les associés se livraient

Likewise, the Federal Court of Appeal previously found that the partners' decision to invest in the storage park operation was driven "in part" by favourable tax considerations (*Walls FCA*, at paragraph 1, as cited in *Walls SCC*, at paragraph 16).

[48] Before concluding my analysis of *Walls SCC*, I note that the Supreme Court in that case cites its earlier decision in *Backman v. Canada*, 2001 SCC 10, [2001] 1 S.C.R. 367 (*Backman*). *Backman* illustrates the point that activities devoted solely to the avoidance of one's tax cannot give rise to a business under the Act. Although the case focused on whether a partnership had been validly constituted under the applicable partnership legislation, the decision is instructive because, as is the case for a business, partners must have an intent to profit in order for a partnership to exist. In *Backman*, the presumptive partnership was found not to have been validly formed because the partners did not have a view to profit. In coming to that conclusion, the Court adopted the following observation made in *Lindley & Banks on Partnership*, 17th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1995), at pages 10 and 11 (*Backman*, at paragraph 23):

... if a partnership is formed with some other predominant motive [other than the acquisition of profit], e.g., tax avoidance, but there is also a real, albeit ancillary, profit element, it may be permissible to infer that the business is being carried on "with a view of profit." If, however, it could be shown that the sole reason for the creation of a partnership was to give a particular partner the "benefit" of, say, a tax loss, when there was no contemplation in the parties' minds that a profit ... would be derived from carrying on the relevant business, the partnership could not in any real sense be said to have been formed "with a view of profit". [My emphasis.]

[49] The same logic applies here. It is also apparent, given the reasoning in *Backman*, that the Supreme Court would have found that the partnership in *Walls SCC* was not validly constituted had it been of the view that the

à une activité de nature commerciale et exploitaient par conséquent une entreprise (*Walls CSC*, au paragraphe 22). De manière semblable, la Cour d'appel fédérale avait préalablement conclu que la décision des associés d'investir dans le parc d'entreposage était motivée « en partie » par des considérations fiscales favorables (*Walls CAF*, au paragraphe 1, cité dans *Walls CSC*, au paragraphe 16).

[48] Avant de conclure mes observations sur l'arrêt *Walls CSC*, je note que la Cour suprême, dans cet arrêt, renvoie à l'arrêt antérieur *Backman c. Canada*, 2001 CSC 10, [2001] 1 R.C.S. 367 (*Backman*). L'arrêt *Backman* montre que les activités ayant pour seul but l'évitement fiscal ne peuvent constituer une entreprise pour l'application de la Loi. Bien que cette décision ait porté sur la question de savoir si une société de personnes avait valablement été constituée sous le régime de la loi sur les sociétés de personne pertinente, cette décision est instructive parce que, comme c'est le cas pour les entreprises, les associés doivent avoir l'intention de réaliser des profits pour qu'une société de personnes existe. Dans l'arrêt *Backman*, la Cour Suprême a conclu que la prétendue société de personnes n'avait pas été valablement constituée parce que les associés n'avaient pas pour objectif de réaliser des profits. En tirant cette conclusion, elle a repris les observations ci-après figurant dans l'ouvrage *Lindley & Banks on Partnership*, 17^e éd. Londres : Sweet & Maxwell, 1995, aux pages 10 et 11 (*Backman*, au paragraphe 23) :

[TRADUCTION] ... lorsqu'une société est constituée dans quelque autre but dominant [autre qu'un but lucratif], notamment pour éviter l'impôt, mais qu'il existe aussi un élément véritable, bien qu'accessoire, de profit, il est possible d'en conclure que l'entreprise est exploitée « dans le but de réaliser un bénéfice ». Cependant, lorsqu'il peut être établi que l'unique raison pour laquelle une société est mise sur pied est de conférer à un associé l'« avantage », par exemple, d'une perte fiscale, alors que les parties n'envisagent nullement qu'un bénéfice [...] puisse être tiré de l'exploitation de l'entreprise en cause, la société ne peut véritablement être considérée comme ayant été créée « dans le but de réaliser un bénéfice ». [Non souligné dans l'original.]

[49] La même logique s'applique en l'espèce. Il est également évident, vu le raisonnement adopté dans l'arrêt *Backman*, que si la Cour suprême avait été d'avis que l'exploitation de la société dans *Walls CSC* avait été motivée

sole reason for the partnership operation in that case was tax avoidance.

[50] In the end, *Walls SCC* establishes that a commercial activity does not cease to be a business because it is pursued with an intent to profit as well as an intent to avoid tax. It does not stand for the odd proposition that an activity devoted exclusively to the avoidance of one's tax can be a business, and hence a source of income under the Act.

iii. *Moloney* is the applicable precedent

[51] The Supreme Court in *Walls SCC* went on to explain why the facts in that case bore no resemblance to those in *Moloney*. In the words of the Supreme Court, the activity in *Moloney* was no more than “a circular scheme ... set up for the sole purpose of obtaining tax refunds with no intention on the part of the taxpayer to carry on the business of marketing a speed reading course” and “a sham set up to appear as though it was commercial in nature where in fact the only activity actually engaged in was that of obtaining tax refunds.” The Court went on: “[h]ere, in contrast, the Partnership purchased and maintained an ongoing commercial operation” (*Walls SCC*, at paragraph 21).

[52] As the facts in both *Moloney* and the present case show, an attempt to pass off as a business an activity that is aimed exclusively at avoiding one's tax, will always involve a form of deception because such an activity, if presented for what it is, cannot be viewed as a business.

[53] In *Moloney*, the deception took the form of a sham. In the present case, the Tax Court properly found that the forward FX trading transactions were not shams; they were real and legally effective. However, a sham is not the only way in which tax authorities can be misled. Borrowing the phrase used in *Walls SCC* to describe the activity in *Moloney*, Mr. Paletta's activity was no less “set up to appear as though it was commercial in

uniquement par l'évitement fiscal, elle aurait conclu que cette société n'avait pas été validement constituée.

[50] Au bout du compte, l'arrêt *Walls CSC* établit qu'une activité commerciale ne cesse pas de constituer une entreprise si elle est exercée à la fois dans un but de réalisation de profits et dans un but d'évitement fiscal. Il n'étaye pas l'étrange suggestion qu'une activité exercée dans le but exclusif d'éviter le paiement de ses impôts pourrait constituer une entreprise et, par conséquent, une source de revenus pour l'application de la Loi.

iii. L'arrêt *Moloney* est le précédent applicable

[51] Dans l'arrêt *Walls CSC*, la Cour suprême a ensuite expliqué pourquoi il n'y avait aucune similitude entre les faits de cette affaire et ceux de l'affaire *Moloney*. Pour reprendre les mots de la Cour suprême, l'activité dans l'affaire *Moloney* n'était qu'un projet que le contribuable avait lancé « en chaîne fermée dans le seul but d'obtenir des remboursements d'impôt, sans avoir l'intention d'effectuer la mise en marché d'un cours de lecture rapide » et qu'il ne s'agissait que d'une « opération factice destinée à donner l'impression qu'elle était de nature commerciale alors qu'en fait la seule activité exercée consistait à obtenir des remboursements d'impôt ». La Cour a ajouté qu'« [e]n l'espèce, par contre, la société a acquis une entreprise commerciale en activité et en a poursuivi l'exploitation » (*Walls CSC*, au paragraphe 21).

[52] Comme le montrent les faits dans l'affaire *Moloney* ainsi que ceux en l'espèce, lorsqu'on tente de faire passer pour une entreprise une activité ayant pour but exclusif l'évitement fiscal, il s'agit toujours d'une forme de tromperie, car une telle activité, si elle était présentée conformément à ce qu'elle est véritablement, ne pourrait jamais être considérée comme étant une entreprise.

[53] Dans l'affaire *Moloney*, la tromperie avait pris la forme d'une opération factice. En l'espèce, la Cour de l'impôt a conclu à juste titre que les opérations de change à terme n'étaient pas factices : elles ont eu lieu et ont eu un effet juridique. Cependant, la présence d'opérations factices n'est pas la seule façon dont les autorités fiscales peuvent être trompées. Pour reprendre les mots de l'arrêt *Walls CSC* décrivant l'activité exercée dans l'affaire

nature when in fact the only activity actually engaged in was that of [avoiding tax]” (*Walls SCC*, at paragraph 21). Whether avoiding one’s tax is viewed as a personal endeavour, a hobby or placed in a category of its own, it is not a commercial activity pursuant to the test set out in *Stewart*, and applied in *Walls SCC*. That said, where the sole purpose of an activity is the avoidance of one’s tax, there is no reason to resort to the *Stewart* test because such an activity is irreconcilable with the existence of a business.

[54] In filing his tax returns for the years in issue, Mr. Paletta represented that he was engaged in a multi-million dollar—sometimes billion—“foreign currency trading” business, when in fact he was not (see for example the “Statement of Business Activities” in Mr. Paletta’s tax return for the 2002 taxation year: Appeal Book, Vol. 9, at page 3347). He maintained throughout that he made those trades for profit. The deception was so pervasive that it was not brought to light until all the evidence was in after an 18-day trial and months of deliberation. I will come back to this in assessing Mr. Paletta’s state of mind in filing his tax return for the years in issue.

iv. *Friedberg*

[55] The Tax Court pointed to *Friedberg* as the other Supreme Court decision that obliged it to hold that Mr. Paletta had a source of income despite the fact that he had no intention to profit (Reasons, at paragraphs 10 and 271). Mr. Friedberg was engaged in the gold futures trading business. The only issue before the Supreme Court was whether Mr. Friedberg had to report his gains from that source using the mark-to-market method rather than the realization method.

Moloney, l’activité de M. Paletta était elle aussi « destinée à donner l’impression qu’elle était de nature commerciale alors qu’en fait la seule activité exercée consistait à [éviter de payer des impôts] » (*Walls CSC*, au paragraphe 21). Que l’activité d’éviter de payer des impôts soit considérée comme une démarche personnelle, récréative ou une activité singulière d’une catégorie à part, il ne s’agit pas d’une activité commerciale selon le critère énoncé dans l’arrêt *Stewart* et appliqué dans l’arrêt *Walls CSC*. Cela dit, lorsqu’une activité a pour seul but l’évitement fiscal, il n’y a aucune raison de recourir au critère de *Stewart* puisque l’activité est en soi incompatible avec l’existence d’une entreprise.

[54] Dans ses déclarations de revenus pour les années visées, M. Paletta a énoncé le fait qu’il exploitait une entreprise [TRADUCTION] « [d’]opérations de change de devises étrangères », dont les sommes transigées valaient des centaines de millions — parfois des milliards — de dollars, alors qu’il n’y avait dans les faits aucune entreprise (voir par exemple l’« État des résultats des activités d’une entreprise » de la déclaration de revenus de M. Paletta pour l’année 2002 : dossier d’appel, vol. 9, à la page 3347). Il soutenait depuis le début avoir effectué ces opérations en recherchant des profits. La tromperie était omniprésente, à tel point qu’elle n’a été mise au jour qu’après que tous les éléments de preuve ont été réunis dans un procès qui a duré 18 jours et nécessité des mois de délibération. Je reviendrai sur cette question lorsque je me pencherai sur l’état d’esprit dans lequel se trouvait M. Paletta lorsqu’il a produit ses déclarations de revenus pour les années en cause.

iv. L’arrêt *Friedberg*

[55] L’autre arrêt de la Cour suprême qui, selon la Cour de l’impôt, l’obligeait à conclure que M. Paletta avait une source de revenus malgré le fait qu’il n’avait jamais eu l’intention de réaliser des profits est l’arrêt *Friedberg* (motifs, aux paragraphes 10 et 271). M. Friedberg s’adonnait au négoce de contrats à terme sur l’or. La seule question que devait trancher la Cour suprême était de savoir si M. Friedberg devait déclarer les gains provenant de cette source selon la méthode de l’évaluation à la valeur du marché, ou selon la méthode de la réalisation.

[56] Mr. Friedberg’s use of the realization method allowed him to decrease his tax burden by realizing the loss in the first year and the matching gain in the subsequent year, the same way Mr. Paletta did. The contention of the Crown in *Friedberg* was that the mark-to-market method of reporting provided a more accurate reflection of the profits realized from Mr. Friedberg trading activities and that, based on subsection 245(1) of the Act, as it then read, the use of the realization method had the effect of “artificially” reducing his income. The Supreme Court disagreed. It held that Mr. Friedberg reported his losses and gains when they actually occurred and that it was open to him to report his income using the method of his choice.

[57] The Tax Court found, in the present case, that Mr. Paletta “used essentially the same tax plan [as did Mr. Friedberg]” (Reasons, at paragraph 171). Respectfully, the plan was not the same. Mr. Friedberg used the same straddle trading strategy to defer paying tax on the gains realized in the course of his trading activities, but that is where the comparison ends. Specifically, there is no suggestion that Mr. Friedberg did not intend to profit from his trading activities and that he did not have a source of income.

[58] Indeed, the evidence in *Friedberg* went the other way. As was found by the Federal Court of Appeal in disposing of the Crown’s earlier appeal (*Friedberg v. Canada*, [1992] 1 C.T.C. 1, 92 D.T.C. 6031, at paragraph 25), Mr. Friedberg traded in gold futures “primarily to earn profits from his speculation”. This finding was in no way disturbed when the Supreme Court subsequently dismissed the Crown’s appeal from the decision of the Federal Court of Appeal. The Tax Court’s lengthy analysis of *Friedberg* does not allude to this fundamental difference (Reasons, at paragraphs 173–196). While the Tax Court referred to various publications that were critical of *Friedberg* and of Parliament’s failure to counter the tax base erosion concerns arising from this decision until 2017, when subsections 18(17) to 18(23) were enacted, neither *Friedberg* nor these amendments are relevant to the source issue.

[56] En utilisant la méthode de la réalisation, M. Friedberg a pu réduire son fardeau fiscal en réalisant les pertes subies la première année et les gains correspondants l’année subséquente, comme M. Paletta. La thèse de la Couronne dans l’affaire *Friedberg* était que la méthode de l’évaluation à la valeur du marché donnait un portrait plus exact des profits que tirait M. Friedberg de ses activités et que, vu le paragraphe 245(1) de la Loi, dans sa version alors en vigueur, l’utilisation de la méthode de la réalisation avait pour effet de réduire « artificiellement » ses revenus. La Cour suprême n’a pas souscrit à cette thèse. Elle a conclu que M. Friedberg déclarait ses pertes et ses gains conformément au moment où ils survenaient réellement et qu’il lui était loisible de déclarer ses revenus selon la méthode de son choix.

[57] En l’espèce, la Cour de l’impôt a conclu que M. Paletta [TRADUCTION]¹¹ « a essentiellement utilisé le même plan fiscal [que M. Friedberg] » (motifs, au paragraphe 171). Avec égards, le plan n’était pas le même. M. Friedberg a utilisé la même stratégie de décalage de ses opérations pour différer le paiement de l’impôt sur les gains tirés de son négoce, mais là s’arrêtent les comparaisons. Précisément, rien ne laisse croire que M. Friedberg n’avait pas l’intention de tirer profit de son négoce et qu’il n’avait pas de source de revenus.

[58] En effet, les éléments de preuve dans l’affaire *Friedberg* pointent dans l’autre direction. Comme l’avait conclu la Cour d’appel fédérale en tranchant l’appel antérieur de la Couronne (*Friedberg c. Canada*, [1991] A.C.F. n° 1255 (QL), au paragraphe 25), M. Friedberg négociait des contrats à terme sur l’or « surtout pour faire des gains ». Cette conclusion ne fut d’aucune façon écartée lorsque la Cour suprême a plus tard rejeté l’appel de la Couronne visant cet arrêt de la Cour d’appel fédérale. Dans sa longue analyse de l’arrêt *Friedberg*, la Cour de l’impôt ne fait aucune mention de cette différence fondamentale (motifs, aux paragraphes 173 à 196). Bien que la Cour de l’impôt ait renvoyé à plusieurs publications critiquant défavorablement l’arrêt *Friedberg* et reprochant au législateur de n’avoir pris aucune mesure avant 2017, moment où les paragraphes 18(17) à 18(23) ont été édictés, pour mettre fin à l’érosion de l’assiette fiscale découlant de cet arrêt, ni l’arrêt *Friedberg* ni ces modifications législatives ne sont pertinents pour la question de la source.

¹¹ *Ibid.*

[59] The Tax Court’s further assertions that the Minister could not reassess Mr. Paletta’s pre-2017 taxation years “as though *Friedberg* had never been decided” (Reasons, at paragraph 196) and that “[f]or some reason, the Minister does not appear to fully accept the [*Friedberg*] decision” (Reasons, at paragraph 185) also miss the point. *Friedberg* confirms that the straddle trading strategy can legitimately be used to reduce one’s tax when the trades are made in the course of a business, but it can find no application where, as here, there is no source of income to begin with. Mr. Paletta’s trading strategy was doomed to fail regardless of *Friedberg* and regardless of the amendments adopted by Parliament in 2017.

v. *Stubart*

[60] The Tax Court also cites *Stubart*. Although *Stubart* was mentioned in its analysis of the Crown’s sham argument, the Tax Court also offered it in support for its conclusion that an activity that is entirely devoted to the avoidance of tax can be a source of income under the Act (Reasons, at paragraph 199 read with paragraph 228).

[61] *Stubart* stands for the proposition that, absent a sham or a specific provision to the contrary, transactions cannot be invalidated on the ground that they are motivated in whole or in part by tax considerations (to the same effect, see *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, 178 D.L.R. (4th) 26, at paragraphs 36–46). There is, however, no authority for the proposition that an activity that is solely motivated by the avoidance of one’s tax can be regarded as a source of income under the Act. *Moloney*, which I alluded to earlier, stands for the contrary proposition and was binding on the Tax Court. With respect, the Tax Court confuses the two situations when it writes that: “[a]n absence of business purpose, however, does not mean that there was no source of income” (Reasons, at paragraph 199). After all, tax is levied on income and it would be incoherent at the conceptual level if the avoidance of one’s tax, a by-product of income,

[59] Les observations supplémentaires de la Cour de l’impôt selon lesquelles le ministre ne pouvait établir de nouvelles cotisations à l’égard de M. Paletta pour les années d’imposition avant l’année 2017 [TRADUCTION]¹² « comme si l’arrêt *Friedberg* n’avait jamais existé » (motifs, au paragraphe 196) et que, « [p]our une raison quelconque, le ministre ne semble pas accepter pleinement la décision [*Friedberg*] » (motifs, au paragraphe 185) passent aussi à côté de l’essentiel. L’arrêt *Friedberg* confirme que la stratégie de décalage des opérations peut être légitimement utilisée pour réduire l’impôt à payer lorsque les opérations sont effectuées dans l’exploitation d’une entreprise, mais cet arrêt n’est pas utile lorsque, comme en l’espèce, il n’y a à l’origine aucune source de revenus. La stratégie d’opérations de change de M. Paletta était vouée à l’échec indépendamment de l’arrêt *Friedberg* et des modifications apportées à la Loi par le législateur en 2017.

v. L’arrêt *Stubart*

[60] La Cour de l’impôt renvoie aussi à l’arrêt *Stubart*. Bien qu’elle ait mentionné l’arrêt *Stubart* dans son analyse de l’argument de la Couronne fondé sur le trompe-l’œil, la Cour de l’impôt l’a aussi cité à l’appui de sa conclusion voulant qu’une activité servant exclusivement à éviter l’impôt puisse être une source de revenus pour l’application de la Loi (motifs, au paragraphe 199, lorsque lu en conjonction avec le paragraphe 228).

[61] L’arrêt *Stubart* enseigne que, en l’absence d’une disposition expresse contraire ou d’une conclusion selon laquelle il y avait un trompe-l’œil, les transactions en cause ne peuvent être invalidées au motif qu’elles sont motivées entièrement ou partiellement par des considérations fiscales (pour des observations dans le même sens, voir *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, 1999 CanLII 647, aux paragraphes 36 à 46). Par contre, rien dans la jurisprudence ou la doctrine n’étaye la thèse qu’une activité uniquement motivée par l’évitement fiscal puisse être considérée comme étant une source de revenus pour l’application de la Loi. L’arrêt *Moloney*, que j’ai discuté plus haut, étaye la thèse inverse, et la Cour de l’impôt était tenue de le suivre. Avec égards, la Cour de l’impôt confond les deux situations lorsqu’elle écrit que [TRADUCTION]¹³

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

could itself become a source of income. Hugessen J.A. in *Moloney* made this crystal clear when he said at paragraph 1 of his reasons:

While it is trite law that a taxpayer may so arrange his business as to attract the least possible tax, it is equally clear ... that the reduction of his own tax cannot by itself be a taxpayer's business for purpose of the [Act]. [Footnote omitted.]

[62] To conclude on the source issue, the Tax Court's finding that Mr. Paletta did not conduct his forward FX trading activities with a view to profit and that his sole purpose was avoiding his own tax leads to the inevitable conclusion that his trades were not commercial in nature and therefore, did not give rise to a source of income in the form of a business. It follows that the tax losses used by Mr. Paletta to offset his income from other sources were properly denied.

B. Can the years be reopened and if so, is the penalty justified?

[63] In order to reopen the statute-barred years, it must be shown that Mr. Paletta made a misrepresentation that is "attributable to neglect, carelessness or wilful default" (subparagraph 152(4)(a)(i)) and in order to justify the penalty that was levied, the Crown must demonstrate that this misrepresentation was made "knowingly, or under circumstances amounting to gross negligence" (subsection 163(2)).

[64] The Tax Court, being of the view that Mr. Paletta's trading activities gave rise to a business and were properly reported as such, did not consider whether Mr. Paletta was neglectful or grossly negligent in filing his tax returns on this basis. The Crown asks that we consider and decide this issue. The Estate does not oppose this request but

« [l']absence d'une recherche de profits ne signifie pas toutefois qu'il n'y avait aucune source de revenus » (motifs, au paragraphe 199). Après tout, l'impôt est prélevé sur les revenus et il serait illogique que l'évitement de l'impôt, dont l'existence même est tributaire du revenu, devienne en soi une source de revenus. Le juge Hugessen, dans l'arrêt *Moloney*, l'a exprimé en termes très clairs lorsqu'il a dit ceci au paragraphe 1 de ses motifs :

Il est un principe élémentaire du droit que les contribuables peuvent structurer leurs affaires de manière à être assujettis au minimum d'impôt; toutefois, il est tout aussi évident à notre avis que, pour les contribuables, la réduction de leurs propres impôts ne peut en soi constituer une entreprise aux fins de la [Loi]. [Note en bas de page omise.]

[62] Pour terminer sur la question de la source, la conclusion de la Cour de l'impôt selon laquelle M. Paletta n'a pas mené ses activités d'opérations de change à terme dans le but de faire des profits et que son seul but était d'éviter d'avoir à payer ses propres impôts fait en sorte que ses opérations n'étaient nécessairement pas de nature commerciale et par conséquent, ne donnaient pas lieu à une source de revenus constituée d'une entreprise. Il s'ensuit que les pertes fiscales utilisées par M. Paletta pour compenser ses revenus d'autres sources ont été refusées à juste titre.

B. Les années peuvent-elles être réexaminées et, le cas échéant, la pénalité est-elle justifiée?

[63] Pour pouvoir réexaminer les cotisations d'années frappées de prescription, il doit être établi que M. Paletta a fait une présentation erronée des faits « par négligence, inattention ou omission volontaire » (sous-alinéa 152(4)a(i)) et, pour justifier la pénalité imposée, la Couronne doit montrer qu'une telle présentation erronée des faits a été faite « sciemment ou dans des circonstances équivalant à faute lourde » (paragraphe 163(2)).

[64] Ayant conclu que les activités de change de M. Paletta constituaient une entreprise et qu'elles avaient donc, à juste titre, été présentées ainsi dans ses déclarations de revenus, la Cour de l'impôt n'a pas examiné si M. Paletta avait fait preuve de négligence ou avait commis une faute lourde en produisant ses déclarations de

argues that, on the facts, Mr. Paletta was neither negligent nor grossly negligent.

[65] Neglect under subparagraph 152(4)(a)(i) refers to a lack of reasonable care. The duty of reasonable care is met if the taxpayer has “thoughtfully, deliberately and carefully assesse[d] the situation and file[d] on what he believe[d] bona fide to be the proper method”; in other words, “in a manner that the taxpayer truly believe[d] to be correct” (*Regina Shoppers Mall Ltd. v. Canada*, [1990] 2 C.T.C. 183, 90 D.T.C. 6427 (F.C.T.D.), affd (1991), 126 N.R. 141, 91 D.T.C. 5101 (F.C.A.); see also *Canada v. Johnson*, 2012 FCA 253, 435 N.R. 361, [2013] 1 R.C.F. D-2). This test is not disputed by the parties. The Court may also draw inferences of negligence from an omission to verify the validity of a taxpayer’s belief (*Robertson v. Canada*, 2016 FCA 303, 2016 D.T.C. 5131, at paragraphs 5 and 6).

[66] In contrast, subsection 163(2) requires that the false statement be made knowingly or in circumstances amounting to gross negligence. This burden can be met either directly or constructively, through a demonstration of wilful blindness (*Wynter v. Canada*, 2017 FCA 195, 2017 D.T.C. 5114 (*Wynter*), at paragraph 16):

In sum, the law will impute knowledge to a taxpayer who, in circumstances that suggest inquiry should be made, chooses not to do so. The knowledge requirement is satisfied through the choice of the taxpayer not to inquire, not through a positive finding of an intention to cheat.

[67] *Wynter* teaches that although wilful blindness and gross negligence often converge, they are conceptually different. Rennie J.A., writing for this Court, explains this difference as follows (*Wynter*, at paragraphs 18 and 19):

Gross negligence is distinct from wilful blindness. It arises where the taxpayer’s conduct is found to fall

revenus sur ce fondement. La Couronne demande à notre Cour d’examiner et de trancher cette question. La succession ne s’y oppose pas mais soutient que, selon les faits, M. Paletta n’a ni fait preuve de négligence ni commis de faute lourde.

[65] La négligence dont il est question au sous-alinéa 152(4)a(i) renvoie au manque de diligence raisonnable. Le contribuable s’acquitte de son obligation de diligence raisonnable lorsque, « après un examen réfléchi et attentif de la situation, [il] évalue celle-ci et produit une déclaration selon la méthode qu’en bonne foi il croit appropriée » ou, en d’autres mots, lorsqu’il produit sa déclaration « d’une façon que le contribuable croit véritablement appropriée » (*Regina Shoppers Mall Ltd. v. Canada*, [1990] 2 C.T.C. 183, 90 D.T.C. 6427 (C.F. 1^{re} inst.), conf. par [1991] A.C.F. n° 52 (QL) (C.A.); voir également *Canada c. Johnson*, 2012 CAF 253, [2012] A.C.F. n° 1249 (QL) [2013] 1 R.C.F. F-3). Les parties souscrivent à ce critère. Notre Cour peut également déduire qu’il y a eu négligence par le défaut du contribuable de vérifier la validité de ses certitudes (*Robertson c. Canada*, 2016 CAF 303, [2016] A.C.F. n° 1338 (QL), aux paragraphes 5 et 6).

[66] Par contraste, le paragraphe 163(2) exige que le faux énoncé ait été fait sciemment ou dans des circonstances équivalant à faute lourde. Cette conclusion peut être tirée par constatation directe ou par interprétation, lorsqu’il est démontré qu’il y a eu aveuglement volontaire (*Wynter c. Canada*, 2017 CAF 195, [2017] A.C.F. n° 897 (QL) (*Wynter*), au paragraphe 16) :

En somme, le droit imputera une connaissance au contribuable qui, dans des circonstances qui lui commandent de se renseigner sur sa situation fiscale, décide de ne pas le faire. L’élément de connaissance est établi par la décision du contribuable de ne pas se renseigner, et non par la conclusion d’une intention de tromper.

[67] *Wynter* enseigne que, même s’il est fréquent que l’aveuglement volontaire et la faute lourde convergent, il s’agit de notions distinctes. Le juge Rennie, s’exprimant pour notre Cour, explique cette distinction ainsi (*Wynter*, aux paragraphes 18 et 19) :

La faute lourde se distingue de l’ignorance volontaire. Elle se manifeste lorsque la conduite d’un contribuable se

markedly below what would be expected of a reasonable taxpayer. Simply put, if the wilfully blind taxpayer knew better, the grossly negligent taxpayer ought to have known better.

Gross negligence requires a higher degree of neglect than a mere failure to take reasonable care. It is a marked or significant departure from what would be expected. It is more than carelessness or misstatements. The point is captured in the decision of this Court in *Zsoldos v. Canada (Attorney General)*, 2004 FCA 338 at para. 21, 2004 D.T.C. 6672:

In assessing the penalties for gross negligence, the Minister must prove a high degree of negligence, one that is tantamount to intentional acting or an indifference as to whether the law is complied with or not. (See *Venne v. R.* (1984), 84 D.T.C. 6247 (Fed. T.D.), at 6256.)

[68] It can be seen from this that subsection 163(2) imposes a higher threshold with the result that conduct warranting the reopening of statute-barred years pursuant to subparagraph 152(4)(a)(i) will not necessarily justify the imposition of a penalty under the former (see for example *Van der Steen v. The Queen*, 2019 TCC 23, 2019 D.T.C. 1024; see also *Venne v. The Queen* (1984), 84 D.T.C. 6247, [1984] C.T.C. 223 (F.C.T.D.)). The opposite is however true; conduct that justifies the imposition of a penalty under subsection 163(2) will necessarily meet the threshold contemplated by subparagraph 152(4)(a)(i).

[69] I therefore begin by asking whether Mr. Paletta, in representing that his losses were incurred in the course of a business even though they were not, acted knowingly or in circumstances attributable to gross negligence.

[70] According to the Crown, this threshold is met because Mr. Paletta was wilfully blind to the legal consequences that flowed from making this false statement. Specifically, the Crown maintains that Mr. Paletta was made aware of the need to inquire, but chose to obfuscate the issue rather than confront it.

situe considérablement en deçà de la conduite à laquelle on est en droit de s'attendre de la part d'un contribuable raisonnable. En termes simples, alors que le contribuable volontairement ignorant savait, le contribuable coupable d'une faute lourde aurait dû savoir.

La faute lourde nécessite un plus haut degré de négligence que la simple absence de diligence raisonnable. Elle correspond à un écart marqué ou important par rapport à la conduite à laquelle on est en droit de s'attendre. Elle va au-delà de l'inattention ou des fausses déclarations. Ce point est expliqué dans le jugement de la Cour dans *Zsoldos c. Canada (Procureur général)*, 2004 CAF 338, au paragraphe 21, 2004 D.T.C. 6672 :

Lorsqu'il détermine les pénalités pour faute lourde, le ministre doit prouver l'existence d'un degré important de négligence qui correspond à une action délibérée, une indifférence au respect de la loi. (Voir *Venne c. Sa Majesté La Reine* [1984], A.C.F. n° 314, 84 D.T.C. 6247, p. 6256 (C.F. 1^{re} inst.)).

[68] On voit par cet extrait que le paragraphe 163(2) impose un critère plus rigoureux, de sorte qu'un comportement qui justifie la réouverture d'années d'imposition frappées de prescription au titre du sous-alinéa 152(4)a)(i) ne justifie pas nécessairement l'imposition d'une pénalité au titre du paragraphe 163(2) (voir par exemple *Van der Steen c. La Reine*, 2019 CCI 23, [2019] A.C.I. n° 122 (QL); voir également *Venne c. Canada (ministre du Revenu national – M.R.N.)*, [1984] A.C.F. n° 314 (QL) (1^{re} inst.)). Par contre, l'inverse est vrai : un comportement qui justifie l'imposition d'une pénalité pour faute lourde au titre du paragraphe 163(2) satisfait nécessairement au critère prévu au sous-alinéa 152(4)a)(i).

[69] Je commence donc par la question de savoir si M. Paletta, en présentant ses pertes comme ayant été subies dans le cours des activités d'une entreprise alors que ce n'était pas le cas, a agi sciemment ou dans des circonstances équivalant à faute lourde.

[70] Selon la Couronne, ce critère est satisfait parce que M. Paletta a fait preuve d'aveuglement volontaire à l'égard des conséquences juridiques découlant de ce faux énoncé. Précisément, la Couronne soutient que M. Paletta savait qu'il devait se renseigner, mais qu'il a choisi d'éluider la question plutôt que de l'examiner.

[71] In response, the Estate advances six defences:

1. Due to his limited education and understanding of tax matters, Mr. Paletta relied on the advice of his long-standing accountants when they introduced the forward FX trading opportunity to him. He also drew comfort from his prior experience with a similar deferral strategy with his cattle inventory;
2. Mr. Paletta acted as a reasonable person would in obtaining the verbal opinion of tax experts, all of whom comforted him in his belief that his plan was sound;
3. Mr. Paletta did not require formal opinions because he put a lot of faith in the word of lawyers and because his financial exposure resulting from the forward FX trades was minimal;
4. Mr. Paletta did, in fact, obtain written legal opinions on the forward FX trading strategy throughout the course of trading; although these opinions were not addressed to him;
5. Mr. Paletta could also take comfort from the audit conducted by Canada Revenue Agency (CRA; formerly the Canada Customs Revenue Agency) in 2004, which concluded that no further action was required;
6. In any event, Mr. Paletta could reasonably believe that he had a source of income despite the fact that he did not intend to profit from his forward FX trading activities and that tax avoidance was his sole motivation, in light of the reasons of the Tax Court which agreed with this view.

[72] Before addressing these defences, it is useful to recall that from the beginning and throughout these proceedings, the position of Mr. Paletta and the Estate after him was that the forward FX trading activities were conducted for profit. The Tax Court rejected this contention outright.

[71] En réponse, la succession fait valoir six moyens de défense :

1. Parce qu'il avait fait peu d'études et comprenait peu la fiscalité, M. Paletta a suivi les conseils de comptables avec lesquels il faisait affaire depuis longtemps lorsqu'ils lui ont présenté l'opportunité provenant des opérations de change à terme. Il s'en est également remis au fait qu'il avait déjà adopté une stratégie semblable de report d'impôt avec son inventaire bovin;
2. M. Paletta s'est comporté en personne raisonnable en sollicitant l'opinion verbale d'experts en fiscalité, qui l'ont tous conforté dans sa croyance que son plan était valable;
3. M. Paletta n'a pas demandé d'opinion formelle parce qu'il a une grande confiance en ce que disent les avocats et parce que les risques financiers découlant des opérations de change étaient minimes;
4. M. Paletta a bel et bien obtenu des opinions juridiques écrites à mesure qu'il mettait à exécution sa stratégie d'opérations de change à terme, bien que ces opinions ne lui aient pas été adressées;
5. M. Paletta pouvait également se conforter dans sa position en raison de la vérification effectuée par l'Agence du revenu du Canada (l'ARC, anciennement l'Agence des douanes et du revenu) en 2004, laquelle s'est soldée par la conclusion qu'il n'y avait pas de mesures à prendre;
6. Quoi qu'il en soit, M. Paletta pouvait raisonnablement croire qu'il avait une source de revenus même s'il n'avait pas l'intention de réaliser des profits par ses opérations de change à terme et même si l'évitement fiscal était sa seule motivation, vu les motifs de la Cour de l'impôt, qui a validé ce point de vue.

[72] Avant d'examiner ces moyens de défense, il convient de rappeler que, depuis le début et tout au long de l'instance, M. Paletta et sa succession après lui ont défendu la thèse que les opérations de change à terme avaient été effectuées pour la réalisation de profits. La

It held that Mr. Paletta had no intention to make profits, large or small, and that his only purpose was tax avoidance. The bottom line is that the statement that Mr. Paletta was trading “for the purpose of earning income” and Angelo Paletta’s testimony that “the objective was to make income” were rejected as being contrary to the evidence (Notice of Appeal, Statement of Facts, at paragraph 8; Amended Answer, subparagraph 24(b); Transcript of the Examination-in-chief of Angelo Paletta: Appeal Book, Vol. 1 and 21, at pages 93, 148 and 7576). The Tax Court’s finding on this crucial point is not challenged by the Estate.

[73] The Estate nevertheless maintains that Mr. Paletta, in presenting his trading activities as a business, acted as a reasonably prudent person would in the same circumstances. His limited education, the faith that he placed in the advice of his long-standing accountants, and the verbal advice received from the three tax lawyers with whom he consulted are said to support that view.

[74] Despite his limited formal education, Mr. Paletta had the qualities that allowed him to fully understand the plan and maximize its use (Reasons, at paragraphs 67–69). Angelo Paletta described his father as “a wizard with numbers” and as having “a computer brain” and the Tax Court echoed this view (Reasons, at paragraph 265). It further found that Mr. Paletta was deeply interested in all aspects of his business, including the financial side (Reasons, at paragraph 53) and that he and his son knew from the beginning the three basic elements of the plan, none of which was consistent with the theory that profits were being sought (Reasons, at paragraphs 101 and 263).

[75] Stephen Wiseman and Michael Moore, respectively “relationship partner” and tax partner with Taylor Leibow, Mr. Paletta’s long-time accounting firm, brought the plan to his attention in late 1999 or early 2000. Mr. Wiseman was aware that Mr. Paletta had an interest in deferring the recognition of his income for tax purposes

Cour de l’impôt a complètement rejeté cette thèse. Elle a conclu que M. Paletta n’avait jamais eu l’intention de faire des profits, grands ou petits, et que son seul but avait été l’évitement fiscal. L’essentiel est que l’affirmation selon laquelle M. Paletta avait effectué les opérations « pour tirer un revenu » et le témoignage d’Angelo Paletta selon lequel [TRADUCTION] « l’objectif était de produire un revenu » ont été rejetés puisque contraires à la preuve (avis d’appel, exposé des faits, au paragraphe 8; réponse modifiée, alinéa 24(b); transcription de l’interrogatoire principal d’Angelo Paletta : dossier d’appel, vol. 1 et 21, aux pages 93, 148 et 7576). La conclusion de la Cour de l’impôt sur ce point capital n’est pas attaquée par la succession.

[73] La succession soutient néanmoins que M. Paletta, en présentant ses opérations de change comme une entreprise, s’est comporté comme l’aurait fait une personne raisonnablement prudente dans les mêmes circonstances. À l’appui de cette affirmation, elle invoque le faible niveau d’études de M. Paletta, la confiance qu’il accordait aux conseils de ses comptables de longue date et les opinions verbales reçues des trois avocats fiscalistes qu’il avait consultés.

[74] Malgré son faible niveau d’études, M. Paletta avait les aptitudes lui permettant de comprendre pleinement le plan et d’en maximiser l’utilisation (motifs, aux paragraphes 67 à 69). Angelo Paletta a décrit son père comme étant [TRADUCTION]¹⁴ « un magicien avec les chiffres » et comme ayant [TRADUCTION]¹⁵ « un ordinateur à la place du cerveau » et la Cour de l’impôt a souscrit à cette opinion (motifs, au paragraphe 265). Elle a aussi conclu que M. Paletta s’intéressait de près à tous les aspects de ses affaires, y compris l’aspect financier (motifs, au paragraphe 53) et que son fils et lui connaissaient depuis le début les trois éléments principaux du plan, aucun d’eux n’étant compatible avec la théorie que les opérations visaient la réalisation de profits (motifs, aux paragraphes 101 et 263).

[75] Stephen Wiseman et Michael Moore, respectivement associé chargé de la clientèle et associé fiscaliste chez Taylor Leibow, le cabinet comptable avec

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

based on his prior use of a similar strategy with his cattle inventory. The question whether the plan was acceptable for tax purposes was discussed and Mr. Wiseman had reservations. He viewed the plan as a “new idea”, and believed that the situation was perhaps different from the one in *Friedberg* because Mr. Friedberg was involved in commodities as a dealer. He therefore recommended that Mr. Paletta get legal advice before embarking on the plan (Transcript of the Examination-in-chief of Stephen Wiseman: Appeal Book, Vol. 23, at pages 8181 and 8182).

[76] In late September 2001, Mr. Wiseman renewed his warning about the plan during a meeting with Mr. Paletta and his son. He was aware that Mr. Paletta had already spoken to a tax lawyer about the validity of his plan, subsequent to his initial advice, but “strongly recommend[ed]” that another legal opinion be obtained. Mr. Wiseman gave this advice in the presence of Mr. Moore and papered it in a letter that had annexed to it the CRA’s formal warning on the use of tax shelters (Letter dated October 5, 2011 from Stephen R. Wiseman: Appeal Book, Vol. 11, at pages 3717–3723). This formal warning specified that the CRA will no longer issue rulings on the fundamental question whether a business exists when dealing with tax shelter arrangements, the very issue with which Mr. Paletta was confronted.

[77] Despite these warnings, Mr. Paletta and his son did not see fit to obtain a formal legal opinion. Angelo Paletta explained that the monetary exposure resulting from the plan was minimal. Rather, they relied on the verbal advice obtained during what can fairly be described as three “off the cuff” consultations with different tax lawyers while visiting law firms on other matters.

[78] The first encounter took place mid-2000 before trading started and the last in the summer or fall of 2001, after Stephen Wiseman’s renewed advice to obtain

lequel M. Paletta faisait affaire depuis longtemps, lui ont proposé le plan à la fin de 1999 ou au début de 2000. M. Wiseman savait que M. Paletta souhaitait reporter l’assujettissement de ses revenus à l’impôt parce qu’il avait déjà utilisé une stratégie semblable pour son inventaire bovin. La validité fiscale de ce plan a alors été discutée et M. Wiseman avait des réserves. Il estimait que ce plan était une [TRADUCTION] « idée nouvelle » et croyait que la situation était peut-être différente de celle de l’affaire *Friedberg* parce que M. Friedberg était impliqué dans les cours boursiers en tant que négociant. Il a donc conseillé à M. Paletta d’obtenir un avis juridique avant de mettre le plan en œuvre (transcription de l’interrogatoire principal de Stephen Wiseman : dossier d’appel, vol. 23, aux pages 8181 et 8182).

[76] À la fin de septembre 2001, M. Wiseman a réitéré son avertissement concernant le plan lors d’une rencontre avec M. Paletta et son fils. Il savait que M. Paletta avait déjà discuté de la validité du plan avec un avocat fiscaliste suite à son premier conseil, mais il lui a [TRADUCTION] « recommand[é] fortement » de solliciter une deuxième opinion. M. Wiseman a donné ce conseil en présence de M. Moore et l’a consigné sur papier dans une lettre à laquelle était annexé un avertissement formel de l’ARC contre le recours aux abris fiscaux (lettre datée du 5 octobre 2001 de Stephen R. Wiseman : dossier d’appel, vol. 11, aux pages 3717 à 3723). Cet avertissement formel précisait que l’ARC ne rendrait plus de décisions anticipées sur la question fondamentale de savoir s’il existait une entreprise en présence de mécanismes d’abris fiscaux, précisément la question qui concernait M. Paletta.

[77] Malgré ces avertissements, M. Paletta et son fils n’ont pas jugé bon d’obtenir d’opinion juridique formelle. Angelo Paletta a affirmé que c’était parce que le risque financier résultant du plan était minime. Ils se sont plutôt fiés aux conseils verbaux obtenus de différents avocats fiscalistes lors de trois rencontres qui peuvent raisonnablement être qualifiées d’« impromptues », pendant qu’ils se trouvaient dans des cabinets d’avocats pour d’autres raisons.

[78] La première rencontre a eu lieu au milieu de l’année 2000, avant le début des opérations de change, et la dernière a eu lieu à l’été ou à l’automne 2001, après que

another legal opinion. The Estate offers these encounters as a demonstration that Mr. Paletta acted as a reasonably prudent person would.

[79] The first tax lawyer consulted was John Tobin of Borden & Elliot LLP, in Toronto. Based on the Tax Court's account of the meeting, Mr. Tobin, after mentioning the *Friedberg* case, confirmed that the plan was legitimate. According to the Tax Court, this was the first time that Mr. Paletta and his son heard of the *Friedberg* case (Reasons, at paragraph 62).

[80] The Tax Court's assessment of what took place during the meeting is not consistent with the evidence on this narrow point. As noted earlier, *Friedberg* had been brought to the attention of the Palettas when the plan was first presented to them (Transcript of the Cross-examination of Stephen Wiseman: Appeal Book, Vol. 23, at page 8203). In addition, Angelo Paletta was cross-examined about the precise circumstances in which the *Friedberg* case came up during his conversation with John Tobin. This is how the exchange went (Appeal Book, Vol. 22, at page 8012):

Q. Well, I put it to you, Sir, that you put into Mr. Tobin's head in your discussions with him that it was comparable to the *Friedberg* case, the trades that you were going to do, correct?

A. Yes.

[81] Immediately after this exchange, Angelo Paletta was asked about the question that he put to Jack Bernstein of Aird & Berlis LLP during their verbal consultation in the summer or fall of 2001 (Appeal Book, Vol. 22, at page 8013):

Q. And you asked Mr. Bernstein a similar question, correct?

A. Yes.

Stephen Wiseman eut réitéré son conseil de solliciter une seconde opinion juridique. La succession fait valoir que ces rencontres montrent que M. Paletta a agi en personne raisonnablement prudente.

[79] Le premier avocat fiscaliste consulté était John Tobin du cabinet Borden et Elliot S.E.N.C.R.L., s.r.l., à Toronto. Selon la version des faits établie par la Cour de l'impôt, M. Tobin, après avoir mentionné l'affaire *Friedberg*, a confirmé que le plan était légitime. Selon la Cour de l'impôt, c'était la première fois que M. Paletta et son fils entendaient parler de l'affaire *Friedberg* (motifs, au paragraphe 62).

[80] L'appréciation qu'a faite la Cour de l'impôt de ce qui s'est produit lors de cette rencontre n'est pas compatible avec la preuve sur ce point bien précis. Comme il est indiqué plus haut, l'affaire *Friedberg* a été portée à l'attention des Palettas lorsque le plan leur a été présenté la première fois (transcription du contre-interrogatoire de Stephen Wiseman : dossier d'appel, vol. 23, à la page 8203). De plus, Angelo Paletta a été contre-interrogé sur les circonstances précises dans lesquelles l'affaire *Friedberg* avait été mentionnée dans sa conversation avec John Tobin, ce qui a donné lieu à l'échange suivant (dossier d'appel, vol. 22, à la page 8012) :

[TRADUCTION]

Q. Bien, Monsieur, si j'ai bien compris, vous avez suggéré à M^e Tobin dans vos discussions avec lui que la situation se comparait à l'affaire *Friedberg*, en ce qui concerne les opérations que vous alliez faire. Vrai?

A. Oui.

[81] Tout de suite après, Angelo Paletta s'est fait interroger sur la question qu'il avait posée à Jack Bernstein, du cabinet Aird et Berlis LLP, lors de leur consultation verbale de l'été ou de l'automne 2001 (dossier d'appel, vol. 22, à la page 8013) :

[TRADUCTION]

Q. Et vous avez posé à M^e Bernstein une question semblable. Vrai?

A. Oui.

[82] The other encounter took place towards the end of 2000. Mr. Paletta and his son met with Jim Love of Love & Whalen while visiting him on other tax matters. Like Messrs. Tobin and Bernstein, Mr. Love confirmed that the plan was fine after mentioning *Friedberg* as the leading case (Reasons, at paragraph 63).

[83] The evidence suggests that in all three cases, Mr. Paletta and his son presented the plan as not being materially different from the one that was in issue in *Friedberg*. Not surprisingly, all three lawyers expressed the view that the plan was legally sound on the basis that *Friedberg* remained good law. However, as explained earlier, the facts in *Friedberg* were fundamentally different as Mr. Friedberg was conducting his trading activities for profit whereas Mr. Paletta's sole purpose was tax avoidance. Had this fundamental difference been brought to the attention of the tax lawyers, a discussion about the source issue and the relevant case law would necessarily have ensued and a red flag would have been waved. When regard is had to the common law definition of "business" and the binding and plain common sense rule set out in *Moloney* (see paragraph 61 above), no minimally competent tax lawyer could have sanctioned Mr. Paletta's plan to portray his trades as a business, if informed that he was making these trades not for profit but for the sole purpose of generating tax losses in order to avoid paying taxes.

[84] Had a formal opinion been obtained, all material facts would have been disclosed with the result that the source issue would not have gone unnoticed. Angelo Paletta's claim that the financial exposure involved in the trading did not justify obtaining a formal opinion is not rationally acceptable. The financial exposure resulting from the interest rate differential was indeed minimal, but the tax exposure resulting from the ongoing use that was to be made of the plan was in the millions of dollars at his personal level, and much more if the exposure for the two corporations that participated in the same plan is taken into account. This tax exposure had to be at the forefront of Mr. Paletta's mind since reducing

[82] L'autre rencontre a eu lieu à la fin de l'année 2000. M. Paletta et son fils ont rencontré Jim Love du cabinet Love et Whalen alors qu'ils le consultaient sur d'autres questions fiscales. À l'instar de M^e Tobin et de M^e Bernstein, M^e Love a confirmé que le plan était correct après mention de l'affaire *Friedberg* (motifs, au paragraphe 63).

[83] Les éléments de preuve indiquent, dans les trois cas, que M. Paletta et son fils ont présenté le plan comme étant sensiblement le même que celui qui était en cause dans l'affaire *Friedberg*. Sans surprise, les trois avocats ont affirmé que le plan était juridiquement valide étant donné que l'arrêt *Friedberg* était toujours valable en droit. Cependant, comme il a été mentionné plus haut, les faits dans l'affaire *Friedberg* étaient fondamentalement différents étant donné que M. Friedberg effectuait ses opérations dans le but d'en réaliser des profits, alors que le seul objectif de M. Paletta était l'évitement fiscal. Si cette différence fondamentale avait été portée à l'attention des avocats fiscalistes, il s'en serait inévitablement suivi une discussion sur la question de la source de revenus, sur la jurisprudence pertinente, et des questions portant sur la validité du plan auraient été soulevées. Lorsqu'on prend en compte la définition du terme « entreprise » en common law et la règle de simple bon sens énoncée dans l'arrêt *Moloney* (voir le paragraphe 61 plus haut), aucun avocat fiscaliste moindrement compétent n'aurait sanctionné le plan de M. Paletta de présenter ses opérations de change comme étant une entreprise s'il avait su que celles-ci étaient non pas effectuées dans le but d'en tirer un profit, mais dans le seul but de générer des pertes afin d'éviter d'avoir à payer de l'impôt.

[84] Si une opinion formelle avait été obtenue, tous les faits pertinents auraient été divulgués, de sorte que la question de la source de revenus ne serait pas passée inaperçue. L'explication d'Angelo Paletta selon laquelle le risque financier associé aux opérations ne justifiait pas que soit sollicitée une opinion juridique formelle ne peut pas être rationnellement retenue. Le risque financier découlant de la fluctuation dans le différentiel des taux d'intérêt était en effet minime, mais le risque fiscal résultant de l'utilisation à répétition du plan s'élevait à des millions de dollars au niveau personnel, et encore davantage si l'on tient compte du risque pris par les deux sociétés ayant participé au même plan. Ce risque fiscal ne

his tax burden was the only reason why he traded during the seven-year period. The other explanation for not seeking a formal legal opinion—i.e., that Mr. Paletta trusted lawyers at their word or on a handshake—is no more rational given the high risk that was flagged by his accountants as to the validity of the plan and again, the multi-million dollar tax exposure.

[85] The question that must be asked in the circumstances is why would a knowledgeable business person in the position of Mr. Paletta not cover the risk to which he was exposed by obtaining a formal opinion? The only answer that comes to mind is that Mr. Paletta was indifferent or wilfully blind to whether his plan complied with the law or not and was content to assume the risk.

[86] The Estate also relies on various legal opinions obtained from his brokers during the course of trading. These opinions were not addressed to Mr. Paletta, and according to his son, neither he nor Mr. Paletta read them. That said, they both understood that the opinions supported their view that the plan was legally sound.

[87] The first opinion is from Fraser Milner Casgrain LLP and is addressed to a promoter of the forward FX trading strategy. The opinion was issued in December of 2002 and confirms the legal validity of the strategy. However, the opinion is given on the premise that the persons who will take up the strategy will do so “for the primary or secondary purpose of gaining and producing income” (see paragraphs 3.5, 4.5.9 and 4.5.10: Appeal Book, Vol. 11, at pages 3727 and 3741). As such, this opinion could have brought no comfort to Mr. Paletta. On the contrary, it points to the fundamental flaw underlying his plan.

[88] The second opinion is from Bennett Jones and is addressed to a brokerage house. It does not opine on the legal validity of the forward FX trading strategy. Rather, it signals in bold letters that its purpose is to provide rebuttal

pouvait échapper à l’esprit de M. Paletta, puisque la réduction de ses impôts était la seule raison pour laquelle il a effectué ses opérations de change durant la période de sept ans. Quant à l’autre raison avancée pour expliquer pourquoi M. Paletta n’avait pas demandé d’opinion juridique formelle, soit qu’il avait confiance en ses avocats et les croyait sur parole et sur une poignée de main, elle n’est pas plus rationnelle étant donné le risque important contre lequel ses comptables l’avaient plus d’une fois mis en garde eu égard à la validité de son plan et, bien entendu, les plusieurs millions de dollars d’impôt en jeu.

[85] La question qu’il faut poser dans les circonstances est celle-ci : pourquoi un homme d’affaires avisé, dans la même situation que M. Paletta, ne se prémunirait-il pas contre le risque auquel il s’exposait en sollicitant une opinion formelle? La seule réponse qui vient à l’esprit est que M. Paletta a fait preuve d’indifférence ou d’aveuglement volontaire quant à la légalité de son plan et qu’il en a assumé le risque.

[86] La succession invoque également différentes opinions juridiques qui avaient été obtenues par ses courtiers lors de l’exécution des opérations de change. Ces opinions n’étaient pas adressées à M. Paletta et, selon son fils, ils ne les ont pas lues. Cependant, tous les deux comprenaient que ces opinions étaient leur point de vue selon lequel le plan était juridiquement valide.

[87] La première opinion provient du cabinet Fraser Milner Casgrain S.E.N.C.R.L., s.r.l., et est adressée à un promoteur de la stratégie d’opérations de change à terme. L’opinion est datée de décembre 2002 et confirme la validité juridique de la stratégie. Cependant, l’opinion est fondée sur la prémisse que les personnes qui adopteront la stratégie le feront [TRADUCTION] « dans le but principal ou secondaire de tirer et de produire des revenus » (voir les paragraphes 3.5, 4.5.9 et 4.5.10 : dossier d’appel, vol. 11, aux pages 3727 et 3741). Ainsi, cette opinion n’aurait pas pu conforter M. Paletta dans sa croyance. Au contraire, elle met en évidence la faille fondamentale de son plan.

[88] La seconde opinion provient de Bennett Jones et est adressée à une maison de courtage. On ne s’y prononce pas sur la validité juridique de la stratégie d’opérations de change à terme. On y indique plutôt, en caractères

arguments in response to the legal position adopted by the CRA in challenging this strategy, as outlined in inquiry letters addressed to a number of individual investors (see page 1 and the caveat set out at page 6: Appeal Book, Vol. 11, at pages 3755 and 3759). This “opinion” does not purport to pronounce on the legal validity of Mr. Paletta’s plan or the validity of any similar plan.

[89] The last opinion is again from Fraser Milner Casgrain LLP. It was issued in December 2004 for the benefit of one of the brokers who traded on behalf of Mr. Paletta. Paragraph 1.9 of this opinion states as an assumed fact: “the client will undertake the spread(s) primarily to earn profits from speculation but may also have an ancillary tax planning purpose in that the client may achieve a deferral of income” (Appeal Book, Vol. 11, at page 3768). Mr. Paletta does not fit that description and this again points to the fundamental flaw in the plan that he embarked upon.

[90] Lastly, the Estate maintains that Mr. Paletta took comfort from the “review for audit” of his 2002 and 2003 taxation years conducted by the CRA in 2004. This review concluded, based on the information that was available at the time, that no further action would be taken with respect to the losses generated by Mr. Paletta. However, had Mr. Paletta consulted the accountants who acted on his behalf during this review and who provided to the CRA officials the relevant working papers, he would have learned that the objective of the review was “[t]o determine if [Mr. Paletta’s] accounting for his unrealized trading losses is acceptable to the [CRA]” and that the conclusion reached after reviewing *Friedberg* was that Mr. Paletta “was accounting for his foreign currency transactions in an acceptable manner” (Audit report, at page 2 and Working Paper No. 199: Appeal Book, Vol. 12, at pages 4388 and 4407). He would also have learned that his accountants were the ones who brought the *Friedberg* decision to the attention of the CRA officials in defending their client’s tax filing position. The decision not to proceed with the audit could provide comfort to Mr. Paletta on the reporting method that he used but not on whether his trading activities could legitimately be portrayed as a business.

gras, que l’opinion sert à présenter des arguments en réponse à la thèse juridique adoptée par l’ARC pour attaquer cette stratégie, comme en font foi des lettres d’enquête adressées à plusieurs investisseurs (voir la page 1 et les attendus à la page 6 : dossier d’appel, vol. 11, aux pages 3755 et 3759). Cette « opinion » ne cherche aucunement à se prononcer sur la validité juridique du plan de M. Paletta ou d’un plan semblable.

[89] La dernière opinion provient aussi du cabinet Fraser Milner Casgrain S.E.N.C.R.L., s.r.l. Elle est datée de décembre 2004 et s’adresse à l’un des courtiers qui a effectué des opérations au nom de M. Paletta. Au paragraphe 1.9 de cette opinion, on énonce l’un des faits que l’on tient pour acquis : [TRADUCTION] « le client procède à la stratégie d’écart [*spread*, en anglais] principalement pour tirer des profits de la spéculation, mais il peut aussi s’en servir à des fins de planification fiscale du fait qu’il pourrait obtenir des reports de revenus » (dossier d’appel, vol. 11, à la page 3768). Cette description du client ne s’applique pas à M. Paletta, ce qui encore une fois met en évidence la faille fondamentale dans le plan qu’il avait choisi de mettre en œuvre.

[90] Enfin, la succession soutient que M. Paletta s’en est remis à [TRADUCTION] « l’examen en vue d’une vérification » de ses années d’imposition 2002 et 2003 qu’a effectué l’ARC en 2004. Il a été conclu suite à cet examen, selon les renseignements disponibles à l’époque, qu’aucune autre mesure ne serait prise à l’égard des pertes déclarées par M. Paletta. Cependant, si M. Paletta avait consulté les comptables qui le représentaient au cours de cet examen et qui ont fourni aux fonctionnaires de l’ARC les documents de travail requis, il aurait appris que l’objectif de l’examen était de [TRADUCTION] « déterminer si le compte rendu des pertes de change non réalisées [fait par M. Paletta] était acceptable pour [l’ARC] » et qu’il avait été conclu, sur le fondement de l’arrêt *Friedberg*, que M. Paletta [TRADUCTION] « rendait compte de ses opérations de change d’une manière acceptable » (rapport de vérification, à la page 2 et document de travail n° 199 : dossier d’appel, vol. 12, aux pages 4388 et 4407). Il aurait également appris que c’était ses comptables qui avaient porté l’arrêt *Friedberg* à l’attention des fonctionnaires de l’ARC lorsqu’ils ont défendu la position prise par leur client en déclarant ses revenus. La décision de l’ARC de ne pas procéder à la vérification pouvait conforter

[91] Regardless of the five foregoing defences, the Estate relies on the reasons of the Tax Court to argue that Mr. Paletta could reasonably believe that his tax avoidance activities were a business and that he could report his losses on this basis. The Estate does not contend that Mr. Paletta actually relied on the Tax Court's opinion as it was issued *ex post facto*. Rather, the Estate argues that the question whether activities solely devoted to avoiding one's tax qualify as a business under the Act is open to interpretation in light of the Tax Court's reading of *Stewart* and *Walls SCC*. I disagree. The Tax Court's reasons on this point are not only incorrect, they are implausible. As the above analysis shows, the decisions of the Supreme Court do not suggest that avoiding one's tax can be a business under the Act, and the Tax Court's reasons, errant as they are on this point, do not provide a basis for excusing Mr. Paletta's behaviour.

[92] Mr. Paletta and his son were warned that the tax shelter plan they were contemplating could be problematic. Both knew from the beginning that the sole purpose behind the plan was tax avoidance. Rather than addressing the risk head on by obtaining a formal legal opinion, Mr. Paletta chose to ignore it. This behaviour shows at the very least that Mr. Paletta was indifferent or wilfully blind to the legal validity of his plan and that he was only concerned about fulfilling his desire to pay no tax.

[93] The Crown has succeeded in demonstrating that Mr. Paletta was grossly negligent in portraying his trading losses as business losses even though they were not. I therefore find that the penalty set out in subsection 163(2) of the Act was properly assessed.

M. Paletta dans l'idée que la façon dont il rendait compte de ses opérations de change était valide, mais pas dans l'idée que celles-ci pouvaient légitimement être présentées comme étant une entreprise.

[91] Indépendamment des cinq moyens de défense ci-dessus, la succession invoque les motifs de la Cour de l'impôt pour soutenir que M. Paletta pouvait raisonnablement croire que ses activités d'évitement fiscal étaient une entreprise et qu'il pouvait déclarer ses pertes en fonction de cette croyance. Évidemment, la succession ne soutient pas que M. Paletta s'est réellement fondé sur l'opinion de la Cour de l'impôt puisque celle-ci a rendu sa décision après les années en question. Elle soutient plutôt qu'il y a matière à débat sur la question de savoir si des activités destinées uniquement à l'évitement fiscal peuvent être considérées comme constituant une entreprise pour l'application de la Loi, et invoque à l'appui l'interprétation qu'a fait la Cour de l'impôt des arrêts *Stewart et Walls CSC*. Je ne suis pas d'accord. Les motifs de la Cour de l'impôt à ce sujet sont non seulement incorrects, mais ils sont également invraisemblables. Comme le montre l'analyse présentée plus haut, ces arrêts de la Cour suprême n'indiquent pas que l'évitement fiscal peut constituer une entreprise pour l'application de la Loi et les motifs de la Cour de l'impôt, vu l'erreur qu'ils comportent sur ce point, n'offrent pas de justification au comportement de M. Paletta.

[92] M. Paletta et son fils avaient été avertis que le plan d'abris fiscal qu'ils considéraient pouvait poser problème. Ils savaient tous deux, dès le départ, que la seule raison d'être de ce plan était l'évitement fiscal. Plutôt que de mesurer le risque, en obtenant une opinion juridique formelle, M. Paletta a choisi d'en faire fi. Cette attitude montre à tout le moins que M. Paletta a fait preuve d'indifférence ou d'aveuglement volontaire quant à la validité juridique de son plan et qu'il se souciait uniquement de satisfaire son désir de ne pas payer d'impôt.

[93] La Couronne a réussi à démontrer que M. Paletta a commis une faute lourde en présentant ses pertes de change comme étant des pertes d'entreprise alors que ce n'était pas le cas. Par conséquent, je conclus que la pénalité prévue au paragraphe 163(2) de la Loi a été imposée à juste titre.

[94] It follows that the test set out in subparagraph 152(4)(a)(i) was also met, and that the Minister validly reopened the seven taxation years in issue.

DISPOSITION

[95] For the above reasons, I would allow the appeal with costs, here and below, set aside the decision of the Tax Court, and refer the reassessments back to the Minister for reconsideration and reassessment on the basis that Mr. Paletta's trading gains and losses are not to be recognized in the computation of his income for the 2000 through 2007 taxation years and that the gross negligence penalties are to be applied for the 2000 through 2006 taxation years.

RENNIE J.A.: I agree.

LASKIN J.A.: I agree.

[94] Il s'ensuit qu'il est également satisfait au critère énoncé au sous-alinéa 152(4)a)(i) et que le ministre avait le droit de réouvrir les sept années d'imposition en cause.

DISPOSITIF

[95] Pour les motifs qui précèdent, j'accueillerais l'appel avec dépens devant nous et devant la Cour de l'impôt, annulerai la décision de la Cour de l'impôt et renverrais les nouvelles cotisations au ministre pour qu'il procède à un nouvel examen et établisse de nouvelles cotisations en tenant pour acquis que les gains et les pertes de change de M. Paletta ne doivent pas être pris en compte dans le calcul de ses revenus pour les années d'imposition 2000 à 2007 et que des pénalités pour faute lourde doivent être imposées pour les années d'imposition 2000 à 2006.

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

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