

Lois Schultz (*Appellant*)

A-481-93

v.

Her Majesty the Queen (*Respondent*)INDEXED AS: *SCHULTZ v. CANADA (C.A.)*

Court of Appeal, Stone, Linden and McDonald JJ.A. — Toronto, September 18; Ottawa, November 2, 1995.

Income tax — Income calculation — Appeal, cross-appeal from T.C.C. decision taxpayers equal partners in investment club strategy, convertible hedging transactions — T.C.C. having jurisdiction to decide whether partnership existed — Intention to carry on business as partners essential for partnership to exist — Trading transactions in issue “business” as defined in Ontario Partnerships Act, s. 2 — Business carried on by taxpayers in common with view to profit — Minister acting with “all due dispatch” within meaning of Income Tax Act, s. 165(3)(a) in confirming reassessments — Minister’s calculations with respect to hedging transactions valid — Taxpayer not assisted by Act, s. 39(4) election.

These were an appeal and a cross-appeal from a Tax Court of Canada decision dismissing the taxpayer’s appeal from an assessment made under the *Income Tax Act* for the taxation year 1983 but allowing her appeals from assessments for the years 1984, 1985, 1986 and 1987. In 1983, the appellant and her spouse, who had been practising dentistry for about ten years and was earning a relatively high income, were advised by a consulting firm to adopt an investment club strategy and later to enter into convertible hedging transactions in publicly traded securities. The objectives of both strategies were the same: income splitting and earning of extra income. Each set of hedging transactions began with Dr. Schultz taking a short position. The funds from this short trade, coupled with Dr. Schultz’s guarantee of his wife’s account, enabled the hedge transactions to proceed thereafter. The Tax Court Judge ruled that the taxpayers were in a partnership relationship in conducting those transactions rather than in an agency relationship and that the appellant had filed with the Minister on her own behalf an election pursuant to subsection 39(4) of the Act. The main issues herein were whether the Tax Court Judge had jurisdiction to decide that a partnership existed and if so, whether in law a partnership did exist. Three other issues had to be considered: whether the Minister acted with

Lois Schultz (*appelante*)

A-481-93

c.

^a Sa Majesté la Reine (*intimée*)RÉPERTORIÉ: *SCHULTZ c. CANADA (C.A.)*

^b Cour d’appel, juges Stone, Linden et McDonald, J.C.A. — Toronto, 18 septembre; Ottawa, 2 novembre 1995.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Appel et appel incident formés contre une décision par laquelle la C.C.I. a jugé que les contribuables étaient associés à parts égales dans une stratégie de club d’investissement et dans des opérations de couverture — La C.C.I. avait compétence pour statuer sur l’existence d’une société de personnes — L’intention d’exploiter une entreprise à titre d’associés est essentielle à l’existence d’une société de personnes — Les opérations commerciales réalisées en l’espèce constituent une «entreprise» au sens de l’art. 2 de la Loi sur les sociétés en nom collectif de l’Ontario — Les contribuables ont exploité une entreprise ensemble en vue de réaliser un bénéfice — Le ministre a agi avec «diligence» au sens de l’art. 165(3)a de la Loi de l’impôt sur le revenu en confirmant les nouvelles cotisations — Les calculs du ministre relativement aux opérations de couverture sont valables — Le choix visé par l’art. 39(4) de la Loi n’est d’aucun secours au contribuable.

^f Il s’agit d’un appel et d’un appel incident formés contre un jugement par lequel la Cour canadienne de l’impôt a rejeté l’appel formé par l’appelante à l’encontre d’une cotisation établie en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu* pour l’année d’imposition 1983 mais a accueilli ses appels concernant des cotisations établies pour les années d’imposition 1984, 1985, 1986 et 1987. En 1983, l’appelante et son époux, qui exerçait la profession de dentiste depuis environ dix ans et gagnait un revenu relativement élevé, ont adopté, sur les conseils d’une firme de consultants, une stratégie de club d’investissement et, plus tard, une stratégie d’opérations de couverture sur des valeurs mobilières convertibles cotées en bourse. L’objet des deux stratégies était le même: fractionner le revenu et gagner un revenu supplémentaire. Chaque série d’opérations de couverture débutait par une prise de position vendeur de la part du D^r Schultz. Les fonds réalisés grâce à la prise de position vendeur, conjugués à la garantie signée par le D^r Schultz à l’égard du compte de son épouse, permettaient la suite des opérations de couverture. Le juge de la Cour de l’impôt a décidé que les contribuables, lorsqu’ils ont effectué ces opérations, étaient liés par un contrat de société plutôt que par un mandat et que l’appelante avait déposé auprès du ministre un choix exercé pour son propre compte en vertu du paragraphe 39(4) de la

“all due dispatch” in confirming his reassessments with respect to all five taxation years under review, whether the Minister’s calculations with respect to the hedging transactions were correct and whether the Tax Court Judge erred in awarding the costs of the appeal to the respondent.

Held, the appeal should be dismissed, the cross-appeal should be allowed.

The Minister of National Revenue is not in all circumstances confined to his assumptions made at the time of an assessment. In the present case, he was not prevented from pleading the alternative defence before the Tax Court of Canada. He has not changed the basis of the assessments but merely asserted a different legal result flowing from the self-same set of facts by alleging that those facts show the existence of a joint venture or partnership if they do not show an agency relationship. Even if it could be said that the Minister has alleged new “facts” by adopting the alternative posture, the case law as developed allowed him to do so but imposed upon him the onus of proving those facts. The respondent was entitled to plead joint venture or partnership in the alternative and therefore, the Tax Court Judge had jurisdiction to consider that issue. The Judge’s conclusion, that there was a partnership consisting of the appellants and that the partnership, rather than the individual appellants in his or her own right, carried out the hedging transactions in the taxation years in question, was supported by the evidence. Section 2 of the Ontario *Partnership Act* defines partnership as the relation that subsists between persons carrying on a business in common with a view to profit. In determining the existence of a partnership, regard must be paid to the true contract and intention of the parties as appearing from the whole facts of the case. There must be an intention to make a profit regardless of whether a profit is realized. The trading transactions in issue constituted a “business” as defined in the Ontario statute and such business was carried on in common, that is to say on the appellant’s own behalf rather than for the benefit of others. It is important to consider the taxpayers’ conduct in order to decide whether their partnership was carried on with a view to profit. During all of the relevant years, each of them guaranteed in broad terms the other’s trading account with the broker, allowing a credit to be established in one account to offset a debit in the other for margin purposes. Any additional margin deposits were always paid out of a joint bank account belonging to both appellants. It was Dr. Schultz’s initial short sale positions that made it possible for his wife to take her initial long positions. These paired transactions were each dependent upon the other. The

Loi. Les principales questions à trancher en l’espèce consistaient à déterminer si le juge de la Cour de l’impôt avait compétence pour statuer sur l’existence d’une société de personnes et, dans l’affirmative, si une telle société existait du point de vue juridique. Trois autres questions devaient être examinées: la première consistait à déterminer si le ministre avait agi avec «diligence» en confirmant ses nouvelles cotisations à l’égard des cinq années d’imposition en cause, la deuxième consistait à savoir si les calculs effectués par le ministre à l’égard des opérations de couverture étaient exacts et la troisième question était de savoir si le juge de la Cour de l’impôt avait commis une erreur en adjugeant les dépens de l’appel à l’intimée.

Arrêt: l’appel doit être rejeté, l’appel incident doit être accueilli.

Le ministre du Revenu national n’est pas en toutes circonstances limité aux hypothèses qu’il formule lorsqu’il établit une cotisation. En l’espèce, il n’était pas empêché d’invoquer une défense subsidiaire devant la Cour canadienne de l’impôt. Il n’a pas modifié le fondement de ses cotisations, il a simplement tiré des conséquences juridiques différentes du même ensemble de faits en alléguant qu’à défaut de démontrer l’existence d’un rapport découlant d’un mandat, ces faits démontraient l’existence d’une entreprise conjointe ou d’une société de personnes. Même si on pouvait affirmer que le ministre a allégué de nouveaux «faits» en faisant valoir sa thèse subsidiaire, la jurisprudence, telle qu’elle a évolué, lui permettait de le faire, mais lui imposait le fardeau de prouver ces faits. L’intimée avait le droit d’invoquer comme moyen subsidiaire l’entreprise conjointe ou la société de personnes et, en conséquence, le juge de la Cour de l’impôt avait compétence pour étudier cette question. La conclusion du juge de la Cour de l’impôt voulant qu’il y avait une société de personnes formée des appelants et que cette société de personnes, plutôt que les appelants à titre de particuliers agissant en leur propre nom, a effectué les opérations de couverture pour les années d’imposition en cause est fondée sur la preuve. L’article 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* de l’Ontario définit la société en nom collectif comme la relation qui existe entre des personnes qui exploitent une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice. Pour déterminer l’existence d’une société, il faut interpréter le contrat et déterminer l’intention véritable des parties compte tenu de l’ensemble des faits de l’affaire. Il faut qu’il y ait une intention de réaliser des profits, peu importe que des profits soient effectivement réalisés. Les opérations commerciales en l’espèce constituaient une «entreprise» au sens de la loi ontarienne et cette entreprise était exploitée en commun, c’est-à-dire pour le compte de l’appelante plutôt que pour le compte d’autrui. Il est important de prendre en considération le comportement des contribuables pour décider si leur société de personnes était exploitée en vue de réaliser un profit. Durant toutes les années en cause, chacun d’eux a signé une garantie générale à l’égard du compte de négociation de valeurs de l’autre, permettant ainsi qu’un crédit soit

appellants operated their accounts in tandem and in a highly co-ordinated fashion rather than independently of one another, which suggests that they carried on business in common with a view to profit.

The Tax Court Judge did not err in concluding that the Minister had acted with "all due dispatch" in confirming his reassessments for the taxation years 1984, 1985, 1986 and 1987. The significant delays on the part of the Minister in confirming his reassessments could be explained by the large number of taxpayers being investigated by the Minister with respect to investment club transactions and convertible hedging transactions. These transactions were numerous and complicated. The words "with all due dispatch" did not bind the Minister to fixed time limits, but only required him, having regard to the particular circumstances, to proceed with his review of the matters within a reasonable time after the notices of objection were received; this is precisely what he did. Moreover, the appellants could have appealed the reassessments pursuant to paragraph 169(b) of the Act. As to whether the Minister's calculations with respect to the hedging transactions were valid and correct, it should be pointed out that the losses, expenses and gains on the hedging transactions in issue should be calculated when the leg of a particular hedge was finally closed out. The appellant filed a subsection 39(4) election in 1983 with a view to reducing her income tax burden. In her cross-appeal, the respondent correctly stated that since the matter was governed by subsection 96(3) of the Act, the election was of no assistance to the appellant. It has not been demonstrated that the disposition of costs, which was a matter for the discretion of the Tax Court Judge, should attract the intervention of the Court on the basis that it was not properly exercised.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 39(4) (as enacted by S.C. 1977-78, c. 1, s. 16; 1980-81-82-83, c. 140, s. 18), 96(3) (as enacted by S.C. 1973-74, c. 14, s. 30; 1980-81-82-83, c. 48, s. 52; 1985, c. 45, s. 13), 152(4) (as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 84; c. 45, s. 59), 165(3)(a), 169(b) (as am. by S.C. 1980-81-82-83,

établi dans un compte pour compenser un débit dans l'autre compte afin de respecter la marge obligatoire. Les dépôts additionnels sur marge ont toujours été payés par prélèvement sur un compte bancaire conjoint appartenant aux deux appelants. C'est la prise de position vendeur initiale de la part du D^r Schultz qui permettait à son épouse de prendre sa position acheteur initiale. Ces opérations jumelées étaient interdépendantes. Les appelants exploitaient leurs comptes en tandem et de façon très coordonnée plutôt que de manière indépendante, ce qui donne à penser qu'ils ont exploité ensemble une entreprise en vue de réaliser un bénéfice.

Le juge de la Cour de l'impôt n'a pas commis une erreur en concluant que le ministre avait agi avec «diligence» en confirmant ses nouvelles cotisations pour les années d'imposition 1984, 1985, 1986 et 1987. Les retards importants du ministre à confirmer ses nouvelles cotisations pouvaient s'expliquer par le nombre élevé de contribuables au sujet desquels le ministre faisait enquête relativement à des opérations de clubs d'investissement et à des opérations de couverture sur des titres convertibles. Ces opérations étaient nombreuses et compliquées. L'expression «avec diligence» n'imposait pas au ministre le respect de délais déterminés, mais l'obligeait seulement, selon les circonstances particulières de l'affaire, de procéder à un examen des questions dans un délai raisonnable suivant la réception des avis d'opposition; c'est précisément ce qu'il a fait. Au surplus, les appelants auraient pu interjeter appel des nouvelles cotisations en vertu de l'alinéa 169b) de la Loi. Quant à la question de savoir si les calculs du ministre relativement aux opérations de couverture étaient exacts et valables, il convient de faire remarquer que les pertes subies, les dépenses engagées et les gains réalisés sur les opérations de couverture en cause dans la présente espèce devraient être calculés lorsqu'une position d'une opération de couverture donnée a finalement été dénouée. L'appelante a déposé un choix qu'elle a exercé en vertu du paragraphe 39(4) en 1983 afin de réduire son fardeau fiscal. Dans son appel incident, l'intimée a prétendu avec raison que, puisque cette question est régie par le paragraphe 96(3) de la Loi, le choix de l'appelante ne lui était d'aucun secours. Il n'a pas été démontré que l'adjudication des dépens, qui relevait du pouvoir discrétionnaire du juge de la Cour de l'impôt, justifiait l'intervention de cette Cour parce que ce pouvoir discrétionnaire aurait été exercé de manière irrégulière.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 39(4) (édicte par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 16; 1980-81-82-83, ch. 140, art. 18; 1985, ch. 45, art. 126), 96(3) (édicte par S.C. 1973-74, ch. 14, art. 30; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 52; 1985, ch. 45, art. 13), 152(4) (mod. par S.C. 1984, ch. 1, art. 84; ch. 45, art.

c. 158, s. 58; 1984, c. 45, s. 70), 231.2 (as enacted by S.C. 1986, c. 6, s. 121), 245(1).
Partnership Act, 1890 (U.K.), 53 & 54 Vict., c. 39, s. 1(1).
Partnerships Act, R.S.O. 1990, c. P.5, ss. 1(1), 2, 3.

59; 1985, ch. 45, art. 126), 165(3)a), 169b) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 158, art. 58; 1984, ch. 45, art. 70), 231.2 (édicte par S.C. 1986, ch. 6, art. 121), 245(1).

Loi sur les sociétés en nom collectif, L.R.O. 1990, ch. P.5, art. 1(1), 2, 3.
Partnership Act, 1890 (R.-U.), 53 & 54 Vict., ch. 39, s. 1(1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Johnston v. Minister of National Revenue, [1948] S.C.R. 486; *Wise (M.) et al. v. The Queen*, [1986] 1 C.T.C. 169; (1985), 86 DTC 6023 (F.C.A.); *Northern Sales (1963) Ltd. v. MNR*, [1973] CTC 239; (1973), 73 DTC 5200 (F.C.T.D.); *Robert Porter & Sons Ltd. v. Armstrong*, [1926] S.C.R. 328.

CONSIDERED:

Gardner (John) and Bowring, Hardy and Company, Limited v. Commissioners of Inland Revenue (1930), 15 T.C. 602 (Scot. Ct. Sess.).

REFERRED TO:

M.N.R. v. Pillsbury Holdings Ltd., [1964] C.T.C. 294; (1964), 64 DTC 5184 (Ex. Ct.); *Brewster, N C v. The Queen*, [1976] CTC 107; (1976), 76 DTC 6046 (F.C.T.D.); *Tobias (D) v. The Queen*, [1978] CTC 113; (1978), 78 DTC 6028 (F.C.T.D.); *McLeod (C.) v. M.N.R.*, [1990] 1 C.T.C. 433; (1990), 90 DTC 6281 (F.C.T.D.); *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1993] 1 C.T.C. 2306; (1993), 93 DTC 298 (T.C.C.); *Adam v. Newbigging* (1888), 13 App. Cas. 308 (H.L.); *Weiner v. Harris*, [1910] 1 K.B. 285 (C.A.); *Thrush v. Read*, [1950] O.R. 276 (C.A.); *LePage (A.E.) Ltd. v. Kamex Developments Ltd. et al.* (1977), 16 O.R. (2d) 193 (C.A.); *Smith v. Anderson* (1880), 15 Ch. D. 247 (C.A.); *Cox v. Hickman* (1860), 11 E.R. 431 (H.L.); *Fisher & Sons, In re*, [1912] 2 K.B. 491; *Mollwo, March & Co. v. The Court of Wards* (1872), L.R. 4 P.C. 419; *Marx v. Marx*, [1964] S.C.R. 653; *Greco (N.A.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2384; (1991), 91 DTC 1090 (T.C.C.); *Jolicoeur, Joseph Baptiste Wilfrid v. Minister of National Revenue*, [1961] Ex. C.R. 85; [1960] C.T.C. 346; (1960), 60 DTC 1254; *Apfelbaum (H.) v. M.N.R.*, [1991] 1 C.T.C. 2599; (1991), 91 DTC 800 (T.C.C.); *Friedberg v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 285.

AUTHORS CITED

Lindley & Banks on Partnership, 17th ed. by R. C. I'Anson Banks. London: Sweet & Maxwell, 1995.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Johnston v. Minister of National Revenue, [1948] R.C.S. 486; *Wise (M.) et autres c. La Reine*, [1986] 1 C.T.C. 169; (1985), 86 DTC 6023 (C.A.F.); *Northern Sales (1963) Ltd. c. MRN*, [1973] CTC 239; (1973), 73 DTC 5200 (C.F. 1^{re} inst.); *Robert Porter & Sons Ltd. v. Armstrong*, [1926] R.C.S. 328.

DÉCISION EXAMINÉE:

Gardner (John) and Bowring, Hardy and Company, Limited v. Commissioners of Inland Revenue (1930), 15 T.C. 602 (C. Sess. Éc.).

DÉCISIONS CITÉES:

M.N.R. v. Pillsbury Holdings Ltd., [1964] C.T.C. 294; (1964), 64 DTC 5184 (C. de l'É.); *Brewster, N C c. La Reine*, [1976] CTC 107; (1976), 76 DTC 6046 (C.F. 1^{re} inst.); *Tobias (D) c. La Reine*, [1978] CTC 113; (1978), 78 DTC 6028 (C.F. 1^{re} inst.); *McLeod (C.) c. M.R.N.*, [1990] 1 C.T.C. 433; (1990), 90 DTC 6281 (C.F. 1^{re} inst.); *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1993] 1 C.T.C. 2306; (1993), 93 DTC 298 (C.C.I.); *Adam v. Newbigging* (1888), 13 App. Cas. 308 (H.L.); *Weiner v. Harris*, [1910] 1 K.B. 285 (C.A.); *Thrush v. Read*, [1950] O.R. 276 (C.A.); *LePage (A.E.) Ltd. v. Kamex Developments Ltd. et al.* (1977), 16 O.R. (2d) 193 (C.A.); *Smith v. Anderson* (1880), 15 Ch. D. 247 (C.A.); *Cox v. Hickman* (1860), 11 E.R. 431 (H.L.); *Fisher & Sons, In re*, [1912] 2 K.B. 491; *Mollwo, March & Co. v. The Court of Wards* (1872), L.R. 4 P.C. 419; *Marx v. Marx*, [1964] R.C.S. 653; *Greco (N.A.) c. M.R.N.*, [1991] 2 C.T.C. 2384; (1991), 91 DTC 1090 (C.C.I.); *Jolicoeur, Joseph Baptiste Wilfrid v. Minister of National Revenue*, [1961] R.C.É. 85; [1960] C.T.C. 346; (1960), 60 DTC 1254; *Apfelbaum (H.) c. M.R.N.*, [1991] 1 C.T.C. 2599; (1991), 91 DTC 800 (C.C.I.); *Friedberg c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 285.

DOCTRINE

Lindley & Banks on Partnership, 17th ed. by R. C. I'Anson Banks. London: Sweet & Maxwell, 1995.

Lindley on the Law of Partnership, 13th ed. by Ernest H. Scamell. London: Sweet & Maxwell, 1971.

Manzer, A. R. *A Practical Guide to Canadian Partnership Law*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1995.

Lindley on the Law of Partnership, 13th. ed. by Ernest H. Scamell. London: Sweet & Maxwell, 1971.

Manzer, A. R. *A Practical Guide to Canadian Partnership Law*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1995.

APPEAL and CROSS-APPEAL from Tax Court of Canada decision ([1993] 2 C.T.C. 2409; (1993), 93 DTC 953 (T.C.C.)) dismissing taxpayer's appeal from an assessment made under the *Income Tax Act* for the taxation year 1983 but allowing her appeals from assessments for the taxation years 1984, 1985, 1986 and 1987. Appeal dismissed, cross-appeal allowed.

COUNSEL:

Barry S. Wortzman, Q.C., Martin L. O'Brien, Q.C., and Donald Zaldin for appellant.

Larry Olsson, Q.C., Kathryn R. Philpott and Henry A. Gluch for respondent.

SOLICITORS:

Zaldin & Zaldin, Toronto, for appellant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STONE J.A.: This is an appeal by Lois Schultz from a judgment of the Tax Court of Canada dated July 5, 1993 [*Schultz (T.M.G.) v. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 2409], which dismissed her appeal from an assessment made under the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63] (the Act) for the taxation year 1983 but allowed her appeals from assessments under the Act for the taxation years 1984, 1985, 1986 and 1987 and referred the matters back to the Minister of National Revenue for reconsideration and reassessment in accordance with the reasons for judgment.

The appeal and the respondent's cross-appeal were heard together with the appeal of the appellant's

APPEL et APPEL INCIDENT formés contre un jugement par lequel la Cour canadienne de l'impôt ([1993] 2 C.T.C. 2409; (1993), 93 DTC 953 (C.C.I.)) a rejeté l'appel formé par la contribuable à l'encontre d'une cotisation établie en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour l'année d'imposition 1983 mais a accueilli ses appels concernant des cotisations établies pour les années d'imposition 1984, 1985, 1986 et 1987. Appel rejeté, appel incident accueilli.

AVOCATS:

Barry S. Wortzman, c.r., Martin L. O'Brien, c.r. et Donald Zaldin pour l'appelante.

Larry Olsson, c.r., Kathryn R. Philpott et Henry A. Gluch pour l'intimée.

PROCUREURS:

Zaldin & Zaldin, Toronto, pour l'appelante.

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée.

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

LE JUGE STONE, J.C.A.: Il s'agit d'un appel interjeté par Lois Schultz d'un jugement en date du 5 juillet 1993 [*Schultz (T.M.G.) c. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 2409] par lequel la Cour canadienne de l'impôt a rejeté l'appel formé par l'appelante à l'encontre d'une cotisation établie en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63] (la Loi) pour l'année d'imposition 1983, a accueilli ses appels concernant des cotisations établies en vertu de la Loi pour les années d'imposition 1984, 1985, 1986 et 1987 et a déferé les affaires au ministre du Revenu national pour nouvel examen et nouvelles cotisations conformément aux motifs du jugement.

L'appel interjeté par l'appelante et l'appel incident de l'intimée ont été entendus en même temps que

spouse, Dr. Thomas M. G. Schultz, and the respondent's cross-appeal in Court file No. A-482-93 from a second judgment of the Tax Court of Canada of the same date and in respect of assessments for the same taxation years. A copy of these reasons will be filed in that Court file and shall thereupon become the reasons for judgment therein.

The appellant and her spouse will sometimes be hereinafter referred to collectively as "the appellants".

Notwithstanding that the appellants' appeals to the Tax Court of Canada in respect of their 1984, 1985, 1986 and 1987 taxation years were allowed, they did not entirely succeed before that Court. It appears from the learned Tax Court Judge's reasons that the assessments were referred back to the Minister for reassessment on the basis that the appellants were in a partnership relationship during those years in conducting the transactions referred to below rather than in an agency relationship and that Lois Schultz had filed with the Minister on her own behalf an election pursuant to subsection 39(4) [as enacted by S.C. 1977-78, c. 1, s. 16; 1980-81-82-83, c. 140, s. 18] of the Act.¹ The effect of the judgments, therefore, is that each of the appellants are to be assessed as partners in respect of those transactions and that the Minister must give effect to the subsection 39(4) election filed by Lois Schultz in 1983 in reassessing her income in respect of the 1984, 1985, 1986 and 1987 taxation years.

BACKGROUND

The circumstances surrounding the dispute may be briefly summarized. In the fall of 1983, the appellants together approached J. K. Maguire & Associates, a firm of financial and tax consultants in Toronto. Dr. Schultz had been then practising dentistry for approximately ten years and was earning a relatively high income. Lois Schultz, on the other hand, was earning a relatively low income as a part-time employee of her husband's office. Both appellants testified at the trial as did J. K. Maguire the sole proprietor of the consult-

l'appel de l'époux de l'appelante, le D^r Thomas M. G. Schultz, et l'appel incident de l'intimée dans le dossier A-482-93 relativement à un deuxième jugement de la Cour canadienne de l'impôt portant la même date et concernant des cotisations pour les mêmes années d'imposition. Une copie des présents motifs sera versée dans ce deuxième dossier et elle en constituera dès lors les motifs.

Ci-après, l'appelante et son époux seront parfois dénommés collectivement «les appelants».

Bien que les appels interjetés par les appelants à l'égard des années d'imposition 1984, 1985, 1986 et 1987 aient été accueillis par la Cour canadienne de l'impôt, celle-ci ne leur a pas entièrement donné gain de cause. D'après les motifs du juge de la Cour de l'impôt, les cotisations ont été déferées au ministre pour nouvelles cotisations parce que les appelants, lorsqu'ils ont effectué les opérations décrites plus loin au cours des années en cause, étaient liés par un contrat de société plutôt que par un mandat et parce que Lois Schultz avait déposé auprès du ministre un choix exercé pour son propre compte en vertu du paragraphe 39(4) [édicte par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 16; 1980-81-82-83, ch. 140, art. 18; 1985, ch. 45, art. 126] de la Loi¹. En conséquence, à la suite de ces jugements, chacun des appelants doit faire l'objet d'une cotisation en tant qu'associé à l'égard de ces opérations et le ministre doit tenir compte du choix exercé en 1983 par Lois Schultz en vertu du paragraphe 39(4) pour établir une nouvelle cotisation relativement à son revenu pour les années d'imposition 1984, 1985, 1986 et 1987.

EXPOSÉ DES FAITS

Voici un bref résumé des circonstances du litige. À l'automne 1983, les appelants se sont adressés ensemble à J. K. Maguire & Associates, une firme de consultants en finance et en fiscalité à Toronto. À cette époque, le D^r Schultz exerçait sa profession de dentiste depuis environ dix ans et il gagnait un revenu relativement élevé. De son côté, Lois Schultz gagnait un revenu relativement faible comme employée à temps partiel dans le cabinet de son mari. Les deux appelants, de même que J. K. Maguire, l'unique

ing firm. Dr. Schultz testified that the purpose of the consultation was both to earn extra income and to do some income splitting for his wife's benefit. Mr. Maguire advised them to adopt an investment club strategy and later a convertible hedging strategy. Lois Schultz agreed under cross-examination that the basic concept was "of trying to take offsetting positions" where she would take the gains and Dr. Schultz would get the losses. She testified as follows:

Q. You have described how you met Mr. Maguire and had an initial consultation with him, Mrs. Schultz, and your husband has explained that as well. I gather both of you understood the basic concept of trying to take offsetting positions where you would take the gains and your husband would get the losses.

A. Yes.

Q. That is what was referred to as income splitting and the advantage was that your tax rates were lower, so that if you could end up more or less with gains and losses that substantially offset each other there would be a tax advantage because your husband has a high income and you have a relatively low income.

A. Yes.

Q. That concept applied both to the investment club strategy and to the later convertible hedge strategy.

A. Yes.

Q. You understood that, too.

A. Yes.²

The investment club strategy applied only during the 1983 taxation years of the appellants. Put simply, the concept was for Dr. Schultz to sell short Government of Canada bonds at the same time that Lois Schultz bought the same number of Government of Canada bonds long. In view of the disposition of the appeals against the 1983 tax assessments, it is not necessary to describe the various steps involved between the short sale and the long purchase. In the

propriétaire de la firme de consultants, ont témoigné lors du procès. Le D^r Schultz a témoigné que cette consultation avait pour objet de lui permettre de gagner un revenu supplémentaire et d'effectuer un fractionnement du revenu en faveur de son épouse. M. Maguire a conseillé aux appelants d'adopter une stratégie de club d'investissement et, plus tard, une stratégie d'opérations de couverture sur des titres convertibles. En contre-interrogatoire, Lois Schultz a admis que le principe de cette stratégie consistait à [TRADUCTION] «tenter de prendre des positions compensatrices» de sorte qu'elle réaliserait des gains tandis que le D^r Schultz subirait des pertes. Voici son témoignage à ce sujet:

[TRADUCTION] Q. M^{me} Schultz, vous avez décrit comment vous aviez rencontré M. Maguire et aviez eu un entretien initial avec lui, et votre époux l'a expliqué également. Si je ne m'abuse, vous compreniez tous les deux le concept de base consistant à essayer d'adopter des positions compensatrices, de manière que vous-même réalisiez les gains et que votre époux prenne les pertes à sa charge.

R. Oui.

Q. C'est ce qui a été appelé le fractionnement du revenu, et l'avantage, c'était que vos propres taux d'imposition étaient moins élevés; donc, si vous pouviez vous retrouver plus ou moins avec des gains et des pertes qui, en gros, se contrebalançaient, il en découlait un avantage fiscal, car le revenu de votre époux est élevé, et le vôtre, relativement bas.

R. Oui.

Q. Ce concept s'appliquait aussi bien à la stratégie du club d'investissement qu'à la stratégie postérieure d'opérations de couverture portant sur des titres convertibles.

R. Oui.

Q. Vous compreniez cela également.

R. Oui.²

La stratégie du club d'investissement n'a été appliquée par les appelants que durant l'année d'imposition 1983. En termes simples, il s'agissait pour le D^r Schultz de prendre une position vendeur à l'égard d'un certain nombre d'obligations du gouvernement du Canada tandis que Lois Schultz prenait simultanément une position acheteur à l'égard du même nombre d'obligations du gouvernement du Canada. Compte tenu de la décision rendue au sujet des appels des

end, Dr. Schultz claimed a loss against other income when he purported to close out his short position before the end of the 1983 taxation year. As Lois Schultz did not finally dispose of her long position until January 1984, she reported the related income and gains from her position in that year. The appeals from the assessments for the 1983 taxation year were dismissed on the ground that neither Dr. Schultz nor Lois Schultz were members of any investment club in that taxation year. The Tax Court Judge found the transactions were solely those of J. K. Maguire. That finding was not challenged in this Court.

The remaining taxation years involved convertible hedging transactions in publicly traded securities. The objective however remained the same—that of income splitting and the earning of extra income. The plan required each appellant to open an account with a stockbroker in Toronto. That was done. Each of the appellants executed a cross-guarantee agreement in favour of the broker which allowed for lower margin requirements. Indeed, the cross-guarantees which operated throughout the 1984 and 1985 taxation years guaranteed payment to the broker of “all present and future debts and liabilities”,³ while those which operated throughout the 1986 and 1987 taxation years guaranteed the payment of “all commissions, fees, expenses or charges which may be incurred in the execution of such orders, the payment to you of the purchase price, or the delivery to you (as the case may be) of such stocks, bonds or commodities, and of any losses which you may sustain upon said Customer’s account by reason of insufficient margin or otherwise”.⁴ In both 1984 and 1985, each appellant executed a trading authorization which allowed each spouse to trade on the other’s behalf. Such an authority was not executed by either appellant in 1986 or 1987 but, that apart, arrangements between themselves remained virtually unchanged. While Mr. Maguire possessed no authority to instruct the broker on particular purchases or sales in 1984 and 1985, he worked closely with the broker in generating hedging

cotisations fiscales de 1983, il n’est pas nécessaire de décrire les différentes étapes franchies entre la prise de position vendeur et la prise de position acheteur. Au bout du compte, le D^r Schultz déclarait une perte qu’il déduisait d’autres revenus après avoir prétendument dénoué sa position vendeur avant la fin de l’année d’imposition 1983. Comme Lois Schultz ne dénouait pas sa position acheteur avant janvier 1984, elle déclarait le revenu et les gains afférents découlant de sa position au cours de cette année. Les appels des cotisations pour l’année d’imposition 1983 ont été rejetés pour le motif que ni le D^r Schultz ni Lois Schultz n’étaient membres d’un club d’investissement au cours de cette année d’imposition. Le juge de la Cour de l’impôt a estimé que J. K. Maguire avait effectué seul les opérations. Cette conclusion n’a pas été contestée devant la Cour.

Pour ce qui est des autres années d’imposition, il s’agissait d’opérations de couverture sur des valeurs mobilières convertibles cotées en bourse. L’objet des opérations demeurerait toutefois le même: fractionner le revenu et gagner un revenu supplémentaire. Le plan exigeait que chacun des époux ouvre un compte auprès d’un courtier en valeurs mobilières de Toronto, ce qui fut fait. Chacun des appelants a signé une garantie réciproque en faveur du courtier, ce qui a permis d’abaisser la marge obligatoire. En fait, les garanties réciproques en vigueur durant les années d’imposition 1984 et 1985 garantissaient le paiement au courtier de [TRADUCTION] «toutes les dettes présentes et futures»³, tandis que celles en vigueur durant les années d’imposition 1986 et 1987 garantissaient [TRADUCTION] «la totalité des commissions, honoraires, dépenses ou frais qui peuvent être engagés dans l’exécution de ces ordres, le paiement en votre faveur du prix d’achat ou la remise en vos mains (le cas échéant) des actions, obligations ou marchandises, et le remboursement de toute perte que vous pourriez subir sur le compte du client en raison de l’insuffisance de la marge ou autrement»⁴. En 1984 et en 1985, les appelants ont chacun signé une autorisation de négocier des valeurs qui permettait à chacun d’eux de conclure des opérations pour le compte de l’autre. Ni l’un ni l’autre des appelants n’a signé de documents semblables en 1986 ou en 1987 mais, sauf cette exception, les arrangements entre eux sont demeurés

ideas on behalf of the appellants. He could and did advise the appellants whether transactions in particular securities made sense from their standpoint. In both 1986 and 1987, instructions to the broker were given by Mr. Maguire and were confirmed by the appellants. Where the instructions could not be so confirmed, Mr. Maguire had an arrangement with the broker that the hedging transactions could proceed without confirmation if Mr. Maguire so instructed.⁵

In general, each set of transactions began with a short sale by Dr. Schultz. The effect of this was to create a credit balance in his margin account at the office of the broker. The existence of that balance and Dr. Schultz's cross-guarantee enabled Lois Schultz to buy long without putting up the usual 50% margin. Lois Schultz's cross-guarantee enabled Dr. Schultz to sell short without putting up that same margin. As Mr. Maguire explained in-Chief, "the brokers know that whatever one person loses the other person is making".⁶ Lois Schultz had merely to put up only the difference between the credit balance in Dr. Schultz's account and the debit balance in her account flowing from the acquisition of her long position. This difference was invariably paid out of a joint bank account in the names of both appellants as indeed were any margin requirements of Dr. Schultz.

Dr. Schultz's transactions involved either the short sale of common shares or of share warrants. The transactions followed a pattern and may be illustrated by reference to the first set of transactions in 1984 in securities of Macmillan Inc. The broker needed to locate a lender of the number of common shares of that company to be sold short and to bring them under his control. In order to effect the short sale, Dr. Schultz became obliged to pay the lender's "rental" fee and any dividend the owner otherwise forgave as

essentiellement les mêmes. Même si M. Maguire n'avait pas le pouvoir de donner au courtier des ordres d'achat ou de vente en 1984 et en 1985, il travaillait en étroite collaboration avec lui afin de trouver des stratégies de couverture pour le compte des appelants.

^a Il pouvait conseiller les appelants et leur indiquer si, compte tenu de leur situation, certaines opérations sur des valeurs mobilières données étaient opportunes et c'est ce qu'il fit. En 1986 et en 1987, M. Maguire ^b donnait les ordres au courtier et les appelants les confirmaient. Dans l'éventualité où les appelants ne pourraient confirmer ses ordres, M. Maguire s'était entendu avec le courtier pour faire en sorte que, sur ses instructions, les opérations de couverture puissent être effectuées sans confirmation⁵.

En règle générale, chaque série d'opérations débutait par une prise de position vendeur de la part du D^r Schultz. Il en résultait un solde créditeur dans son compte sur marge auprès de la firme de courtage. Ce solde et la garantie réciproque signée par le D^r Schultz permettaient à Lois Schultz de prendre une position acheteur sans avoir à fournir la marge habituelle de 50 %. Par ailleurs, la garantie réciproque signée par Lois Schultz permettait au D^r Schultz de prendre une position vendeur sans avoir à fournir cette même marge. Comme M. Maguire l'a expliqué au cours de son interrogatoire principal, [TRADUCTION] «les courtiers savent que ce qu'une personne perd, l'autre le gagne»⁶. Lois Schultz n'avait qu'à combler la différence entre le solde créditeur du compte de son mari et le solde débiteur de son propre compte à la suite de sa prise de position acheteur. Cet écart était invariablement comblé par prélèvement sur un compte bancaire conjoint au nom des appelants comme, en fait, toute marge devant être fournie par le D^r Schultz.

^h Les opérations effectuées par le D^r Schultz concernaient l'achat à découvert d'actions ordinaires ou de bons de souscription d'actions. Les opérations se déroulaient toutes selon un même processus qu'illustre la première série d'opérations réalisées en 1984 avec des titres de Macmillan Inc. Le courtier devait trouver un prêteur disposant du nombre d'actions ordinaires de cette société qui devaient être vendues à découvert pour prendre ensuite le contrôle de ces actions. Afin de conclure la vente à découvert, le D^r Schultz s'enga-

well as the broker's fees. The purpose of borrowing the shares was to ensure they would be returned to the lender in due course. On the same day that Dr. Schultz sold short, Lois Schultz took a long position in the form of a debenture of the same issuer convertible into the same number of common shares that Dr. Schultz had sold short. This was followed shortly by Lois Schultz short selling the same number of common shares to Dr. Schultz who claimed a short sale loss from these transactions in the 1984 taxation year. In late January 1985 Lois Schultz sold the convertible debenture, on which she reported a gain. At the same time she covered her short position in the common shares and later reported a short sale loss in her 1985 taxation year.

In the 1986 and 1987 taxation years the appellants dealt with a different broker in the hedging transactions. In these years, Dr. Schultz held both the short and the long position and claimed a loss when he shifted the long position to Lois Schultz.

THE ASSESSMENTS

In assessing the appellants, the Minister refused to recognize any disposition of securities until the leg of the hedging transaction was actually closed out. He proceeded on the assumption that Lois Schultz was Dr. Schultz's agent and accordingly that any losses or income was for his account and taxable in his hands only. He took the further position that Dr. Schultz could not deduct the losses because no disposition of securities had taken place and in any event because he had no reasonable expectation of profit from the short transactions. The Minister maintained that same position before the Tax Court of Canada. However, he alleged in the alternative that if Lois Schultz was not the agent or nominee of Dr. Schultz in carrying out the hedging transactions, those transactions constituted

geait à payer des frais de «location» au prêteur ainsi que tout dividende auquel le propriétaire renonçait par ailleurs, de même que les honoraires du courtier. L'emprunt des actions visait à s'assurer que celles-ci seraient retournées au prêteur en temps opportun. Le jour même où le D^r Schultz prenait une position vendeur, Lois Schultz prenait une position acheteur sous forme d'une débenture du même émetteur convertible en un même nombre d'actions ordinaires que celles vendues à découvert par le D^r Schultz. Peu de temps après, Lois Schultz vendait à découvert le même nombre d'actions ordinaires au D^r Schultz qui déclarait une perte sur vente à découvert résultant de ces opérations pour l'année d'imposition 1984. À la fin de janvier 1985, Lois Schultz vendait la débenture convertible à l'égard de laquelle elle déclarait un gain. En même temps, elle couvrait sa position vendeur par rapport aux actions ordinaires pour ultérieurement déclarer une perte sur vente à découvert pour l'année d'imposition 1985.

Pour les années d'imposition 1986 et 1987, les appelants ont fait affaire avec une maison de courtage différente pour réaliser des opérations de couverture. Au cours de ces années, le D^r Schultz prenait à la fois une position vendeur et une position acheteur et il déclarait une perte lorsqu'il faisait prendre la position acheteur à Lois Schultz.

LES COTISATIONS EN LITIGE

En établissant les cotisations des appelants, le ministre a refusé de reconnaître qu'il y avait eu disposition de titres tant que la position acheteur de l'opération de couverture n'a pas été effectivement dénouée. Il s'est fondé sur l'hypothèse que Lois Schultz agissait comme mandataire du D^r Schultz et qu'en conséquence, toute perte subie ou tout gain réalisé l'était pour le compte de ce dernier et n'était déductible ou imposable qu'à l'égard de son revenu. Le ministre a en outre décidé que le D^r Schultz ne pouvait déduire les pertes puisqu'il n'y avait eu aucune disposition de titres et que, de toute manière, le D^r Schultz n'avait aucune attente raisonnable de profit à l'égard des opérations de vente à découvert. Le ministre a soutenu la même position devant la

a joint venture or partnership in which each partner had an equal interest in losses and gains. He also pleaded that as a “partner” rather than an individual taxpayer Lois Schultz was not entitled to take advantage of her subsection 39(4) election.

Cour canadienne de l’impôt. Subsidiairement, il a toutefois allégué que si Lois Schultz n’agissait pas comme mandataire du D^r Schultz ou comme personne désignée par lui lors des opérations de couverture, une entreprise conjointe ou une société de personnes dont les associés partageaient également les pertes et les gains découlaient de ces opérations. Le ministre a également plaidé qu’en tant qu’«associé» plutôt qu’à titre de particulier, Lois Schultz n’avait pas le droit de bénéficier du choix prévu au paragraphe 39(4).

TAX COURT JUDGE’S CONCLUSIONS

The Tax Court Judge gives effect to the alternative plea, when he concluded, at page 2423 of his reasons for judgment:

Thus, the Court finds that for the 1984, 1985, 1986 and 1987 taxation years Dr. and Mrs. Schultz were equal partners in the hedging transactions and that they shared equally in, and were legally entitled to share their profits and their losses in equal shares.

On the other hand, he determined that Lois Schultz’s subsection 39(4) election “is to be applied to her only and is not to apply to Dr. Schultz, since that election was a personal election by Mrs. Schultz”. The respondent takes issue with that particular conclusion in her cross-appeal. The Tax Court Judge rejected the appellants’ contention that the Minister had not acted with “all due dispatch” within the meaning of paragraph 165(3)(a) of the Act in confirming his reassessments or that subsection 245(1) was constitutionally invalid.

THE ISSUES

The core issues before the Court are whether the Tax Court of Canada had jurisdiction to decide that a partnership existed and if so whether in law a partnership did exist. If we should conclude that the Tax Court Judge had jurisdiction to decide that a partnership existed and if he correctly decided that a partnership did exist during the 1984, 1985, 1986 and 1987 taxation years, there would be no need to canvass the appellants’ further contention that Dr. Schultz had a

LES CONCLUSIONS DU JUGE DE LA COUR CANADIENNE DE L’IMPÔT

Le juge de la Cour de l’impôt accueille ce moyen subsidiaire lorsqu’il conclut, à la page 2423 de ses motifs:

Ainsi, la Cour conclut que, pour les années d’imposition 1984, 1985, 1986 et 1987, M. et M^{me} Schultz étaient associés à parts égales dans les opérations de couverture, qu’ils partageaient à parts égales leurs profits et leurs pertes et qu’ils en avaient légalement le droit.

Par ailleurs, le juge de la Cour de l’impôt a décidé que le choix exercé par Lois Schultz en vertu du paragraphe 39(4) «doit s’appliquer à elle seulement et non à M. Schultz également, car c’était un choix personnel de sa part». Dans son appel incident, l’intimée conteste cette conclusion. Le juge de la Cour de l’impôt a rejeté les prétentions des appelants voulant que le ministre n’avait pas agi avec «diligence» au sens de l’alinéa 165(3)a) de la Loi en confirmant ses nouvelles cotisations ou que le paragraphe 245(1) était inconstitutionnel.

LES QUESTIONS EN LITIGE

Les principales questions que la Cour doit trancher consistent à déterminer si la Cour canadienne de l’impôt avait compétence pour statuer sur l’existence d’une société de personnes et, dans l’affirmative, si une telle société existait du point de vue juridique. Si nous devons conclure que le juge de la Cour de l’impôt avait compétence pour statuer sur l’existence d’une société de personnes et qu’il a à bon droit décidé qu’il existait une telle société pour les années

reasonable expectation of profit as a member of the partnership. The respondent conceded as much at trial, as is confirmed in paragraph 106 of her written argument:

106. In respect of the convertible hedge strategy Counsel for the Crown conceded that if the Appellants were in an agency or partnership relationship and considering both sides of each hedge together or collectively there was a reasonable possibility or expectation of profit. Therefore it was conceded that on the basis of the Minister's approach the total activity could properly be viewed as a business or an adventure in the nature of trade.

If these issues should be disposed of in favour of the respondent, three issues would remain in the appeal. The first is the overriding question of whether the Minister acted with "all due dispatch" within the meaning of subparagraph 165(3)(a) of the Act in reconfirming his assessments with respect to all five taxation years under review. The second is whether the Minister's calculations with respect to the hedging transactions are valid and correct. A third issue is whether the Tax Court Judge erred in awarding the costs of the appeal to the respondent. There would yet remain to be considered the respondent's cross-appeal submission that as a partner Lois Schultz would not be entitled to take advantage of the subsection 39(4) election which she filed with the Minister in 1983, unless, of course, I should conclude that the appellants are entitled to succeed in their submission that the Minister did not act with "all due dispatch".

DISCUSSION

Findings

In deciding as he did the Tax Court Judge made the following findings, at page 2422:

The principal purpose of these transactions by both the Schultzes was income splitting, i.e., to reduce Dr. Schultz's high income and to increase Mrs. Schultz's low income. The evidence is that they hedged in a highly coordinated fashion.

d'imposition 1984, 1985, 1986 et 1987, il ne serait pas nécessaire de traiter de la prétention des appelants selon laquelle le D^r Schultz avait, à titre d'associé, une attente raisonnable de profit. L'intimée l'a admis au procès comme le confirme le paragraphe 106 de sa plaidoirie écrite:

[TRADUCTION] 106. En ce qui a trait à la stratégie d'opérations de couverture sur des titres convertibles, le procureur du ministère public admet que si les rapports entre les appelants découlaient d'un mandat ou d'un contrat de société, en envisageant les deux parties de chaque opération de couverture ensemble ou collectivement, il existait une possibilité ou une attente raisonnable de profit. Par conséquent, il a été admis qu'en se fondant sur la conception du ministre, les activités pouvaient dans l'ensemble être considérées comme une entreprise ou une affaire de caractère commercial.

Si ces questions devaient être tranchées en faveur de l'intimée, il resterait néanmoins trois autres questions à régler en appel. La première est la question cruciale de savoir si le ministre a agi avec «diligence» au sens de l'alinéa 165(3)a) de la Loi en confirmant de nouveau ses cotisations à l'égard des cinq années d'imposition en cause. La deuxième consiste à déterminer si les calculs effectués par le ministre à l'égard des opérations de couverture sont valables et exacts. La troisième question est celle de savoir si le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur en adjugeant les dépens de l'appel à l'intimée. Il resterait à étudier la prétention formulée par l'intimée dans son appel incident selon laquelle Lois Schultz, à titre d'associée, n'aurait pas le droit de bénéficier du choix prévu au paragraphe 39(4) qu'elle a déposé auprès du ministre en 1983 à moins, naturellement, que je n'en vienne à la conclusion que les appelants ont démontré que le ministre n'a pas agi avec «diligence».

ANALYSE

Conclusions du juge de la Cour de l'impôt

Dans sa décision, à la page 2422, le juge de la Cour de l'impôt en est arrivé aux conclusions suivantes:

Les opérations des deux Schultz avaient principalement pour objet un fractionnement du revenu, c'est-à-dire une réduction du revenu de M. Schultz, qui était élevé, visant à accroître le revenu de M^{me} Schultz, qui était bas. La preuve

Dr. and Mrs. Schultz also had the joint intention to make a profit for their family by their coordinated transactions. They believed this was possible from the information given to them by Mr. Maguire. The Schultzes also believed that they could make this profit before taxes, not after taxes. Mr. Maguire neglected to include his advisory fees in his example which consisted of a relatively small flat fee coupled with a substantial percentage of "the taxes saved". Nonetheless, using Mr. Maguire's hedging example with a profit of \$4,000 and including his fees, the Court finds that it was reasonably possible for the Schultzes to earn a profit both before and after taxes.

In my view, there was ample evidence to support these findings.

The partnership issues

I begin by addressing the appellants' submission that the Tax Court Judge lacked jurisdiction to enter into the question of whether the hedging transactions in the 1984, 1985, 1986 and 1987 taxation years were those of a partnership composed of both appellants rather than of transactions engaged in by each of the appellants in his or her own right. It seems clear that the Tax Court Judge, who said nothing on the subject of his jurisdiction, proceeded on the assumption that there was jurisdiction to determine this issue.

It should be noted at the outset that the plea of joint venture or partnership was not attacked by the appellants as improper either before or during the trial. I do not, however, view that failure as fatal to the appellants' arguments on this issue.

In their respective notices of appeal to the Tax Court of Canada, the appellants disputed the Minister's position that an agency relationship existed whereby Lois Schultz was the agent of her husband in engaging in the hedging transactions. It was, indeed, conceded in the respondent's replies to those notices that in assessing each of the appellants for the years in question Lois Schultz was treated as the agent or

établi qu'ils effectuaient des opérations de couverture d'une manière très coordonnée. M. et M^{me} Schultz avaient en outre l'intention commune de réaliser un profit pour leur famille grâce à leurs opérations coordonnées. Ils croyaient que c'était possible en se fondant sur les renseignements que leur avait fournis M. Maguire. Ils croyaient également qu'ils pouvaient réaliser ce profit avant impôt et non après. M. Maguire a négligé d'inclure ses frais de consultation dans son exemple, dans lequel il y avait un droit de base relativement faible et un pourcentage substantiel de l'«impôt économisé». Néanmoins, en utilisant l'exemple de M. Maguire concernant une opération de couverture qui rapporte un profit de 4 000 \$ et en incluant ses frais, la Cour conclut qu'il était raisonnablement possible aux Schultz de réaliser un profit avant et après impôt.

À mon avis, de nombreux éléments de preuve appuient ces conclusions.

Questions concernant l'existence de la société de personnes

J'aborde en premier lieu la prétention des appelants voulant que le juge de la Cour de l'impôt n'avait pas compétence pour déterminer si les opérations de couverture effectuées au cours des années d'imposition 1984, 1985, 1986 et 1987 l'avaient été par une société formée des deux appelants ou si elles ne constituaient pas plutôt des opérations effectuées par chacun des appelants en son propre nom. Il semble évident que, par son silence sur ce point, le juge de la Cour de l'impôt a présumé qu'il avait compétence pour statuer sur cette question.

Tout d'abord, soulignons que ni avant ni durant le procès, les appelants n'ont contesté le moyen concernant l'entreprise conjointe ou la société de personnes. Toutefois, je ne considère pas que ce défaut empêche les appelants de soulever des arguments touchant cette question.

Dans leurs avis d'appel respectifs déposés auprès de la Cour de l'impôt, les appelants contestent la thèse du ministre selon laquelle il existait un mandat en vertu duquel Lois Schultz était la mandataire de son mari relativement aux opérations de couverture. En fait, dans sa réponse à ces avis, l'intimée a admis qu'en établissant la cotisation de chacun des appelants pour les années en cause, le ministre avait considéré Lois

nominee of Dr. Schultz. At the trial itself, it was admitted by the Crown that the assessments for the 1984, 1985, 1986 and 1987 taxation years were based upon the assumption that Lois Schultz was the agent of her husband and not on the theory that the hedging transactions were those of a joint venture or partnership.⁷

The appellants contend that it was not open to the Minister to change the foundation on which his assessments rested, from the existence of an agency relationship to one of partnership. To do so, they argue, would in effect be to raise new assessments beyond the limitation period laid down in subsection 152(4) [as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 84; *idem*, c. 45, s. 59] of the Act and thereby result in prejudice and injustice to them.

As I understand it, the Minister is not in all circumstances confined to his assumptions made at the time of an assessment. In the seminal case of *Johnston v. Minister of National Revenue*, [1948] S.C.R. 486, Rand J. stated, speaking for the majority, at page 489:

... and since the taxation is on the basis of certain facts and certain provisions of law either those facts or the application of the law is challenged. Every such fact found or assumed by the assessor or the Minister must then be accepted as it was dealt with by these persons unless questioned by the appellant. If the taxpayer here intended to contest the fact that he supported his wife ... he should have raised that issue in his pleading, and the burden would have rested on him as on any appellant to show that the conclusion below was not warranted. For that purpose he might bring evidence before the Court notwithstanding that it had not been placed before the assessor or the Minister, but the onus was his to demolish the basic fact on which the taxation rested.

In the intervening years both the Exchequer Court and the Trial Division of this Court have had occasion to consider the place and importance of the Minister's assumptions in tax litigation: *M.N.R. v. Pillsbury Holdings Ltd.*, [1964] C.T.C. 294 (Ex. Ct.); *Brewster, N C v. The Queen*, [1976] CTC 107 (F.C.T.D.); *Tobias (D) v. The Queen*, [1978] CTC 113 (F.C.T.D.);

Schultz comme la mandataire du D^r Schultz ou la personne désignée par lui. Lors de l'audience, le ministère public a admis que les cotisations pour les années d'imposition 1984, 1985, 1986 et 1987 étaient fondées sur l'hypothèse que Lois Schultz était la mandataire de son mari et non sur l'idée que les opérations de couverture étaient effectuées par une entreprise conjointe ou une société de personnes⁷.

Les appelants prétendent que le ministre ne pouvait pas modifier la base sur laquelle reposaient ses cotisations et passer ainsi de l'existence d'un mandat à celle d'une société de personnes. Selon eux, agir ainsi équivaldrait à prélever de nouvelles cotisations au-delà du délai prévu par le paragraphe 152(4) [mod. par S.C. 1984, ch. 1, art. 84; *idem*, ch. 45, art. 59; 1985, ch. 45, art. 126] de la Loi et serait préjudiciable et injuste à leur endroit.

Si je ne m'abuse, lorsqu'il établit une cotisation, le ministre n'est pas en toutes circonstances limité aux hypothèses qu'il formule. Dans l'arrêt *Johnston v. Minister of National Revenue*, [1948] R.C.S. 486, qui fait autorité, le juge Rand, s'exprimant au nom de la majorité, a déclaré à la page 489:

[TRADUCTION] ... et comme l'impôt est fondé sur certains faits et certaines dispositions législatives, ce sont soit les faits en question soit l'application de la loi que l'on conteste. N'importe quel fait que détermine ou que suppose l'évaluateur ou le ministre doit donc être accepté de la façon dont ces personnes en ont traité, à moins que la partie appelante le mette en doute. Si le contribuable en l'espèce avait l'intention de contester le fait qu'il subvenait aux besoins de son épouse ... il aurait dû soulever la question dans ses actes de procédure, et il lui aurait incombé, comme à tout autre appelant, de faire la preuve que la conclusion tirée en première instance n'était pas justifiée. À cette fin, le contribuable pourrait soumettre des éléments de preuve à la Cour même s'ils n'ont pas été présentés à l'évaluateur ou au ministre, mais il lui incombait de démolir le fait fondamental sur lequel l'impôt reposait.

Depuis cet arrêt, la Cour de l'Échiquier et la Section de première instance de la Cour ont eu l'occasion de se pencher sur la place et l'importance des hypothèses formulées par le ministre dans des litiges en matière fiscale: *M.N.R. v. Pillsbury Holdings Ltd.*, [1964] C.T.C. 294 (C. de l'É.); *Brewster, N C c. La Reine*, [1976] CTC 107 (C.F. 1^{re} inst.); *Tobias (D) c. La*

McLeod (C.) v. M.N.R., [1990] 1 C.T.C. 433 (F.C.T.D.).

I do not understand that the law as developed in these cases prevented the Minister from pleading the alternative defence before the Tax Court of Canada. It is true that in pleading he is subject to certain constraints. For example, he cannot plead an alternative assumption when to do so would fundamentally alter the basis on which his assessment was based as to render it an entirely new assessment. In my view, in the present cases the Minister has not so changed the basis of the assessments. What he did was merely to assert a different legal result flowing from the self-same set of facts by alleging that those facts show the existence of a joint venture or partnership if they do not show an agency relationship. Even if it could be said that the Minister has alleged new “facts” by adopting the alternative posture, the law as developed allowed him to do so but imposed upon him the onus of proving those facts: *Pillsbury, supra*, at page 302; *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1993] 1 C.T.C. 2306 (T.C.C.), at pages 2310-2311. The same opinion is implicit in *Wise (M.) et al. v. The Queen*, [1986] 1 C.T.C. 169 (F.C.A.) where Pratte J.A. stated, at page 170:

It is common ground that the Minister had, in this case, the burden of establishing the correctness of the assessments since he was trying to support them on grounds that were different from those on which they were based.

In my view, therefore, the respondent was quite entitled to plead joint venture or partnership in the alternative and accordingly the Tax Court Judge did have jurisdiction to consider that issue. I am not persuaded that by relying on his alternative plea the Minister has in effect raised entirely new assessments and so prejudiced the appellants.

It now becomes necessary to consider whether the Tax Court Judge erred in concluding that there was in this case a partnership consisting of the appellants and that the partnership, rather than the individual appel-

Reine, [1978] CTC 113 (C.F. 1^{re} inst.); *McLeod (C.) c. M.R.N.*, [1990] 1 C.T.C. 433 (C.F. 1^{re} inst.).

Selon moi, l'évolution de la jurisprudence en la matière n'empêche pas le ministre d'invoquer une défense subsidiaire devant la Cour canadienne de l'impôt. Il est vrai que dans sa plaidoirie, il est assujéti à certaines restrictions. Par exemple, il ne peut plaider une hypothèse subsidiaire qui aurait pour effet de modifier le fondement sur lequel reposait sa cotisation de sorte qu'il établirait une cotisation entièrement nouvelle. À mon avis, dans les affaires qui nous intéressent, le ministre n'a pas ainsi modifié le fondement de ses cotisations. Il a simplement tiré des conséquences juridiques différentes du même ensemble de faits en alléguant qu'à défaut de démontrer l'existence d'un rapport découlant d'un mandat, ces faits démontraient l'existence d'une entreprise conjointe ou d'une société de personnes. Même si on pouvait affirmer que le ministre a allégué de nouveaux «faits» faisant valoir sa thèse subsidiaire, le droit, tel qu'il a évolué, lui permet de le faire, mais lui impose le fardeau de la preuve de ces faits: *Pillsbury*, précité, à la page 302; *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1993] 1 C.T.C. 2306 (C.C.I.), aux pages 2310 et 2311. La même opinion est exprimée implicitement dans *Wise (M.) et autres c. La Reine*, [1986] 1 C.T.C. 169 (C.A.F.) où le juge Pratte, J.C.A., déclare, à la page 170:

Il est établi que le Ministre avait, dans le présent cas, le fardeau d'établir l'exactitude des cotisations puisqu'il tentait de les étayer sur la foi de motifs qui différaient de ceux sur lesquels elle reposait.

Par conséquent, l'intimée avait à mon avis tout à fait le droit d'invoquer comme moyen subsidiaire l'entreprise conjointe ou la société de personnes et, en conséquence, le juge de la Cour de l'impôt avait compétence pour étudier cette question. Je ne suis pas convaincu qu'en se fondant sur ce moyen subsidiaire, le ministre a en réalité établi des cotisations entièrement nouvelles et ainsi porté préjudice aux appellants.

Il est maintenant nécessaire de se demander si le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur en concluant qu'il y avait en l'espèce une société de personnes formée des appelants et que cette société de

lants in his or her own right, carried out the hedging transactions in the taxation years in question. That conclusion was based both on an analysis of the law and the surrounding circumstances. It should be observed that circumstances may no doubt exist where spouses should not be considered to be partners in a business for income tax purposes if it is clear that each acted independently of the other. The question before us here is whether in the circumstances disclosed by the record Dr. and Lois Schultz conducted the convertible hedging transactions as partners or in their own individual capacities.

The *Partnerships Act*, R.S.O. 1990, c. P.5 [then R.S.O. 1980, c. 370], section 2 provides the following definition of a partnership:

2. Partnership is the relation that subsists between persons carrying on a business in common with a view to profit, but the relation between the members of a company or association that is incorporated by or under the authority of any special or general Act in force in Ontario or elsewhere, or registered as a corporation under any such Act, is not a partnership within the meaning of this Act.

Only the opening portion of that section is of relevance. That portion is verbatim with the definition of partnership which appeared in subsection 1(1) of the *Partnership Act, 1890* (U.K.), 53 & 54 Vict., c. 39. Section 3 of the Ontario statute sets forth a number of negative rules for determining the existence of a partnership.

I have already alluded to the Tax Court Judge's findings on the issue of whether a partnership existed and have expressed the view that the findings are supported by the evidence. There remains the underlying issue of whether in law a partnership existed in each of the taxation years 1984, 1985, 1986 and 1987. It is trite to say that the express denial of a partnership, as in this case, does not of itself show that no partnership existed: *Adam v. Newbigging* (1888), 13 App. Cas. 308 (H.L.), at page 315; *Weiner v. Harris*, [1910] 1 K.B. 285 (C.A.), at page 290.

personnes, plutôt que les appelants à titre de particuliers agissant en leur propre nom, a effectué les opérations de couverture pour les années d'imposition en cause. Cette conclusion est fondée sur une analyse du droit et des faits de l'espèce. Il est à remarquer qu'il existe sans doute des cas où des époux ne devraient pas être considérés comme des associés dans une entreprise aux fins de l'impôt sur le revenu s'il est évident que chacun d'eux a agi indépendamment de l'autre. La question que nous devons trancher est celle de savoir si, dans les circonstances que révèle le dossier, le docteur et Lois Schultz ont effectué des opérations de couverture sur des titres convertibles en tant qu'associés ou en leur qualité personnelle.

L'article 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*, L.R.O. 1990, ch. P.5 [en ce temps-là L.R.O. 1980, ch. 370], définit comme suit la société en nom collectif:

2. La société en nom collectif est la relation qui existe entre des personnes qui exploitent une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice. Ne constitue toutefois pas une société en nom collectif, au sens de la présente loi, la relation qui existe entre les membres d'une compagnie ou d'une association constituée en personne morale par une loi générale ou spéciale en vigueur en Ontario ou ailleurs ou en application de celle-ci, ou inscrite comme personne morale aux termes d'une telle loi.

Seule la partie introductive de cet article est pertinente. Cette partie reprend textuellement la définition de société en nom collectif que renferme le paragraphe 1(1) de la *Partnership Act, 1890* (R.-U.), 53 & 54 Vict., ch. 39. L'article 3 de la loi ontarienne énonce un certain nombre de règles négatives pour déterminer l'existence d'une société en nom collectif.

J'ai déjà évoqué les conclusions du juge de la Cour de l'impôt sur la question de l'existence d'une société de personnes et j'ai exprimé l'avis que la preuve appuyait ces conclusions. Il reste à trancher la question sous-jacente de savoir si, du point de vue juridique, il existait bien une société de personnes au cours des années d'imposition 1984, 1985, 1986 et 1987. Il va sans dire que la dénégation expresse de l'existence d'une société de personnes, comme c'est le cas en l'espèce, ne suffit pas en elle-même à démontrer l'inexistence d'une société de personnes: *Adam v.*

As was observed by Collier J. in *Northern Sales (1963) Ltd. v. MNR*, [1973] CTC 239 (F.C.T.D.), at page 244: "prior to the Act of 1890 the law of partnership was the result of judge-made law . . . and the Act of 1890 introduced no great change in the law". At page 245, Collier J. recited the following passage from *Lindley on The Law of Partnership*, 13th ed., (London: Sweet & Maxwell, 1971), at page 65:

As will appear more clearly hereafter, the main rule to be observed in determining the existence of a partnership, a rule which has been recognized ever since the case of *Cox v. Hickman*, is that regard must be paid to the true contract and intention of the parties as appearing from the whole facts of the case. Although this principle is not expressed in the Act it is still law.

That same test of intention was applied in *Thrush v. Read*, [1950] O.R. 276 (C.A.) and in *LePage (A.E.) Ltd. v. Kamex Developments Ltd. et al.* (1977), 16 O.R. (2d) 193 (C.A.). In the present case we can find no declaration to the effect that the appellants intended to carry on business as partners. However, an intention to do so may be inferred from all of the surrounding circumstances and especially from the manner in which the parties conducted themselves in arranging their affairs and in transacting the business in question. This point is made with characteristic brevity by Duff J. (as he then was) in *Robert Porter & Sons Ltd. v. Armstrong*, [1926] S.C.R. 328, at page 329:

Partnership arises from contract, evidenced either by express declaration or by conduct signifying the same thing. It is not sufficient there should be community of interest; there must be contract.

For a partnership to exist, according to the language of section 2 of the *Partnerships Act* of Ontario, two or more persons must be "carrying on a business in common with a view to profit". By subsection 1(1) of that statute the word "business" is defined to include "every trade, occupation and profession". *Lindley & Banks on Partnership*, 17th ed., (London: Sweet &

Newbigging (1888), 13 App. Cas. 308 (H.L.), à la page 315; *Weiner v. Harris*, [1910] 1 K.B. 285 (C.A.), à la page 290.

Comme l'a fait remarquer le juge Collier dans l'affaire *Northern Sales (1963) Ltd. c. MRN*, [1973] CTC 239 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 244: «avant la Loi de 1890, le droit d'association était d'origine jurisprudentielle . . . et la Loi de 1890 n'a pas introduit de changement important dans ce droit». À la page 245, le juge Collier cite le passage suivant tiré de *Lindley on The Law of Partnership*, 13^e éd., (Londres: Sweet & Maxwell, 1971), à la page 65:

Comme la suite le démontrera clairement, la règle principale à suivre pour déterminer l'existence d'une société, consacrée depuis l'arrêt *Cox c. Hickman*, est qu'il faut interpréter le contrat et déterminer l'intention véritable des parties compte tenu de l'ensemble des faits de l'affaire. Bien que ce principe ne soit pas inscrit dans la Loi, il fait quand même partie de notre droit.

Ce même critère relatif à l'intention a été appliqué dans la décision *Thrush v. Read*, [1950] O.R. 276 (C.A.) et dans l'affaire *LePage (A.E.) Ltd. v. Kamex Developments Ltd. et al.* (1977), 16 O.R. (2d) 193 (C.A.). En l'espèce, nous ne trouvons aucune déclaration portant que les appelants avaient l'intention de faire des affaires en tant qu'associés. Toutefois, il est possible d'inférer une telle intention de l'ensemble des circonstances et plus particulièrement de la manière dont les parties se sont comportées dans l'organisation de leurs affaires et dans l'exploitation de l'entreprise en cause. Cette idée est exprimée avec la brièveté qui le caractérise par le juge Duff (plus tard juge en chef) dans l'arrêt *Robert Porter & Sons Ltd. v. Armstrong*, [1926] R.C.S. 328, à la page 329:

[TRADUCTION] Une société ne peut être formée que par contrat, exprimé par déclaration expresse ou par agissements à cet effet. L'intérêt commun ne suffit pas, il faut qu'il y ait contrat.

Selon le libellé de l'article 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* de l'Ontario, pour qu'il y ait une société en nom collectif, il faut que deux personnes ou plus «exploitent une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice». Selon le paragraphe 1(1) de cette loi, le mot «entreprise» s'entend notamment «d'un commerce, d'une occupation ou d'une profes-

Maxwell, 1995), concludes at page 8, that “virtually any activity or venture of a commercial nature . . . will be regarded as a business for this purpose”. Again, in *Smith v. Anderson* (1880), 15 Ch. D. 247 (C.A.), at page 258, Jessel M.R. expressed the view that,

... anything which occupies the time and attention and labour of a man for the purpose of profit is business. It is a word of extensive use and indefinite signification.

In my view, the trading transactions here in issue constituted a “business” as defined in the Ontario statute.

I am similarly of the view that such business was carried on in common, that is to say on the appellant’s own behalf rather than for the benefit of others: *Cox v. Hickman* (1860), 11 E.R. 431; *Fisher & Sons, In re*, [1912] 2 K.B. 491.

A partnership will not be found to exist unless the business was carried on “with a view to profit”. The requirement here is that there be an intention to make a profit regardless of whether a profit is realized. This is made clear in *Lindley & Banks on Partnership, supra*, at page 10:

The intention to make a profit (even if a profit is not actually realised) lies at the heart of the partnership relation. As Lord Lindley put it:

“An agreement that something shall be attempted with a view to gain, and that the gain shall be shared by the parties to the agreement, is the grand characteristic of every partnership, and is the leading feature of nearly every definition of the term.” [Footnotes omitted.]

See also *Mollwo, March & Co. v. The Court of Wards* (1872), L.R. 4 P.C. 419. It has been suggested that the word “profit” would likely have “both its ordinary commercial meaning of an increase in value of assets or revenue generated in excess of expenses” (A. R. Manzer, *A Practical Guide to Canadian Partnership*

sion». Dans l’ouvrage *Lindley & Banks on Partnership*, 17^e éd., (Londres, Sweet & Maxwell, 1995) l’auteur conclut à la page 8 que [TRADUCTION] «presque toute activité ou entreprise à caractère commercial . . . sera considérée comme une entreprise à cette fin». Dans l’affaire *Smith v. Anderson* (1880), 15 Ch. D. 247 (C.A.), à la page 258, le maître des rôles Jessel exprimait l’opinion que:

[TRADUCTION] . . . tout ce qui occupe le temps d’un homme, tout ce qui retient son attention, tout ce à quoi il consacre son labeur en vue de réaliser des profits constitue une entreprise. Il s’agit d’un mot dont l’usage est largement répandu et dont la signification n’est pas définie.

À mon avis, les opérations commerciales réalisées en l’espèce constituent une «entreprise» au sens de la loi ontarienne.

Je suis également d’avis que cette entreprise a été exploitée en commun c’est-à-dire pour le compte de l’appelante plutôt que pour le compte d’autrui: *Cox v. Hickman* (1860), 11 E.R. 431; *Fisher & Sons, In re*, [1912] 2 K.B. 491.

Pour conclure à l’existence d’une société de personnes, il faut que l’entreprise ait été exploitée «en vue de réaliser un bénéfice». Plus précisément, il faut qu’il y ait une intention de réaliser des profits, peu importe que des profits soient effectivement réalisés. Cette idée est clairement exprimée dans l’ouvrage *Lindley & Banks on Partnership*, précité, à la page 10:

[TRADUCTION] L’intention de réaliser des profits (même si aucun profit n’est réalisé) se situe au coeur de la relation entre les membres d’une société. Comme l’exprimait lord Lindley:

«Une entente portant que des efforts seront déployés en vue de réaliser un bénéfice et que ce bénéfice sera partagé entre les parties à l’entente est la principale caractéristique de toute société de personnes et constitue le principal aspect commun à presque toutes les définition de ce mot». [Notes infrapaginales omises.]

Voir également *Mollwo, March & Co. v. The Court of Wards* (1872), L.R. 4 P.C. 419. Un auteur a suggéré que le mot «bénéfice» aurait vraisemblablement [TRADUCTION] «son sens commercial ordinaire d’une augmentation de la valeur de l’actif ou d’un excédent du revenu sur les dépenses» (A. R. Manzer, *A Practi-*

Law (Aurora: Canada Law Book, 1995, at pages 2-3). I am satisfied for the reasons more fully developed below that the partnership here in issue was carried on with a view to profit.

The appellants contend they were never partners but, on the contrary, at all times acted independently of one another. They assert that they kept separate accounts with their brokers and that in their dealings with third parties neither had authority to bind the partnership. It is important to consider the appellants' conduct. During all of the years in issue, each of the appellants guaranteed in broad terms the other's trading account with the broker and thereby allowed a credit to be established in one account to be used to offset a debit in the other account for margin purposes. Any additional margin deposits were always paid out of a joint bank account belonging to both appellants. During the 1984 and 1985 taxation years each of the appellants gave the other written authorization to trade in securities on his or her behalf. In 1986 and 1987, a new arrangement allowed the appellants' advisor, Mr. Maguire, to transact business with the broker on their behalf without prior authorization but subject to confirmation. While the evidence suggests that in those years the broker usually confirmed his instructions with each appellant before proceeding with either side of a hedging transaction, it is apparent that each appellant well understood that Dr. Schultz could sell short only if Lois Schultz agreed to buy long and vice versa. To that end the accounts worked together on a marginal basis.

From a purely mechanical standpoint it was Dr. Schultz's initial short sale positions that made it possible for Lois Schultz to take her initial long positions. These paired transactions were each dependent upon the other. Thus Dr. Schultz could never expect to claim losses from short positions taken unless Lois Schultz agreed to take and did take

cal Guide to Canadian Partnership Law (Aurora: Canada Law Book, 1995, aux pages 2 et 3). Pour les motifs explicités plus loin, je suis convaincu que la société de personnes en cause a été exploitée en vue de réaliser des profits.

Les appelants prétendent ne jamais avoir été associés et affirment au contraire qu'ils ont en tout temps agi indépendamment l'un de l'autre. Ils affirment qu'ils avaient des comptes distincts auprès de leur courtier et, que dans leurs relations avec les tiers, ni l'un ni l'autre n'avait le pouvoir de lier la société. Il est important de prendre en considération le comportement des appelants. Durant toutes les années en cause, chacun des appelants a signé une garantie générale à l'égard du compte de négociation de valeurs de l'autre, permettant ainsi qu'un crédit soit établi dans un compte pour compenser un débit dans l'autre compte afin de respecter la marge obligatoire. Les dépôts additionnels sur marge ont toujours été payés par prélèvement sur un compte bancaire conjoint appartenant aux deux appelants. Au cours des années d'imposition 1984 et 1985, chacun des appelants a signé en faveur de l'autre une autorisation écrite de négocier des valeurs mobilières pour son compte. En 1986 et en 1987, une nouvelle entente permettait au conseiller des appelants, M. Maguire, de traiter avec le courtier pour le compte de ces derniers sans autorisation préalable mais sous réserve d'une confirmation de leur part. Bien que la preuve donne à entendre qu'au cours de ces années, le courtier confirmait habituellement les instructions qu'il avait reçues avec chacun des appelants avant de procéder à l'une ou l'autre étape d'une opération de couverture, il est évident que chaque appelant comprenait que le D^r Schultz ne pouvait prendre une position vendeur que si Lois Schultz acceptait de prendre une position acheteur et vice versa. À cet égard, les comptes sur marge fonctionnaient ensemble.

D'un point de vue purement mécanique, c'est la prise de position vendeur initiale de la part du D^r Schultz qui permettait à Lois Schultz de prendre sa position acheteur initiale. Ces opérations jumelées étaient interdépendantes. Ainsi, le D^r Schultz ne pouvait s'attendre à déclarer des pertes découlant des positions vendeur qu'il avait prises à moins que Lois

correspondingly long positions. The evidence at trial strongly suggests, as the Tax Court Judge found, that the appellants operated their accounts in tandem and in a highly co-ordinated fashion rather than independently of one another. There was evidence that some profit was realized and that more was in prospect. All of the foregoing, in my view, strongly suggests that the appellants did carry on business in common with a view to profit. That was the conclusion of the Tax Court Judge who had advantages as trier of fact that are not available to this Court (cf. *Marx v. Marx*, [1964] S.C.R. 653, *per* Martland J., at pages 654-655). The Tax Court Judge heard the various witnesses including the appellants themselves. While they and their advisor denied the existence of a partnership the Tax Court Judge concluded from their conduct that the appellants had agreed and intended to carry on business in common with a view to profit. In my view, that conclusion was reasonably open to the Tax Court Judge on the evidence, particularly having regard to the way the appellants conducted their affairs and transacted their business. I accept the submission of counsel for the Crown that each of the appellants acted for the common benefit of both and that the overriding objective in view was to bring about an actual increase in family wealth.

In short, once the master plan was conceived by Mr. Maguire it remained for him, the brokers and the appellants to see to its execution. The evidence suggests that after a potential hedge was identified by Mr. Maguire and the broker, the remaining steps followed rather automatically—where necessary the broker put it before the appellants who readily approved unless sufficient funds were not available. There is no evidence to suggest that either of the appellants ever refused their approval where funds were available. Neither is there evidence that they conducted unhedged transactions. The situation bears some resemblance to that in *Gardner (John) and Bowring, Hardy and Company, Limited v. Commis-*

Schultz n'accepte de prendre et ne prene les positions acheteur correspondantes. La preuve présentée au procès donne fortement à entendre, comme le juge de la Cour de l'impôt l'a conclu, que les appelants exploitaient leurs comptes en tandem et de façon très coordonnée plutôt que de manière indépendante. Des éléments de preuve démontrent que certains profits ont été réalisés et que les appelants s'attendaient à en réaliser davantage. À mon avis, tout ce qui précède donne fortement à penser que les appelants ont exploité ensemble une entreprise en vue de réaliser un bénéfice. C'est la conclusion à laquelle est arrivé le juge de la Cour de l'impôt qui, à titre de juge des faits, était mieux placé que la Cour pour les apprécier (voir *Marx v. Marx*, [1964] R.C.S. 653, le juge Martland, aux pages 654 et 655). Le juge de la Cour de l'impôt a entendu les différents témoignages y compris ceux des appelants eux-mêmes. Bien que ces derniers et leur conseiller aient nié l'existence d'une société, le juge de la Cour de l'impôt a conclu d'après leur comportement que les appelants avaient convenu et avaient l'intention d'exploiter ensemble une entreprise en vue de réaliser un bénéfice. À mon avis, d'après la preuve qui lui a été soumise, il était raisonnable pour le juge de la Cour de l'impôt d'en arriver à cette conclusion compte tenu en particulier de la façon dont les appelants menaient leurs affaires et effectuaient leurs opérations. Je retiens l'argument de l'avocat du Ministère public selon lequel chacun des appelants agissait à leur avantage commun et que l'objectif ultime consistait en l'augmentation réelle de la richesse familiale.

En résumé, une fois le plan d'ensemble élaboré par M. Maguire, il ne restait à ce dernier, aux courtiers et aux appelants qu'à veiller à sa exécution. La preuve tend à démontrer qu'une fois que M. Maguire et le courtier avaient trouvé une opération de couverture potentielle, les étapes suivantes se déroulaient plutôt automatiquement—au besoin, le courtier la soumettait aux appelants qui l'approuvaient immédiatement, sauf lorsque les fonds nécessaires n'étaient pas disponibles. Aucune preuve ne tend à démontrer que l'un des appelants ait déjà refusé son approbation lorsque les fonds étaient disponibles ni que les appelants aient effectué des opérations autres que des opérations de couverture. La situation dans laquelle se trouvaient les

sioners of Inland Revenue (1930), 15 T.C. 602 (Scot. Ct. Sess.), a tax case, where the question was whether an arrangement between a coal importer and exporter and a coal merchant whereby the latter shared with the former the net profit earned on coal sold to the merchant at cost price, amounted in law to a partnership. In deciding that it did, Lord President Clyde noted, at page 610, that the sales between the two parties had become,

... the subject of a transaction in which both parties were interested, and in which, when one of them carried out the purpose and intention of the scheme which had been pre-arranged and sold the coal, the sale was not on his own behalf but for behalf of the two together

“All due dispatch”

I turn next to the issue of whether the Minister acted with “all due dispatch” in confirming his reassessments for the taxation years 1984, 1985, 1986 and 1987. If he failed to do so then the reassessments would have to be vacated. In this sense the issue is overriding. By paragraph 165(3)(a) the following obligation was imposed upon the Minister:

165. . . .

(3) Upon receipt of a notice of objection under this section, the Minister shall,

(a) with all due dispatch reconsider the assessment and vacate, confirm or vary the assessment or reassess, or

. . .

and he shall thereupon notify the taxpayer of his action by registered mail.

It is obvious that there were significant delays on the part of the Minister in confirming his reassessments following the filing of the various notices of objection. Whether the Minister failed in his duty under the Act depends on the circumstances under which these delays occurred. The appellants

parties ressemble en certains points à celle décrite dans l'affaire *Gardner (John) and Bowring, Hardy and Company, Limited v. Commissioners of Inland Revenue* (1930), 15 T.C. 602 (C. Sess. Éc.), une affaire de droit fiscal dans laquelle il s'agissait de savoir si une entente entre un importateur et exportateur de charbon et un marchand de charbon en vertu de laquelle le premier partageait avec le second les bénéfices nets réalisés sur le charbon vendu au marchand au prix coûtant équivalait à un contrat de société de personnes. En répondant à cette question par l'affirmative, le président de la Cour, lord Clyde, a souligné, à la page 610, que les ventes entre les deux parties étaient devenues:

[TRADUCTION] . . . l'objet d'une opération dans laquelle les deux parties étaient intéressées et dans laquelle, une fois le plan préétabli mis à exécution et le charbon vendu par l'une d'elles, la vente n'était pas à l'avantage unique de celle-ci mais bien à l'avantage des deux parties ensemble . . .

La «diligence» de la part du ministre

Je passe maintenant à la question de savoir si le ministre a agi avec «diligence» en confirmant les nouvelles cotisations pour les années d'imposition 1984, 1985, 1986 et 1987. S'il ne l'a pas fait, ces nouvelles cotisations doivent être annulées. Pour cette raison, cette question est cruciale. L'alinéa 165(3)a impose l'obligation suivante au ministre:

165. . . .

(3) Dès réception de l'avis d'opposition, formulé en vertu du présent article, le Ministre doit,

a) avec toute la diligence possible, examiner de nouveau la cotisation et annuler, ratifier ou modifier cette dernière ou établir une nouvelle cotisation, ou

. . .

et en avise le contribuable par lettre recommandée.

Il est évident que des délais importants imputables au ministre se sont écoulés avant que celui-ci ne confirme ses nouvelles cotisations après le dépôt des différents avis d'opposition. Pour déterminer si le ministre a manqué à l'obligation qui lui incombe en vertu de la loi, il faut examiner les circonstances dans

were but two of over 200 taxpayers involved in similar investment club transactions being investigated by the Minister. More than 1000 taxpayers including the appellants were being investigated by the Minister with respect to convertible hedging transactions. The Minister had to resort to issuing requirements pursuant to section 231.2 [as enacted by S.C. 1986, c. 6, s. 121] of the Act to third parties after the appellants' advisor failed to provide the requested information. The Minister proposed that a number of taxpayers whose reassessments would be confirmed be identified so as to serve as test cases. The appellants' advisor did not respond. In time the Minister confirmed the reassessments in six cases for the purpose of litigating representative test cases. These were the "*Greco et al*" cases. However, when these cases were finally brought on for hearing in June 1991, counsel for the appellants' advisor abandoned the substantive arguments and relied only on the "due dispatch" argument.⁸ Shortly after the disposition of these cases, the Minister confirmed the remainder of the assessments in investment club cases including those of the appellants.

In rejecting the appellant's argument under paragraph 165(3)(a), the Tax Court Judge stated, at pages 2419-2420:

Given the complicated transactions in which some of the brokers themselves had never before participated prior to receiving instructions from JKM & A or its clients, and the lack of responses, Revenue Canada obviously had great difficulty in preparing its reassessments and in deciding on its position in respect to these reassessments. In the 1983 "investment clubs", payments of accounts were made from other alleged accounts with no apparent authority whatsoever. Given this conduct by Mr. Maguire, and allegedly Nesbitt, it is only reasonable for Revenue Canada to have proceeded slowly and cautiously first respecting 1983 and thereafter in the later years among the myriad of JKM & A clients and clients' brokerage accounts which in the instant case involved different tax years for Dr. and Mrs. Schultz and different and varying capital and income positions.⁹

lesquelles ces retards se sont produits. Les appelants n'étaient que deux des nombreux contribuables—plus de deux cents personnes—ayant participé à des opérations de clubs d'investissement semblables au sujet desquels le ministre faisait enquête. Plus de mille contribuables au nombre desquels se trouvaient les appelants faisaient l'objet d'une enquête de la part du ministre à l'égard d'opérations de couverture sur des titres convertibles. Le ministre a dû demander à des tiers de produire des renseignements et des documents en vertu de l'article 231.2 [édicte par S.C. 1986, ch. 6, art. 121] de la Loi après que le conseiller des appelants eut fait défaut de fournir les renseignements demandés. Le ministre a proposé que les dossiers d'un certain nombre de contribuables dont les nouvelles cotisations seraient confirmées soient choisis afin de servir de causes types. Le conseiller des appelants n'a pas répondu à cette proposition. En temps opportun, le ministre a confirmé les nouvelles cotisations dans six dossiers afin que soient portées devant le tribunal six causes types représentatives. Il s'agissait des affaires «*Greco et autres*». Toutefois, lorsque ces affaires ont finalement été entendues en juin 1991, l'avocat du conseiller des appelants a abandonné les arguments de droit substantiel et ne s'est fondé que sur l'argument de «diligence»⁸. Peu de temps après le prononcé du jugement dans ces affaires, le ministre a confirmé les autres cotisations dans les cas de clubs d'investissement y compris ceux des appelants.

En rejetant l'argument que les appelants veulent tirer de l'alinéa 165(3)a), le juge de la Cour de l'impôt a déclaré, aux pages 2419 et 2420:

Étant donné les opérations compliquées auxquelles certains des courtiers eux-mêmes n'avaient jamais pris part avant de recevoir des instructions de la JKM & A ou de ses clients et le manque de réponses, Revenu Canada a évidemment eu beaucoup de mal à établir les nouvelles cotisations et à déterminer quel point de vue adopter à cet égard. Dans les «clubs d'investissement» de 1983, les paiements de comptes ont été faits sur d'autres prétendus comptes sans aucune autorisation apparente. Étant donné cette conduite de M. Maguire et prétendument de la Nesbitt, il n'est que raisonnable de la part de Revenu Canada d'avoir agi lentement et prudemment concernant l'année 1983 d'abord, puis les années ultérieures, en ce qui a trait à la multitude de clients de la JKM & A et de comptes de courtage de clients, qui portaient en l'espèce sur diverses années d'imposition de M. et de M^{me} Schultz et sur des positions diverses et variables à caractère de capital et de revenu⁹.

Later, at pages 2420-2421, he concluded:

It is the Court's view that, in the circumstances of this case, the actions of the respondent were conducted with due dispatch given the conduct of JKM & A and the multitude of cases and matters for review respecting the transactions which are the subject matter of this case. The appellants had a right to appeal pursuant to section 169 once they had filed their notices of objection and the appropriate time had lapsed. This right of appeal was reviewed extensively by Associate Chief Judge Christie of this Court in *Appfelbaum (H.) v. M.N.R.*, [1991] 1 C.T.C. 2599, 91 D.T.C. 800 (T.C.C.), where he stated that the right to appeal pursuant to subsection 169(1) is the appellant's remedy for any alleged delay by the respondent. This Court agrees with that determination.

In my view, the appellants have not shown that the Tax Court Judge erred in concluding that the Minister had acted with "all due dispatch" in the circumstances. These transactions were indeed numerous and complicated. This was also the view taken by Mogan T.C.J. in *Greco, supra*, who noted, at page 2387 that the issues were serious and "indicate a high degree of complexity". He added the following [at page 2388]:

Assuming he [the Minister] is a responsible administrator of a statute, that he should not conduct an audit of a transaction that seems as complex as this without thoroughly reviewing files in the offices of all parties involved

I am further of the view that the words "with all due dispatch" did not bind the Minister to fixed time limits. Indeed, it has been suggested that they confer a "discretion of the Minister to be exercised, for the good administration of the Act, with reason, justice and legal principles", (*per* Fournier J. in *Jolicoeur, Joseph Baptiste Wilfrid v. Minister of National Revenue*, [1961] Ex. C.R. 85, at page 98). In my view the phrase required the Minister, having regard to the particular circumstances, to proceed with his review of the matters within a reasonable time after the notices of objection were received. I am satisfied that he did so.

Plus loin, aux pages 2420 et 2421, il conclut:

La Cour est d'avis que, dans les circonstances entourant cette affaire, l'intimée a agi avec toute la diligence possible vu la conduite de la JKM & A et la multitude de cas et de questions à examiner concernant les opérations en question dans l'affaire en instance. Les appelants avaient le droit d'interjeter appel conformément à l'article 169 après avoir déposé leur avis d'opposition et après l'expiration du délai prévu. Ce droit d'appel a été examiné à fond par le juge en chef adjoint Christie, de la Cour canadienne de l'impôt, dans l'affaire *Appfelbaum (H.) c. M.R.N.*, [1991] 1 C.T.C. 2599, 91 D.T.C. 800 (C.C.I.), dans laquelle il a déclaré que le droit d'interjeter appel en vertu du paragraphe 169(1) est le recours de l'appelant contre tout présumé retard de l'intimé. La Cour se rallie à cette décision.

À mon avis, les appelants n'ont pas démontré que le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur en concluant que, dans les circonstances, le ministre avait agi avec «diligence». Ces opérations étaient en fait nombreuses et compliquées. C'est également l'opinion qu'a exprimée le juge Mogan de la Cour de l'impôt dans l'affaire *Greco* précitée, lorsqu'il a souligné à la page 2387 que les questions étaient sérieuses et qu'elles «étaient d'une grande complexité». Le juge Mogan a ajouté ce qui suit [à la page 2388]:

Tenant pour acquis que le ministre est un administrateur responsable de la Loi, qu'il ne saurait procéder à la vérification d'une opération qui semble aussi complexe que celle en l'espèce sans examiner minutieusement les dossiers qui se trouvaient dans les bureaux des parties en cause . . .

Je suis également d'avis que l'expression «avec diligence» n'imposait pas au ministre le respect de délais déterminés. En fait, il a été proposé que cette expression conférait un [TRADUCTION] «pouvoir discrétionnaire que le ministre doit exercer pour la bonne administration de la Loi conformément à la raison, à la justice et aux principes de droit» (le juge Fournier dans *Jolicoeur, Joseph Baptiste Wilfrid v. Minister of National Revenue*, [1961] R.C.É. 85, à la page 98). À mon avis, selon cette expression, le ministre était tenu, selon les circonstances particulières de l'affaire, de procéder à un examen des questions dans un délai raisonnable suivant la réception des avis d'opposition. Je suis convaincu que c'est ce que le ministre a fait en l'espèce.

I am also of the view that the appellants could have appealed the reassessments pursuant to paragraph 169(b) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 158, s. 58; 1984, c. 45, s. 70] of the Act. That paragraph provides:

169. Where a taxpayer has served notice of objection to an assessment under section 165, he may appeal to the Tax Court of Canada to have the assessment vacated or varied after either

...

(b) 90 days have elapsed after service of the notice of objection and the Minister has not notified the taxpayer that he has vacated or confirmed the assessment or reassessed;

but no appeal under this section may be instituted after the expiration of 90 days from the day notice has been mailed to the taxpayer under section 165 that the Minister has confirmed the assessment or reassessed.

The delays on the part of the Minister in confirming his reassessments did not stand in the way of the appellants launching and pursuing appeals in the Tax Court of Canada under that paragraph. (See *Jolicoeur, supra*, at pages 97-98.) The appellants can scarcely be heard to complain of undue delays on the part of the Minister when, had they wished to do so, they could have attacked his reassessments in the Tax Court of Canada notwithstanding that they had not yet received his confirmations. (See *Apfelbaum (H.) v. M.N.R.*, [1991] 1 C.T.C. 2599 (T.C.C.), at page 2601.)

Minister's calculations

In disposing of the appeals, the Tax Court Judge stated, at page 2423:

The Court finds that the Minister of National Revenue's calculations on the basis that the appellants' transactions concluded when both positions were closed are valid and correct and the calculations for the years in question are to proceed on that basis.

The appellants contend that the Minister was wrong in not calculating losses and expenses incurred in the

J'estime également que les appelants auraient pu interjeter appel des nouvelles cotisations en vertu de l'alinéa 169b) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 158, art. 58; 1984, ch. 45, art. 70] de la Loi qui dispose:

a

169. Lorsqu'un contribuable a signifié un avis d'opposition à une cotisation, prévu à l'article 165, il peut interjeter appel auprès de la Cour canadienne de l'impôt pour faire annuler ou modifier la cotisation:

b

...

b) après l'expiration des 90 jours qui suivent la signification de l'avis d'opposition sans que le Ministre ait notifié au contribuable le fait qu'il a annulé ou ratifié la cotisation ou procédé à une nouvelle cotisation;

c

mais, nul appel prévu au présent article ne peut être interjeté après l'expiration des 90 jours qui suivent la date où avis a été expédié par la poste au contribuable, en vertu de l'article 165, portant que le Ministre a ratifié la cotisation ou procédé à une nouvelle cotisation.

d

Les retards imputables au ministre en ce qui a trait à la confirmation de ses nouvelles cotisations n'empêchaient pas les appelants d'interjeter appel devant la Cour canadienne de l'impôt en vertu de cet alinéa. (Voir l'affaire *Jolicoeur*, précitée, aux pages 97 et 98.) Les appelants peuvent difficilement se plaindre de retards injustifiables de la part du ministre alors que, s'ils l'avaient voulu, ils auraient pu contester les nouvelles cotisations du ministre devant la Cour canadienne de l'impôt même s'ils n'avaient pas encore reçu de confirmation de sa part. (Voir *Apfelbaum (H.) c. M.R.N.*, [1991] 1 C.T.C. 2599 (C.C.I.), à la page 2601.)

e

Calculs effectués par le ministre

En tranchant les appels, le juge de la Cour de l'impôt a déclaré, à la page 2423:

La Cour conclut que les calculs du ministre du Revenu national fondés sur le fait que les opérations des appelants étaient conclues lorsque les deux positions avaient été adoptées sont exacts et valables et que l'on doit effectuer les calculs relatifs aux années en question en se fondant également là-dessus.

f

Les appelants prétendent que le ministre a commis une erreur en ne calculant pas les pertes subies et les

g

h

i

j

hedging transactions until both sides of the hedge were closed out. I agree with counsel that the question is one of timing. The appellants cite *Friedberg v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 285 for the proposition that losses incurred may be deducted from income for income tax purposes when only one leg of a hedge is closed out in a particular taxation year. In that case, the taxpayer claimed business losses realized from the trading of gold futures on the commodities market. I can find no suggestion there that the trading involved transactions within a partnership or that the transactions were not otherwise at arm's length. It seems to me that the losses, expenses and gains on the hedging transactions here in issue should be calculated when the leg of a particular hedge was finally closed out. The respondent concedes that if the appellants had truly closed out one leg of a hedge there would have been a disposition of securities even though the other leg was still held. For example, the Minister allowed losses to be deducted when both sides of a hedge were actually closed out but refused to recognize "losses" on the mere shifting of a position between the appellants.

dépenses engagées dans les opérations de couverture avant que les deux positions aient été dénouées. Je conviens avec l'avocat des appelants qu'il s'agit d'une question de temps. Les appelants invoquent l'arrêt *Friedberg c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 285 pour faire valoir que les pertes subies peuvent être déduites des revenus aux fins de l'impôt sur le revenu lorsque seulement une position d'une opération de couverture est dénouée au cours d'une année d'imposition donnée. Dans cette affaire, le contribuable avait déclaré des pertes découlant de la négociation de contrats à terme sur l'or à la bourse des marchandises. Dans cette affaire, je ne trouve rien qui porte à croire que les opérations en cause concernaient une société de personnes ou que ces opérations n'avaient pas été conclues entre des personnes sans lien de dépendance. Il me semble que les pertes subies, les dépenses engagées et les gains réalisés sur les opérations de couverture en cause dans la présente espèce devraient être calculés lorsqu'une position d'une opération de couverture a finalement été dénouée. L'intimée admet que si les appelants avaient réellement dénoué une position d'une opération de couverture, il y aurait eu disposition de titres même si l'autre position était toujours maintenue. Par exemple, le ministre a accepté que des pertes soient déduites alors que les deux positions d'une opération de couverture avaient en fait été dénouées mais il a refusé de reconnaître des «pertes» sur le simple changement de position entre les appelants.

Subsection 39(4) election

As we have seen, Lois Schultz filed a subsection 39(4) election in 1983 with a view to reducing her income tax burden. By doing so, she elected to have every Canadian security owned by her deemed to have been a capital property. In disposing of the appeals, the Tax Court Judge concluded, at page 2423:

The election by Mrs. Schultz contained in Form T123 is to be applied to her only and is not to apply to Dr. Schultz, since that election was a personal election by Mrs. Schultz.

The respondent attacks this conclusion in her cross-appeal. It seems to me that the respondent is correct that the matter is governed by subsection 96(3) [as

g Choix exercé en vertu du paragraphe 39(4)

Comme nous l'avons vu, Lois Schultz a déposé un choix qu'elle a exercé en vertu du paragraphe 39(4) en 1983 afin de réduire son fardeau fiscal. Ce faisant, elle a décidé que chaque titre canadien qu'elle détenait serait réputé être une immobilisation. En disposant des appels, le juge de la Cour de l'impôt a conclu, à la page 2423:

Le choix exercé par M^{me} Schultz selon le formulaire T123 doit s'appliquer à elle seulement et non à M. Schultz également, car c'était un choix personnel de sa part.

L'intimée conteste cette conclusion dans son appel incident. Il me semble que l'intimée a raison de prétendre que cette question est régie par le paragra-

enacted by S.C. 1973-74, c. 14, s. 30; 1980-81-82-83, c. 48, s. 52; 1985, c. 45, s. 13] of the Act. In the years in question, that subsection contained a number of rules one of which stated that a subsection 39(4) election "is not valid unless ... it was made or executed on behalf of the taxpayer and each other person who was a member of the partnership during the fiscal period".¹⁰ The evidence quite clearly shows that the subsection 39(4) election was executed by Lois Schultz personally. Accordingly, in computing her income from the partnership business in the years in question that election is of no assistance to her. The cross-appeal should succeed. In fairness to all parties and to the Tax Court Judge, it should be noted that subsection 96(3) was not argued in the Court below.

Disposition of costs below

The appellants submit that costs below should have been awarded to them because their appeals were largely allowed in consequence of the respondent's position of agency being rejected. As the issue of partnership was not part of the assessment process, and was raised for the first time in the respondent's reply to the notice of appeal before the Tax Court of Canada, costs should have been awarded to them rather than to the respondent. Alternatively, in these circumstances there should have been no order as to costs.

It is to be noted that Dr. Schultz did not succeed in claiming trading losses in the taxation years in question; nor did Lois Schultz succeed in claiming substantial losses.

I would not disturb the disposition of costs made by the Tax Court Judge, notwithstanding that the appellants enjoyed some measure of success in having their incomes assessed as partners, rather than in the hands of Dr. Schultz alone on the basis that Lois Schultz

phe 96(3) [édicte par S.C. 1973-74, ch. 14, art. 30; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 52; 1985, ch. 45, art. 13] de la Loi. Durant les années en cause, ce paragraphe renfermait un certain nombre de règles dont l'une prévoyait qu'un choix ou une option exercée en vertu du paragraphe 39(4) «n'est pas valide à moins ... qu'elle n'ait été signée ou faite au nom du contribuable et de toute personne qui était un membre de la société au cours de cet exercice»¹⁰. La preuve démontre très clairement que M^{me} Schultz a exercé son choix en vertu du paragraphe 39(4) personnellement. En conséquence, en calculant le revenu qu'elle avait tiré de la société de personnes pour les années en cause, ce choix ne lui est d'aucun secours. L'appel incident devrait donc être accueilli. Par souci d'équité envers les parties intéressées et le juge de la Cour de l'impôt, soulignons que le paragraphe 96(3) n'a pas été invoqué en première instance.

Adjudication des dépens en première instance

Les appelants prétendent que les dépens en première instance auraient dû leur être adjugés parce que leurs appels ont été accueillis en bonne partie puisque la thèse de l'intimée selon laquelle une relation de mandat les unissait a été rejetée. Comme la question concernant l'existence d'une société de personnes ne faisait pas partie du processus d'établissement de la cotisation et qu'elle a été soulevée pour la première fois par l'intimée dans sa réponse à l'avis d'appel devant la Cour canadienne de l'impôt, les dépens auraient dû leur être accordés à eux plutôt qu'à l'intimée. Subsidiairement, ils font valoir que dans les circonstances, il n'aurait pas dû y avoir adjudication des dépens.

Il faut souligner que le D^r Schultz n'a pas réussi à faire accepter les pertes commerciales qu'il avait déclarées pour les années d'imposition en cause non plus que Lois Schultz n'a réussi à faire accepter les pertes substantielles qu'elle avait déclarées.

Je ne modifierai pas l'adjudication des dépens prononcée par le juge de la Cour de l'impôt même si les appelants ont eu en partie gain de cause puisqu'ils ont réussi à faire établir la cotisation à l'égard de leurs revenus en tant qu'associés plutôt qu'entre les mains

was his agent, and in persuading the Tax Court Judge that Lois Schultz should have the benefit of the subsection 39(4) election. The fact remains that, in reality, the appellants' success before the Tax Court fell far short of that which they had sought—that income and losses should be treated for income purposes on the basis that each of them acted independently of the other. It has not been demonstrated that the disposition of costs, which was a matter for the discretion of the Tax Court Judge, should attract the intervention of this Court on the basis that it was not properly exercised. Nor am I persuaded that the appellants were denied an opportunity of making submissions on the issue of costs in the Tax Court proceedings.

Disposition

I would dismiss the appeal and allow the cross-appeal with costs. In the circumstances, there should be one set of costs in the appeal and one set of costs in the cross-appeal in this matter and in the appeal and cross-appeal in Court file No. A-482-93.

LINDEN J.A.: I agree.

MCDONALD J.A.: I agree.

¹ S. 39(4) reads:

39. . . .

(4) Except as provided in subsection (5), where a Canadian security has been disposed of by a taxpayer in a taxation year and the taxpayer so elects in prescribed form in his return of income under this Part for that year,

(a) every Canadian security owned by him in that year or any subsequent taxation year shall be deemed to have been a capital property owned by him in those years; and

(b) every disposition by the taxpayer of any such Canadian security shall be deemed to be a disposition by him of a capital property.

du D^r Schultz seul pour le motif que Lois Schultz était sa mandataire. Les appelants ont également eu en partie gain de cause puisqu'ils ont réussi à convaincre le juge de la Cour de l'impôt que Lois Schultz devrait pouvoir exercer le choix visé par le paragraphe 39(4). En réalité, le fait est que les appelants ont obtenu beaucoup moins que ce qu'ils réclamaient: que les revenus et pertes soient traités aux fins du calcul du revenu en considérant que chacun d'eux agissait indépendamment l'un de l'autre. Il n'a pas été démontré que l'adjudication des dépens qui relève du pouvoir discrétionnaire du juge de la Cour de l'impôt, justifie l'intervention de cette Cour parce que ce pouvoir discrétionnaire aurait été exercé de manière irrégulière. Je ne suis pas davantage convaincu que les appelants ont été privés de la possibilité de présenter des observations sur la question des dépens devant la Cour de l'impôt.

Dispositif

Je rejeterais l'appel et j'accueillerais l'appel incident avec dépens. Dans les circonstances, des dépens devraient être adjugés séparément pour l'appel et l'appel incident dans le présent dossier de même que pour l'appel et l'appel incident dans le dossier portant le numéro du greffe A-482-93.

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE MCDONALD, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

¹ L'art. 39(4) dispose:

39. . . .

(4) Sauf dans les cas prévus au paragraphe (5), lorsqu'un contribuable dispose d'un titre canadien dans une année d'imposition et qu'il exerce un choix, selon le formulaire prescrit, dans sa déclaration de revenu produite pour l'année en vertu de la présente Partie:

a) chacun des titres canadiens qu'il possède dans ladite année ou dans toute année d'imposition subséquente est réputé avoir été un bien en immobilisation qu'il possédait dans ces années; et

b) chaque disposition par le contribuable d'un tel titre canadien est réputée être une disposition par lui d'un bien en immobilisation.

² Evidence L. Schultz, Transcript, Appeal Book, Common Appendix II, Vol. 7, p. 1106, l.24–p. 1107, l. 20.

³ See e.g. T. Schultz's McLeod Young Weir Limited Guarantee, October 24, 1983, Appeal Book, Common Appendix I, Vol. 2, p. 281.

⁴ See e.g. T. Schultz's Continuing Guarantee Unlimited to Merrill Lynch Canada Inc., October 4, 1986, Appeal Book, Common Appendix I, Vol. 2, p. 328.

⁵ Evidence Campbell, Transcript, Appeal Book, Common Appendix II, Vol. 7, p. 1143, l.14–p. 1144, l.21.

⁶ Evidence Maguire, Transcript, Appeal Book, Common Appendix II, Vol. 3, p. 315, ll. 16-17.

⁷ Evidence Holt, Transcript, Appeal Book, Common Appendix II, Vol. 11, p. 1665, l.15 -p. 1668, l.13.

⁸ See *Greco (N.A.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2384 (T.C.C.).

⁹ "JKM & A" refers to J. K. Maguire & Associates.

¹⁰ The version of the subsection which was in force in the 1984 taxation year is provided for in S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 52(2); the version which applied in the remaining taxation years in issue is provided for in S.C. 1985, c. 45, s. 13(2).

² Témoignage de M^{me} L. Schultz, Transcription, Dossier d'appel, Annexe commune II, vol. 7, aux p. 1106, l.24 et 1107, l.20.

³ Voir par exemple le cautionnement limité signé par M. T. Schultz en faveur de McLeod Young Weir en date du 24 octobre 1983, Dossier d'appel, Annexe commune I, vol. 2, à la p. 281.

⁴ Voir par exemple le cautionnement illimité permanent signé par M. T. Schultz en faveur de Merrill Lynch Canada Inc. en date du 4 octobre 1986, Dossier d'appel, Annexe commune I, vol. 2, à la p. 328.

⁵ Témoignage de M. Campbell, Transcription, Dossier d'appel, Annexe commune II, vol. 7, aux p. 1143, l.14 et 1144, l.21.

⁶ Témoignage de M. Maguire, Transcription, Dossier d'appel, Annexe commune II, vol. 3, à la p. 315, ll. 16-17.

⁷ Témoignage de M. Holt, Transcription, Dossier d'appel, Annexe commune II, vol. 11, aux p. 1665, l.15 et 1668, l.13.

⁸ Voir *Greco (N.A.) c. M.R.N.*, [1991] 2 C.T.C. 2384 (C.C.I.).

⁹ L'acronyme «JKM & A» désigne J. K. Maguire & Associates.

¹⁰ La version de ce paragraphe en vigueur durant l'année d'imposition 1984 se trouve dans les S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 52(2); la version applicable au cours des autres années d'imposition en cause se trouve dans les S.C. 1985, ch. 45, art. 13(2).