

A-899-97

A-899-97

**Spire Freezers Limited** (*Appellant*)**Spire Freezers Limited** (*appelante*)

v.

c.

**Her Majesty the Queen** (*Respondent*)**Sa Majesté la Reine** (*intimée*)*INDEXED AS: SPIRE FREEZERS LTD. v. CANADA (C.A.)**RÉPERTORIÉ: SPIRE FREEZERS LTD. c. CANADA (C.A.)*

Court of Appeal, Strayer, Linden and Robertson J.J.A.—Toronto, March 4; Ottawa, May 25, 1999.

Cour d'appel, juges Strayer, Linden et Robertson, J.C.A.—Toronto, 4 mars; Ottawa, 25 mai 1999.

*Income tax — Partnerships — Taxpayer, group of individuals purchasing interests in California partnership which owned apartment, condominium project — Project generating tax losses as development costs far exceeding fair market value — Partnership still existing despite withdrawal of original partners, admission of Canadian partners — Claiming loss of US\$10 million in respect of project sale, capital loss of US\$367,000 in respect of sale of shares — Taxpayer's primary intention to acquire non-capital losses of condominium project — Finding of partnership mixed question of fact and law — Intention of parties at time of entering contract question of fact — Only activities carried on with view to profit, including ancillary purpose of profit making, may form basis of partnership — No partnership if no intention to carry on business with view to profit — Case law on partnerships reviewed — Taxpayer intending to carry on business with view to loss, not profit — No evidence to demonstrate intention to earn profit, ancillary or otherwise — Transaction motivated entirely by tax losses not formed with view to profit.*

*Impôt sur le revenu — Sociétés de personnes — La contribuable et un groupe de personnes physiques ont acheté une participation dans une société de personnes californienne qui possédait un immeuble d'habitation et des appartements en copropriété — L'immeuble en copropriété a généré des pertes fiscales, car les coûts de construction dépassaient de beaucoup la juste valeur marchande de l'immeuble — La société de personnes continuait à exister indépendamment du retrait d'un associé original ou de l'admission d'associés canadiens — La contribuable a réclamé la déduction d'une perte de 10 millions de dollars US pour la vente de l'immeuble et d'une perte en capital de 367 000 \$US pour la vente d'actions — Le mobile principal de la contribuable était d'acquies les pertes autres qu'en capital de l'immeuble en copropriété — La conclusion quant à l'existence d'une société de personnes est une question mixte de droit et de fait — La volonté des parties au moment de la signature du contrat est une question de fait — Seules les activités exercées dans un but lucratif, y compris celles dont l'objectif accessoire est de réaliser un profit, peuvent donner lieu à la constitution d'une société de personnes — Il ne peut y avoir de société de personnes si les intéressés n'ont pas l'intention d'exploiter une entreprise en vue de réaliser un bénéfice — Examen de la jurisprudence sur les sociétés de personnes — La contribuable avait l'intention d'exploiter une entreprise en vue de réaliser une perte, et non un profit — Absence d'élément de preuve permettant de conclure à l'existence d'une intention, accessoire ou non, de réaliser un bénéfice — Une opération motivée exclusivement par l'obtention de pertes fiscales ne peut avoir été conçue en vue de réaliser un bénéfice.*

This was an appeal from a Tax Court of Canada decision that a group of taxpayers, including the appellant, purchased an interest in a California partnership solely to obtain tax losses, not to earn profit, that they were not partners for income tax purposes because they were not carrying on business with a view to profit and that they could not deduct the partnership's losses. The partnership was formed to develop a luxury residential condominium project, the HCP project, on Santa Catalina Island off the coast of California. By late 1980, there were two partners remaining, both American corporations: BCE Development Inc. (BDI) and

Il s'agit de l'appel d'une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a statué qu'un groupe de contribuables, dont l'appelante faisait partie, avait acheté une participation dans une société de personnes californienne uniquement dans le but d'acquies des pertes fiscales, et non pour tirer un profit, que les contribuables en question n'étaient pas des associés sur le plan fiscal parce qu'ils n'exploitaient pas une entreprise en vue de tirer un profit et qu'ils ne pouvaient déduire les pertes de la société de personnes. Celle-ci avait été constituée pour mettre sur pied un grand ensemble résidentiel de luxe composé d'appartements en

its subsidiary, Peninsula Cove Corporation, each of them holding a 50% share in the condominium. In order to obtain government approvals, the partnership was required to build an apartment building known as the Tremont Apartments, which was a government subsidized rental project owned by a corporation called TSAC. By the end of 1986, the costs of the HCP condominium project exceeded its fair market value by approximately US\$10 million, which would potentially produce significant losses for HCP. Several Canadian parties, of which the appellant was the largest, were informed by a tax shelter vendor of the opportunity to purchase the tax losses of the HCP project at 20 cents on the dollar. After the parties came to an agreement, a series of step transactions occurred in November 1987. BDI and Peninsula amended their partnership agreement to provide that the partnership would continue regardless of the withdrawal of a partner or the admission of a new one. Peninsula then sold its 50% interest in the partnership to the taxpayer. In turn, BDI disposed of its 50% interest by selling a 25% interest to the taxpayer and the other 25% to another Canadian corporation. The total purchase price was US\$34.5 million. The partnership immediately sold the HCP project to BDI for US\$33.3 million. BDI and Peninsula then withdrew from the partnership. The Canadian partners paid approximately US\$1.2 million for the losses of the partnership. The losses on the sale of the HCP project totalled about US\$10.4 million. The partnership claimed a loss of US\$10 million in respect of the HCP project sale and a capital loss of US\$367,000 in respect of the sale of TSAC shares. Revenue Canada disallowed the losses. On appeal, the Tax Court Judge ruled that, although the transaction in question was not a "sham", there was no intention to carry on business with a view to profit and that there was no reasonable expectation of profit. The issue was whether the Tax Court Judge erred in finding that the taxpayer, who sought to create a partnership in order to take advantage of certain tax losses, failed to do so because the requirements of the definition of a partnership were not met on the objective facts.

*Held* (Robertson J.A. dissenting), the appeal should be dismissed.

*Per* Linden J.A.: It is perfectly proper to use the partnership as a vehicle to obtain tax savings, but it is necessary to

copropriété, le projet de HCP, sur l'île Santa Catalina, au large des côtes de la Californie. À la fin de 1980, il restait deux associés, deux compagnies américaines: BCE Development Inc. (BDI) et sa filiale, Peninsula Cove Corporation. Chacun des associés détenait une participation de 50 pour 100 dans l'immeuble en copropriété. Pour obtenir des autorités compétentes les permis requis, la société de personnes devait construire un immeuble d'habitation connu sous le nom d'appartements Tremont, un ensemble d'habitations à louer subventionné par l'État et qui appartenait à une compagnie appelée TSAC. À la fin de 1986, les coûts de construction de l'immeuble en copropriété de HCP dépassaient la juste valeur marchande de l'immeuble d'environ dix millions de dollars US, ce qui risquait d'occasionner des pertes considérables à HCP. Plusieurs entreprises canadiennes, dont l'appelante était la plus importante, ont été informées par un vendeur d'abris fiscaux de la possibilité de se porter acquéreur des pertes fiscales du projet HCP au prix de 20 cents le dollar. Après que les parties en furent arrivées à une entente, une série d'opérations ont eu lieu en novembre 1987. BDI et Peninsula ont modifié leur contrat de société de personnes pour permettre à celle-ci de poursuivre ses activités indépendamment du retrait d'un associé ou de l'admission d'un nouveau. Peninsula a ensuite vendu à la contribuable la participation de 50 pour 100 qu'elle détenait dans la société de personnes. À son tour, BDI a disposé de sa participation de 50 pour 100 en vendant une participation de 25 pour 100 à la contribuable et la participation restante de 25 pour 100 à une autre compagnie canadienne. Le prix d'achat total s'élevait à 34,5 millions de dollars US. La société de personnes a immédiatement vendu l'immeuble de HCP à BDI pour la somme de 33,3 millions de dollars US. BDI et Peninsula se sont ensuite retirées de la société de personnes. Les associés canadiens ont versé une somme d'environ 1,2 million de dollars US pour acquérir les pertes de la société de personnes. Les pertes subies lors de la vente de l'immeuble de HCP s'élevaient à environ 10,4 millions de dollars US. La société de personnes a réclamé une perte de 10 millions de dollars US pour la vente de l'immeuble de HCP, et une perte en capital de 367 000 \$US pour la vente des actions de TSAC. Revenu Canada a refusé la déduction de ces pertes. En appel, le juge de la Cour canadienne de l'impôt a statué que, même si l'opération en question n'était pas un «trompe-l'œil», les parties n'avaient pas l'intention d'exploiter une entreprise en commun en vue d'en tirer un profit et qu'il n'y avait aucune expectative raisonnable de profit. La question en litige était de savoir si le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur en concluant que l'appelante, qui avait tenté de créer une société de personnes pour se prévaloir de certaines pertes fiscales, n'avait pas réussi à constituer une telle société parce que les conditions à remplir pour répondre à la définition de la société de personnes n'étaient pas réunies suivant les faits objectifs.

*Arrêt* (le juge Robertson, J.C.A., dissident): l'appel doit être rejeté.

Le juge Linden, J.C.A.: Il est parfaitement légitime de se servir d'une société de personnes comme moyen de réaliser

create a partnership in order to do so. One can enter a partnership for the purpose of avoiding tax, but one cannot enter a partnership without complying with the requirements of partnership law. In law, one cannot “buy” or “sell” partnership; partnership is a relationship existing between two or more people carrying on business in common with a view to profit. Although a determination of whether partnership exists is a mixed question of law and fact, the intention of the parties at the time of entering a contract (of partnership or otherwise) is a question of fact. The existence of partnership always depends on the necessary factual findings that the elements of partnership have been proven. Only those activities carried on with a view to profit, including an ancillary purpose of profit making, may form the basis of partnership. The leading case on taxation of partnerships is the decision in *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, where the Supreme Court of Canada recognized a number of criteria that indicate the existence of a partnership. The indicia of a partnership include the contribution by the parties of money, property, effort, knowledge, skill or other assets to a common undertaking, the sharing of profits and losses, a mutual right of control or management of the enterprise, the filing of income tax returns as a partnership and joint bank accounts. It was pointed out that, even though tax avoidance is the overriding consideration in entering a partnership, a potential ancillary purpose of generating profit is sufficient to satisfy the requirement that the parties be carrying on business in common with a view to profit. The Court concluded that, on the facts of the case, according to the relevant indicia, a business was carried on in common and that a valid partnership had been created.

The intention to make profit is at the very heart of the partnership relationship. The Tax Court Judge found, as a fact, that there was no intention on the part of the parties to conduct business in common with a view to profit. He correctly concluded, as a matter of law, that if there was no intention to carry on business with a view to profit, there could be no partnership. Therefore, if the taxpayer intended to carry on business, it was with a view to a loss, not a profit. That intention does not meet the standard required by Canadian or California law. There was no persuasive evidence on the record to demonstrate an intention to earn profit, ancillary or otherwise. A “view to profit” requires that there be a view to make profit. By their own admission the taxpayers planned and generated a ten million dollar loss with no intention of ever recouping that loss, or of ever making any profit. The alleged joinder of the Canadian and

des épargnes fiscales, mais il est nécessaire de créer une société de personnes pour ce faire. On peut s’associer dans le but d’éviter l’impôt, mais on ne peut s’associer sans se conformer aux exigences du droit des sociétés. En droit, on ne peut «acheter» ou «vendre» une société de personnes; la société de personnes constitue une relation qui subsiste tant que deux ou plusieurs personnes exploitent une entreprise en commun dans le but de réaliser un bénéfice. Bien que la question de savoir si une société de personnes a effectivement été créée soit une question mixte de droit et de fait, la volonté des parties au moment de la conclusion du contrat (de société de personnes ou autre) est une question de fait. L’existence d’une société de personnes dépend toujours des conclusions de fait nécessaires suivant lesquelles l’existence des éléments constitutifs de la société de personnes a été démontrée. Seules les activités exercées dans un but lucratif, y compris celles dont l’objectif accessoire est de réaliser un profit, peuvent donner lieu à la constitution d’une société de personnes. L’arrêt qui fait autorité en matière d’imposition des sociétés de personnes est *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, dans lequel la Cour suprême du Canada a reconnu un certain nombre de critères permettant de conclure à l’existence d’une société de personnes. Parmi ces indices, mentionnons les suivants: apport des parties à l’entreprise commune sous forme de numéraire, biens, travail, connaissances, habiletés ou autres éléments, droit de propriété conjointe dans l’objet de l’entreprise, partage des profits et des pertes, droit mutuel de contrôle ou de gestion de l’entreprise, production de déclarations de revenus à titre de société en nom collectif et comptes bancaires conjoints. La Cour a souligné que, même si l’évasion fiscale est le facteur prédominant ayant motivé la constitution de la société de personnes, cet état de fait n’exclut pas pour autant un éventuel but accessoire de réaliser un bénéfice qui est suffisant pour satisfaire à l’obligation imposée aux parties d’exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice. La Cour a conclu que, vu l’ensemble des faits de l’espèce et compte tenu des critères applicables, une entreprise était exploitée en commun et une société de personnes avait été valablement constituée.

L’intention de réaliser un bénéfice se situe au cœur même de la société de personnes. Le juge de la Cour de l’impôt a conclu, en fait, que les parties n’avaient pas l’intention d’exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice. Il a conclu à juste titre, en droit, que s’il n’existait pas d’intention d’exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice, il ne pouvait y avoir de société de personnes. Par conséquent, si l’appelante avait l’intention d’exploiter une entreprise, c’était en vue de réaliser une perte, et non un profit. Cette intention ne satisfait pas à la norme prescrite par le droit canadien ou californien. Le dossier ne renferme aucun élément de preuve convaincant qui permettrait de conclure à l’existence d’une intention, accessoire ou non, de réaliser un bénéfice. Pour qu’il y ait un «but lucratif», il faut qu’il y ait une intention de réaliser un bénéfice. De leur propre aveu, les contribuables ont

American parties, that existed only for minutes and during which a ten million dollar loss was realized, cannot constitute objective evidence that the parties conducted business in common with a view to profit. As a matter of law, the intention of the Canadian parties to enter a relationship amounting to partnership was necessary but not sufficient. Partnership is based on agreement and thus requires a mutual intention on the part of all the parties to form a relationship that amounts to partnership. The American parties never entered any partnership with the Canadians and BDI never divested itself of the HCP project. None of the indicia of partnership listed by the Supreme Court in *Continental Bank* were present. There is no basis on which to challenge the Tax Court Judge's conclusion that there was no business being carried on in common. A transaction motivated entirely by tax losses could not in any real sense be said to have been formed with a view to profit.

*Per Robertson J.A. (dissenting):* Intention cannot be based solely on the subjective intentions of the parties, it must also be based on objective evidence. Tax law is more concerned with the actual conduct of taxpayers than with their oral testimony. The fact that the partnership carried on business in a manner consistent with the written agreements is more compelling evidence of the parties' intentions than their oral testimony. A valid partnership may subsist even if the taxpayer's predominant motive is tax avoidance, provided that there is an ancillary or secondary intention of carrying on business with a view to profit. The documentary evidence demonstrated that the partnership acquired an income-earning asset which became profitable within a relatively short time. This fact alone is sufficient to demonstrate the taxpayers' secondary intention to establish a valid partnership. This secondary intention existed as of November 30, 1987, the date the "step transactions" were carried out.

A partnership is formed if the parties (1) carry on business (2) in common (3) with a view to profit. Unlike the factual circumstances in *Continental Bank*, where the partnership lasted three days, the present partnership had continued for over ten years. This fact supports the proposition that a business was carried on in common. The taxpayers held themselves out to be partners and conducted themselves in a manner consistent with the partnership agreement. There has been a sharing of profits and a business was being carried on in common. The Tax Court Judge erred in holding that, since the taxpayers' predominant motive was to gain access to tax losses, they were not entitled to their respective shares of those losses. It is true that the

planifié et provoqué une perte de dix millions de dollars sans la moindre intention de jamais récupérer cette perte ou de réaliser quelque bénéfice que ce soit. La prétendue association des Canadiens et des Américains n'a duré que quelques minutes, au cours desquelles une perte de dix millions de dollars a été réalisée. Ce fait ne saurait constituer une preuve objective démontrant que les parties ont exploité une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice. En droit, l'intention des Canadiens de créer un rapport de droit équivalant à une société de personnes était nécessaire mais insuffisante. La société de personnes est le fruit d'un accord et exige donc une intention réciproque de la part de tous les intéressés de créer une relation qui équivaut à une société de personnes. Les Américains ne se sont jamais associés aux Canadiens et BDI ne s'est jamais départie du projet HCP. Aucun des critères indiquant l'existence d'une société de personnes qui sont énumérés par la Cour suprême dans l'arrêt *Continental Bank* n'est présent. Rien ne permet de contester la conclusion du juge de l'impôt suivant laquelle aucune entreprise n'était exploitée en commun. Une opération motivée exclusivement par l'obtention de pertes fiscales ne saurait logiquement avoir été conçue en vue de réaliser un bénéfice.

Le juge Robertson, J.C.A. (*dissident*): L'intention ne saurait dépendre exclusivement de l'intention subjective des parties; elle doit également reposer sur des éléments de preuve objectifs. Le droit fiscal s'intéresse davantage à la conduite effective des contribuables qu'à leur témoignage. Le fait que la société de personnes exerçait ses activités d'une manière compatible avec les ententes écrites constitue une preuve plus convaincante de l'intention des parties que leur témoignage. Une société de personnes peut être valablement formée même si le mobile prédominant du contribuable est l'évasion fiscale, à condition qu'il y ait une intention accessoire ou secondaire d'exploiter une entreprise en vue de réaliser un bénéfice. Il ressort de la preuve documentaire que la société de personnes a acquis un bien productif de revenu qui est devenu rentable dans un laps de temps relativement court. À lui seul, ce fait suffit à démontrer l'intention secondaire des contribuables de créer une société de personnes valide. Cette intention secondaire existait au 30 novembre 1987, date à laquelle les «opérations en série» ont été exécutées.

Une société de personnes est constituée lorsque les parties: 1) exploitent une entreprise 2) en commun 3) en vue de réaliser un bénéfice. Contrairement à l'affaire *Continental Bank*, dans laquelle la société avait duré trois jours, la présente société de personnes a duré plus d'une dizaine d'années. Ce fait permet de conclure qu'une entreprise était exploitée en commun. Les contribuables se sont présentés comme des associés et se sont comportés d'une manière compatible avec le contrat de société. Il y avait partage des profits et exploitation en commun d'une entreprise. Le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur en statuant que, comme leur unique motif était de se prévaloir des pertes fiscales, les contribuables n'avaient pas droit à leur quote-

taxpayers' primary motive was to acquire a substantial non-capital loss, but it is equally obvious that their secondary intention was to acquire and retain an income-producing asset by which they could continue to carry on business in common. The expectation of profit doctrine did not sustain the Minister's argument that there was no reasonable expectation of profit when the taxpayers became partners because this doctrine has no application to cases such as this. It is intended only to determine whether a business exists. The losses being claimed by the taxpayers fall squarely within section 96 of the *Income Tax Act*. That provision admits of no ambiguity and, therefore, no interpretative analysis was required.

part respective de ces pertes. Il est vrai que le mobile principal des contribuables était d'acquérir une perte autre qu'en capital substantielle, mais il est également évident que leur intention secondaire était d'acquérir et de conserver un bien productif de revenu qui leur permettait de continuer à exploiter une entreprise en commun. La doctrine de l'expectative raisonnable de profit ne justifiait pas l'argument du ministre suivant lequel les contribuables n'avaient aucune expectative raisonnable de profit lorsqu'ils se sont associés, parce que cette doctrine ne s'applique pas aux cas comme celui-ci. Elle vise uniquement à déterminer s'il existe une entreprise. Les pertes dont les contribuables réclamaient la déduction tombent carrément sous le coup de l'article 96 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cette disposition n'est nullement ambiguë et, par conséquent, aucune interprétation n'était nécessaire.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Bank Act*, R.S.C., 1985, c. B-1, s. 174(2).  
*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 67, 96(8) (as enacted by S.C. 1994, c. 21, s. 44), (9) (as enacted *idem*), 245.  
*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 88 (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 52; 1979, c. 5, s. 29; 1980-81-82-83, c. 48, s. 48), 97(2) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 58; 1985, c. 45, s. 49).  
*Partnerships Act*, R.S.O. 1980, c. 370, s. 34.  
*Partnerships Act*, R.S.O. 1990, c. P.5, s. 2.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298; (1998), 163 D.L.R. (4th) 385; 98 DTC 6505; 222 N.R. 58 (as to the legal requirements of partnership); *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; (1996), 137 D.L.R. (4th) 289; [1996] 9 W.W.R. 1; 80 B.C.A.C. 81; 23 B.C.L.R. (3d) 1; 109 C.C.C. (3d) 1; [1996] 4 C.N.L.R. 177; 50 C.R. (4th) 1; 200 N.R. 1; 130 W.A.C. 81.

##### DISTINGUISHED:

*Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298; (1998), 163 D.L.R. (4th) 385; 98 DTC 6505; 222 N.R. 58 (as to the factual differences of the transactions in issue).

##### CONSIDERED:

*Robert Porter & Sons Ltd. v. Armstrong*, [1926] S.C.R. 328; [1926] 2 D.L.R. 340; *Stuart Investments Ltd. v.*

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 67, 96(8) (édicte par L.C. 1994, ch. 21, art. 44), (9) (édicte *idem*), 245.  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 88 (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 52; 1979, ch. 5, art. 29; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 48), 97(2) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 58; 1985, ch. 45, art. 49).  
*Loi sur les banques*, L.R.C. (1985), ch. B-1, art. 174(2).  
*Loi sur les sociétés en nom collectif*, L.R.O. 1980, ch. 370, art. 34.  
*Loi sur les sociétés en nom collectif*, L.R.O. 1990, ch. P.5, art. 2.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298; (1998), 163 D.L.R. (4th) 385; 98 DTC 6505; 222 N.R. 58 (quant aux conditions juridiques de formation d'une société de personnes); *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; (1996), 137 D.L.R. (4th) 289; [1996] 9 W.W.R. 1; 80 B.C.A.C. 81; 23 B.C.L.R. (3d) 1; 109 C.C.C. (3d) 1; [1996] 4 C.N.L.R. 177; 50 C.R. (4th) 1; 200 N.R. 1; 130 W.A.C. 81.

##### DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298; (1998), 163 D.L.R. (4th) 385; 98 DTC 6505; 222 N.R. 58 (quant aux différences factuelles des opérations en litige).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Robert Porter & Sons Ltd. v. Armstrong*, [1926] R.C.S. 328; [1926] 2 D.L.R. 340; *Stuart Investments Ltd. c.*

*The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241.

*La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241.

REFERRED TO:

*Canada v. Continental Bank Leasing Corp.*, [1996] 3 F.C. 713; (1996), 25 B.L.R. (2d) 149; [1997] 1 C.T.C. 13; 96 DTC 6355; 199 N.R. 9 (C.A.); *Munroe v. Clarke and Lamplighter Beverage Room & Grill Limited* (1977), 23 N.S.R. (2d) 652 (S.C.); *Hayes v. British Columbia Television Broadcasting Systems Ltd.*, [1991] B.C.J. No. 1048 (S.C.) (QL); aff'd [1993] 2 W.W.R. 749 (C.A.); application for leave to appeal to S.C.C. refused, [1993] 2 S.C.R. viii.; *Sedgwick, Joseph v. Minister of National Revenue*, [1962] Ex. C.R. 337; *Balick v. Sussman*, [1985] O.J. No. 1109 (H.C.) (QL); *Roy v. Senator Hotels Ltd.*, [1982] O.J. No. 911 (H.C.) (QL); *Barnes v. Consolidated Motor Co. Ltd. et al.* (1942), 57 B.C.R. 270; [1942] 1 D.L.R. 736; [1942] 2 W.W.R. 43 (S.C.); *Gallo v. Silverberg*, [1976] O.J. No. 1251 (H.C.) (QL); *Canadian Pacific Ltd. v. Telesat Canada* (1981), 32 O.R. (2d) 197; 121 D.L.R. (3d) 373 (H.C.); *Jolley v. F.C. of T.* (1989), 89 ATC 4197 (Fed. Ct. Australia); *Alvi et al. v. Lal* (1990), 13 R.P.R. (2d) 302 (Ont. H.C.); *Smith & Hogan Ltd., In re Estate of*, [1932] S.C.R. 661; *Wildenburg Holdings Ltd. v. M.N.R.* (1998), 98 DTC 6462 (Ont. Gen. Div.); *R.P.M. Tech Inc. v. Harvey & Co.* (1993), 111 Nfld. & P.E.I.R. 12; 105 D.L.R. (4th) 746 (Nfld. S.C.); *Milos Equipment Ltd. v. Insurance Corp. of Ireland* (1988), 34 C.C.L.I. 102; [1989] I.L.R. 9249 (B.C.S.C.); rev'd on other grounds (1990), 47 B.C.L.R. (2d) 296 (C.A.); *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201; (1999), 168 D.L.R. (4th) 513; 117 B.C.A.C. 103; 50 M.P.L.R. (2d) 1; 40 M.V.R. (3d) 1; 234 N.R. 201; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2; (1984), 37 R.F.L. (2d) 225; 52 N.R. 288; *Marigold Holdings Ltd. and Riverview Place Apartment Ltd. v. Norem Construction Ltd., Pendergast (Barry) Architect Ltd. and Sovereign General Insurance Co. et al.* (1988), 89 A.R. 81; [1988] 5 W.W.R. 710; 60 Alta. L.R. (2d) 289; 31 C.L.R. 51 (Q.B.); *Hickman Motors Ltd. v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 320; (1995), 95 DTC 5575; 185 N.R. 231 (F.C.A.); *Hickman Motors Ltd. v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 336; (1997), 148 D.L.R. (4th) 1; 97 DTC 5363; 213 N.R. 81; *Canada v. Placer Dome Inc.*, [1997] 1 F.C. 780; (1996), 96 DTC 6562; 206 N.R. 12 (C.A.); *Backman, P.D. v. The Queen* (1997), 97 DTC 1468 (T.C.C.); *Moldovan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480; (1977), 77 D.L.R. (3d) 112; [1977] CTC 310; 77 DTC 5213; 15 N.R. 476; *Landry (C.) v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 3; (1994), 94 DTC 6624; 173 N.R. 213 (F.C.A.); *Canada v. Donnelly*, [1998] 1 F.C. 513; (1997), 154 D.L.R. (4th) 261; [1998] 1 C.T.C. 23; 97 DTC 5499; 220 N.R. 329 (C.A.); *Mirza v. R.*, [1998] 4 C.T.C. 2272; (1998), 98 DTC 1771 (T.C.C.); *Morden Rigg and Company and R. B. Eskrigge and Company v. Monks* (1922), 8 T.C. 450 (K.B.).

DÉCISIONS CITÉES:

*Canada c. Continental Bank Leasing Corp.*, [1996] 3 C.F. 713; (1996), 25 B.L.R. (2d) 149; [1997] 1 C.T.C. 13; 96 DTC 6355; 199 N.R. 9 (C.A.); *Munroe v. Clarke and Lamplighter Beverage Room & Grill Limited* (1977), 23 N.S.R. (2d) 652 (C.S.); *Hayes v. British Columbia Television Broadcasting Systems Ltd.*, [1991] B.C.J. n° 1048 (C.S.) (QL), conf. à [1993] 2 W.W.R. 749 (C.A.); demande d'autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1993] 2 R.C.S. viii.; *Sedgwick, Joseph v. Minister of National Revenue*, [1962] R.C.É. 337; *Balick v. Sussman*, [1985] O.J. n° 1109 (H.C.) (QL); *Roy v. Senator Hotels Ltd.*, [1982] O.J. n° 911 (H.C.) (QL); *Barnes v. Consolidated Motor Co. Ltd. et al.* (1942), 57 B.C.R. 270; [1942] 1 D.L.R. 736; [1942] 2 W.W.R. 43 (C.S.); *Gallo v. Silverberg*, [1976] O.J. n° 1251 (H.C.) (QL); *Canadian Pacific Ltd. v. Telesat Canada* (1981), 32 O.R. (2d) 197; 121 D.L.R. (3d) 373 (H.C.); *Jolley v. F.C. of T.* (1989), 89 ATC 4197 (Cour féd. Australie); *Alvi et al. v. Lal* (1990), 13 R.P.R. (2d) 302 (H.C. Ont.); *Smith & Hogan Ltd., In re Estate of*, [1932] R.C.S. 661; *Wildenburg Holdings Ltd. v. M.N.R.* (1998), 98 DTC 6462 (Div. gén. Ont.); *R.P.M. Tech Inc. v. Harvey & Co.* (1993), 111 Nfld. & P.E.I.R. 12; 105 D.L.R. (4th) 746 (C.S.T.-N.); *Milos Equipment Ltd. v. Insurance Corp. of Ireland* (1988), 34 C.C.L.I. 102; [1989] I.L.R. 9249 (C.S.C.-B.); infirmé pour d'autres motifs (1990), 47 B.C.L.R. (2d) 296 (C.A.); *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201; (1999), 168 D.L.R. (4th) 513; 117 B.C.A.C. 103; 50 M.P.L.R. (2d) 1; 40 M.V.R. (3d) 1; 234 N.R. 201; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; (1984), 37 R.F.L. (2d) 225; 52 N.R. 288; *Marigold Holdings Ltd. and Riverview Place Apartment Ltd. v. Norem Construction Ltd., Pendergast (Barry) Architect Ltd. and Sovereign General Insurance Co. et al.* (1988), 89 A.R. 81; [1988] 5 W.W.R. 710; 60 Alta. L.R. (2d) 289; 31 C.L.R. 51 (B.R.); *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 320; (1995), 95 DTC 5575; 185 N.R. 231 (C.A.F.); *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336; (1997), 148 D.L.R. (4th) 1; 97 DTC 5363; 213 N.R. 81; *Canada c. Placer Dome Inc.*, [1997] 1 F.C. 780; (1996), 96 DTC 6562; 206 N.R. 12 (C.A.); *Backman, P.D. c. La Reine* (1997), 97 DTC 1468 (C.C.I.); *Moldovan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480; (1977), 77 D.L.R. (3d) 112; [1977] CTC 310; 77 DTC 5213; 15 N.R. 476; *Landry (C.) c. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 3; (1994), 94 DTC 6624; 173 N.R. 213 (C.A.F.); *Canada c. Donnelly*, [1998] 1 C.F. 513; (1997), 154 D.L.R. (4th) 261; [1998] 1 C.T.C. 23; 97 DTC 5499; 220 N.R. 329 (C.A.); *Mirza c. R.*, [1998] 4 C.T.C. 2272; (1998), 98 DTC 1771 (C.C.I.); *Morden Rigg and Company and R. B. Eskrigge and Company v. Monks* (1922), 8 T.C. 450 (K.B.).

## AUTHORS CITED

- Canada Tax Service*. Scarborough, Ont.: Carswell, at pp. 96-136 to 96-139.
- Canadian Tax Reporter*, Vol. 3. Toronto: CCH Canadian Ltd., at ¶12,107.
- Jones, J. F. Avery. "Nothing Either Good or Bad, But Thinking Makes It So—The Mental Element in Anti-Avoidance Legislation—I", [1983] *Brit. Tax Rev.* 9.
- Lindley, Lord Nathaniel. *A Treatise on the Law of Partnership*, 11th ed. by H. Salt and H. E. Francis. London: Sweet & Maxwell, 1950.
- Lindley & Banks on Partnership*, 16th ed. by R. C. I'Anson Banks. London: Sweet & Maxwell, 1990.
- Lindley & Banks on Partnership*, 17th ed. by R. C. I'Anson Banks. London: Sweet & Maxwell, 1995.

APPEAL from a Tax Court of Canada decision ([1998] 2 C.T.C. 2764; (1997), 98 DTC 1287) that a group of taxpayers, including the appellant, purchased an interest in a California partnership solely to obtain tax losses, not to earn profit, that they were not partners for income tax purposes because they were not carrying on business with a view to profit and that they could not deduct the partnership losses. Appeal dismissed.

## APPEARANCES:

*Warren J.A. Mitchell, Q.C.*, for appellant.  
*Susan Van Der Hout and Marilyn Vardy* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Thorsteinssons*, Vancouver, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

LINDEN J.A.:

## I. Introduction

[1] The issue in this appeal is whether the Tax Court Judge [[1998] 2 C.T.C. 2764] erred when he found

## DOCTRINE

- Canada Tax Service*. Scarborough, Ont.: Carswell, aux p. 96-136 à 96-139.
- Canadian Tax Reporter*, Vol. 3. Toronto: CCH Canadian Ltd., ¶12,107.
- Jones, J. F. Avery. «Nothing Either Good or Bad, But Thinking Makes It So—The Mental Element in Anti-Avoidance Legislation—I», [1983] *Brit. Tax Rev.* 9.
- Lindley, Lord Nathaniel. *A Treatise on the Law of Partnership*, 11th ed. by H. Salt and H. E. Francis. London: Sweet & Maxwell, 1950.
- Lindley & Banks on Partnership*, 16th ed. by R. C. I'Anson Banks. London: Sweet & Maxwell, 1990.
- Lindley & Banks on Partnership*, 17th ed. by R. C. I'Anson Banks. London: Sweet & Maxwell, 1995.

APPEL d'une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt ([1998] 2 C.T.C. 2764; (1997), 98 DTC 1287) a statué qu'un groupe de contribuables, dont l'appelante faisait partie, avait acheté une participation dans une société de personnes californienne uniquement dans le but d'acquérir des pertes fiscales, et non pour tirer un profit, que les contribuables en question n'étaient pas des associés sur le plan fiscal parce qu'ils n'exploitaient pas une entreprise en vue de tirer un profit et qu'ils ne pouvaient déduire les pertes de la société de personnes. Appel rejeté.

## ONT COMPARU:

*Warren J.A. Mitchell, c.r.*, pour l'appelante.  
*Susan Van Der Hout et Marilyn Vardy* pour l'intimée.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Thorsteinssons*, Vancouver, 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 LINDEN, J.C.A.:

## I. Genèse de l'instance

[1] La question en litige dans le présent appel est celle de savoir si le juge de la Cour de l'impôt [[1998]

that the appellant, who sought to create a partnership in order to take advantage of certain tax losses, failed to do so because the requirements of the definition of a partnership were not met on the objective facts.

[2] The appellant is a corporate entity. A group of individuals associated with the appellant also sought to enter the partnership in question, and, like the appellant, were re-assessed by the Minister. It has therefore been agreed that the decision in this appeal will apply to the following cases: *Gouveia v. Canada*; *O'Neill v. Canada*; *Butcher v. Canada*; *Dobrei v. Canada*; and *Miloslavic v. Canada*.<sup>1</sup>

## II. Facts

[3] The transaction under consideration in this case was designed and presented to the appellants as a loss-purchase transaction by a tax shelter vendor called CMF Enterprises Limited. That presentation is entitled "\$7.1 Million Partnership Business Loss."<sup>2</sup> It advertised a seven million dollar business loss which was for sale at approximately 20 cents on the dollar. The earliest documented contact between the loss vendor and the appellant was in the spring of 1987, but the story in this case begins nine years earlier, in 1978. In that year a partnership was formed to develop a luxury residential condominium project on Santa Catalina Island off the coast of California (HCP or the HCP project). There were some variations in the partnership, but by late 1980, there were two partners remaining, both American corporations: BCE Development Inc. (BDI), and its subsidiary, Peninsula Cove Corporation. BDI is itself a subsidiary of Bell Canada Enterprises (BCE), a well-known Canadian company. Each of the partners held a 50% share in the condominium.

[4] In order to obtain government approvals, the partnership was required to build an apartment project

2 C.T.C. 2764] a commis une erreur en concluant que l'appelante, qui avait tenté de créer une société de personnes pour se prévaloir de certaines pertes fiscales, n'avait pas réussi à constituer une telle société parce que les conditions à remplir pour répondre à la définition de la société de personnes n'étaient pas réunies suivant les faits objectifs.

[2] L'appelante est une personne morale. Un groupe de personnes physiques qui étaient associées à l'appelante ont également essayé de devenir membres de la société en question et, tout comme l'appelante, ont fait l'objet d'une nouvelle cotisation de la part du ministre. Il a par conséquent été convenu que la décision qui sera rendue dans le présent appel s'appliquera aux dossiers suivants: *Gouveia c. Canada*; *O'Neill c. Canada*; *Butcher c. Canada*; *Dobrei c. Canada*; et *Miloslavic c. Canada*.<sup>1</sup>

## II. Les faits

[3] L'opération à l'examen en l'espèce avait été conçue et présentée aux appelants comme un achat de pertes fiscales par un vendeur d'abris fiscaux appelé CMF Enterprises Limited. La proposition était intitulée [TRADUCTION] «Perte d'entreprise de 7,1 millions de dollars»<sup>2</sup>. On y offrait en vente une perte commerciale de sept millions de dollars au prix d'environ 20 cents le dollar. La première communication documentée qui a eu lieu entre le vendeur et l'appelante remonte au printemps 1987, mais les faits pertinents à la présente affaire commencent neuf ans plus tôt, en 1978. Cette année-là, une société de personnes a été constituée pour mettre sur pied un grand ensemble résidentiel de luxe composé d'appartements en copropriété situé sur l'île Santa Catalina, au large des côtes de la Californie (HCP ou le projet HCP). Quelques modifications ont été apportées à la société, mais à la fin de 1980, il restait deux associés, en l'occurrence deux compagnies américaines: BCE Development Inc. (BDI) et sa filiale, Peninsula Cove Corporation. BDI est elle-même une filiale de Bell Canada Enterprises (BCE), une compagnie canadienne bien connue. Chacun des associés détenait une participation de 50 pour 100 dans l'immeuble en copropriété.

[4] Pour obtenir des autorités compétentes les permis requis, la société de personnes devait construire un

known as the Tremont Apartments (Tremont) in Avalon on Catalina Island. This was a government subsidized, low to moderate income rental project. Tremont was owned by a corporation called TSAC, which was in turn fully owned by the partnership.

[5] By the end of 1986 the costs of the HCP condominium project being developed and built by the partnership exceeded the fair market value of the project by approximately US\$10 million, which would potentially produce significant losses for HCP. Several Canadian parties, of whom the appellant was the largest, were informed by the tax shelter vendor of the opportunity to purchase the tax losses of the HCP project at 20 cents on the dollar. After sophisticated negotiations, the parties came to an agreement. Thus, on November 30, 1987, the following step transactions occurred (in the following order):

1. BDI and Peninsula amended their partnership agreement to keep the partnership operative regardless of the withdrawal of any of its partners.
2. TSAC sold Tremont to the partnership for approximately US\$2.9 million. The partnership borrowed these funds from BDI.
3. The partnership sold its shares of TSAC to BDI, which was paid by set-off against the loan from BDI.
4. The partnership sold 50% interest in the HCP project to the appellant and BDI sold a 25% interest in the HCP project to the appellant. For a brief instant, the *de jure* partners were BDI and the Canadian partners. The remaining 25% was then sold to Spire Group, a group made up of the individual Canadian parties other than the appellant. The total purchase price was US\$34,530,253.
5. The partnership immediately sold the HCP project to BDI for US\$33.3 million. The sale of the HCP

immeuble d'habitation connu sous le nom d'appartements Tremont (Tremont) à Avalon, sur l'île Catalina. Il s'agissait d'un ensemble d'habitations à louer subventionné par l'État et destiné aux personnes à faible ou moyen revenu. Tremont appartenait à une compagnie appelée TSAC, qui était elle-même possédée en propriété exclusive par la société de personnes.

[5] À la fin de 1986, les coûts de construction de l'immeuble en copropriété de HCP dont la société de personnes était le promoteur et le constructeur dépassaient la juste valeur marchande de l'immeuble d'environ dix millions de dollars US, ce qui risquait d'occasionner des pertes considérables à HCP. Plusieurs entreprises canadiennes, dont l'appelante était la plus importante, ont été informées par le vendeur d'abris fiscaux de la possibilité de se porter acquéreur des pertes fiscales de l'immeuble de HCP au prix de 20 cents le dollar. Au terme de négociations complexes, les parties en sont arrivées à une entente. Ainsi, le 30 novembre 1987, les opérations en série suivantes ont eu lieu (dans l'ordre qui suit):

1. BDI et Peninsula ont modifié leur contrat de société de personnes de manière à ce que celle-ci poursuive ses activités indépendamment du retrait de l'un de ses associés.
2. TSAC a vendu les appartements Tremont à la société de personnes pour une somme d'environ 2,9 millions de dollars US. La société a emprunté cette somme à BDI.
3. La société de personnes a vendu ses actions de TSAC à BDI, qui a été payée par réduction du prêt qu'elle avait consenti à TSAC.
4. La société de personnes a vendu à l'appelante une participation de 50 pour 100 dans l'immeuble de HCP et BDI a vendu à l'appelante une participation de 25 pour 100 dans l'immeuble de HCP. Pendant un bref instant, les associés *de jure* étaient BDI et les associés canadiens. La participation restante de 25 pour 100 a ensuite été vendue au groupe Spire, qui était constitué de personnes physiques canadiennes autres que l'appelante. Le prix d'achat total s'élevait à 34 530 253 \$US.
5. La société de personnes a immédiatement vendu l'immeuble de HCP à BDI pour la somme de

project at this price gave rise to an operational loss of approximately US\$10.4 million. BDI and Peninsula then withdrew from the partnership, which withdrawal was registered with the State of California.

6. The partnership changed its name to the Tremont Street Partnership.

[6] The Canadian partners paid approximately US\$1.2 million for the losses of the partnership. The losses on the sale of the HCP project totalled about US\$10.4 million. In the fiscal year ending December 31, 1987, the partnership claimed a loss of US\$10 million in respect of the HCP project sale and a capital loss of US\$367,000 in respect of the sale of TSAC shares. Revenue Canada disallowed the losses. The appellant appealed.

[7] Following the above transaction, the Tremont Street Partnership failed to report any profit from 1989 to 1993, but reported nominal operational income in the 1993, 1994, and 1995 taxation years, totalling approximately C\$167,000. The Canadian parties, have, since 1989, withdrawn approximately C\$756,000 from the partnership.

[8] It should be noted that from the U.S. perspective, which is founded on substance over form, BDI distributed the HCP project to itself and Peninsula initially, and then later to itself alone, thereby retaining the HCP project and its associated losses. The Tax Court Judge summarized that testimony in this manner:

Effective ownership of the condominium project was always with BDI, stated Mr. Wagner [Director of Taxation for BDI], except for the moment it was owned by the Canadians. In his view the transaction was a distribution of property to a partner because BDI never ceased to effectively own HCP Condominium project notwithstanding the transactions that took place on November 30, 1987.<sup>3</sup>

[9] It should be noted that BDI reported the transaction to U.S. authorities not as a partnership

33,3 millions de dollars US. La vente de l'immeuble de HCP à ce prix a donné lieu à une perte d'exploitation d'environ 10,4 millions de dollars US. BDI et Peninsula se sont ensuite retirées de la société et ce retrait a été enregistré auprès des autorités de l'État de Californie.

6. La société de personnes a changé son nom pour celui de «Tremont Street Partnership».

[6] Les associés canadiens ont versé une somme d'environ 1,2 million de dollars US pour acquérir les pertes de la société de personnes. Les pertes subies lors de la vente de l'immeuble de HCP s'élevaient à environ 10,4 millions de dollars US. Au cours de l'exercice financier clos le 31 décembre 1987, la société de personnes a réclamé une perte de 10 millions de dollars US pour la vente de l'immeuble de HCP, et une perte en capital de 367 000 \$US pour la vente des actions de TSAC. Revenue Canada a refusé la déduction de ces pertes. L'appelante a interjeté appel.

[7] À la suite de l'opération susmentionnée, la Tremont Street Partnership n'a déclaré aucun profit entre 1989 et 1993, mais a déclaré de modestes revenus d'exploitation totalisant environ 167 000 \$CAN pour les années d'imposition 1993, 1994 et 1995. Les Canadiens ont, depuis 1989, retiré environ 756 000 \$CAN de la société de personnes.

[8] Il convient de noter que, du point de vue du fisc américain, qui repose sur le principe que le fond l'emporte sur la forme, BDI s'est d'abord attribuée l'immeuble de HCP à elle-même et à Peninsula et, par la suite, à elle-même exclusivement, conservant ainsi l'immeuble de HCP et les pertes y afférentes. Voici en quels termes le juge de la Cour de l'impôt a résumé les témoignages entendus sur cette question:

M. Wagner [le directeur, Impôt de BDI] a déclaré que BDI avait toujours été le propriétaire effectif du condominium, sauf au moment où celui-ci appartenait aux Canadiens. À son avis, l'opération était une attribution de bien à un associé parce que BDI n'avait jamais cessé d'être propriétaire effectif du condominium de HCP, et ce, bien que les opérations aient eu lieu le 30 novembre 1987<sup>3</sup>.

[9] Il convient de noter que BDI a déclaré l'opération au fisc américain non pas en tant qu'opération

transaction, but as the sale of the Tremont Apartments in return for cash.<sup>4</sup> It should also be noted that the appellant's U.S. reporting is consistent with BDI's view of the transaction.

### III. Tax Court of Canada Decision

[10] The Tax Court of Canada Judge set out the facts and the arguments of the parties at considerable length, following which he outlined the law of partnership, quoting at length from the judgment of this Court in *Canada v. Continental Bank Leasing Corp.*<sup>5</sup> The Tax Court Judge made a strong finding of fact that the parties in this case did not intend to carry on business in common with a view to profit, and on this basis he held that no partnership involving the appellant was created here:

In the appeals at bar . . . , none of the appellants intended anything other than to obtain a tax loss. The retention of the Tremont Apartments was an afterthought the appellants were advised was necessary. The quantum of the initial loss anticipated by the appellants compared with any anticipated, or real, profits from the Tremont Apartments cannot, in my view, lead to the conclusion that the relationship subsisting between the appellants was to carry on a business in common with a view to profit or with a reasonable expectation of profit. . . . Any profits from the Tremont Apartments compared to the initial loss requires an exaggerated imagination to conclude that the transactions were undertaken with a view to profit. Again, the relationship subsisting between the appellants was not that of carrying on a business in common with a view to profit; they did not associate themselves to carry on a business for profit.<sup>6</sup> [Footnotes omitted.]

[11] He accordingly dismissed the appeal.

### IV. Submissions of the Appellant

[12] To the appellant, the main issue in this appeal is whether it became a partner in the venture on November 30, 1987. The appellant refers to the documentation and to the expert testimony of

effectuée par une société de personnes, mais en tant que vente des appartements Tremont en contrepartie d'une somme en espèces<sup>4</sup>. Il convient également de remarquer que la déclaration que l'appelante a faite au fisc américain coïncide avec la façon dont BDI a considéré l'opération.

### III. La décision de la Cour canadienne de l'impôt

[10] Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a exposé en long et en large les faits et les prétentions et moyens invoqués par les parties, à la suite de quoi il a exposé les règles du droit des sociétés de personnes applicables en citant de larges extraits de l'arrêt rendu par notre Cour dans l'affaire *Canada c. Continental Bank Leasing Corp.*<sup>5</sup>. Le juge de la Cour de l'impôt a conclu avec fermeté qu'en l'espèce, les parties n'avaient pas l'intention d'exploiter une entreprise en commun en vue d'en tirer un profit. Pour ce motif, il a statué qu'aucune société de personnes à laquelle l'appelante aurait participé n'avait été créée en l'espèce:

Dans les présents appels [. . .] aucun des appelants n'avait une intention autre que celle d'obtenir une perte fiscale. Ils ont songé après coup à conserver les appartements Tremont, après qu'on leur eut dit qu'il fallait le faire. Le montant de la perte initiale que les appelants prévoyaient subir par rapport aux bénéfices prévus ou réels tirés des appartements Tremont ne peut pas, à mon avis, nous permettre de conclure que la relation qui existait entre les appelants visait à leur permettre d'exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice ou dans une attente raisonnable de profit [. . .] Tout bénéfice tiré des appartements Tremont par rapport à la perte initiale exige un effort d'imagination incroyable lorsqu'il s'agit de conclure que les opérations visaient à permettre aux appelants de réaliser un bénéfice. Ici encore, la relation qui existait entre les appelants ne visait pas à leur permettre d'exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice; les appelants ne se sont pas associés en vue d'exploiter une entreprise dont il tirerait des bénéfices<sup>6</sup>. [Renvois omis.]

[11] Le juge a par conséquent rejeté l'appel.

### IV. Prétentions et moyens de l'appelante

[12] Pour l'appelante, la principale question en litige dans le présent appel est celle de savoir si elle est devenue une associée de l'entreprise en question le 30 novembre 1987. L'appelante cite la documentation

Professor Richard Buxbaum that, in his opinion, they did. The appellant also argues that the classic test for partnership is satisfied in this case, because of the expected and actual profitability of the Tremont Street apartments. In the appellant's view, the Tax Court Judge erred by allowing his view of the parties' motivation to influence his legal analysis. As all of these documents were legally effective, the Court need not look to the tax motivation of the parties here.

#### V. Submissions of the Respondent

[13] The respondent cites the many times in which the Tax Court Judge found that there was no relationship between the alleged partners which consisted of carrying on business in common with a view to profit. The respondent notes the appellant's repeated concession that the intention in this case was to accrue a tax loss on November 30, 1987. The respondent argues on this basis that the appellant and BDI were never really partners at the same time, but were only made to appear as partners for a brief moment before the last 25% of the HCP project was sold to the appellant.

[14] The respondent notes that the appellant's expert in U.S. law, Professor Buxbaum assumed, for purposes of providing his opinion, that there was an intention on the part of the parties to become partners in law. The respondent argues that whether partnership existed is a question of fact, one which was answered by Rip J.T.C.C.

[15] The respondent submits that the tax motivation of this transaction is relevant in this case because partnership is a question of intention. In response to the appellant's argument that the Supreme Court's decision in *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada* [[1998] 2 S.C.R. 298] is dispositive of this appeal, the respondent argues that *Continental Bank* affirmed that for a partnership to be found, regard must be paid to

et le témoignage d'expert du professeur Richard Buxbaum selon lequel elle est effectivement devenue une associée. L'appelante affirme également que le critère classique de la société de personnes a été satisfait en l'espèce en raison de la rentabilité prévue et effective des appartements de la rue Tremont. Suivant l'appelante, le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur en faisant en sorte que l'opinion qu'il avait des mobiles des parties influence son analyse juridique. Comme tous les documents en question étaient juridiquement obligatoires, la Cour n'a pas à examiner l'intention qui a motivé les parties sur le plan fiscal.

#### V. Prétentions et moyens de l'intimée

[13] L'intimée relève de nombreux passages où le juge de la Cour de l'impôt conclut qu'il n'existait entre les présumés associés aucune relation consistant à exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice. L'intimée souligne le fait que l'appelante a reconnu à plusieurs reprises qu'en l'espèce, son intention était d'acquiescer à une perte fiscale le 30 novembre 1987. Elle soutient, pour cette raison, que l'appelante et BDI n'ont jamais été de véritables associées au même moment, mais qu'on a fait en sorte qu'elles semblaient être des associées pour un bref moment avant que la dernière participation de 25 pour 100 du projet HCP ne soit vendue à l'appelante.

[14] L'intimée fait remarquer que l'expert en droit fiscal américain de l'appelante, le professeur Buxbaum a, en émettant son opinion, présumé que les parties avaient l'intention de devenir des associés en droit. L'intimée affirme que la question de savoir s'il existait ou non une société de personnes est une question de fait à laquelle le juge Rip de la Cour canadienne de l'impôt a répondu.

[15] L'intimée fait valoir que le mobile fiscal de cette opération est pertinent en l'espèce, étant donné que la question de savoir si une société de personnes a été créée est une question d'intention. En réponse à l'argument de l'appelante suivant lequel l'arrêt *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [[1998] 2 R.C.S. 298] de la Cour suprême du Canada tranche le sort du présent appel, l'intimée soutient que, dans cet

the true intention of the parties in relation to that partnership, and that on the facts of that case there was no evidence other than that a profitable business would continue to be carried on. The respondent asserts that the facts were different here in that the appellant freely admitted that, in this case, it entered into the transaction with no intention to join with the U.S. corporations in order to conduct ongoing business in common with a view to profit. Mr. Gouveia, one of the appellant's primary architects of this transaction, testified at trial that he first learned of the Tremont project while in California, but that its existence "was not relevant" to the goal of obtaining the tax losses.<sup>7</sup>

[16] The respondent also mentions that the appellant's accountant spoke with Revenue Canada on six occasions and never told the Revenue Canada officers that the purpose of the transaction was to acquire losses. The appellant did not concede until trial that its primary interest or intention was to acquire the non-capital losses of the HCP project.

## VI. Analysis

[17] One common tax avoidance device is for a taxpayer to form a partnership with someone who has lost money in order to take advantage of that loss by offsetting it against the profits earned by the taxpayer in the taxation year.<sup>8</sup> This is a legitimate tax planning mechanism which is so widely used that certain individuals engage in lucrative business and professional activities which arrange for the sale and purchase of these tax losses. It is perfectly proper to use the partnership as a vehicle to obtain tax savings, but it is necessary to create a partnership in order to do so. One cannot participate in partnership losses unless one is a partner. In other words, one can enter a partnership for the purpose of avoiding tax, but one cannot enter a partnership without complying with the requirements of partnership law. There must be a

arrêt, la Cour a affirmé que, pour qu'on puisse conclure à l'existence d'une société de personnes, il faut tenir compte de l'intention véritable des parties en ce qui concerne la société en question, et que, suivant les faits de cette affaire, la preuve permettait seulement de penser qu'on continuerait à exploiter une entreprise rentable. L'intimée affirme que les faits sont différents en l'espèce, étant donné que l'appelante a volontiers reconnu que, dans le cas qui nous occupe, elle n'avait pas conclu cette opération dans le but de se joindre aux compagnies américaines pour exploiter une entreprise active en commun avec autrui en vue de réaliser un bénéfice. M. Gouveia, qui est un des principaux architectes de cette opération, a témoigné au procès qu'il avait été mis au courant de l'existence du projet Tremont alors qu'il se trouvait en Californie, mais que l'existence de ce projet n'avait «rien à voir avec» l'objectif consistant à obtenir des pertes fiscales<sup>7</sup>.

[16] L'intimée mentionne également le fait que l'expert comptable de l'appelante a parlé à six reprises avec des fonctionnaires de Revenu Canada et qu'il ne leur a jamais dit que l'opération avait pour but d'acquiescer des pertes. Ce n'est qu'au procès que l'appelante a finalement admis que son intérêt principal ou son intention première était d'acquiescer les pertes autres qu'en capital provenant du projet HCP.

## VI. Analyse

[17] Une des méthodes d'évasion fiscale qui est couramment employée consiste pour un contribuable à s'associer avec une personne qui a perdu de l'argent afin de se prévaloir de cette perte en la défalquant des profits que ce contribuable a tirés au cours de l'année d'imposition<sup>8</sup>. Il s'agit là d'un mécanisme de planification fiscale légitime dont l'usage est tellement répandu que certaines personnes se livrent à des entreprises et activités professionnelles lucratives consistant à acheter et à vendre de telles pertes fiscales. Il est parfaitement légitime de se servir d'une société de personnes comme moyen de réaliser des épargnes fiscales, mais il est nécessaire de créer une société de personnes pour ce faire. On ne peut participer aux pertes d'une société de personnes que si l'on en est un des associés. En d'autres termes, on peut

partnership actually created between the profitable and unprofitable entities. This cannot be done on paper alone. One cannot insist in writing that a partnership has been created when the objective facts do not support that conclusion. It is similarly trite law that one cannot on paper deny the existence of a partnership when the objective facts demonstrate that a partnership has in fact been formed.<sup>9</sup> The paperwork is very important but it is not the whole story. Thus, a partnership in law requires a partnership in life.

[18] Partnership is defined similarly in all common law jurisdictions: a partnership is a relationship existing between two or more people carrying on business in common with a view to profit. Partnership exists by virtue of agreement, and therefore requires a mutual intention on the part of the parties to form a partnership. In law, one cannot “buy” or “sell” partnership; partnership is a relationship which subsists when two or more people carry on business in common with a view to profit. A young law associate, for example, may pay money to “buy into” a partnership, but in law that person is not a partner unless he or she is part of a group of people carrying on business in common with a view to profit.<sup>10</sup> In *Robert Porter & Sons Ltd. v. Armstrong*, the Supreme Court wrote:

Partnership, it is needless to say, does not arise from ownership in common, or from joint ownership. Partnership arises from contract, evidenced either by express declaration or by conduct signifying the same thing.<sup>11</sup>

[19] Since the *Income Tax Act* does not define partnership, the law of the jurisdiction involved is the basis on which any claim of partnership must be founded. In this case, the expert evidence of Professor Buxbaum, a distinguished and respected law professor from the University of California at Berkeley,

s’associer dans le but d’éviter l’impôt, mais on ne peut s’associer sans se conformer aux exigences du droit des sociétés. Il faut qu’une société ait effectivement été créée entre l’entité rentable et l’entité non rentable. Il ne peut y avoir de société purement théorique. On ne peut affirmer dans un écrit qu’une société de personnes a été créée alors que les faits objectifs ne justifient pas une telle conclusion. C’est aussi un principe élémentaire de droit qu’on ne peut nier dans un écrit l’existence d’une société de personnes lorsque les faits objectifs démontrent qu’une société de personnes a bel et bien été constituée<sup>9</sup>. Les écrits sont très importants, mais ils ne disent pas tout. Pour être reconnue en droit, une société de personnes doit donc avoir une existence réelle.

[18] La société de personnes est définie de la même façon dans toutes les juridictions de common law: une société de personnes est la relation qui unit deux ou plusieurs personnes qui exploitent une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice. L’existence d’une société de personnes dépend d’un accord, c’est-à-dire de la volonté réciproque des parties de constituer une société de personnes. En droit, on ne peut «acheter» ou «vendre» une société de personnes; la société de personnes constitue une relation qui subsiste tant que deux ou plusieurs personnes exploitent une entreprise en commun dans le but de réaliser un bénéfice. Ainsi, un jeune avocat associé peut payer de l’argent pour «acheter des parts» dans une société de personnes, mais en droit il n’est un associé que s’il fait partie d’un groupe de personnes qui exploitent une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice<sup>10</sup>. Dans l’arrêt *Robert Porter & Sons Ltd. v. Armstrong*, la Cour suprême a écrit:

[TRADUCTION] Il va sans dire que l’existence d’une société de personnes ne dépend pas du fait qu’il y ait propriété en commun ou propriété conjointe. La société de personnes tire son existence d’un contrat, qui est attestée soit par une déclaration expresse, soit par une conduite y équivalant<sup>11</sup>.

[19] Comme la *Loi de l’impôt sur le revenu* ne définit pas ce qu’est une société de personnes, ce sont les règles de droit de la juridiction compétente qui doivent être invoquées pour justifier toute affirmation quant à l’existence d’une société de personnes. En l’espèce, il ressort du témoignage d’expert qu’a donné

indicated that the fundamental components of partnership are the same in California as in the Canadian jurisdictions.

[20] Although it has been said that “partnership or no partnership is a question of fact” a finding of partnership is a mixed question of fact and law.<sup>12</sup> Most of the individual ingredients or elements of partnership, such as intention to make a profit, are questions of fact. The final conclusion as to partnership, however, requires the judicial evaluation of those facts in the light of a legal test, and is thus more than merely a factual conclusion. The existence of partnership, therefore, always depends on the necessary factual findings that the elements of partnership have been proven. Neither an agreement that there is a partnership nor a disclaimer of one, though significant can be conclusively dispositive of the question in every case.<sup>13</sup>

[21] The jurisprudence indicates that only those activities carried on with a view to profit, including an ancillary purpose of profit making may form the basis of partnership.<sup>14</sup> The leading text, *Lindley & Banks on Partnership*, summarizes the situation as follows:

. . . if a partnership is formed with some other predominant motive [other than the acquisition of profit], e.g., tax avoidance, but there is also a real, albeit ancillary profit element, it may be permissible to infer that the business is being carried on “with a view of profit.” If, however, it could be shown that the sole reason for the creation of a partnership was to give a particular partner the “benefit” of, say a tax loss, when there was no contemplation in the parties’ minds that a profit . . . would be derived from carrying on the relevant business, the partnership could not in any real sense be said to have been formed with a view to profit.<sup>15</sup> [Emphasis added.]

[22] The leading Canadian case on the taxation of partnerships is now the Supreme Court’s decision in

le professeur Buxbaum, un éminent et respecté professeur de droit de l’université de Californie à Berkeley, que les éléments constitutifs fondamentaux de la société de personnes sont les mêmes en Californie qu’au Canada.

[20] Malgré le fait qu’il a été affirmé que «l’existence d’une société de personnes est une question de fait», toute conclusion quant à l’existence d’une société de personnes est une question mixte de fait et de droit<sup>12</sup>. La plupart des composants ou éléments constitutifs de la société de personnes, tels que l’intention de réaliser un bénéfice, sont des questions de fait. La conclusion définitive quant à la création d’une société de personnes nécessite toutefois du tribunal qu’il examine ces faits à la lumière d’un critère juridique et il s’agit donc plus que d’une simple conclusion de fait. L’existence d’une société de personnes dépend donc toujours des conclusions de fait nécessaires suivant lesquelles l’existence des éléments constitutifs de la société de personnes a été démontrée. Bien que ni l’une ni l’autre ne soit dépourvue d’importance, ni l’affirmation ni la dénégation de l’existence d’une société de personnes ne saurait trancher la question de façon concluante dans chaque cas<sup>13</sup>.

[21] Il est de jurisprudence constante que seules les activités exercées dans un but lucratif, y compris celles dont l’objectif accessoire est de réaliser un profit, peuvent donner lieu à la constitution d’une société de personnes<sup>14</sup>. Dans l’ouvrage *Lindley & Banks on Partnership* qui fait autorité, on résume la situation dans les termes suivants:

[TRADUCTION] [. . .] lorsqu’une société de personnes a été constituée dans un but premier autre qu’un but lucratif, comme par exemple pour éviter l’impôt, mais qu’il y a aussi un élément véritable, bien qu’accessoire, de profit, il est quand même possible d’en inférer que l’entreprise est exploitée «en vue de réaliser un bénéfice». Toutefois, si l’on peut démontrer que l’unique raison pour laquelle la société a été constituée était d’accorder à l’un des associés un «avantage», par exemple la déduction d’une perte fiscale, alors que les parties n’avaient jamais prévu tirer un profit [. . .] de l’exploitation de l’entreprise, on ne saurait logiquement prétendre que la société a été constituée en vue de réaliser un bénéfice<sup>15</sup>. [Non souligné dans l’original.]

[22] L’arrêt canadien qui fait autorité en matière d’imposition des sociétés de personnes est désormais

*Continental Bank*.<sup>16</sup> In that decision, which was not path breaking but merely consistent with pre-existing authority on this issue, Bastarache J. wrote, for a unanimous Court, on the point that partnership is traditionally defined as persons carrying on business in common with a view to profit:

Section 2 of the *Partnerships Act* defines partnership as “the relation that subsists between persons carrying on a business in common with a view to profit”. This wording, which is common to the majority of partnership statutes in the common law world, discloses three essential ingredients: (1) a business, (2) carried on in common, (3) with a view to profit. I will examine each of the ingredients in turn.

The existence of a partnership is dependent on the facts and circumstances of each particular case. It is also determined by what the parties actually intended. As stated in *Lindley & Banks on Partnership* (17th ed. 1995), at p. 73: “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”.

The *Partnerships Act* does not set out the criteria for determining when a partnership exists. But since most of the case law dealing with partnerships results from disputes where one of the parties claims that a partnership does not exist, a number of criteria that indicate the existence of a partnership have been judicially recognized. The indicia of a partnership include the contribution by the parties of money, property, effort, knowledge, skill or other assets to a common undertaking, a joint property interest in the subject-matter of the adventure, the sharing of profits and losses, a mutual right of control or management of the enterprise, the filing of income tax returns as a partnership and joint bank accounts . . . .

In cases such as this, where the parties have entered into a formal written agreement to govern their relationship and hold themselves out as partners, the courts should determine whether the agreement contains the type of provisions typically found in a partnership agreement, whether the agreement was acted upon and whether it actually governed the affairs of the parties (*Mahon v. Minister of National Revenue*, 91 D.T.C. 878 (T.C.C.)). On the face of the agreements entered into by the parties, I have found that the parties created a valid partnership within the meaning of s. 2 of the *Partnerships Act*. I have also found that the parties

l'arrêt *Continental Bank*<sup>16</sup> de la Cour suprême. Dans cet arrêt, qui n'a rien de révolutionnaire mais dans lequel la Cour s'est contentée de confirmer la jurisprudence antérieure sur la question, le juge Bastarache a écrit, pour le compte d'une Cour unanime sur ce point, que la société en nom collectif (ou société de personnes) est traditionnellement définie comme un regroupement de personnes qui exploitent une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice:

À l'article 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*, le terme société en nom collectif est défini comme étant «la relation qui existe entre des personnes qui exploitent une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice». Ce libellé, commun à la plupart des lois sur les sociétés en nom collectif dans les ressorts de common law, comporte trois éléments essentiels: (1) une entreprise, (2) exploitée en commun (3) en vue de réaliser un bénéfice. Je vais examiner chacun de ces éléments à tour de rôle.

L'existence d'une société en nom collectif est tributaire des faits et circonstances propres à chaque espèce. Elle est également fonction de l'intention véritable des parties. Comme il est indiqué dans *Lindley & Banks on Partnership* (17<sup>e</sup> éd. 1995), à la p. 73: [TRADUCTION] «pour déterminer l'existence d'une société en nom collectif [. . .] il faut tenir compte du contrat et de l'intention véritables des parties ressortant de l'ensemble des faits de l'affaire».

La *Loi sur les sociétés en nom collectif* ne précise pas les critères qui permettent de déterminer si une telle société existe. Cependant, comme la plupart des décisions des tribunaux en matière de sociétés en nom collectif résultent de litiges dans lesquels une des parties prétend qu'une telle société n'existe pas, un certain nombre de critères indiquant l'existence d'une société en nom collectif ont été reconnus par les tribunaux. Parmi ces indices, mentionnons les suivants: apport des parties à l'entreprise commune sous forme de numéraire, biens, travail, connaissances, habiletés ou autres éléments; droit de propriété conjointe dans l'objet de l'entreprise; partage des profits et des pertes; droit mutuel de contrôle ou de gestion de l'entreprise; production de déclarations de revenus à titre de société en nom collectif et comptes bancaires conjoints [. . .]

Dans les cas comme celui qui nous occupe, où les parties ont conclu un accord écrit formel régissant leurs rapports et se présentent comme des associés, les tribunaux doivent se demander si l'accord renferme le genre de dispositions figurant habituellement dans les contrats de société, si on a appliqué le contrat et si, dans les faits, il a régi les affaires des parties (*Mahon c. Ministre du Revenu national*, 91 D.T.C. 878 (C.C.I.)). À la lecture des accords conclus par les parties, j'arrive à la conclusion que ces dernières ont créé une société en nom collectif valide au sens de l'art. 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*. Je conclus

acted upon the agreements and that the agreements governed their affairs. [Emphasis added; citations omitted.]

[23] Having indicated that the documents could be legally effective to create a partnership, Bastarache J. considered further, as he was required to do, whether, on the objective facts of the case, the various indicia pointed to the conclusion that a business was in fact carried on in common by the partners. He summarized the law as follows at paragraph 29 [page 320]:

If a partnership is to exist, it must be shown that two or more people carried on the business. It is also fundamental that the business is carried on in common (*Lindley & Banks on Partnership, supra*, at pp. 9-10).

[24] Following this summary he concluded, at paragraphs 31-34 [pages 321-322], that, on the facts of the case, according to the relevant indicia, a business was carried on in common:

In the present instance, it is true that between December 24 and December 27, 1986, no meetings were held, no new transactions were entered into by the parties and no decisions were made. However, that is not determinative of the fact that no business was carried on by the Partnership. Prior to its entering the Partnership, Leasing carried on business. This business and its assets were transferred to the Partnership on December 24, 1986. There was no termination of Leasing's contracts with its customers and the contracts continued during the period of December 24 to December 27.

Evidence that the business previously carried on by Leasing was carried on by the Partnership is contained in a letter dated December 24, 1986 from Air Canada, one of the Bank's customers. In the letter, Air Canada acknowledges that "[Leasing] intends to sell and assign its interest in the Purchase Agreements, the Aircraft and the Leases to an Ontario partnership . . .". Air Canada consented to the "sale and assignment of the Purchase Agreements, the Aircraft and the Leases" from the Bank to Leasing and consented "to the sale and assignment of the Purchase Agreements, the Aircraft and the Leases by [Leasing] to the Partnership".

The fact that no new business was created during the period of Leasing and the Bank's involvement in the Partnership does not negate the effect of the existing business that was continued during this time. The existence

également que les parties ont appliqué les accords et que ceux-ci ont régi leurs affaires. [Mots non soulignés dans l'original; renvois omis.]

[23] Ayant conclu que les documents en question remplissaient les conditions juridiques nécessaires pour constituer une société de personnes valide, le juge Bastarache s'est également demandé, comme il était tenu de le faire, si, suivant les faits objectifs de l'affaire, les divers indices permettaient de conclure qu'une entreprise était effectivement exploitée en commun par les associés. Il résume les règles de droit applicables de la façon suivante, au paragraphe 29 [page 320]:

Pour qu'une société en nom collectif existe, il doit être établi qu'au moins deux personnes exploitent l'entreprise. Il est également essentiel que l'entreprise soit exploitée en commun (*Lindley & Banks on Partnership, op. cit.*, aux pp. 9 et 10).

[24] Après ce résumé, il a conclu, aux paragraphes 31 à 34 [pages 321 et 322], que, suivant les faits de l'espèce et les indices pertinents, une entreprise était effectivement exploitée en commun:

En l'espèce, il est vrai que, entre le 24 et le 27 décembre 1986, aucune réunion n'a eu lieu, aucune opération nouvelle n'a été conclue par les parties et aucune décision n'a été prise. Cependant, il ne s'ensuit pas que la Société n'a exploité aucune entreprise. Avant de devenir membre de la Société, Leasing exploitait une entreprise qui a été transférée, avec ses éléments d'actif, à la Société le 24 décembre 1986. Les contrats liant Leasing et ses clients n'ont pas été résiliés et ils ont continué de s'appliquer pendant la période du 24 au 27 décembre.

Une lettre datée du 24 décembre 1986 et provenant d'Air Canada, un des clients de la Banque, est un élément de preuve que l'entreprise exploitée précédemment par Leasing a été exploitée par la Société. Dans cette lettre, Air Canada reconnaît que [TRADUCTION] «[Leasing] entend vendre et céder sa participation dans les contrats d'achat, l'aéronef et les baux à une société en nom collectif de l'Ontario [ . . . ]». Air Canada a consenti [TRADUCTION] «à la vente et à la cession des contrats d'achat, de l'aéronef et des baux» par la Banque à Leasing, ainsi qu'«à la vente et à la cession des contrats d'achat, de l'aéronef et des baux par [Leasing] à la Société».

Le fait qu'aucune nouvelle activité commerciale n'ait été entreprise pendant la période où Leasing et la Banque ont participé à la Société n'annule pas les effets de l'entreprise déjà existante, dont l'exploitation s'est poursuivie pendant

of a valid partnership does not depend on the creation of a new business. It is common that partnerships are formed when two parties agree to carry on the existing business of one of them, while the other contributes capital.

In addition, I am satisfied that the business that was carried on was carried on by the partners in common. Under the Partnership Agreement, the Partners “delegate to the Managing Partner full power and authority to manage, control, administer and operate the business and affairs of the Partnership and to represent and enter into transactions which bind the Partnership” (Art. 4.01). The fact that the management of the Partnership was given to the Managing Partner does not mandate a conclusion that the business was not carried on in common. Nor does the fact that Central, acting alone, was negotiating transactions relating to the lease portfolios prior to December 29, 1986. The respondent argues that the exclusion of Leasing and the Bank from any of those activities negates any claim that the Central entities and the Continental entities were actually carrying on business in common during that period. As *Lindley & Banks on Partnership, supra*, point out, at p. 9, one or more parties may in fact run the business on behalf of themselves and the others without jeopardizing the legal status of the arrangement.

[25] Having found that the documents were legally in order, and that there was a business carried on in common by the partners, Bastarache J. assessed the facts to determine whether there was a business carried on in common with a view to profit. He held that there was, at paragraphs 39-41 [pages 323-324]:

The Court of Appeal held that the parties intended to conduct a sale of assets through a device they chose to call a partnership. This intention did not include a view to profit and in fact “the idea to share profits was an afterthought when the parties originally put the deal together” (p. 731). This characterization by the Court of Appeal ignores the fact that the Partnership Agreement provided for the distribution of the profits from the leasing business being operated by the Partnership and that the Partnership continued to carry on the business operated for profit by Leasing. There is no evidence of any expectation other than that profits would continue to be generated during the predetermined term of Leasing’s involvement in the Partnership. The Court of Appeal also relied heavily on the fact that Leasing was not legally entitled to a share of the profits of the first fiscal year because its partnership interest had already been transferred to the Bank by the time the year end was triggered on December 27, 1986. This, however, is irrelevant to the determination of the issue.

cet intervalle. L’existence d’une société en nom collectif valide ne dépend pas de l’exploitation de nouvelles activités commerciales. Il est courant qu’une société en nom collectif soit formée par deux parties qui conviennent d’exploiter l’entreprise de l’une d’entre elles, tandis que l’autre fait un apport de capital.

De plus, je suis convaincu que l’entreprise qui était exploitée a été exploitée en commun par les associés. Aux termes du contrat de société, les associés avaient convenu de [TRADUCTION] «déléguer à l’associé directeur général tous les pouvoirs nécessaires pour gérer les affaires de la Société et exploiter son entreprise, pour la représenter et pour conclure des opérations la liant» (art. 4.01). Le fait que la gestion de la Société ait été confiée à l’associé directeur général n’oblige pas à conclure que l’entreprise n’était pas exploitée en commun. Pas plus que le fait que Central négociait de son seul chef des opérations se rapportant au portefeuille de baux avant le 29 décembre 1986. L’intimée soutient que l’exclusion de Leasing et de la Banque de ces activités réfute toute prétention selon laquelle les entités liées à Central et les entités liées à Continental exploitaient véritablement une entreprise en commun au cours de cette période. Comme on le souligne dans *Lindley & Banks on Partnership, op. cit.*, à la p. 9, une ou plusieurs parties peuvent, dans les faits, diriger l’entreprise pour leur propre compte et celui des autres parties sans compromettre la nature juridique de l’arrangement.

[25] Ayant conclu que les documents étaient juridiquement valables et que les associés exploitaient une entreprise en commun, le juge Bastarache a évalué les faits pour déterminer s’il existait une entreprise exploitée en commun en vue de réaliser un bénéfice. Il a répondu par l’affirmative à cette question, aux paragraphes 39 à 41 [pages 323 et 324]:

La Cour d’appel a conclu que les parties avaient eu l’intention de vendre des éléments d’actif en recourant à un mécanisme qu’elles ont choisi d’appeler une société en nom collectif. Leur intention n’englobait pas la réalisation d’un bénéfice et, dans les faits, «l’idée de partager les bénéfices est venue après coup lorsque que les parties ont initialement élaboré l’accord» (p. 731). Cette affirmation de la Cour d’appel ne tient pas compte du fait que le contrat de société prévoyait la répartition des bénéfices tirés de l’entreprise de crédit-bail exploitée par la Société et que celle-ci a continué l’entreprise exploitée dans un but lucratif par Leasing. Il n’y a aucune preuve qu’on attendait autre chose que la poursuite de la réalisation de bénéfices pendant la durée prévue de la participation de Leasing à la Société. De plus, la Cour d’appel s’est beaucoup appuyée sur le fait que Leasing n’avait pas légalement droit à une quote-part des bénéfices réalisés pendant le premier exercice, étant donné que sa participation dans la Société avait déjà été transférée à la Banque au moment de la clôture de l’exercice le

To determine whether the business was carried on with a view to profit, it is necessary to look to the provisions of the Partnership Agreement governing the distribution of profits.

5.06 Allocation of Net Income or Loss. The net income or loss for each fiscal year of the Partnership shall be allocated to the current accounts of the Partners in proportion to their respective average capital accounts for the period for which the allocation is made.

5.09 Allocation of Income and Loss for Tax Purposes. The income or loss of the Partnership for the whole of a fiscal year for the purposes of the Income Tax Act shall be allocated to those Persons who are Partners on the last day of the fiscal year of the Partnership in the proportions set out in section 5.06. The income or loss of the Partnership which is allocated to those Partners shall be allocated among those Partners as of the time and in the proportions set out in this article.

These provisions clearly contemplate the distribution of profits in accordance with a partner's interest in the Partnership. Profit was accumulated by the Partnership during the period of Leasing's membership in that partnership and that profit was distributed.

[26] In summary, then, Bastarache J. indicated that the factual circumstances of the case must be considered when deciding whether a valid partnership was created. First, the documents in question must be examined with a view to ensuring that they are legally effective to create a partnership. Second, the objective facts of the case must be analysed in order to ascertain whether (a) a business (b) is carried on in common (c) with a view to profit. Attention should be paid to indicia such as those noted by Bastarache J. at paragraph 24 [page 318] of his reasons and reproduced above. The parties in the purported partnership must act on and be governed by the agreement they entered into. Third, when analysing whether a business is carried on in common, both the partnership agreement and the actual events are important. Fourth, when analysing whether a business is carried on in common with a view to profit, both the partnership agreement and the intentions of the partners are relevant. Finally, quoting from *Lindley & Banks on Partnership, supra*, Bastarache J. reiterated that even though tax avoidance is the overriding consideration in entering a partnership, that does not negate a potential ancillary purpose of generating profit being sufficient to satisfy the

27 décembre 1986. Cet élément n'est toutefois pas pertinent pour trancher la question en litige.

Pour déterminer si l'entreprise était exploitée en vue de réaliser un bénéfice, il est nécessaire d'examiner les stipulations du contrat de société régissant le partage des bénéfices.

[TRADUCTION] 5.06 Répartition du bénéfice net ou de la perte nette. Le bénéfice net ou la perte nette pour chacun des exercices de la Société est réparti entre les comptes des associés, proportionnellement au compte-capital moyen de chacun d'eux pour la période visée.

5.09 Répartition du bénéfice ou de la perte aux fins de l'impôt. Le bénéfice ou la perte de la Société pour l'ensemble d'un exercice aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est réparti entre les personnes qui sont des associés le dernier jour de l'exercice de la Société, suivant la proportion prévue à l'art. 5.06. Le bénéfice ou la perte de la Société est réparti entre ces associés au moment et selon les proportions prévues par le présent article.

Ces stipulations prévoient clairement la répartition des bénéfices en fonction de la participation de l'associé dans la Société. Cette dernière a accumulé un bénéfice au cours de la période où Leasing en faisait partie, et ce bénéfice a été distribué.

[26] En résumé, donc, le juge Bastarache a déclaré qu'il faut examiner les circonstances factuelles de l'espèce pour décider si une société de personnes a été valablement constituée. Il faut d'abord examiner les documents en question pour s'assurer qu'ils sont juridiquement exécutoires et qu'ils ont pour effet de créer une société de personnes. Deuxièmement, il faut analyser les faits objectifs de l'affaire pour déterminer si: a) une entreprise b) est exploitée en commun c) en vue de réaliser un bénéfice. Il y a lieu de tenir compte de facteurs comme ceux que le juge Bastarache a exposés au paragraphe 24 [page 318] précité de ses motifs. Les présumés associés doivent appliquer l'accord qu'ils ont conclu et être régis par lui. Troisièmement, pour déterminer si une entreprise est exploitée en commun, il faut accorder une importance particulière tant au contrat de société qu'aux événements qui se sont effectivement produits. Quatrièmement, lorsqu'on se demande si une entreprise est exploitée en commun en vue de réaliser un bénéfice, le contrat de société et l'intention des associés sont importants. Finalement, citant *Lindley & Banks on Partnership*, précité, le juge Bastarache répète que, même si l'évasion fiscale est le facteur prédominant

requirement that the parties be carrying on business in common with a view to profit. However, if the sole purpose of the transaction is tax avoidance, no partnership can be said to exist.

[27] In the *Continental Bank* case,<sup>17</sup> the Supreme Court held that there were both the partnership agreement which expressly provided for profit sharing, and an actual sharing of profits. Bastarache J. noted that the partnership agreement contemplated the distribution of profits among the partners, and that there was no factual evidence to the contrary, stating that “[t]here is no evidence of any expectation other than that profits would continue to be generated”.<sup>18</sup> In contrast, the Tax Court Judge in this case made an unambiguous finding of fact that these parties, when they purported to become partners, had absolutely no intention to carry on business with a view to profit. “In the appeals at bar,” he concluded, “none of the appellants intended anything other than to obtain a tax loss”.<sup>19</sup> In short, to use the words of *Lindley & Banks on Partnership*, that was their “sole reason for the creation of [the] partnership.”

[28] Partnership arises from an agreement between two or more legal persons. While the determination of whether partnership exists is a question of mixed law and fact, the intention of the parties at the time of entering a contract (of partnership or otherwise) is a question of fact.<sup>20</sup> *Lindley & Banks on Partnership* describes the intention to make profit as being “at the very heart” of the partnership relationship.<sup>21</sup> This is not to say that parties must intend to be “partners” *per se*, but there must be a finding of fact that the parties carried on business in common with a view to profit. In this case, there was a contrary finding of fact to the effect that there was no business carried on in common with a view to profit. The Supreme Court has repeatedly made the point that, barring some palpable or overriding error, it is unwise for appeal courts to reverse findings of fact. For example, in *R. v. Van der*

ayant motivé la constitution de la société de personnes, cet état de fait n’exclut pas pour autant un éventuel but accessoire de réaliser un bénéfice qui est suffisant pour satisfaire à l’obligation imposée aux parties d’exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice. Toutefois, si le seul objectif de l’opération est l’évasion fiscale, nul ne peut prétendre qu’une société de personnes a effectivement été constituée.

[27] Dans l’arrêt *Continental Bank*<sup>17</sup>, la Cour suprême a statué qu’il y avait à la fois un contrat de société qui prévoyait expressément la distribution des bénéfices et un partage effectif des profits. Le juge Bastarache a fait remarquer que le contrat de société prévoyait le partage des bénéfices entre les associés et qu’il n’y avait aucun élément de preuve factuel contraire. Il a affirmé qu’il n’y avait «aucune preuve qu’on attendait autre chose que la poursuite de la réalisation de bénéfices»<sup>18</sup>. Par contraste, en l’espèce, le juge de la Cour de l’impôt a conclu dans les termes les plus nets qu’en devenant de présumés associés, les parties n’avaient absolument pas l’intention d’exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice. «Dans les présents appels», a-t-il conclu, «aucun des appelants n’avait une intention autre que celle d’obtenir une perte fiscale»<sup>19</sup>. Bref, pour citer *Lindley & Banks on Partnership*, c’était [TRADUCTION] «l’unique raison de la création de la société».

[28] Une société de personnes est le fruit de la rencontre de la volonté de deux ou de plusieurs personnes juridiques. Bien que la question de savoir si une société de personnes a effectivement été créée soit une question mixte de droit et de fait, la volonté des parties au moment de la conclusion du contrat (de société de personnes ou autre) est une question de fait<sup>20</sup>. Suivant les auteurs de l’ouvrage *Lindley & Banks on Partnership*, l’intention de réaliser un bénéfice se situe [TRADUCTION] «au cœur même» de la société de personnes<sup>21</sup>. Cela ne veut pas dire que les parties doivent avoir l’intention d’être des «associés» comme tels, mais les faits doivent permettre de conclure que les parties ont exploité une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice. En l’espèce, le juge de la Cour de l’impôt a au contraire conclu qu’il n’y avait pas d’entreprise exploitée en commun

*Peet*, Chief Justice Lamer wrote for the Court that:

It is a well-settled principle of law that when an appellate court reviews the decision of a trial judge that court must give considerable deference to the trial judge's findings of fact, particularly where those findings of fact are based on the trial judge's assessment of the testimony and credibility of witnesses. In *Stein v. The Ship "Kathy K"* . . . , Ritchie J., speaking for the Court, held at p. 808 that absent a "palpable and overriding error" affecting the trial judge's assessment of the facts, an appellate court should not substitute its own findings of fact for those of the trial judge:

These authorities are not to be taken as meaning that the findings of fact made at trial are immutable, but rather that they are not to be reversed unless it can be established that the learned trial judge made some palpable and overriding error which affected his assessment of the facts. While the Court of Appeal is seized with the duty of re-examining the evidence in order to be satisfied that no such error occurred, it is not, in my view, a part of its function to substitute its assessment of the balance of probability for the findings of the judge who presided at the trial.

This principle has also been followed in more recent decisions of this Court: *Beaudoin-Daigneault v. Richard* . . . ; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)* . . . ; *Hodgkinson v. Simms* . . . In the recently released decision of *Schwartz v. Canada*, . . . La Forest J. made the following observation at para. 32, with which I agree, regarding appellate court deference to findings of fact:

Unlimited intervention by appellate courts would greatly increase the number and the length of appeals generally. Substantial resources are allocated to trial courts to go through the process of assessing facts. The autonomy and integrity of the trial process must be preserved by exercising deference towards the trial courts' findings of fact . . . This explains why the rule applies not only when the credibility of witnesses is at issue, although in such a case it may be more strictly applied, but also to all conclusions of fact made by the trial judge . . . .

en vue de réaliser un bénéfice. La Cour suprême a répété à plusieurs reprises que, sauf en cas d'erreur manifeste ou dominante, il n'est pas sage de la part des tribunaux d'appel d'infirmier des conclusions de fait. Ainsi, dans l'arrêt *R. c. Van der Peet*, la Cour suprême du Canada a déclaré, sous la plume du juge en chef Lamer:

Selon un principe juridique bien établi, lorsqu'une cour d'appel examine la décision du juge du procès, elle doit faire montre d'une retenue considérable à l'égard des conclusions de fait du juge, en particulier lorsque ces conclusions de fait sont fondées sur son appréciation des témoignages et de la crédibilité des témoins. Dans l'arrêt *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, le juge Ritchie, au nom de la Cour, a conclu, à la p. 808, que, en l'absence d'«erreur manifeste et dominante» ayant faussé l'appréciation des faits par le juge du procès, une cour d'appel ne doit pas substituer ses propres conclusions sur les faits à celles tirées par ce dernier:

On ne doit pas considérer que ces arrêts signifient que les conclusions sur les faits tirées en première instance sont intangibles, mais plutôt qu'elles ne doivent pas être modifiées à moins qu'il ne soit établi que le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits. Bien que la Cour d'appel ait l'obligation de réexaminer la preuve afin de s'assurer qu'aucune erreur de ce genre n'a été commise, j'estime qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation de la prépondérance des probabilités aux conclusions tirées par le juge qui a présidé le procès.

Ce principe a également été suivi dans des arrêts plus récents de notre Cour: *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2, aux pp. 8 et 9; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, à la p. 794; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, à la p. 426. Dans l'arrêt récent *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, le juge La Forest a, au par. 32, fait l'observation suivante, à laquelle je souscris, au sujet de la retenue dont doivent faire montre les cours d'appel à l'égard des conclusions de fait:

Une intervention illimitée des cours d'appel ferait augmenter considérablement le nombre et la durée des appels en général. D'importantes ressources sont mises à la disposition des tribunaux de première instance pour qu'ils puissent évaluer les faits. Il faut préserver l'autonomie et l'intégrité du procès en faisant preuve de retenue à l'égard des conclusions de fait des tribunaux de première instance; [. . .] Cela explique pourquoi la règle s'applique non seulement lorsque la crédibilité des témoins est en cause, quoiqu'elle puisse alors s'appliquer plus strictement, mais également à toutes les conclusions de fait tirées par le juge de première instance [. . .]

I would also note that the principle of appellate court deference has been held to apply equally to findings of fact made on the basis of the trial judge's assessment of the credibility of the testimony of expert witnesses; *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*.<sup>22</sup> [Citations omitted.]

[29] In this case, the Tax Court Judge heard and weighed the evidence of the parties and made a decisive finding of fact that, when the contract of partnership was entered into, there was no intention to carry on business in common with a view to profit. While *Continental Bank*, both in this Court and in the Supreme Court, reiterated that a secondary or ancillary intention to carry on business with a view to profit is enough—even if such intention was constructed for tax purposes as an afterthought—no such secondary or ancillary intention was found by the Tax Court Judge to be present here.

[30] The law that a secondary or ancillary profit intention is sufficient in creating a partnership was known to the Tax Court Judge and was cited by him in his judgment. He reproduced the paragraph from *Lindley, supra*, at pages 2785-2787 of his judgment.<sup>23</sup> Despite this, the Tax Court Judge found, as a fact, that there was no intention on the part of the parties to conduct business in common with a view to profit. He correctly concluded, as a matter of law, that if there was no intention to carry on business with a view to profit, there could be no partnership.<sup>24</sup>

[31] Given such a strong finding of fact that there was no intention other than to obtain a tax loss, one can only conclude that, if the appellant intended to carry on business, it was with a view to a loss, not a profit. That intention does not meet the standard required by Canadian—or California—law.

[32] It has been suggested in this case that the Tax Court Judge did not have the benefit of the decision in *Continental Bank, supra*, which decision introduced a

Je souligne également qu'il a été décidé que le principe de la retenue par les cours d'appel s'applique aussi aux conclusions de fait du juge de première instance qui sont fondées sur son appréciation de la crédibilité des témoignages d'experts: *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*.<sup>22</sup> [Renvois omis.]

[29] En l'espèce, le juge de la Cour de l'impôt a entendu et apprécié la preuve présentée par les parties et a tiré une conclusion de fait décisive en déclarant que, lors de la signature du contrat de société, les parties n'avaient pas l'intention d'exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice. Il est vrai que, dans l'affaire *Continental Bank*, notre Cour et la Cour suprême ont toutes les deux réaffirmé qu'une intention secondaire ou accessoire d'exploiter une entreprise en vue de réaliser un bénéfice était suffisante—même si cette intention était formulée après coup dans le but de se prévaloir d'un avantage fiscal. En l'espèce, toutefois, le juge de la Cour de l'impôt a conclu qu'il n'existait aucune intention secondaire ou accessoire de ce genre.

[30] Le juge de la Cour de l'impôt connaissait le principe juridique suivant lequel il est suffisant qu'il y ait une intention secondaire ou accessoire pour créer une société de personnes et il a cité ce principe dans son jugement. Il a, aux pages 2785 à 2788 de son jugement, reproduit le paragraphe précité de *Lindley*.<sup>23</sup> Malgré tout, le juge de la Cour de l'impôt a conclu, en fait, que les parties n'avaient pas l'intention d'exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice. Il a conclu à juste titre, en droit, que, s'il n'existait pas d'intention d'exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice, il ne pouvait y avoir de société de personnes.<sup>24</sup>

[31] Vu cette conclusion de fait cruciale suivant laquelle la seule intention des parties était d'obtenir une perte fiscale, force est de conclure que, si l'appelante avait l'intention d'exploiter une entreprise, c'était en vue de réaliser une perte, et non un profit. Or, cette intention ne satisfait pas à la norme prescrite par le droit canadien (ou par le droit californien).

[32] On a fait valoir en l'espèce que le juge de la Cour de l'impôt n'avait pas eu l'avantage de prendre connaissance de l'arrêt *Continental Bank*, précité, qui

new legal proposition to the analysis of partnership—that a secondary or ancillary intention to carry on a business with a view to a profit is sufficient to ground a partnership. That proposition was not new; it was settled before the Supreme Court decision in *Continental Bank*. At the risk of repeating, let me explain.

[33] The quotation from *Lindley & Banks on Partnership* regarding ancillary intention was published before the Tax Court judgment in this case, and was cited by the Tax Court Judge at page 2787 of his reasons. Additionally, in *Hayes v. British Columbia Television Broadcasting Systems Ltd.*,<sup>25</sup> a case adjudicated over four years before the Tax Court decision in this case, Braidwood J. wrote for the British Columbia Supreme Court that:

Where a partnership is formed with some predominant motive other than the acquisition of profits, e.g. tax avoidance, but there is also a real, albeit ancillary, profit element, then it may be permissible to infer that the business is being carried on “with a view of profit.” But it is apprehended that if any partner entered the partnership solely with a view to being credited with a tax loss (or capital allowance), and it was contemplated from the outset that whilst he remained a partner, there would be no real profit (in the sense of an income profit), then he would not be a partner properly so called.

One must commence with the proposition that the main rule to be observed in determining the existence of a partnership is to determine what is the true contract or intention of the parties as appearing from the whole facts of the case . . . . [Emphasis added.]

The Supreme Court, therefore, did not add anything new to the law when it indicated that an ancillary profit motive is sufficient to ground a factual finding of carrying on business with a view to profit.

[34] In any event, there is no persuasive evidence on the record to demonstrate an intention to earn profit,

a introduit un nouveau principe juridique dans la doctrine des sociétés de personnes, en l'occurrence le fait qu'une intention secondaire ou accessoire d'exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice est suffisante pour conclure à l'existence d'une société de personnes. Ce principe n'a rien de nouveau: il avait été posé avant que la Cour suprême ne rende son jugement dans l'affaire *Continental Bank*. Au risque de me répéter, qu'on me permette de m'expliquer.

[33] L'extrait précité de *Lindley & Banks on Partnership* sur l'intention accessoire avait été publié avant le prononcé du jugement de la Cour de l'impôt dans la présente affaire. D'ailleurs, le juge de la Cour de l'impôt cite cet extrait à la page 2787 de ses motifs. Qui plus est, dans le jugement *Hayes v. British Columbia Television Broadcasting Systems Ltd.*<sup>25</sup>, qui a été rendu plus de quatre ans avant la décision de la Cour de l'impôt dans la présente affaire, la Cour suprême de la Colombie-Britannique écrivait ce qui suit, sous la plume du juge Braidwood:

[TRADUCTION] Lorsque le principal mobile de la constitution d'une société de personnes n'est pas la réalisation d'un bénéfice (mais plutôt l'évasion fiscale, par exemple), mais qu'il existe par ailleurs un élément réel, bien qu'accessoire, de profit, on peut alors légitimement en conclure que l'entreprise est exploitée «en vue de réaliser un bénéfice». Il y a toutefois lieu de craindre que si un associé est devenu membre de la société uniquement en vue de se prévaloir d'une perte fiscale (une déduction pour amortissement) et qu'il était prévu depuis le début que, tant qu'il demeurerait un associé, il n'y aurait pas de véritable profit (sous forme de bénéfices d'exploitation), cette personne ne pourrait légitimement être considérée comme un associé.

Il faut partir du principe que la principale règle à observer pour déterminer l'existence d'une société de personnes consiste à établir quel est le véritable contrat intervenu entre les parties ou quelle est leur véritable intention tels qu'il se dégagent de l'ensemble des faits de l'espèce [. . .] [Non souligné dans l'original.]

La Cour suprême n'a donc rien apporté de nouveau au droit lorsqu'elle a déclaré qu'une intention accessoire de réaliser un bénéfice suffit pour conclure, sur le plan des faits, qu'il existe une intention d'exploiter une entreprise dans un but lucratif.

[34] En tout état de cause, le dossier ne renferme aucun élément de preuve convaincant qui permettrait

ancillary or otherwise. This is so for four reasons. First, a “view to profit” requires that there be a view to make profit. In this case, the Canadian parties contend that, for a brief instant, they were part of a partnership which owned an interest in a business with a ten million dollar operating loss. In that very instant, they claim to have crystallized that ten million dollar operating loss into an actual loss for their partnership. This, they freely admit, was their goal before entering into the transaction. Thus, by their own admission they planned and generated a ten million dollar loss with no intention of ever recouping that loss, or of ever making any profit. This cannot be evidence of a view to profit, real, ancillary, or otherwise.

[35] Second, while it is true that the contract between the Canadian and U.S. parties appears to assign “future profits” from the HCP project to the partnership, that same contract is careful to spell out the ultimate intention of the parties to undertake a series of transactions which would result in the distribution of the Tremont project to the Canadians and the HCP project to the U.S. parties. Unlike *Continental Bank*, where the documents contemplated the sharing of future profits, the documents in this case expressly state the ultimate intention of the parties as being other than engaging in business in common with a view to profit.<sup>26</sup>

[36] Third, major factual differences between the transaction in *Continental Bank* and this transaction convince me that there existed no view to profit here. The partners in the former case remained partners for three days of continuing business, during which profits were generated and shared in accordance with the partnership agreement. Here, the alleged joinder of the Canadian and U.S. parties existed only for minutes, during which a ten million dollar loss was realized. I do not see how this can constitute objective evidence

de conclure à l’existence d’une intention, accessoire ou non, de réaliser un bénéfice et ce, pour quatre raisons. Premièrement, pour qu’il y ait un «but lucratif», il faut qu’il y ait une intention de réaliser un bénéfice. Dans le cas qui nous occupe, les parties canadiennes affirment que, pendant un bref instant, elles ont fait partie d’une société de personnes qui détenaient une participation dans une entreprise qui avait essuyé une perte d’exploitation de dix millions de dollars. Elles soutiennent qu’à ce moment précis, cette perte d’exploitation de dix millions de dollars s’est cristallisée en une perte effective pour la société de personnes. Elles reconnaissent volontiers que c’était bien le but qu’elles visaient avant de conclure cette opération. Ainsi, de leur propre aveu, elles ont planifié et provoqué une perte de dix millions de dollars sans avoir l’intention de jamais récupérer cette perte ou de réaliser quelque bénéfice que ce soit. Ces faits ne sauraient constituer une preuve d’une intention—véritable, accessoire ou autre—de réaliser un bénéfice.

[35] Deuxièmement, bien qu’il soit vrai que le contrat conclu entre les Canadiens et les Américains semble avoir eu pour effet de céder à la société de personnes les «bénéfices à venir» provenant du projet HCP, les parties ont bien pris soin de préciser, dans ce contrat, leur intention ultime d’effectuer une série d’opérations qui se traduiraient par la remise du projet Tremont aux Canadiens et du projet HCP aux Américains. À la différence de l’affaire *Continental Bank*, dans laquelle les documents prévoyaient le partage des bénéfices à venir, en l’espèce, les documents prévoient expressément que l’intention ultime des parties n’était pas d’exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice<sup>26</sup>.

[36] Troisièmement, les différences factuelles importantes qui existent entre l’opération dont il était question dans l’affaire *Continental Bank* et l’opération qui nous occupe en l’espèce me convainquent qu’il n’existait aucune intention de réaliser un bénéfice en l’espèce. Dans la première affaire, les intéressés étaient demeurés des associés pendant trois jours ouvrables consécutifs au cours desquels des profits avaient été réalisés et avaient été partagés conformément au contrat de société. En l’espèce, la prétendue

that the parties conducted business in common with a view to profit.

[37] Fourth, the appellant argues that the parties intended to carry on the business with a view to profit, as evidenced by the purchase and subsequent management of the Tremont project. The Tax Court Judge responded to this argument by pointing out that a view to profit must at some level mean a view to make profit:

The quantum of the initial loss anticipated by the appellants compared with any anticipated, or real, profits from the Tremont Apartments cannot, in my view, lead to the conclusion that the relationship subsisting between the appellants was to carry on a business in common with a view to profit or with a reasonable expectation of profit. Any profits from the Tremont Apartments compared to the initial loss requires an exaggerated imagination to conclude that the transactions were undertaken with a view to profit.<sup>27</sup>

[38] It is said that the partnership continued for ten years and that the Tremont Apartments ultimately made modest profits. The Canadian parties contend for this result as follows: in November of 1987 they entered into partnership with the U.S. parties, which partnership realized large losses shortly after their entry. The U.S. partners then left the partnership, leaving a large loss and a small apartment building, which has generated small but real profits over the years. In reality, however, the Canadian and U.S. parties were, on paper, co-owners of the HCP project for a fleeting moment. For the appellant's view to be correct, it is necessary that, in that brief moment when the Canadians allegedly entered into the partnership, all the parties must have possessed a view to profit. No such common intention existed here.

[39] The intention to make profit is a necessary component of the partnership relationship, though

association des Canadiens et des Américains n'a duré que quelques minutes, au cours desquelles une perte de dix millions de dollars a été réalisée. Je ne vois pas comment on pourrait prétendre que ce fait constitue une preuve objective démontrant que les parties ont exploité une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice.

[37] Quatrièmement, l'appelante soutient que les parties avaient l'intention d'exploiter l'entreprise en question en vue de réaliser un bénéfice, comme en témoignent l'achat et la gestion subséquente du projet Tremont. Le juge de la Cour de l'impôt a répondu à cet argument en faisant remarquer que la poursuite d'un but lucratif doit jusqu'à un certain point se traduire par une intention de réaliser un bénéfice:

Le montant de la perte initiale que les appelants prévoyaient subir par rapport aux bénéfices prévus ou réels tirés des appartements Tremont ne peut pas, à mon avis, nous permettre de conclure que la relation qui existait entre les appelants visait à leur permettre d'exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice ou dans une attente raisonnable de profit [. . .] Tout bénéfice tiré des appartements Tremont par rapport à la perte initiale exige un effort d'imagination incroyable lorsqu'il s'agit de conclure que les opérations visaient à permettre aux appelants de réaliser un bénéfice<sup>27</sup>.

[38] La société de personnes aurait continué à exister pendant une dizaine d'années et les appartements Tremont auraient finalement permis de réaliser de modestes bénéfices. Les Canadiens invoquent les faits suivants pour expliquer cette situation: en novembre 1987, ils ont créé une société de personnes avec les Américains et cette société a essuyé d'importantes pertes peu de temps après. Les associés américains ont alors quitté la société, laissant une perte considérable et un petit immeuble à appartements, qui a généré des produits modestes mais réels au fil des ans. En réalité toutefois, les associés canadiens et américains ont été, théoriquement, copropriétaires du projet HCP pendant seulement un bref instant. Pour que l'appelante obtienne gain de cause, il faut qu'au cours de ce bref moment pendant lequel les Canadiens seraient devenus membres de la société de personnes, tous les associés aient eu l'intention de réaliser un bénéfice. Or, cette volonté commune n'existait pas en l'espèce.

[39] L'intention de réaliser un bénéfice est un aspect essentiel du contrat de société, bien qu'il ne soit pas

profits need not actually arise in order to sufficiently ground a finding of partnership. Similarly, where this necessary intention to make profit is lacking, the resulting relationship cannot be properly characterized as partnership, regardless of whether or how profits arise.

[40] There is another basis for saying that there is no partnership here. You cannot be a partner of someone who is not a partner with you. As a matter of law, the intention of the Canadian parties to enter a relationship amounting to partnership is necessary but not sufficient. As discussed above, partnership is based on agreement and thus requires a mutual intention on the part of all the parties to form a relationship that amounts to partnership.<sup>28</sup> Even if the Canadian parties intended to become partners, which the findings of fact deny, no partnership can exist if the American parties did not so intend. In this case, the intention of the U.S. parties is plain on the face of their tax reporting: they viewed the transaction as the sale of the Tremont apartments. As far as they were concerned, they never entered any partnership with the Canadians and BDI never divested itself of the HCP project. From their point of view, they sold the Tremont project to the Canadians.<sup>29</sup> BDI stated to the U.S. Internal Revenue Service (IRS) that:

In the view of BCE Development Inc., the effective nature of the transaction with Spire Freezers Limited . . . , while structured as a sale of the partnership interest and of the Hamilton Cove condominium project was, with respect to the Hamilton Cove condominiums, not a sale but a distribution of the Hamilton Cove condominium development to BCE Development Inc.

[41] BDI further represented to the IRS that:

Although elaborate from BCE Development's U.S. Income Tax perspective, the series of transactions resulted in the sale of the low-income apartment project to the Canadians for \$1.2 million. The title change to the Hamilton Cove condominium was merely to create the desired structure.

nécessaire que des profits soient effectivement réalisés pour qu'on puisse conclure à l'existence d'une société de personnes. De la même façon, lorsque cette intention nécessaire de réaliser un bénéfice n'est pas présente, on ne saurait légitimement qualifier de société de personnes la relation qui en résulte et ce, peu importe que des bénéfices aient été ou non réalisés.

[40] Il y a une autre raison d'affirmer qu'aucune société de personnes n'a été créée en l'espèce. On ne peut s'associer avec quelqu'un qui n'est pas associé avec soi. En droit, l'intention des Canadiens de créer un rapport de droit équivalant à une société de personnes est nécessaire mais insuffisante. Ainsi que nous l'avons déjà souligné, la société de personnes est le fruit d'un accord et exige donc une intention réci-proque de la part de tous les intéressés de créer une relation qui équivaut à une société de personnes<sup>28</sup>. Même si les Canadiens avaient l'intention de s'associer, ce qui est nié par les conclusions de fait, aucune société de personnes ne peut exister si les Américains n'avaient pas la même intention. En l'espèce, l'intention des Américains ressort à l'évidence de leur déclaration de revenus: ils considéraient l'opération comme une vente des appartements Tremont. En ce qui les concerne, ils ne se sont jamais associés aux Canadiens et BDI ne s'est jamais départie du projet HCP. De leur point de vue, ils ont vendu le projet Tremont aux Canadiens<sup>29</sup>. BDI a déclaré à l'Internal Revenue Service des États-Unis (IRS):

[TRADUCTION] Suivant BCE Developments Inc., malgré le fait qu'elle était structurée comme une vente d'une participation dans la société et de l'immeuble en copropriété de Hamilton Cove, l'opération conclue avec Spire Freezers Limited constituait en réalité, pour ce qui est des appartements en copropriété de Hamilton Cove, non pas une vente, mais une attribution de l'immeuble en copropriété de Hamilton Cove à BCE Development Inc.

[41] BDI a en outre déclaré ce qui suit à l'IRS:

[TRADUCTION] Quoique complexe du point de vue de l'impôt sur le revenu américain de BCE Development, cette série d'opérations s'est soldée par la vente aux Canadiens de l'immeuble d'habitation destiné à des personnes à faible revenu pour la somme de 1,2 million de dollars. Le changement de titre concernant l'immeuble en copropriété de Hamilton Cove visait simplement à créer la structure désirée.

[42] While the foreign tax treatment of this transaction has no consequence to this appeal, the tax reporting of the U.S. parties is strong evidence of their view of the transaction and their true intention at the time that the agreements were made. It would, of course, be illegal for the U.S. parties to misrepresent this transaction to the IRS.

[43] Further, there is no evidence of these parties carrying on business in common in this case. In this case none of the indicia of partnership listed by Bastarache J. in *Continental Bank*<sup>30</sup> are present. There was no contribution of resources to a common undertaking, no sharing of profits and losses by the parties,<sup>31</sup> no mutual right of control or management, and no filing of income tax returns as a partnership—as noted above, the U.S. parties reported to the IRS that the transaction constituted the sale of the Tremont project to the Canadians. While there may have been joint ownership of the HCP project which gave rise to the claimed losses, that joint ownership was designed to be—and was—only momentary. It is therefore hard to see how the parties could have acted in accordance with, or have been governed by, the partnership documents. The parties here were governed solely by their pre-arranged deal, which falls far short of establishing this necessary ingredient of partnership. Thus, there is no basis on which to challenge the Tax Court Judge's conclusion that there was no business being carried on in common on these facts.

[44] The appellant asks this Court to vacate a finding of fact below and substitute a finding that both the Canadian parties and the U.S. parties intended to carry on a business, the Tremont apartments, in common with a view to profit. How can this be if the U.S. parties believed themselves to be selling the Tremont apartments, and so reported to the U.S. authorities? It is the expressed view of BDI that even for the fleeting moment that the appellant and BDI

[42] Bien que le traitement fiscal de cette opération conclue à l'étranger n'ait aucune incidence sur le présent appel, la façon dont les parties ont déclaré ces opérations au fisc américain constitue un solide élément de preuve quant à la façon dont elles percevaient l'opération et quant à leur véritable intention au moment où les ententes ont été conclues. Il serait évidemment illégal pour les Américains de faire une déclaration inexacte à l'IRS au sujet de cette opération.

[43] En outre, rien ne permet de penser que ces personnes exploitaient une entreprise en commun dans le cas qui nous occupe. En l'espèce, aucun des critères indiquant l'existence d'une société de personnes que le juge Bastarache a énumérés dans l'arrêt *Continental Bank*<sup>30</sup> n'est présent. Il n'y a ni apport des parties à une entreprise commune, ni partage des profits et des pertes par les parties<sup>31</sup>, ni droit mutuel de contrôle ou de gestion de l'entreprise, ni production de déclarations de revenus à titre de société de personnes (ainsi que nous l'avons déjà signalé, les Américains ont déclaré à l'IRS que l'opération constituait une vente du projet Tremont aux Canadiens). Il est vrai que le projet HCP a fait l'objet d'une propriété conjointe qui a donné lieu aux pertes réclamées, mais cette propriété conjointe n'était censée être—et n'a été—que temporaire. Il est par conséquent difficile de voir comment les parties auraient pu agir conformément aux actes constitutifs de la société de personnes ou être régies par eux. En l'espèce, les parties étaient régies uniquement par une entente préalable qui était loin de renfermer cet élément essentiel permettant de conclure à la création d'une société de personnes. Rien ne permet donc de contester la conclusion du juge de l'impôt suivant laquelle aucune entreprise n'était exploitée en commun, vu l'ensemble des faits.

[44] L'appelante demande à la Cour d'annuler une conclusion de fait tirée par le juge de première instance et de conclure plutôt que les Canadiens et les Américains avaient l'intention d'exploiter une entreprise en commun, les appartements Tremont, en vue de réaliser un bénéfice. Comment cela est-il possible si les Américains eux-mêmes croyaient vendre les appartements Tremont et si c'est ce qu'ils ont déclaré au fisc américain? BDI s'est dit d'avis que, même

coowned the HCP, there was no intention to carry on business in common with a view to profit. The appellant asks us to find intention where the trier of fact found none, and to find mutuality where the alleged partners reported none. That cannot be done.

[45] In *Continental Bank*, it was clear that both sides viewed the partnership transaction similarly. Even if one were to hold, contrary to the Tax Court Judge's finding of fact, that the Canadian parties intended to be partners, there is no evidence on which to base the necessary finding that the U.S. parties intended to enter an arrangement that resembled a partnership. Even the partnership agreement, which for an instant gave the Canadian parties an interest in the HCP project, including "rights to future profits", was careful to point out that the HCP project would not be operated or managed by the Canadian parties. That agreement describes the transaction with stark clarity:

As expressed in the letter agreement dated June 2, 1987 (the "Letter Agreement") between BDI, Peninsula Cove, Assignee, and Spire Investors Group Limited . . . , this Assignment is part of a series of transactions designed to transfer the [Tremont] Apartment project to the Partnership and the [HCP] Condo Project to BDI . . . . [I]t is the intent of the parties that only the Apartment Project and related property remain assets of the Partnership and that the Condo Project and related property, and, in addition, any other property unrelated to the Apartment Project which may later be discovered to have been owned by the Partnership on the date of this Assignment, shall be transferred to BDI.<sup>32</sup> [Emphasis added.]

[46] While it is not central to my conclusions, the appellant's view is tantamount to an argument that the legal form of partnership documents alone is sufficient to create a partnership in law. This argument attempts to undo the common law jurisprudence of virtually every jurisdiction. Courts determine whether or not partnership exists on the facts of each case. The interpretation of *Continental Bank* contended for by the appellant would overturn those cases in which

pendant le bref instant au cours duquel l'appelante et BDI ont été copropriétaires de HCP, les parties n'avaient pas l'intention d'exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice. L'appelante nous demande donc de conclure à l'existence d'une telle intention alors que l'arbitre des faits a estimé que cette intention n'existait pas, et de conclure à la réciprocité alors que les présumés associés n'en ont déclaré aucune. La Cour ne peut accéder à une telle requête.

[45] Dans l'affaire *Continental Bank*, il était évident que les deux parties considéraient l'opération relative à la société de personnes de la même façon. Même si l'on devait juger, contrairement à la conclusion de fait tirée par le juge de la Cour de l'impôt, que les Canadiens voulaient devenir membres de la société, il n'y a aucun élément de preuve qui permettrait de conclure que les Américains voulaient conclure une entente qui ressemblerait à une société de personnes. Même le contrat de société, qui, pour un instant, a conféré aux Canadiens une participation dans le projet HCP, y compris un [TRADUCTION] «droit aux profits à venir», précisait bien que le projet HCP ne serait pas exploité ou administré par des Canadiens. Dans ce contrat, l'opération est décrite dans les termes les plus nets:

[TRADUCTION] Ainsi qu'il a été convenu dans la lettre d'entente du 2 juin 1987 (la lettre d'entente) entre BDI, Peninsula Cove, le cessionnaire et Spire Investors Group Limited [. . .] la présente cession s'inscrit dans le cadre d'une série d'opérations visant à transférer les appartements Tremont à la société et l'immeuble en copropriété de HCP à BDI [. . .] Les parties désirent que seulement les appartements et tout bien y afférent demeurent des biens de la société et que soient transférés à BDI l'immeuble en copropriété et tout bien y afférent ainsi que tout bien n'ayant aucun rapport avec les appartements qui, selon ce qu'on pourrait découvrir par la suite, appartenait à la société à la date de la présente cession.<sup>32</sup> [Non soulignés dans l'original.]

[46] Bien que cela ne soit pas essentiel à mes conclusions, l'opinion de l'appelante revient à prétendre que la forme juridique des actes constitutifs de la société de personnes suffit à elle seule à créer une société de personnes en droit. Cet argument va à l'encontre de la jurisprudence de pratiquement tous les États et toutes les provinces de common law. C'est aux tribunaux qu'il revient de décider s'il existe ou non une société de personnes suivant les faits de

partnership was found despite insufficient documentation, as well as those cases in which no partnership is found despite some documentation. The Supreme Court in *Continental Bank* did not intend to remove from the analysis of partnership any reference to the factual setting. The Supreme Court did not say that the intention expressed in a document is always, by itself, sufficient to create a partnership. Bastarache J. commenced his analysis reconfirming that “[t]he existence of a partnership is dependent on the facts and circumstances of each particular case . . . [and] determined by what the parties actually intended . . . as appearing from the whole facts of the case”.<sup>33</sup> Bastarache J. quoted the same passage from *Lindley & Banks on Partnership* reproduced above, which expressly states that a transaction motivated entirely by tax losses could not in any real sense be said to have been formed with a view to profit.

[47] Despite not having the benefit of the reasons of Bastarache J. in *Continental Bank*, the Tax Court Judge was cognizant that partnerships must exist in fact as well as on paper. He was aware that tax planning may properly be the primary factor motivating partners. He heard the evidence and determined that, on the facts of this case, no intention to carry on business in common with a view to profit existed. I am not persuaded that this is a perverse or capricious finding of fact. As was so forcefully argued by Ms. Van Der Hout, no business person or reasonably informed lay person would conclude that, on these facts, there was a partnership created here; only an overly technical tax counsel would even contend that there was.

[48] It is true that the taxpayer’s expert, Professor Richard Buxbaum, wrote in his report that a

l’espèce. L’interprétation de l’arrêt *Continental Bank* que préconise l’appelante contredirait les décisions dans lesquelles les tribunaux ont conclu à l’existence d’une société de personnes malgré une documentation insuffisante tout autant qu’elle contredirait les décisions dans lesquelles les tribunaux ont conclu qu’il n’existait aucune société malgré l’existence de quelques documents. Dans l’arrêt *Continental Bank*, la Cour suprême n’a jamais voulu supprimer de l’analyse des sociétés de personnes toute allusion au contexte factuel. Elle n’a pas dit que l’intention exprimée dans un écrit est toujours en soi suffisante pour créer une société de personnes. Le juge Bastarache a commencé son analyse en confirmant à nouveau que «[l]’existence d’une société en nom collectif est tributaire des faits et circonstances propres à chaque espèce. Elle est également fonction de l’intention véritable des parties [. . .] ressortant de l’ensemble des faits de l’affaire»<sup>33</sup>. Le juge Bastarache a cité le passage précité de *Lindley & Banks on Partnership* dans lequel il est expressément déclaré que si l’opération était motivée exclusivement par l’obtention de pertes fiscales, nul saurait logiquement prétendre qu’une société de personnes a été créée en vue de réaliser un bénéfice.

[47] Malgré le fait qu’il n’a pas eu l’avantage de prendre connaissance des motifs prononcés par le juge Bastarache dans l’arrêt *Continental Bank*, le juge de la Cour de l’impôt savait bien qu’une société de personnes doit exister non seulement en théorie, mais aussi en pratique. Il était conscient du fait que la planification fiscale pouvait légitimement être le principal facteur qui motivait les associés. Il a entendu les témoignages et a conclu, d’après l’ensemble des faits portés à sa connaissance, que les parties n’avaient pas l’intention d’exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice. Je ne suis pas convaincu qu’il s’agisse là d’une conclusion de fait abusive ou arbitraire. Ainsi que M<sup>me</sup> Van Der Hout l’a affirmé avec tant d’énergie, aucun entrepreneur ou profane raisonnablement informé ne conclurait, à la lumière de ces faits, qu’une société de personnes a été créée en l’espèce. Seul un avocat fiscaliste tatillon pourrait prétendre le contraire.

[48] Il est vrai que l’expert de la contribuable, le professeur Richard Buxbaum, a écrit dans son rapport

partnership was created among the Canadian and U.S. parties. This conclusion however, was based on an assumption that the parties intended to become partners. In the letter of instruction seeking Professor Buxbaum's advice, counsel for the appellant wrote that the object of the original partnership was to construct the HCP condominium, and was silent on the issue of the Canadians' intentions.<sup>34</sup> Professor Buxbaum's opinion acknowledges his assumptions regarding intention:

I have also been advised by counsel that all of the persons named in the following paragraph . . . intended to become partners in that partnership.<sup>35</sup>

This fact was reiterated during the Crown's cross-examination of Professor Buxbaum:

Q. Now I take it, sir, that in forming your opinion you assumed this [the intention to form a partnership] as a fact?

A. That's correct.

Q. But I put it to you, sir, that you have no means of knowing what the appellants' intentions were.

A. That's correct.

Q. But yet the intention of the appellants was obviously relevant for the purposes of your opinion.

A. Well, it's one of the facts stated here.

Q. It's . . .

A. Primarily, I was asked to go on the objective fact that they did become partners.

Q. But you . . .

A. Intention is relevant. In case they had not intended to become partners, then you'd have to go through the document more carefully to determine whether as a conclusion of law they nevertheless became partners.

Q. Sir, in forming this opinion you assumed that it was the intention of the appellants to become partners . . .

A. That is correct.

Q. . . . in this partnership? You assumed that as a fact?

A. Yes, I did.<sup>36</sup>

qu'une société de personnes avait été constituée entre les Américains et les Canadiens. Cette conclusion reposait toutefois sur la présomption que les parties avaient l'intention de s'associer. Dans la lettre qu'il a écrite au professeur Buxbaum pour obtenir son opinion, l'avocat de l'appelante a écrit que l'objet de la société initialement envisagée était de construire l'immeuble en copropriété de HCP. L'avocat ne disait rien au sujet de l'intention des Canadiens<sup>34</sup>. Dans l'avis qu'il a donné, le professeur reconnaît les hypothèses qu'il a retenues au sujet de l'intention:

[TRADUCTION] L'avocat m'a également fait savoir que toutes les personnes nommées au paragraphe suivant [. . .] avaient l'intention de devenir membres de cette société de personnes<sup>35</sup>.

Le professeur Buxbaum a confirmé ce fait lors du contre-interrogatoire que Sa Majesté lui a fait subir:

[TRADUCTION]

Q. Si j'ai bien compris, Monsieur, pour former votre opinion, vous avez considéré ce fait [l'intention de constituer une société de personnes] comme un fait acquis?

R. C'est exact.

Q. Je vous fais toutefois observer, Monsieur, que vous n'aviez aucun moyen de connaître l'intention des appelants.

R. C'est exact.

Q. Pourtant, vous deviez de toute évidence tenir compte de l'intention des appelants pour former votre opinion.

R. Eh bien, c'est un des faits mentionnés ici.

Q. C'est [. . .]

R. On m'a surtout demandé de tenir compte du fait objectif qu'ils s'étaient effectivement associés.

Q. Mais vous [. . .]

R. L'intention est pertinente. S'ils n'avaient pas voulu s'associer, il aurait alors fallu examiner le document de plus près pour décider si, en droit, on pouvait conclure qu'ils étaient néanmoins devenus des associés.

Q. Monsieur, pour former votre opinion, vous avez présumé que les appelants avaient l'intention de s'associer [. . .]

R. C'est bien ça.

Q. [. . .] dans le cadre d'une société de personnes? Vous avez considéré ce fait comme un fait acquis?

R. Oui, c'est bien ce que j'ai fait<sup>36</sup>.

[49] These vital facts cannot be assumed. They must be based on evidence, which according to the expert as well as the trier of fact, was not sufficient to prove the requisite intention.

[50] The respondent also submits in written argument that (a) the HCP condominium was not a source of income from which losses could be deducted, (b) there was no real loss in this situation; (c) ITA, subsection 245(1) applies in this situation; (d) the amount was an unreasonable deduction contrary to section 67 of the ITA; and, (e) the transaction was a sham. Since the adjudication of the central issue is sufficient to dispose of this case, I would decline to deal with them in these reasons.

[51] I would therefore dismiss the appeal, with costs to the respondent.

STRAYER J.A.: I agree.

\* \* \*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

ROBERTSON J.A. (*dissenting*):

## INTRODUCTION

[52] The appellant taxpayer, together with other Canadian residents, participated in a series of step transactions with the principal objective of gaining access to an unrealized non-capital loss of US\$10 million. That loss accrued with the disposition of a condominium development owned by a California partnership, which disposition occurred immediately after the taxpayers' admission to that partnership. As expected, the non-capital loss greatly exceeds the US\$1.2 million invested by the Canadian taxpayers who now seek to import that foreign loss into Canada for the purpose of reducing their income tax liability. By agreement, the outcome of this appeal will be dispositive with respect to the other Canadian participants.

[49] Des faits aussi cruciaux ne peuvent être présumés. Ils doivent reposer sur la preuve, laquelle, suivant l'expert et l'arbitre des faits, n'était pas suffisante pour établir l'intention requise.

[50] L'intimée a également fait valoir dans sa plaidoirie écrite que: a) l'immeuble en copropriété de HCP ne constituait pas une source de revenus de laquelle on pouvait déduire des pertes; b) il n'y a pas eu de véritable perte en l'espèce; c) le paragraphe 245(1) de la LIR s'applique au cas qui nous occupe; d) la somme réclamée constituait une déduction déraisonnable au sens de l'article 67 de la LIR; e) l'opération était un trompe-l'œil. Comme la conclusion tirée au sujet de la principale question en litige suffit pour trancher le présent litige, je suis d'avis de ne pas traiter de ces questions dans les présents motifs.

[51] Je suis par conséquent d'avis de rejeter l'appel et d'adjuger les dépens à l'intimée.

LE JUGE STRAYER, J.C.A.: Je suis du même avis.

\* \* \*

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

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A. (*dissent*):

## GENÈSE DE L'INSTANCE

[52] La contribuable appelante a, de concert avec d'autres résidents canadiens, participé à une série d'opérations dans le but principal d'obtenir une perte autre qu'en capital non réalisée de dix millions de dollars US. Cette perte faisait suite à la vente d'un immeuble en copropriété qui appartenait à une société de personnes californienne. Cette vente avait eu lieu immédiatement après l'admission des contribuables au sein de la société. Comme prévu, la perte autre qu'en capital dépassait de beaucoup la somme de 1,2 million de dollars US investie par les contribuables canadiens, qui cherchent maintenant à importer au Canada cette perte subie à l'étranger en vue de réduire leur dette fiscale. Il a été convenu que l'issue du présent appel s'appliquerait aux appels interjetés par les autres associés canadiens.

[53] The Tax Court Judge ruled in favour of the Minister of National Revenue on two grounds. First, he held that a valid partnership had not been established because there was no intention “to carry on business in common with a view to profit”. In the opinion of the Tax Court Judge, the taxpayer’s “single overriding consideration” was to obtain a tax loss. The second ground advanced by the Tax Court Judge is related to the first. He held that because the non-capital loss was significantly greater than the profits to be derived from the apartment building which the partnership continued to own after the sale of the condominium development, the business was not being carried on “with a view to profit or with a reasonable expectation of profit”. The Tax Court Judge did rule in the taxpayers’ favour on three issues. He held that the transaction in question was not a sham, neither was it caught by two of the *Income Tax Act*’s anti-avoidance provisions, namely, sections 67 and 245.

[54] My colleague, Justice Linden, is prepared to uphold the decision below on the basis that the issue before us, namely, whether the parties had an intention to profit, is simply a question of fact; therefore, deference is owed to the trier of fact and there is no basis in law to interfere with his findings. With great respect, I must distance myself from both the reasons and the result proffered by my colleague. In my view, the Supreme Court’s recent decision in *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*<sup>37</sup> is dispositive of the issue as to whether a valid partnership had been formed. This becomes evident once it is recognized that the Tax Court Judge applied this Court’s decision in *Continental Bank*, which was subsequently overruled by the Supreme Court.<sup>38</sup> I hasten to add that, in *Continental Bank*, this Court relied on its own decision in *Hickman Motors Ltd. v. Canada*,<sup>39</sup> which was also overruled by the Supreme Court.

[55] I assume that the critical finding of fact made by the Tax Court Judge and referred to by my

[53] Le juge de la Cour de l’impôt a donné gain de cause au ministre du Revenu national sur deux points. En premier lieu, il a déclaré qu’aucune société de personnes n’avait valablement été constituée parce qu’il n’y avait pas d’intention d’«exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice». Suivant le juge de la Cour de l’impôt, «l’unique motif» qui motivait les contribuables était d’obtenir une perte fiscale. Le second motif avancé par le juge de la Cour de l’impôt se rapporte au premier. Il a statué que, comme la perte autre qu’en capital était beaucoup plus élevée que les profits à tirer de l’immeuble d’habitation dont la société de personnes est demeurée propriétaire après la vente de l’immeuble en copropriété, l’entreprise n’était pas exploitée «en vue de réaliser un bénéfice ou dans une attente raisonnable de profit». Le juge de la Cour de l’impôt a par ailleurs donné raison aux contribuables sur trois points. Il a statué que l’opération en question n’était pas un trompe-l’œil et qu’elle ne tombait pas sous le coup de deux des dispositions anti-évasion de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, en l’occurrence les articles 67 et 245.

[54] Mon collègue, le juge Linden, est prêt à confirmer la décision de première instance au motif que la question qui nous est soumise, en l’occurrence celle de savoir si les parties avaient l’intention de réaliser un bénéfice, est simplement une question de fait, de sorte qu’il y a lieu de faire preuve de retenue à l’égard des conclusions de fait tirées par l’arbitre des faits et que rien ne justifie en droit de modifier les conclusions que celui-ci a tirées. En toute déférence, je ne saurais souscrire aux motifs et au dispositif proposés par mon collègue. À mon avis, l’arrêt récent *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*<sup>37</sup> de la Cour suprême du Canada tranche la question de savoir si une société de personnes a été valablement formée. Cette conclusion devient évidente lorsqu’on tient compte du fait que le juge de la Cour de l’impôt a appliqué l’arrêt rendu par notre Cour dans l’affaire *Continental Bank*, arrêt qui a par la suite été infirmé par la Cour suprême<sup>38</sup>. Je m’empresse d’ajouter que, dans l’arrêt *Continental Bank*, notre Cour s’est appuyée sur sa propre décision dans l’affaire *Hickman Motors Ltd. c. Canada*<sup>39</sup>, qui a également été infirmée par la Cour suprême.

[55] Je présume que la conclusion de fait cruciale que le juge de la Cour de l’impôt a tirée et que mon

colleague is that found at page 2787 of the Tax Court Judge's reasons, wherein it is observed that "none of the appellants [taxpayers] intended anything other than to obtain a tax loss". Standing alone, this passage is open to several interpretations. If it is construed to mean that the taxpayers' subjective intentions reveal only an intention to garner a tax loss, that construction is contrary to the analytical framework prescribed by the Supreme Court in *Continental Bank* for determining whether a valid partnership was formed. According to the Supreme Court, intention cannot be based solely on the subjective intentions of the parties; it must also be based on objective evidence.

[56] I have always believed that tax law is more concerned with the actual conduct of taxpayers, than with their oral testimony. Clear, objective evidence as to intention always trumps the subjective ruminations of witnesses who are naturally reticent to offer testimony which may be prejudicial to their interests. Moreover, the influence which legal and tax advisors exercise over their clients cannot be ignored when assessing the parties' intentions. In the present case, that influence was apparent. As will be discussed below, I find the fact that the partnership carried on business in a manner consistent with the written agreements more compelling evidence of the parties' intentions than their oral testimony. I need only add that the fact that the taxpayers did not concede that the transaction was motivated by the tax loss until the date of trial does not constitute the type of "deceit" envisaged by the sham doctrine. It does, however, constitute convincing evidence that the Minister should spend more time evaluating what the parties did than what they were prepared to concede at discovery or at trial. The folly of the Minister's position stems from his apparent belief that the only evidence relevant to establishing the intention of the taxpayers is their thoughts. In future, it may be convenient in tax law to distinguish between that which motivates a taxpayer to do something, and that which is intended, as evidenced by what a taxpayer actually does.<sup>40</sup>

collègue a mentionnée est celle que l'on trouve à la page 2787 des motifs du juge de la Cour de l'impôt, où il a fait remarquer qu'«aucun des appelants n'avait une intention autre que celle d'obtenir une perte fiscale». Pris isolément, ce passage se prête à plusieurs interprétations. S'il est interprété comme signifiant que l'intention subjective des contribuables révèle uniquement une intention de se procurer une perte fiscale, une telle interprétation va à l'encontre du cadre analytique prescrit par la Cour suprême dans l'arrêt *Continental Bank* pour décider si une société de personnes a été valablement formée. Selon la Cour suprême, l'intention ne saurait dépendre exclusivement de l'intention subjective des parties; elle doit également reposer sur des éléments de preuve objectifs.

[56] J'ai toujours pensé que le droit fiscal s'intéressait davantage à la conduite effective des contribuables qu'à leur témoignage. Les éléments de preuve clairs et objectifs quant à l'intention valent toujours mieux que les ruminations subjectives des témoins qui sont naturellement réticents à donner un témoignage qui risquerait de nuire à leurs intérêts. En outre, on ne peut passer sous silence l'influence que les conseillers juridiques et fiscaux exercent sur leurs clients lorsqu'on évalue l'intention des parties. En l'espèce, cette influence est évidente. Ainsi que je l'exposerai plus loin, j'estime que le fait que la société de personnes exerçait ses activités d'une manière compatible avec les ententes écrites constitue une preuve plus convaincante de l'intention des parties que leur témoignage. Il suffit d'ajouter que le fait que les contribuables n'ont concédé qu'au procès que l'opération était motivée par la perte fiscale ne constitue pas le genre de «supercherie» visée par la doctrine du trompe-l'œil. Il constitue toutefois une preuve convaincante que le ministre devrait consacrer plus de temps à évaluer ce que les parties ont fait que ce qu'elles étaient prêtes à reconnaître lors de l'enquête préalable ou au procès. L'absurdité de la thèse du ministre découle du fait qu'il semble croire que les seuls éléments de preuve pertinents lorsqu'il s'agit d'établir l'intention d'un contribuable sont ce qu'il pense. À l'avenir, il y aurait peut-être lieu, en droit fiscal, d'établir une distinction entre ce qui motive un contribuable à faire quelque chose et le but qui est visé, comme en témoignent les actes effectivement accomplis par un contribuable<sup>40</sup>.

[57] Alternatively, if the Tax Court Judge meant to imply that there is no objective evidence that the taxpayers intended to carry on business with a view to profit, then the relevant passage contradicts the fact that the partnership continued to hold title to a profit-generating asset, namely, the apartment building, for at least a decade after the sale of the condominium development.

[58] I pause here to note that at no time have the taxpayers sought to establish a valid partnership on the basis of documentary evidence alone, as suggested by my colleague at paragraph 46 of his reasons. The evidence on which the taxpayers rely includes consideration of whether that documentary evidence was acted upon and governed the parties' affairs. As stated above, the issue before us is not to be decided solely by reference to what the parties thought or said on the witness stand. Evidence of intention has always been measured by another yardstick, namely, what the parties actually did.

[59] A final interpretation of the passage at page 2787 is that the taxpayers' predominant motive was to gain access to a tax loss. This interpretation is consistent with pages 2784-2785 of the Tax Court Judge's reasons, in which he states that "[t]he appellants got together to obtain a tax loss; this was the single overriding motivation to their relationship". That passage clearly reveals that, while other considerations may have influenced the taxpayers' decision to enter into the California partnership, the taxpayers' primary motive was to gain access to a tax loss. In the Tax Court Judge's view, that meant that a valid partnership had not been formed. At the time of his decision, that view of the law was fully supported by this Court's decision in *Continental Bank*, which the Tax Court Judge quoted extensively at pages 2785-2787 of his reasons.

[57] À titre subsidiaire, si le juge de la Cour de l'impôt voulait simplement laisser entendre qu'aucune preuve objective ne permet en l'espèce de penser que les contribuables avaient l'intention d'exploiter une entreprise en vue de réaliser un bénéfice, le passage en question contredit le fait que la société de personnes a continué pendant au moins une dizaine d'années après la vente de l'immeuble en copropriété à être propriétaire d'un bien qui générait des bénéfices, en l'occurrence l'immeuble d'habitation.

[58] J'ouvre ici une parenthèse pour signaler que les contribuables n'ont jamais essayé d'établir l'existence d'une société de personnes valablement constituée en se fondant exclusivement sur des éléments de preuve documentaires, ainsi que le fait remarquer mon collègue au paragraphe 46 de ses motifs. Parmi les éléments de preuve sur lesquels les contribuables se fondent, signalons la question de savoir si les parties ont agi conformément aux actes constitutifs de la société ou si elles étaient régies par eux. Ainsi que je l'ai déjà signalé, la question qui nous est soumise ne doit pas être tranchée uniquement en fonction de ce que les parties ont pensé ou ont déclaré à la barre des témoins. Les éléments de preuve relatifs à l'intention sont toujours mesurés en fonction d'un autre critère, en l'occurrence la conduite effective des parties.

[59] L'extrait précité à la page 2787 peut aussi être interprété comme signifiant que le principal mobile des contribuables était de se prévaloir d'une perte fiscale. Cette interprétation s'accorde avec les pages 2784 et 2785 de ses motifs où le juge de la Cour de l'impôt déclare que «[l]es appelants se sont réunis en vue d'obtenir une perte fiscale; c'était l'unique motif de la relation qui existait entre eux». Il ressort à l'évidence de ce passage que, bien que d'autres considérations aient peut-être influencé la décision des contribuables d'adhérer à la société de personnes californienne, le mobile principal des contribuables était d'acquiescer à une perte fiscale. Suivant le juge de la Cour de l'impôt, il s'ensuivait qu'aucune société de personnes n'avait été valablement formée. Au moment de sa décision, cette interprétation du droit était entièrement appuyée par la décision de notre Cour dans l'arrêt *Continental Bank*, dont le juge de la Cour de l'impôt a cité de larges extraits aux pages 2785 à 2787 de ses motifs.

[60] However, the Tax Court Judge was also aware that, according to *Lindley & Banks on Partnership*,<sup>41</sup> a valid partnership may subsist even if the taxpayer's predominant motive is tax avoidance, provided that there is an ancillary or secondary intention of carrying on business with a view to profit. If the Tax Court Judge's reasons are to be interpreted as finding that there was no such secondary or ancillary intention, that finding is clearly incorrect, since the documentary evidence demonstrates that the partnership acquired an income-earning asset which became profitable within a relatively short time. Admittedly, *Lindley & Banks on Partnership* goes on to suggest that if a taxpayer's sole purpose for entering into a partnership is to obtain a tax loss, and it was contemplated from the outset that no profits would be derived from the business, then the requisite secondary intention would be lacking.

[61] In my view, the Tax Court Judge was acutely aware of the significance of objective evidence to support a finding that there was a secondary intention to profit. He was also aware that the tax avoidance scheme had been deliberately structured to ensure that the partnership would continue once the condominium development was sold. This fact alone is sufficient to demonstrate the taxpayers' secondary intention to establish a valid partnership. This is true even though the decision to acquire the apartment building was not contemplated when the taxpayers were first informed of the tax shelter. It was an "afterthought", undertaken to satisfy the requirement of partnership law and the *Income Tax Act* that there be an ongoing business carried on in common with a view to profit. Nonetheless, this secondary intention existed as of November 30, 1987, the date the "step transactions" were carried out. This may explain why the Tax Court Judge went on to hold that, because of the magnitude of the non-capital loss compared to the profits to be generated by the apartment building, the business was not being carried on "with a view to profit or with a reasonable expectation of profit". This is one finding which I cannot ignore, as it negates the taxpayers' argument that there was a secondary intention to profit from the transactions.

[60] Le juge de la Cour de l'impôt était toutefois aussi conscient du fait que, suivant *Lindley & Banks on Partnership*<sup>41</sup>, une société de personnes peut être valablement formée même si le mobile prédominant du contribuable est l'évasion fiscale, à condition qu'il y ait une intention accessoire ou secondaire d'exploiter une entreprise en vue de réaliser un bénéfice. Si l'on doit interpréter les motifs du juge de la Cour de l'impôt comme signifiant qu'il n'y avait pas de telle intention accessoire ou secondaire en l'espèce, cette conclusion est de toute évidence mal fondée, étant donné qu'il ressort de la preuve documentaire que la société de personnes a acquis un bien productif de revenu qui est devenu rentable dans un laps de temps relativement court. Certes, les auteurs de *Lindley & Banks on Partnership* précisent bien que, si le seul but visé par le contribuable en devenant membre d'une société de personnes est d'obtenir une perte fiscale et s'il prévoyait dès le départ ne tirer aucun profit de l'entreprise, l'intention secondaire exigée n'est pas présente.

[61] À mon avis, le juge de la Cour de l'impôt était profondément conscient de l'importance des éléments de preuve objectifs pour appuyer une conclusion quant à l'existence d'une intention secondaire de réaliser un bénéfice. Il savait aussi que le mécanisme d'évasion fiscale avait été délibérément structuré de manière à s'assurer que la société de personnes continuerait à exister après la vente de l'immeuble en copropriété. À lui seul, ce fait suffit à démontrer l'intention secondaire des contribuables de créer une société de personnes valide et ce, même si la décision d'acquérir l'immeuble d'habitation n'était pas envisagée lorsque les contribuables ont été informés pour la première fois de l'existence de cet abri fiscal. La décision est venue «après coup» pour répondre aux exigences des règles de droit des sociétés de personnes et de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qui exigeaient qu'il y ait une entreprise exploitée activement en commun en vue de réaliser un bénéfice. Néanmoins, cette intention secondaire existait au 30 novembre 1987, date à laquelle les «opérations en série» ont été exécutées. Ces faits expliquent peut-être la raison pour laquelle le juge de la Cour de l'impôt a poursuivi en statuant qu'en raison de l'ampleur de la perte autre qu'en capital par rapport aux profits que l'immeuble d'habitation devait générer, l'entreprise n'était pas exploitée.

[62] Finally, at paragraphs 38 to 45 of his reasons, my colleague finds the taxpayer's lack of intention to carry on business in common with one of the American parties to the transaction (BDI) as a basis for holding that no partnership existed. That matter will be dealt with below. With respect, I find no merit in this argument which, in my respectful opinion, is based on a fundamental misunderstanding of the facts.

[63] Since this appeal raises the question of the applicability of the reasonable expectation of profit doctrine, established by the Supreme Court in *Moldowan v. The Queen*,<sup>42</sup> and because of the disparate views held by my colleague and myself, I feel compelled to retrace the facts of this case and to review *Continental Bank*.

#### FACTS AND DECISION BELOW

[64] In 1978, a partnership was formed pursuant to the laws of California for the purpose of developing a 423-unit condominium on California's Santa Catalina Island. In order to obtain the requisite government approvals, the partnership had to undertake to construct an apartment building, the rent to which would be government subsidized. Both projects were completed, and title to the apartment building was held by a corporation wholly owned by the partnership.

[65] By the end of 1986, the cost of the condominium development had exceeded its value by approximately US\$10 million. At that time, the partnership was comprised of "BDI" and "Peninsula", which were interested in selling their 50% interests in the partnership if BDI could retain title to the development. That

«en vue de réaliser un bénéfice ou dans une attente raisonnable de profit». Voilà une conclusion que je ne puis ignorer, car elle nie l'argument des contribuables suivant lequel il y avait une intention secondaire de réaliser un bénéfice grâce aux opérations en question.

[62] Finalement, aux paragraphes 38 à 45 de ses motifs, mon collègue se fonde sur le fait que la contribuable n'avait pas l'intention d'exploiter une entreprise en commun avec l'une des parties américaines à l'opération (BDI) pour conclure qu'aucune société de personnes n'a été créée. Je reviendrai sur cette question. En toute déférence, cet argument est mal fondé et repose, à mon humble avis, sur une interprétation fondamentalement erronée des faits.

[63] Étant donné que le présent appel soulève la question de l'applicabilité de la doctrine de l'expectative raisonnable de profit que la Cour suprême du Canada a établie dans l'arrêt *Moldowan c. La Reine*<sup>42</sup>, et en raison des vues divergentes exprimées par mon collègue et par moi-même sur la question, je m'estime forcé de relater les faits de la présente affaire et d'examiner l'arrêt *Continental Bank*.

#### LES FAITS ET LA DÉCISION DE PREMIÈRE INSTANCE

[64] En 1978, une société de personnes a été constituée sous le régime des lois de la Californie en vue d'aménager et de construire un immeuble en copropriété de 423 appartements sur l'île Santa Catalina, en Californie. Pour obtenir des autorités gouvernementales les permis requis, la société de personnes a dû construire un immeuble d'habitation dont les loyers devaient être subventionnés par l'État. Les deux immeubles ont été construits et le titre de propriété de l'immeuble d'habitation était détenu par une personne morale qui appartenait en propriété exclusive à la société de personnes.

[65] À la fin de 1986, les coûts de construction de l'immeuble en copropriété dépassaient sa juste valeur marchande d'environ dix millions de dollars US. À l'époque, la société de personnes était formée de BDI et de Peninsula, qui étaient toutes les deux intéressées à vendre la participation de 50 pour 100 respective

stipulation did not affect Peninsula, since it was a wholly owned subsidiary of BDI. The sale of the condominium to BDI would generate a non-capital loss and, on this understanding, the appellant taxpayer, together with other Canadian residents, agreed to purchase the partnership. Prior to the execution of the formal documents, the parties were advised that, in order for the scheme to survive legal scrutiny, it would be necessary for the partnership to carry on business following the sale of the condominium development. Thus, it was agreed that the partnership would acquire direct ownership of the apartment building and continue to operate it as such. Under the agreement, the taxpayers were guaranteed a minimum tax loss of US\$7 million for a maximum investment of US\$1.4 million. The agreement also stipulated that once the Canadian taxpayers were admitted to the partnership, they would sell the condominium development to BDI and title to that property would be transferred immediately to BDI.

[66] On November 30, 1987, a series of “step” transactions were executed, resulting in the following events. BDI and Peninsula amended their partnership agreement to provide that the partnership would continue regardless of the withdrawal of a partner or the admission of a new one. The apartment building was then sold to the partnership for US\$2.9 million, payable in cash (US\$696,000) and the assumption of existing liabilities. The partnership borrowed the cash from BDI. The partnership then sold the shares of the corporation to BDI for US\$696,000. That amount was paid by way of a set-off against the loan from BDI to the partnership. At this stage of the transaction, the partnership was comprised of two partners, BDI and Peninsula, which held title to both the condominium development and the apartment building.

[67] The next “step” involved Peninsula selling its 50% interest in the partnership to the taxpayer. In

qu’elles détenaient dans la société de personnes si BDI pouvait conserver son titre de propriété sur l’immeuble. Cette condition n’avait aucune incidence sur Peninsula, étant donné qu’elle était une filiale possédée en propriété exclusive par BDI. La vente de l’immeuble en copropriété à BDI devait donner lieu à une perte autre qu’en capital et, à cette condition, la contribuable appelante a, de concert avec d’autres résidents canadiens, convenu d’acheter la société de personnes. Avant la signature des documents officiels, les parties ont été informées que, pour que l’opération survive à tout examen juridique minutieux, il serait nécessaire que la société de personnes exploite une entreprise après la vente de l’immeuble d’habitation. Il a donc été convenu que la société de personnes deviendrait directement propriétaire de l’immeuble d’habitation et continuerait à exercer ses activités à ce titre. Aux termes de cette entente, on garantissait aux contribuables une perte fiscale minimale de sept millions de dollars US en contrepartie d’un investissement maximal de 1,4 million de dollars US. L’entente stipulait également qu’une fois qu’ils seraient admis au sein de la société, les contribuables canadiens vendraient l’immeuble en copropriété à BDI et que le titre de propriété de cet immeuble serait alors transféré immédiatement à BDI.

[66] Le 30 novembre 1987, une série d’opérations ont été exécutées et ont produit les résultats suivants. BDI et Peninsula ont modifié leur contrat de société de personnes de manière à ce que celle-ci poursuive ses activités indépendamment du retrait ou de l’admission d’un associé. L’immeuble d’habitation a été vendu à la société de personnes pour une somme de 2,9 millions de dollars US payable comptant (696 000 \$US) et moyennant la prise en charge des dettes existantes. La société de personnes a emprunté cette somme à BDI. Elle a ensuite vendu les actions de la compagnie à BDI au prix de 696 000 \$US. Cette somme a été payée par réduction du prêt consenti par BDI à la société de personnes. À ce moment-là, la société comprenait deux associés, BDI et Peninsula, qui étaient propriétaires de l’immeuble en copropriété et de l’immeuble d’habitation.

[67] Peninsula a ensuite vendu à la contribuable la participation de 50 pour 100 qu’elle détenait dans la

turn, BDI disposed of its 50% interest by selling a 25% interest to the taxpayer and the other 25% to a Canadian corporation (Spire Investors Group Ltd.) which acted for itself and as nominee for several persons.

[68] The aggregate purchase price for all of the partnership interests was US\$34.5 million, of which US\$1.2 million was paid by certified cheque and the remaining US\$33.3 million by demand promissory notes. The partnership then sold the condominium project to BDI for the amount secured by the promissory notes. The partnership's net loss for the 1987 taxation year on the sale of the condominium project was US\$10 million plus US\$400,000 on the sale of the shares. The Minister does not dispute the amounts in issue, which I have rounded off for ease of reference.

[69] In addition to paying down the mortgage on the apartment building, the partnership realized profits of US\$457,000. An excess cash flow of US\$756,000 was withdrawn from the partnership between 1989 and 1995, inclusive. The following table represents the partnership's net profits, amounts withdrawn by the partners, and partnership income for Canadian tax purposes during those years:

Year	Net Income (\$US)	Amounts Withdrawn (\$US)	Income for Canadian Tax Purposes (\$Cdn)
1989	\$ 33,224	\$ 50,136	Nil
1990	\$ 38,506	\$ 48,528	Nil
1991	\$ 73,483	\$ 99,528	Nil
1992	\$ 66,345	\$119,109	Nil
1993	\$114,165	\$156,913	\$72,023
1994	\$ 82,521	\$151,520	\$62,162
1995	\$ 49,192	\$130,839	\$32,954

[70] The Tax Court Judge accepted that when BDI and Peninsula formed their partnership, a *bona fide* partnership existed under the laws of California. That determination was based on a finding that the two original partners "had a reasonable expectation of

société de personnes. En réponse, BDI a vendu à la contribuable une participation de 25 pour 100 et l'autre participation de 25 pour 100 qu'elle détenait à une compagnie canadienne (Spire Investors Group Ltd.), qui agissait pour son propre compte et comme mandataire de plusieurs personnes.

[68] Le prix d'achat total des participations dans la société de personnes s'élevait à 34,5 millions de dollars US dont 1,2 million de dollars US a été payé par chèque certifié et le solde de 33,3 millions de dollars US par billets à ordre. La société de personnes a alors vendu l'immeuble en copropriété à BDI pour la somme garantie par les billets à ordre. La vente de l'immeuble en copropriété au cours de l'année d'imposition 1987 a donné lieu à une perte nette de dix millions de dollars US, plus 400 000 \$US pour la vente des actions. Le ministre ne conteste pas les sommes en litige, que j'ai arrondies par souci de commodité.

[69] En plus de rembourser le prêt hypothécaire grevant l'immeuble d'habitation, la société de personnes a réalisé des bénéfices de 457 000 \$US. Une marge brute d'autofinancement excédentaire de 756 000 \$US a été retirée de la société entre 1989 et 1995 inclusivement. Le tableau suivant illustre les profits nets de la société, les sommes retirées par les associés et le revenu tiré par la société du point de vue du fisc canadien au cours des années en question:

Année	Revenu net (\$US)	Sommes retirées (\$US)	Revenu du point de vue du fisc canadien (\$CAN)
1989	33 224 \$	50 136 \$	Néant
1990	38 506 \$	48 528 \$	Néant
1991	73 483 \$	99 528 \$	Néant
1992	66 345 \$	119 109 \$	Néant
1993	114 165 \$	156 913 \$	72 023 \$
1994	82 521 \$	151 520 \$	62 162 \$
1995	49 192 \$	130 839 \$	32 954 \$

[70] Le juge de la Cour de l'impôt a accepté que, lorsque BDI et Peninsula se sont associées, une société de personnes valablement constituée a été formée selon les lois de la Californie. Cette conclusion reposait sur la constatation que les deux associés

profit from the investments and carried on a business with a view to profit". The Tax Court Judge then turned his attention to the validity of the partnership, in light of the admission of the Canadian partners and the withdrawal of BDI and Peninsula.

[71] The Tax Court Judge acknowledged that the creation and dissolution of the partnership had to be determined by reference to California law. However, he noted that the taxpayer's expert witness addressed only the question of whether the partnership had been dissolved by virtue of the admission of new partners on November 30, 1987. Accepting the expert's testimony that the partnership remained intact, the Tax Court Judge asked whether the alleged partnership met the other requirements of California law. He ruled that since neither party led evidence on this issue, it had to be assumed that the law of California with respect to partnerships was the same as that in the Canadian provinces. On this basis, he held that in order for a partnership to exist, there had to be a relationship between persons "carrying on business in common with a view to profit".<sup>43</sup>

[72] The Tax Court Judge found that this requirement was not satisfied. It is somewhat unclear whether he held that the taxpayer's sole purpose was to obtain a tax loss or whether that was simply the overriding consideration. More importantly, in reaching his conclusion, the Tax Court Judge invoked this Court's decision in *Continental Bank*, in addition to a case which he authored.<sup>44</sup> The latter decision involves a tax plan similar to the one under appeal. The taxpayer's appeal in that case was also unsuccessful.

[73] The Tax Court Judge went on to find that there was no intention to carry on business with a view to profit and that there was no reasonable expectation of profit. As noted earlier, this finding was arrived at by

initiaux «s'attendaient d'une façon raisonnable à tirer profit des investissements et exploitaient une entreprise en vue de réaliser un bénéfice». La juge de la Cour de l'impôt a ensuite dirigé son attention sur la validité de la société de personnes, à la lumière de l'admission des associés canadiens et du retrait de BDI et de Peninsula.

[71] Le juge de la Cour de l'impôt a reconnu que la création et la dissolution de la société de personnes devaient être déterminées en fonction du droit californien. Il a toutefois fait remarquer que le témoin expert de la contribuable s'était penché uniquement sur la question de savoir si la société de personnes avait été dissoute le 30 novembre 1987 par suite de l'admission des nouveaux associés. Acceptant le témoignage de l'expert suivant lequel la société de personnes était demeurée intacte, le juge de la Cour de l'impôt s'est posé la question de savoir si la présumée société de personnes satisfaisait aux autres exigences de la législation californienne. Il a statué que, comme aucune des parties n'avait présenté de preuve sur cette question, il fallait présumer que la législation sur les sociétés de la Californie était semblable à celle des provinces canadiennes. Il a par conséquent conclu que, pour qu'une société de personnes existe, il fallait qu'il y ait une relation entre des personnes «qui exploitent une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice»<sup>43</sup>.

[72] Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que la contribuable n'avait pas satisfait à cette exigence. On ne sait pas avec certitude s'il a jugé que le seul objectif poursuivi par le contribuable était d'obtenir une perte fiscale ou si cet objectif était prépondérant. Il importe toutefois de souligner que, pour tirer cette conclusion, le juge de la Cour de l'impôt a invoqué l'arrêt *Continental Bank* de notre Cour, en plus d'une de ses propres décisions<sup>44</sup>. Cette dernière décision portait sur un stratagème fiscal semblable à celui qui est à l'examen dans le présent appel. Le contribuable a également été débouté de son appel.

[73] Le juge de la Cour de l'impôt a poursuivi en concluant qu'en l'espèce, il n'y avait pas d'intention d'exploiter une entreprise en vue de réaliser un bénéfice et qu'il n'y avait pas d'expectative

comparing the anticipated loss of US\$10 million with the anticipated profits to be realized from the apartment building. At page 2787 of his reasons, the Tax Court Judge stated:

In the appeals at bar as well [as in *Continental Bank*], none of the appellants intended anything other than to obtain a tax loss. The retention of the Tremont Apartments was an afterthought the appellants were advised was necessary. The quantum of the initial loss anticipated by the appellants compared with any anticipated, or real, profits from the Tremont Apartments cannot, in my view, lead to the conclusion that the relationship subsisting between the appellants was to carry on a business in common with a view to profit or with a reasonable expectation of profit. Any profits from the Tremont Apartments compared to the initial loss requires an exaggerated imagination to conclude that the transactions were undertaken with a view to profit. Again, the relationship subsisting between the appellants was not that of carrying on a business in common with a view to profit; they did not associate themselves to carry on a business for profit. [Emphasis added; footnote omitted.]

[74] The Tax Court Judge did rule in favour of the appellant taxpayer with respect to three issues. First, he held that the transaction in question was not a “sham”. Second, he rejected the argument that the tax loss could be disallowed under section 67 of the *Income Tax Act*, which limits the amount of an outlay or expense to that which is reasonable in the circumstances. The Tax Court Judge held that neither a non-capital loss arising from the disposition of property nor a capital loss from the disposition of shares constitutes a disbursement or an expense within the meaning of section 67. Third, the Tax Court Judge rejected the argument that section 245 of the Act, which prohibits a deduction in respect of a disbursement or an expense that unduly or artificially reduces a taxpayer’s income, was applicable for the same reasons offered in regard to section 67.

raisonnable de profit. Ainsi que je l’ai déjà signalé, le juge de la Cour de l’impôt en est arrivé à cette conclusion après avoir comparé la perte prévue de dix millions de dollars US avec les profits que l’on prévoyait tirer de l’immeuble d’habitation. Voici ce qu’il a déclaré à la page 2787 de ses motifs:

Dans les présents appels également [tout comme dans l’affaire *Continental Bank*], aucun des appelants n’avait une intention autre que celle d’obtenir une perte fiscale. Ils ont songé après coup à conserver les appartements Tremont, après qu’on leur eut dit qu’il fallait le faire. Le montant de la perte initiale que les appelants préoyaient subir par rapport aux bénéfices prévus ou réels tirés des appartements Tremont ne peut pas, à mon avis, nous permettre de conclure que la relation qui existait entre les appelants visait à leur permettre d’exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice ou dans une attente raisonnable de profit. Tout bénéfice tiré des appartements Tremont par rapport à la perte initiale exige un effort d’imagination incroyable lorsqu’il s’agit de conclure que les opérations visaient à permettre aux appelants de réaliser un bénéfice. Ici encore, la relation qui existait entre les appelants ne visait pas à leur permettre d’exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice; les appelants ne se sont pas associés en vue d’exploiter une entreprise dont ils tiraient des bénéfices. [Non souligné dans l’original; renvois omis.]

[74] Le juge de la Cour de l’impôt a effectivement donné gain de cause à la contribuable appelante sur trois des questions en litige. En premier lieu, il a statué que l’opération en question n’était pas un «trompe-l’œil». En deuxième lieu, il a rejeté l’argument que la déduction de la perte fiscale pouvait être refusée en vertu de l’article 67 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, qui limite le montant d’un débours ou d’une dépense au montant jugé raisonnable eu égard aux circonstances. Le juge de la Cour de l’impôt a estimé que ni la perte autre qu’en capital découlant de la disposition d’un bien, ni la perte en capital résultant de la disposition d’actions ne constituait un débours ou une dépense au sens de l’article 67 de la Loi. En troisième lieu, le juge de la Cour de l’impôt a jugé mal fondé l’argument que l’article 245 de la Loi, qui interdit toute déduction se rapportant à un débours ou une dépense qui sert à réduire indûment ou artificiellement le revenu du contribuable, s’appliquait pour les mêmes raisons que celles qui avaient été exposées au sujet de l’article 67.

[75] At paragraphs 8, 9 and 40 to 42 of his reasons, my colleague draws attention to the manner in which the transactions were reported by BDI to the American tax authorities and the fact that BDI never lost effective control of the condominium development. In my view, those facts are irrelevant to the disposition of the present appeal. I say this because they formed no part of the Tax Court Judge's reasons for disposing of the appeals. At page 2776, the Tax Court Judge observed: "I always have reservations about accepting evidence as to how a transaction is treated for tax purposes in a foreign jurisdiction", and "[h]ow a transaction is treated in a foreign jurisdiction is of no import as to how it ought to be treated for Canadian tax purposes".

[76] I turn now to the decision in *Continental Bank*.

#### CONTINENTAL BANK

[77] When Continental Bank (the Bank) decided to wind up its affairs, it invited offers for the purchase of the shares or assets of one of its wholly owned subsidiaries which carried on a leasing business. A prospective purchaser was found for the subsidiary's business, but it was concerned about the credit-worthiness of certain lessees. Accordingly, at the purchaser's request, the Bank entered into an arrangement whereby the subsidiary formed a partnership with several of the purchaser's subsidiaries to carry on the same leasing business. The assets of the subsidiary, other than the questionable leases, were transferred to the partnership. To avoid a recapture of capital cost allowance that would have otherwise flowed from an outright sale of the assets, the subsidiary effected a rollover under subsection 97(2) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 58; 1985, c. 45, s. 49)] by making the requisite election. The partnership continued to carry on the leasing business of the subsidiary. Three days later, the subsidiary transferred its interest in the partnership to the Bank pursuant to section 88 [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 52; 1979, c. 5, s. 29; 1980-81-82-83, c. 48, s. 48] of the Act as part of its winding-up. The Bank then sold its interest to the purchaser's subsidiaries.

[75] Aux paragraphes 8, 9 et 40 à 42 de ses motifs, mon collègue attire l'attention sur la manière dont BDI a déclaré les opérations en question au fisc américain et sur le fait que BDI n'a jamais perdu le contrôle effectif de l'immeuble en copropriété. À mon avis, ces faits ne sont d'aucune utilité lorsqu'il s'agit de trancher le présent appel et ce, parce qu'ils ne font pas partie des motifs exposés par le juge de la Cour de l'impôt pour justifier sa décision. À la page 2776, le juge de la Cour de l'impôt fait en effet remarquer: «J'hésite toujours à retenir un témoignage lorsqu'il est question de la façon dont une opération est traitée dans un ressort étranger aux fins de l'impôt». Il ajoute: «La façon dont une opération est traitée dans un ressort étranger n'a rien à voir avec la façon dont elle devrait être traitée aux fins de l'impôt canadien».

[76] Je passe maintenant à l'examen de l'arrêt *Continental Bank*.

#### L'ARRÊT CONTINENTAL BANK

[77] Lorsque la Continental Bank (la Banque) a décidé de procéder à sa liquidation, elle a lancé un appel d'offres d'achat des actions ou des éléments d'actif de l'une des filiales qui lui appartenait en totalité et qui exploitait une entreprise de crédit-bail. On a trouvé un acheteur éventuel pour l'entreprise de la filiale, mais cet acheteur était préoccupé par la solvabilité de certains locataires. En conséquence, à la demande de l'acheteur, la Banque a conclu une entente aux termes de laquelle la filiale formait une société de personnes avec plusieurs des filiales de l'acheteur pour exploiter la même entreprise de crédit-bail. Les éléments d'actif de la filiale ont, à l'exception des baux suspects, été transférés à la société de personnes. Pour éviter une récupération de la déduction pour amortissement à laquelle une vente pure et simple des actifs aurait autrement donné lieu, la filiale a procédé à un roulement en vertu du paragraphe 97(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 58; 1985, ch. 45, art. 49)] en faisant le choix requis. La société de personnes a continué à exploiter l'entreprise de crédit-bail de la filiale. Trois jours plus tard, la filiale a transféré à la Banque la participation qu'elle détenait dans la société de personnes en vertu de l'article 88 [mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art.

[78] The Bank's subsidiary filed an income tax return on the basis of the above transaction, including \$130,726 in income with respect to its net earnings during the three days in which it held an interest in the partnership. The Minister reassessed the subsidiary on the basis that the partnership transaction was invalid, giving rise to a recapture of capital cost allowance. In addition, the Minister relied on the fact that the tax planning strategy involved a breach of subsection 174(2) of the *Bank Act* [R.S.C., 1985, c. B-1], which provides that a bank may not directly or indirectly participate in a partnership. Section 34 of Ontario's *Partnerships Act* [R.S.O. 1980, c. 370] provides for the dissolution of a partnership upon the happening of any event that makes it unlawful to carry on business. The Tax Court allowed the subsidiary's appeal from the Minister's reassessment, but this Court reversed that decision and allowed the Minister's appeal.

[79] Writing for the Federal Court, Justice Linden found that no valid partnership had been created. Although the evidence failed to establish that the transaction was a sham, he held that a *bona fide* partnership had not been created, as the parties had failed to demonstrate their intention to carry on business in common with a view to profit. Rather, he found that the parties intended to effect a sale of assets through a device called a "partnership". At paragraphs 21 and 22 [pages 728-729] of his decision, Justice Linden stated:

Counsel for the taxpayer, however, suggests that a partnership existed and that the elements of the partnership definition were present. There is, says counsel, a written

52; 1979, ch. 5, art. 29; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 48] de la Loi dans le cadre de sa liquidation. La Banque a ensuite vendu sa participation aux filiales de l'acquéreur.

[78] La filiale de la Banque a produit une déclaration de revenus sur le fondement de l'opération susmentionnée, en déclarant notamment un revenu de 130 726 \$ relativement aux gains nets qu'elle avait réalisés au cours des trois jours durant lesquels elle avait détenu une participation dans la société de personnes. Le ministre a établi de nouveau l'impôt dû par la filiale en partant du principe que l'opération relative à la société de personnes était invalide, ayant donné lieu à une récupération de la déduction pour amortissement. Le ministre s'est par ailleurs fondé sur le fait que la stratégie de planification fiscale allait à l'encontre du paragraphe 174(2) de la *Loi sur les banques* [L.R.C. (1985), ch. B-1], qui prévoit qu'une banque ne peut participer directement ou indirectement à une société de personnes. L'article 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* de l'Ontario [L.R.O. 1980, ch. 370] prévoit qu'une société de personnes est dissoute dans tous les cas où se produit un événement qui rend illégale l'exploitation de l'entreprise de la firme. La Cour de l'impôt a accueilli l'appel interjeté par la filiale de la nouvelle cotisation établie par le ministre, mais notre Cour a infirmé cette décision et a accueilli l'appel du ministre.

[79] Sous la plume du juge Linden, la Cour d'appel fédérale a conclu qu'aucune société de personnes n'avait été valablement constituée. Il a statué que, même si la preuve ne démontrait pas que l'opération était un trompe-l'œil, une société de personnes n'avait pas été légalement constituée, étant donné que les parties n'avaient pas réussi à faire la preuve de leur intention d'exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice. Il a plutôt conclu que les parties avaient l'intention de réaliser une vente d'éléments d'actif par le truchement d'un mécanisme appelé «société de personnes». Aux paragraphes 21 et 22 [pages 728 et 729] de ses motifs, le juge Linden déclare:

L'avocat de la contribuable affirme toutefois qu'il existait une société de personnes et que les éléments de la définition de la société de personnes étaient réunis. Il y a, soutient

agreement, and this agreement is said to contain terms one normally finds in a partnership agreement. There is a business operated as a revenue producing enterprise. There is, too, the evidence that the parties held themselves out as partners to third parties, and that separate bank accounts and books and records were maintained solely on account of the "partnership".

Yet despite this array of facts, I am of the view that this was not a business carried on in common with a view to profit. The scheme lacked the necessary glue to hold it all together, which is intention. The parties must not only do in form what the statute prescribes, they must also intend it in substance, and this intention must be demonstrated on the facts. In other words, what occurred in the present circumstances as mere incidents of adopting a form of partnership cannot be seen as substantive evidence of an intention to create a partnership in fact. Hence, even if a business was transferred into the vehicle the parties called a partnership, and even if this business was claimed to be carried on in common, which I doubt it actually was, it was not run with the intention of earning profit. The parties, rather, intended to conduct a sale of assets through a device they chose to call a partnership, even though, in reality, it was not one.

[80] Justice Linden went on to conclude that tax considerations so dominated the parties' intentions that he was forced to conclude that the parties did not intend to create a "genuine partnership". The idea of sharing profits was described as "an afterthought when the parties originally put the deal together".<sup>45</sup> As for the fact that the partnership generated profits during its three-day existence, which were reported as income by the subsidiary, Justice Linden reasoned that such evidence was not conclusive that a partnership had been established.

[81] Although not relevant to the present appeal, Justice Linden also went on to find that a partnership did not exist because subsection 174(2) of the *Bank Act* and section 34 of the *Partnerships Act* of Ontario had been breached.

l'avocat, un accord écrit, et cet accord renfermerait des modalités que l'on trouve habituellement dans un contrat de société de personnes. Il y a une entreprise qui est exploitée dans un but lucratif. Il y a également des éléments de preuve qui tendent à démontrer que les parties se sont présentées aux tiers comme étant des associés, et que des comptes bancaires et des livres et des registres distincts ont été tenus uniquement pour le compte de la «société».

Pourtant, malgré cette accumulation impressionnante de faits, je suis d'avis que nous ne sommes pas en présence d'une entreprise qui a été exploitée en commun en vue de réaliser un bénéfice. Le mécanisme ne comportait pas le ciment nécessaire pour en assurer la cohésion, à savoir l'intention. Les parties doivent non seulement respecter les exigences de forme prévues par la loi, mais aussi en respecter les exigences de fond par leur conduite, et leur intention d'en respecter les exigences de fond doit être démontrée par les faits. En d'autres termes, les événements qui sont survenus en l'espèce et qui ne constituent que de simples aspects accessoires de l'adoption d'une forme de société ne sauraient être considérés comme des éléments de preuve de fond qui tendraient à démontrer l'existence d'une intention de créer effectivement une société. En conséquence, même si une entreprise a été transférée à l'entité que les parties ont désignée sous le vocable de société de personnes, et même si les parties prétendent qu'elles ont exploité cette entreprise en commun—ce dont je doute—, cette entreprise n'a pas été exploitée dans le but de tirer un profit. Les parties avaient plutôt l'intention de procéder à une vente d'éléments d'actif en recourant à un dispositif qu'elles ont choisi d'appeler une société de personnes même si, en réalité, il n'en s'agissait pas d'une.

[80] Le juge Linden a poursuivi en concluant que les considérations fiscales dominaient à un tel point l'intention des parties que force lui était de conclure que les parties n'avaient pas l'intention de créer une «véritable société de personnes». Il a ajouté que l'idée de partager les bénéfices était «venue après coup lorsque les parties ont initialement élaboré l'accord»<sup>45</sup>. Quant au fait que la société de personnes avait généré des profits pendant les trois jours de son existence et que ces profits avaient été déclarés à titre de revenus par la filiale, le juge Linden s'est dit d'avis que ces éléments de preuve ne démontraient pas à l'évidence qu'une société de personnes avait été créée.

[81] Bien que cet aspect ne soit pas pertinent dans le présent appel, le juge Linden a également conclu qu'il n'y avait pas de société de personnes parce qu'on avait contrevenu au paragraphe 174(2) de la *Loi sur les banques* et à l'article 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* de l'Ontario.

[82] The Supreme Court allowed the appeal (L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ. dissenting), finding that a valid partnership had been created and that the transaction did not contravene the *Bank Act*. Of particular relevance to the present appeal is the fact that the Supreme Court unanimously found that the transaction created a valid partnership.

[83] Justice Bastarache, speaking for the entire Court on the partnership issue, began his analysis of a valid partnership with some general propositions. They are found at paragraph 25 [page 318] of his reasons:

In cases such as this, where the parties have entered into a formal written agreement to govern their relationship and hold themselves out as partners, the courts should determine whether the agreement contains the type of provisions typically found in a partnership agreement, whether the agreement was acted upon and whether it actually governed the affairs of the parties (*Mahon v. Minister of National Revenue*, 91 D.T.C. 878 (T.C.C.)).

[84] His Lordship then went on to outline the classic prerequisites to establishing a valid partnership: (1) there must be a business; (2) the business must be carried on in common; and (3) the business must be carried on with a view to profit.

[85] Of particular significance to the present appeal is Justice Bastarache's holding that simply because there was an overriding intention to create a partnership for tax purposes, that does not negate the fact that profit-making and profit-sharing were ancillary purposes. At paragraphs 43 and 44 [pages 325-326], Justice Bastarache adopted the view expressed in *Lindley & Banks on Partnership* that even though a partnership is formed for a predominant motive other than profit (for example, tax avoidance), it still constitutes a valid partnership:

Simply because the parties had the overriding intention of creating a partnership for one purpose does not, however,

[82] La Cour suprême a accueilli l'appel (les juges L'Heureux-Dubé et Bastarache étant dissidents) en concluant qu'une société de personnes avait été valablement constituée et que l'opération ne contrevenait pas à la *Loi sur les banques*. Il vaut particulièrement la peine de souligner le fait que la Cour suprême a conclu à l'unanimité que l'opération avait eu pour effet de créer une société de personnes valablement constituée.

[83] Le juge Bastarache, qui s'exprimait au nom de l'ensemble des juges sur la question de la société de personnes, a commencé son analyse des conditions de validité d'une société de personnes en rappelant quelques grands principes, au paragraphe 25 [page 318] de ses motifs:

Dans les cas comme celui qui nous occupe, où les parties ont conclu un accord écrit formel régissant leurs rapports et se présentent comme des associés, les tribunaux doivent se demander si l'accord renferme le genre de dispositions figurant habituellement dans les contrats de société, si on a appliqué le contrat et si, dans les faits, il a régi les affaires des parties (*Mahon c. Ministre du Revenu national*, 91 D.T.C. 878 (C.C.I.)).

[84] Le juge Bastarache a ensuite exposé les conditions préalables classiques qui doivent être réunies pour qu'il y ait création d'une société de personnes valide: 1) il doit y avoir une entreprise; 2) cette entreprise doit être exploitée en commun; 3) en vue de réaliser un bénéfice.

[85] Il importe particulièrement de souligner, pour les fins du présent appel, que le juge Bastarache a statué que le seul fait que l'intention première des parties était de créer une société en nom collectif pour une fin fiscale n'empêche toutefois pas que la réalisation et le partage d'un bénéfice constituaient un but accessoire. Aux paragraphes 43 et 44 [pages 325 et 326], le juge Bastarache se rallie aux propos formulés par les auteurs de *Lindley & Banks on Partnership*, qui se disent d'avis que, même si une société de personnes est constituée dans un autre but dominant qu'un but lucratif (par exemple, pour éviter l'impôt), elle n'en constitue pas moins une société de personnes valide:

Le seul fait que l'intention première des parties était de créer une société en nom collectif pour une fin donnée

negate the fact that profit-making and profit-sharing was an ancillary purpose. This is sufficient to satisfy the definition in s. 2 of the *Partnerships Act* in the circumstances of this case. At pp. 10-11, *Lindley & Banks on Partnership* makes the following observation:

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

This is not a case where the disentanglement of one partner to a share of the profits was agreed to by the parties; nor is it a case where no profits were anticipated during the term of a partner's involvement. During the period in which Leasing and the Bank were partners in the business, the Partnership earned a profit from its leasing operations and that profit was distributed at year end.

[86] At paragraph 45 [page 326] of his reasons, Justice Bastarache emphasizes that it is insufficient to examine the parties' subjective intentions in order to determine whether they had an intention to carry on business in common with a view to profit:

The respondent argues that intending to constitute a valid partnership is not the same thing as intending to carry on business in common with a view to profit. I agree. The parties in the present case, however, set up a valid partnership within the meaning of s. 2 of the *Partnerships Act*. They had the intention to and did carry on business with a view to profit. This conclusion is not based simply on the parties' subjective statements as to intention. It is based on the objective evidence derived from the Partnership Agreement entered into by the parties.<sup>46</sup> [Emphasis added.]

[87] As to the fact that the transaction in question was structured for tax purposes, Justice Bastarache rejected this Court's assumption that such a transaction is invalid. At paragraph 50 [page 328], he held:

n'empêche toutefois pas que la réalisation et le partage d'un bénéfice constituaient un but accessoire. Cela suffit pour respecter la définition de l'art. 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* dans les circonstances de l'espèce. L'observation suivante est faite aux pp. 10 et 11 de *Lindley & Banks on Partnership*:

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

Il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où les parties ont convenu qu'un associé n'aurait pas droit à une quote-part des bénéfices ni d'un cas où aucun bénéfice n'était envisagé pendant la durée de la participation d'un associé. Durant la période où Leasing et la Banque ont été des associés au sein de l'entreprise, la Société a tiré un bénéfice de son entreprise de crédit-bail, et ce bénéfice a été réparti à la fin de l'exercice.

[86] Au paragraphe 45 [page 326] de ses motifs, le juge Bastarache souligne qu'il ne suffit pas d'examiner l'intention subjective des parties pour déterminer si elles avaient l'intention d'exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice:

L'intimée prétend que l'intention de constituer une société en nom collectif valide n'équivaut pas à l'intention d'exploiter une entreprise en commun dans le but de réaliser un bénéfice. Je suis d'accord. Toutefois, en l'espèce, les parties ont établi une société en nom collectif valide au sens de l'art. 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*. Elles entendaient exploiter et elles ont effectivement exploité une entreprise en commun dans le but de réaliser un bénéfice. Cette conclusion ne s'appuie pas simplement sur les déclarations subjectives des parties quant à leur intention. Elle est fondée sur l'élément de preuve objectif que constitue le contrat de société intervenu entre les parties.<sup>46</sup> [Non souligné dans l'original.]

[87] Quant au fait que l'opération en question était structurée en fonction de l'impôt, le juge Bastarache a rejeté la présomption de notre Cour suivant laquelle une telle opération est invalide. Au paragraphe 50 [page 328], il a en effet déclaré:

The Court of Appeal held, in effect, that because the ultimate objective of the Bank in proceeding with the partnership transaction was to effect a sale of its leasing business to Central, neither Leasing nor the Bank could have had the requisite intent to form a valid partnership. The result of this reasoning is that unless the only motive underlying the formation of a partnership is to carry on business in common with a view to profit, a valid partnership cannot be formed. The underlying premise of this reasoning is also that a transaction that is motivated by the securing of tax benefits is not a valid transaction. This reasoning cannot be supported. [Emphasis added.]

[88] Justice Bastarache held that profit-making and profit-sharing were real, albeit ancillary, motives of the partnership. This was held to be sufficient to satisfy the “view to profit” requirement for partnership.<sup>47</sup> Justice Bastarache also noted that it was irrelevant that the Bank’s subsidiary was only a member of the partnership for three days. All that was required was that the business be carried on in common with a view to profit during that period. Finally, Justice Bastarache criticizes this Court for assuming that simply because a transaction is motivated principally by tax considerations, the parties lacked the requisite intention to form a valid partnership. At paragraphs 52 and 53 [pages 329-330], Justice Bastarache writes:

Having found that the transaction was not a sham, the Court of Appeal should not have found that the parties lacked the requisite intention to form a valid partnership simply because the transaction was motivated by a resulting tax benefit. The Court of Appeal proceeded on the basis that the predominance of fiscal motives or the absence of a concurrent business purpose justifies or compels the court to disregard the legal form of the transaction which the parties intended.

The legal and commercial reality in the present case is that Leasing intended to and did enter into a partnership with Central within the meaning of s. 2 of the *Partnerships Act*. The Court of Appeal erred by ignoring the substance of a legally effective transaction.

It is against this backdrop that the present case must be evaluated.

[. . .] la Cour d’appel a statué que, parce que l’objectif ultime de la mise sur pied de la société en nom collectif par la Banque était la vente de son entreprise de crédit-bail à Central, ni Leasing ni la Banque n’ont pu avoir l’intention requise pour former une société en nom collectif valide. Selon ce raisonnement, à moins que le seul motif qui sous-tende la formation d’une société en nom collectif ne soit l’exploitation d’une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice, une société en nom collectif valide ne peut être formée. Ce raisonnement suppose également qu’une opération visant l’obtention d’un avantage fiscal n’est pas une opération valide. Ce raisonnement ne saurait tenir. [Non souligné dans l’original.]

[88] Le juge Bastarache a statué que la réalisation et le partage d’un bénéfice constituaient un but réel, bien qu’accessoire, de la société. Il a estimé que cela suffisait pour répondre à la condition relative au «but lucratif» qui doit être respectée pour qu’il y ait une société de personnes<sup>47</sup>. Le juge Bastarache a également fait remarquer qu’il était sans intérêt que la filiale de la Banque n’ait fait partie de la société que pendant trois jours. La seule exigence à remplir est qu’une entreprise ait été exploitée en commun pendant cette période en vue de réaliser un bénéfice. Finalement, le juge Bastarache reproche à notre Cour d’avoir présumé que, du simple fait qu’une opération est motivée par des considérations d’ordre fiscal, les parties n’ont pas l’intention requise pour créer une société de personnes valide. Aux paragraphes 52 et 53, [pages 329 et 330] le juge Bastarache écrit:

Après avoir conclu que l’opération n’était pas un trompe-l’œil, la Cour d’appel n’aurait pas dû arriver à la conclusion que les parties n’avaient pas l’intention requise pour former une société en nom collectif valide simplement parce que l’opération était motivée par l’avantage fiscal en découlant. La Cour d’appel a tenu pour acquis que la prédominance d’objectifs d’ordre fiscal ou l’absence d’un objet commercial concomitant autorise ou oblige le tribunal à faire abstraction de la forme juridique de l’opération que les parties entendaient réaliser.

En l’espèce, la réalité juridique et commerciale est que Leasing entendait créer et a effectivement créé avec Central une société en nom collectif au sens de l’art. 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*. La Cour d’appel a commis une erreur en ne tenant pas compte de l’essence d’une opération opposable en droit.

C’est dans ce contexte qu’il faut évaluer la présente affaire.

## ANALYSIS

[89] The legal requirements to form a partnership outlined by Justice Bastarache set out the analytical framework to be applied in this case. To reiterate, a partnership is formed if the parties (1) carry on a business (2) in common (3) with a view to profit.

[90] There is no question that the California partnership (of which the taxpayers became members) was carrying on the business of real estate development and, later, rental property. Unlike the factual circumstances in *Continental Bank*, where the partnership lasted three days, the present partnership has continued for over ten years. These facts support the proposition that a business was being carried on in common. Justice Linden disagrees, and at paragraphs 38 to 45 [pages 738-742] of his reasons, he posits that all of the parties must have a mutual intention to form a partnership and that this requirement was lacking because the American partner, BDI, never entered into a continuing partnership with the Canadian taxpayers.

[91] As far as I am aware, the “mutual intention” argument was never advanced before the Tax Court Judge. Nor was it pursued before this Court in oral argument. Only at paragraph 32 of the Minister’s factum and at paragraph 9 of his reply factum is there a reference to the mutual intention argument. In any event, it is my understanding that the Canadian taxpayers did not enter into a continuing partnership with BDI and Peninsula, since the latter two entities sold their respective partnership interests to the Canadian taxpayers. In the circumstances, it is difficult to imagine why it would be necessary for the Tax Court Judge or this Court to determine whether the American parties intended to become partners with the Canadians. The taxpayers called expert evidence as to whether the partnership would terminate on the admission of new partners and the withdrawal of old ones. The Tax Court Judge concluded that the partnership had not terminated under California law. Thus, it

## ANALYSE

[89] Les conditions légales à remplir pour former une société de personnes que le juge Bastarache a exposées définissent le cadre analytique qu’il convient d’utiliser en l’espèce. Rappelons ces conditions. Ainsi, une société de personnes est constituée lorsque les parties: 1) exploitent une entreprise 2) en commun 3) en vue de réaliser un bénéfice.

[90] Il ne fait aucun doute que la société de personnes californienne (dont les contribuables sont devenus membres) a exploité une entreprise de promotion immobilière puis, par la suite, une entreprise de location d’immeubles. Contrairement à l’affaire *Continental Bank*, dans laquelle la société avait duré trois jours, la présente société de personnes a duré plus d’une dizaine d’années. Ces faits permettent de conclure qu’une entreprise était exploitée en commun. Le juge Linden n’est pas de cet avis et, aux paragraphes 38 à 45 [pages 738 à 742] de ses motifs, il affirme que toutes les parties doivent avoir l’intention réciproque de constituer une société de personnes et que cette condition n’est pas respectée en l’espèce, parce que l’associé américain, BDI, ne s’est jamais associé de façon permanente avec les contribuables canadiens.

[91] Sauf erreur, le moyen tiré de l’«intention réciproque» n’a jamais été invoqué devant le juge de la Cour de l’impôt. Il n’a pas non plus été débattu devant nous. Ce n’est qu’au paragraphe 32 du mémoire du ministre et au paragraphe 9 de son mémoire en réponse que ce moyen est mentionné. En tout état de cause, si j’ai bien compris, les contribuables canadiens ne se sont pas associés de façon durable avec BDI et Peninsula, étant donné que ces deux dernières personnes morales ont vendu leur participation respective dans la société de personnes aux contribuables canadiens. Dans ces conditions, il est difficile de concevoir pourquoi il serait nécessaire pour le juge de la Cour de l’impôt ou pour notre Cour de décider si les Américains avaient l’intention de s’associer avec les Canadiens. Les contribuables ont fait témoigner des experts au sujet de la question de savoir si la société de personnes serait dissoute en cas d’admission de nouveaux associés ou de retrait

is the Canadian taxpayers who have been carrying on business in common over the last decade.

[92] In my view, the evidence and the findings of the Tax Court Judge make it clear that the taxpayers held themselves out to be partners and conducted themselves in a manner consistent with the partnership agreement. The agreement is typical of partnership agreements concluded in the commercial world. There has been a sharing of profits and a business is being carried on in common. Given these circumstances, how can it be said that there was no intention to carry on business with a view to profit? This question brings us back to the issue of the weight to be assigned to the subjective and objective evidence of intention for the purpose of determining whether a valid partnership was formed.

[93] In my respectful view, and with the advantage of hindsight, the Tax Court Judge erred in relying on this Court's decision in *Continental Bank* to hold that, since the taxpayers' predominant motive was to gain access to the tax losses, they were not entitled to their respective shares of those losses. No one can seriously question that the taxpayers' primary motive or intention was to acquire a substantial non-capital loss. But it is equally obvious that their secondary intention was to acquire and retain an income-producing asset by which they could continue to carry on business in common. As noted earlier, in evaluating a taxpayer's intention, consideration must be given to its conduct undertaken in response to advice given by legal and tax advisors. In the present case, the parties did what they said they were going to do.

[94] This leads me to the Tax Court's finding that the partnership was not carried on "with a view to profit or with a reasonable expectation of profit". As noted earlier, that finding was based on the understanding that the realizable profits from the apartment

d'anciens associés. Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que la société de personnes ne s'était pas dissoute en droit californien. Ainsi, ce sont les contribuables canadiens qui exploitent une entreprise en commun depuis une dizaine d'années.

[92] À mon sens, il ressort à l'évidence de la preuve et des conclusions tirées par le juge de la Cour de l'impôt que les contribuables se sont présentés comme des associés et se sont comportés d'une manière compatible avec le contrat de société. Ce document est typique des contrats de société qui sont conclus dans le domaine commercial. Il y a eu partage des profits et exploitation en commun d'une entreprise. Dans ces conditions, comment pourrait-on prétendre qu'il n'y avait aucune intention d'exploiter une entreprise en vue de réaliser un bénéfice? Cela nous ramène à la question de la valeur à attribuer aux éléments de preuve subjectifs et objectifs concernant l'intention pour décider si une société de personnes a été valablement constituée.

[93] À mon humble avis, en rétrospective, le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur en se fondant sur la décision rendue par notre Cour dans l'affaire *Continental Bank* pour statuer que, comme leur unique motif était de se prévaloir des pertes fiscales, les contribuables n'avaient pas droit à leur quote-part respective de ces pertes. Nul ne saurait sérieusement contester que le mobile ou l'intention principale des contribuables était d'acquérir une perte autre qu'en capital substantielle. Mais il est également évident que leur intention secondaire était d'acquérir et de conserver un bien productif de revenu qui leur permettrait de continuer à exploiter une entreprise en commun. Ainsi qu'il a déjà été signalé, pour évaluer l'intention du contribuable, il faut tenir compte de la ligne de conduite qu'il a adoptée en réponse aux conseils que lui ont donnés ses conseillers juridiques et fiscaux. En l'espèce, les parties ont fait ce qu'elles avaient dit qu'elles feraient.

[94] Ce qui m'amène à la conclusion du juge de la Cour de l'impôt suivant laquelle la société de personnes n'était pas exploitée «en vue de réaliser un bénéfice ou dans une attente raisonnable de profit». Comme je l'ai déjà fait remarquer, cette conclusion

building could never exceed the non-capital loss incurred on the disposition of the condominium development. It is not clear from the Tax Court Judge's reasons whether the "profitability factor" is invoked as a basis for holding that no valid partnership was formed because there was no secondary intention to carry on business with a view to profit, or as evidence that there was no source of income giving rise to a loss because of the failure to satisfy the "reasonable expectation of profit" test articulated in *Moldowan*. Irrespective of what the Tax Court Judge may have intended, it is clear that the Minister is now invoking the reasonable expectation doctrine as a ground for upholding the decision below. This raises yet another issue. Is there a substantive difference between the reasonable expectation of profit doctrine and the requirement that a business be carried on "with a view to profit" under partnership law? Fortunately, that is not a question I need to address directly. In the reasons that follow, I conclude that neither the reasonable expectation of profit doctrine nor partnership principles provide a basis on which to deny the taxpayers the relief being sought. I begin with the profit requirement imposed under partnership law.

[95] Does the fact that a partnership has realized a substantial non-capital loss on the disposition of real estate bring that partnership to an end simply because the profits to be generated from other income-producing assets cannot reasonably surpass the amount of the loss? In short, does the fact that a partnership disposes of a losing business while retaining a profitable one mean that the partnership ceases to exist at law? In my view, the answer is obvious: the partners continue to carry on business in common with a view to profit with respect to the income-producing assets, regardless of the *quantum* of the loss. This is true even when a third party buys into the partnership and

reposait sur l'hypothèse que les bénéfiques qui pouvaient être tirés de l'immeuble d'habitation ne pouvaient jamais dépasser la perte autre qu'en capital subie lors de la disposition de l'immeuble en copropriété. Les motifs du juge de la Cour de l'impôt ne permettent pas de savoir avec certitude si le «facteur de rentabilité» est invoqué pour justifier la conclusion qu'aucune société de personnes n'a été valablement formée, étant donné qu'il n'y avait aucune intention secondaire d'exploiter une entreprise en vue de réaliser un bénéfice, ou encore si ce facteur est invoqué comme élément de preuve tendant à démontrer qu'il n'existait aucune source de revenu pouvant donner lieu à une perte parce que le critère de l'«expectative raisonnable de profit» posé dans l'arrêt *Moldowan* n'était pas respecté. Indépendamment de ce que le juge de la Cour de l'impôt voulait dire, il est évident que le ministre invoque maintenant le principe de l'expectative raisonnable pour affirmer que la Cour devrait confirmer la décision de première instance. Cela soulève ainsi une toute autre question. Y a-t-il une différence substantielle entre la théorie de l'expectative raisonnable de profit et l'obligation selon laquelle une entreprise doit être exploitée «en vue de réaliser un bénéfice» en droit des sociétés de personnes? Heureusement, je n'ai pas à répondre directement à cette question. Dans les motifs qui suivent, je conclus que ni la doctrine de l'expectative raisonnable de profit ni les principes du droit des sociétés de personnes ne permettent de refuser aux contribuables la réparation qu'ils sollicitent. Je commence par l'obligation du profit imposée par le droit des sociétés de personnes.

[95] Le fait qu'une société de personnes a réalisé une importante perte autre qu'en capital lors de la disposition d'un immeuble entraîne-t-il la dissolution de cette société du simple fait que les profits tirés d'autres biens productifs de revenu ne sauraient logiquement excéder le montant de la perte? En bref, le fait qu'une société de personnes se départit d'activités déficitaires tout en conservant des activités rentables signifie-t-il que cette société cesse d'exister en droit? À mon avis, la réponse est évidente: les associés continuent d'exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice en ce qui concerne les biens productifs de revenus indépendamment de

a non-capital loss is subsequently realized. The following hypothetical derived from the facts of the present case illustrates my point.

[96] Assume that a partnership consisting of two partners has two income-producing assets: a condominium and an apartment building. Assume further that a sale of the former would give rise to a \$10,000 non-capital loss, since it cost \$30,000 to construct the condominium but its fair market value has fallen to \$20,000. The apartment building is fully mortgaged and it is agreed that, in the event there are any excess rents (potential profits), such sums will be applied against the principal amount of the mortgage loan. One of the partners decides to leave the partnership and finds a third party who is willing to pay \$10,000 for its half interest. A year later, the newly constituted partnership decides to dispose of the condominium and suffers a non-capital loss of \$10,000 (\$5,000 per partner). If I understand the Tax Court Judge's reasoning correctly, this loss is not deductible by the new partner since that amount cannot be realistically offset by the profits from the apartment building. Clearly, this legal result is unacceptable, even if the facts are altered to provide that the new partner buys into the partnership for a nominal sum, such as \$1000, and sells the condominium the next day. The price paid to enter the partnership (the adequacy of the consideration, so to speak) is of no concern to the Minister, nor is the Minister in a position to dictate how long the condominium should be held. That would require a fundamental rewriting of the *Income Tax Act* and lead to intolerable uncertainty in tax law.

[97] Accepting that there was an ancillary or secondary intention on the part of the Canadian taxpayers to continue carrying on business in common with a view to profit following the disposition of the condominium development, the only remaining question is whether

l'ampleur de la perte et ce, même si un tiers devient membre de la société de personnes et qu'une perte autre qu'en capital survient par la suite. L'hypothèse suivante inspirée des faits de la présente affaire servira à illustrer ma thèse.

[96] On suppose qu'une société de personnes composée de deux associés possède deux actifs productifs de revenu: un immeuble en copropriété et un immeuble d'habitation. On suppose ensuite que la vente du premier immeuble donnerait lieu à une perte autre qu'en capital de 10 000 \$, puisqu'il en coûte 30 000 \$ pour construire l'immeuble en copropriété, mais que sa juste valeur marchande a fléchi à 20 000 \$. L'immeuble d'habitation est hypothéqué au maximum et il est convenu qu'en cas d'excédent provenant des loyers (profit éventuel), cette somme sera déduite du capital du prêt hypothécaire. Un des associés décide de quitter la société et trouve un tiers qui est prêt à payer 10 000 \$ pour acquérir sa participation de 50 pour 100. Un an plus tard, la société de personnes nouvellement constituée décide de se départir de l'immeuble en copropriété et subit une perte autre qu'en capital de 10 000 \$ (5 000 \$ par associé). Si j'ai bien compris le raisonnement du juge de la Cour de l'impôt, le nouvel associé ne peut déduire cette perte, étant donné que cette somme ne saurait de façon réaliste être compensée par les profits tirés de l'immeuble d'habitation. De toute évidence, ce résultat juridique est inacceptable, même si l'on modifie le scénario pour prévoir que le nouvel associé devient membre de la société en contrepartie d'une somme symbolique—1 000 \$ par exemple—et vend l'immeuble en copropriété le lendemain. Le prix payé pour devenir un associé (la suffisance de la contrepartie, pour ainsi dire) n'intéresse pas le ministre, qui ne saurait non plus dicter aux associés la période pendant laquelle ils doivent conserver l'immeuble. Autrement, il faudrait récrire complètement la *Loi de l'impôt sur le revenu* et le droit fiscal souffrirait d'une ambiguïté intolérable.

[97] Si l'on accepte que les contribuables canadiens avaient une intention secondaire ou accessoire d'exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice à la suite de la disposition de l'immeuble en copropriété, la seule question qui demeure est celle

the reasonable expectation of profit doctrine is a sufficient basis for dismissing the appeals. The Minister invokes the doctrine in a bifurcated fashion. First, the Minister adopts the Tax Court Judge's "netting-out" of the loss arising from the sale of the condominium development with the profits from the apartment building in order to establish that the taxpayers had no reasonable expectation of profit. In short, the taxpayers' "reasonable expectation" is measured in terms of the net gain or loss arising from both income-producing assets. Second, the Minister argues that the condominium development did not constitute a source of income to the taxpayers. With respect to this asset, it is argued that there was no reasonable expectation of profit when the taxpayers became partners. Their only expectation was to receive a predetermined and preordained non-capital loss of US\$10 million. In my respectful view, the reasonable expectation of profit doctrine does not sustain either argument for the simple reason that it has no application to cases such as this.

[98] I do not propose to write a dissertation on the Supreme Court's decision in *Moldowan*. It has always been a controversial decision, if only because it is one of the few instances in which the Supreme Court has been prepared to adopt a common law anti-avoidance rule aimed at limiting a taxpayer's ability to engage in dubious business pursuits with a view to deducting inevitable losses from other income sources, typically employment income. Contrary to tax mythology, that portion of *Moldowan* is not *obiter*, but what is often forgotten is that seven years after *Moldowan* was decided, the Supreme Court held in *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*<sup>48</sup> that, absent any statutory ambiguity, it was no business of the courts to parlay doctrines of statutory interpretation into disguised anti-avoidance techniques. According to Justice Estey,<sup>49</sup>

. . . where the substance of the Act, when the clause in question is contextually construed, is clear and unambiguous

de savoir si la doctrine de l'expectative raisonnable de profit constitue un motif suffisant pour rejeter les appels. Le raisonnement suivi par le ministre pour invoquer cette doctrine comporte deux volets. En premier lieu, le ministre adopte la méthode de la «déduction» que le juge de la Cour de l'impôt a employée pour soustraire la perte découlant de la vente de l'immeuble en copropriété des bénéficiaires tirés de l'immeuble d'habitation pour établir que les contribuables n'avaient pas d'expectative raisonnable de profit. En résumé, l'«expectative raisonnable» des contribuables est mesurée en fonction du gain net ou de la perte nette résultant des deux avoirs productifs de revenu. En second lieu, le ministre soutient que l'immeuble en copropriété ne constituait pas une source de revenus pour les contribuables. En ce qui concerne ce bien, le ministre fait valoir que les contribuables n'avaient aucune expectative raisonnable de profit lorsqu'ils se sont associés. Ils s'attendaient seulement à recevoir une perte autre qu'en capital de dix millions de dollars US qui avait été prévue et planifiée d'avance. À mon humble avis, la doctrine de l'expectative raisonnable de profit ne justifie aucun des deux volets de cet argument pour la simple raison qu'elle ne s'applique pas aux cas comme celui-ci.

[98] Je n'ai pas l'intention de faire une dissertation sur l'arrêt *Moldowan* de la Cour suprême. Cet arrêt a toujours été controversé, ne serait-ce que parce qu'il s'agit d'un des rares cas où la Cour suprême était prête à adopter un principe anti-évasion de common law visant à limiter la capacité des contribuables de se livrer à des activités commerciales douteuses en vue de déduire des pertes inévitables d'autres sources de revenu, le plus souvent des revenus d'emploi. Contrairement au mythe qui a cours dans les milieux fiscaux, cet aspect de l'arrêt *Moldowan* ne constitue pas une simple opinion incidente. Mais ce qu'on oublie souvent, c'est que sept ans après le prononcé de l'arrêt *Moldowan*, la Cour suprême a statué, dans l'arrêt *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*<sup>48</sup>, qu'en l'absence d'ambiguïté dans le libellé de la loi, il n'est pas loisible aux tribunaux d'introduire des principes d'interprétation des lois dans les mécanismes anti-évasion déguisés. Suivant le juge Estey<sup>49</sup>:

[. . .] si le contenu de la Loi, lorsque la disposition en cause est interprétée dans son contexte, est clair et précis et que la

and there is no prohibition in the Act which embraces the taxpayer, the taxpayer shall be free to avail himself of the beneficial provision in question.

[99] In the present case, the losses being claimed by the taxpayers fall squarely within section 96 of the *Income Tax Act*. That provision admits of no ambiguity and, therefore, no interpretative analysis is required. According to *Stuart*, the onus is on the Minister to thwart unacceptable tax-motivated transactions by adopting specific anti-avoidance provisions. This is true unless, of course, the reasonable expectation of profit doctrine is applicable. As much as I am an admirer of Chief Justice Dickson's decision in *Moldowan*, it is my view that the Minister is not entitled to rely on that doctrine as a wholesale means of circumventing the need to amend the *Income Tax Act* in order to thwart aggressive tax planning schemes. I note that with respect to the present case, the Act was amended in 1994 to eliminate that particular tax shelter.<sup>50</sup> I also note that the legislation was not made retroactive.

[100] Generally speaking, the reasonable expectation of profit doctrine is intended to deny tax benefits where profit-seeking becomes the pursuit of an "impossible dream"<sup>51</sup> or there is an overriding personal element attached to an undertaking. That personal element usually manifests itself as a blatant indifference to the profitability of what might otherwise be considered a genuine business undertaking. The classic example is the hobby farmer who makes his money in the city as a lawyer or physician, and then loses it in the country.<sup>52</sup> In addition, there are those who are intent upon deducting half of the interest accruing on their home mortgage from their employment income on the ground that they incurred a rental loss with respect to a basement apartment which, according to the taxpayer's calculations, is as valuable as the upstairs premises.<sup>53</sup>

[101] There are several factors set out in the jurisprudence which must be examined when assessing

Loi ne comporte pas d'interdiction qui vise le contribuable, celui-ci est libre de se prévaloir des dispositions avantageuses en cause.

[99] En l'espèce, les pertes dont les contribuables réclament la déduction tombent carrément sous le coup de l'article 96 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cette disposition n'est nullement ambiguë et, par conséquent, aucune interprétation n'est nécessaire. Selon l'arrêt *Stuart*, c'est au ministre qu'il incombe de mettre un frein aux opérations inacceptables motivées par l'évasion fiscale en adoptant des dispositions anti-évasion expresses. Il en est ainsi sauf, évidemment, si la doctrine de l'expectative raisonnable de profit s'applique. J'admire la décision rendue par le juge en chef Dickson dans l'affaire *Moldowan*, mais je suis d'avis que le ministre n'a pas le droit d'invoquer cette doctrine comme moyen systématique de se soustraire à la nécessité de modifier la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour contrecarrer certains mécanismes de planification fiscale audacieux. Je constate, pour ce qui est de la présent affaire, que la Loi a effectivement été modifiée en 1994 pour supprimer cet abri fiscal précis<sup>50</sup>. Je constate aussi que cette modification n'est pas rétroactive.

[100] En règle générale, la doctrine de l'expectative raisonnable de profit est censée nier des avantages fiscaux lorsque la recherche d'un profit devient la poursuite d'un «rêve impossible»<sup>51</sup> ou que l'entreprise est dominée par un élément personnel. Cet élément personnel se manifeste habituellement par une indifférence flagrante face à la rentabilité de ce qui pourrait autrement être considéré comme une entreprise commerciale véritable. L'exemple classique est celui de la personne qui se livre à l'agriculture comme passe-temps et qui gagne sa vie en ville comme avocat ou médecin et qui perd ensuite son argent dans son entreprise agricole<sup>52</sup>. En outre, il y a ceux qui cherchent à déduire de leur revenu d'emploi la moitié des intérêts accumulés sur le prêt hypothécaire grevant leur maison au motif qu'ils ont subi une perte locative relativement à un appartement situé au sous-sol qui, selon leurs calculs, a une valeur aussi importante que les autres pièces de la maison<sup>53</sup>.

[101] Il y a plusieurs facteurs énumérés dans la jurisprudence dont il faut tenir compte lorsqu'on se

whether a reasonable expectation of profit is present, including: the personal element; the profit and loss experience in past years; the formulation of a proper business plan; the taxpayer's qualifications, training and experience; and the amount of time devoted to the enterprise. Yet this Court has not been asked to examine any of those factors in this case. Rather, the Minister has taken the unprecedented step of arguing that the condominium development did not constitute a source of income because there was no expectation of profit at the time the taxpayers bought into the partnership due to the unrealized non-capital loss. In other words, the Minister invites this Court to adopt a rule of tax law that effectively prohibits anyone who buys into a business with a substantial unrealized non-capital loss from treating that business as a source of income, unless it can be demonstrated that future profits will exceed that loss. I decline the invitation to adopt such a rule. The reasonable expectation of profit doctrine is intended only to determine whether a business exists. If the owners of a business are able to satisfy that requirement, the determination that a business exists should not change simply because the business is transferred to a new owner, or the new partners decide to dispose of an unprofitable asset.

[102] The dangers of adopting the Minister's argument are self-evident. As far as I am aware, the reasonable expectation of profit doctrine has never been invoked to support the proposition that if one source of income gives rise to a loss which cannot be offset by another income source, then there is no source of income for tax purposes. I pause here to note that if the Minister's view of the law were to be accepted, then the profits generated by the apartment building would be immune from taxation. I rather doubt that the Minister has reassessed the taxpayers on that basis.

[103] A recurring theme throughout the Minister's arguments is that the taxpayers did not turn their minds to the issue of profitability when deciding

demande s'il existe une expectative raisonnable de profit. Mentionnons notamment l'élément personnel, les pertes et profits réalisés au cours des années précédentes, l'élaboration d'un plan d'affaires valable, les titres et qualités du contribuable, ainsi que sa formation et son expérience, et le temps consacré à l'entreprise. Pourtant, on n'a pas demandé à la Cour d'examiner ces facteurs en l'espèce. Dans un geste sans précédent, le ministre a plutôt choisi de soutenir que l'immeuble en copropriété ne constituait pas une source de revenu parce qu'il n'y avait aucune expectative raisonnable de profit au moment où les contribuables ont adhéré à la société de personnes en raison de la perte autre qu'en capital non réalisée. En d'autres termes, le ministre invite la Cour à adopter un principe de droit fiscal qui aurait pour effet d'interdire à quiconque adhère à une entreprise avec une importante perte autre qu'en capital non réalisée de traiter cette entreprise comme une source de revenu sauf s'il peut démontrer que les profits à venir excéderont cette perte. Je refuse d'adopter un tel principe. La doctrine de l'expectative raisonnable de profit vise uniquement à déterminer s'il existe une entreprise. Si les propriétaires de l'entreprise réussissent à satisfaire à cette exigence, la conclusion qu'il existe une entreprise ne devrait pas être modifiée du seul fait que l'entreprise passe entre les mains d'un nouveau propriétaire ou que les nouveaux associés décident de se départir d'un bien non rentable.

[102] Les dangers que comporterait l'adoption de la thèse du ministre sont évidents. Autant que je sache, la doctrine de l'expectative raisonnable de profit n'a jamais été invoquée à l'appui de la proposition que, si une source de revenu donne lieu à une perte qui ne peut être compensée par une autre source de revenu, il n'y a aucune source de revenu sur le plan fiscal. J'ouvre une parenthèse ici pour signaler que, si l'on devait retenir l'interprétation que le ministre donne de la loi, les profits générés par l'immeuble d'habitation seraient non imposables. Je doute fort que le ministre ait établi de nouveau l'impôt dû par les contribuables sur le fondement d'une telle proposition.

[103] Un thème récurrent de la thèse du ministre est que les contribuables ne se sont pas interrogés sur la question de la rentabilité avant de décider de s'engager

whether to commit themselves to the transaction at issue; rather, they were preoccupied with the huge tax losses that they expected to obtain as a result of the transactions. It is argued, for example, that the taxpayers did not obtain any appraisals or reports with respect to the apartment building. Nor could witnesses recall any discussion with the American vendors concerning estimates of the apartment's potential profitability. There is a simple response to this argument: the apartment building proved to be profitable. The Minister's position results in the absurd proposition that, even though a profit was realized, the fact that the taxpayers had no reasonable expectation of profit at the outset is sufficient to hold that no business was being carried on.

[104] Interestingly, the Minister considers that the non-capital loss in issue is merely an arithmetic calculation, and not a "real loss". In fact, the California partnership spent US\$10 million more than the fair market value of the condominium development, resulting in a genuine unrealized loss which it was willing to sell to the Canadian taxpayers. I fail to see what is "unreal" about the loss. Finally, there is no merit to the Minister's arguments involving the sham doctrine and sections 67 and 245 of the *Income Tax Act*. In this regard, I adopt the reasoning of the Tax Court Judge.

#### DISPOSITION

[105] I would allow the appeal with costs here and in the Tax Court, set aside the judgment below and substitute it with an order allowing the appeal from the Minister's reassessment and referring the matter back to him for disposition on the basis that the taxpayers are entitled to the partnership losses claimed.

<sup>1</sup> These cases have Court file numbers A-900-97 through A-904-97.

<sup>2</sup> Fax from CMF Enterprises to Spire Investors dated May 28, 1987, at Appeal Book, p. 1324 (Vol. 7, Tab 1).

dans l'opération en litige. Ils étaient plutôt préoccupés par les pertes fiscales considérables qu'ils prévoyaient obtenir par suite des opérations en question. Le ministre fait valoir, par exemple, que les contribuables n'ont obtenu aucune évaluation et aucun rapport en ce qui concerne l'immeuble d'habitation. Par ailleurs, aucun des témoins ne se rappelle avoir discuté avec les vendeurs américains d'estimations quant à la rentabilité éventuelle de l'immeuble d'habitation. La réponse à cet argument est simple: l'immeuble d'habitation s'est avéré rentable. La thèse du ministre aboutit au résultat absurde suivant: même si un profit a été réalisé, le fait que les contribuables n'avaient pas d'expectative raisonnable de profit au départ suffit pour conclure qu'aucune entreprise n'a été exploitée.

[104] Il est curieux de constater que le ministre considère que la perte autre qu'en capital en litige n'est qu'un calcul mathématique, et non une «véritable perte». De fait, la société de personnes californienne a consacré une somme qui excédait de dix millions de dollars US la juste valeur marchande de l'immeuble en copropriété, ce qui s'est traduit par une véritable perte non réalisée qu'elle était disposée à vendre aux contribuables canadiens. Je ne vois pas comment on peut considérer que cette perte n'est «pas réelle». Finalement, les moyens invoqués par le ministre au sujet de la doctrine du trompe-l'œil et des articles 67 et 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sont mal fondés. À cet égard, je souscris au raisonnement suivi par le juge de la Cour de l'impôt.

#### DISPOSITIF

[105] Je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens tant en appel que devant la Cour de l'impôt, d'annuler le jugement de première instance et de le remplacer par une ordonnance accueillant l'appel interjeté de la nouvelle cotisation établie par le ministre et de renvoyer l'affaire à ce dernier pour qu'il rende une nouvelle décision en partant du principe que les contribuables ont droit aux pertes de la société de personnes qu'ils réclament.

<sup>1</sup> Ces affaires portent les numéros du greffe A-900-97 à A-904-97.

<sup>2</sup> Télécopie de CMF Enterprises à Spire Investors en date du 28 mai 1987, dossier d'appel, à la p. 1324 (vol. 7, ongle 1).

<sup>3</sup> *Spire Freezers Ltd. v. R.*, [1998] 2 C.T.C. 2764 (T.C.C.), at p. 2773.

<sup>4</sup> At trial, the respondent called an expert, Mr. Richard Harting, a U.S. tax lawyer with 20 years' experience who has worked for the IRS and in private practice. The Tax Court Judge summarized Mr. Harting's testimony in the following way at pp. 2776-2777 of the Tax Court reasons:

I always have reservations about accepting evidence as to how a transaction is treated for tax purposes in a foreign jurisdiction. I considered Mr. Harting's testimony only for the purpose of learning how the transactions were, or ought to have been reported, for United States tax purposes. . . . In any event, Mr. Harting testified that in his opinion, for U.S. tax purposes BDI treated the HCP Condominium not as an acquisition but as a distribution to it. . . . In his view, the Canadians bought into a partnership with only one asset, the Tremont Apartments; the condominium had been previously distributed to BDI. The Canadians never had any risk of ownership and had no ability to obtain any of the benefits of ownership of, or any appreciation from, the HCP Condominium; the Canadians never had an ownership interest in the condominium. If after the sale of the partnership interest the Canadians had reneged and not sold the HCP Condominium, Mr. Harting wrote in his statement, BDI a) would have either a claim for specific performance or damages and b) would have demanded payment of the notes and claimed a default rate of interest if the notes were not paid.

This decision is now reported at [1998] 2 C.T.C. 2764.

<sup>5</sup> The judgment of this Court is reported at [1996] 3 F.C. 713 (C.A.).

<sup>6</sup> Tax Court reasons at p. 2787. In this paragraph the Tax Court Judge twice repeats his conclusion that the relationship subsisting between the appellants did not satisfy the legal test for the existence of a partnership. These reasons, however, repeatedly suggest that it is necessary for the Canadians to have been partners with the HCP project in order to claim the tax losses, which is also recognized by the Tax Court Judge: see, e.g., Tax Court reasons at p. 2783.

<sup>7</sup> Tax Court reasons, at p. 2769. In this matter the parties differ slightly in their view of the facts. As noted, the appellant point to the Tremont project as proof that they entered into this transaction with a view to profit, but freely admits that the transaction was conceived and consummated in order to obtain tax losses.

<sup>8</sup> See the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 96 *et seq.* Note that ss. 96(8) and 96(9) of that Act,

<sup>3</sup> *Spire Freezers Ltd. c. R.*, [1998] 2 C.T.C. 2764 (C.C.I.), à la p. 2773.

<sup>4</sup> Au procès, l'intimée a fait entendre un expert, M<sup>e</sup> Richard Harting, un avocat fiscaliste américain qui possède 20 ans d'expérience et qui a travaillé à l'Internal Revenue Service et en cabinet privé. Le juge de la Cour de l'impôt a résumé de la manière suivante le témoignage de M<sup>e</sup> Harting aux p. 2776 et 2777 de ses motifs:

J'hésite toujours à retenir un témoignage lorsqu'il est question de la façon dont une opération est traitée dans un ressort étranger aux fins de l'impôt. J'ai uniquement tenu compte du témoignage de M. Harting afin de savoir comment les opérations ont été ou auraient dû être déclarées aux fins de l'impôt américain [ . . . ] Quoi qu'il en soit, M. Harting a témoigné qu'à son avis, aux fins de l'impôt américain, BDI avait traité le condominium de HCP non comme si elle l'avait acquis, mais comme s'il lui avait été attribué [ . . . ] À son avis, les Canadiens ont acheté des parts dans une société qui n'avait qu'un actif, soit les appartements Tremont; le condominium avait déjà été attribué à BDI. Les Canadiens n'ont jamais assumé un risque à titre de propriétaires du condominium de HCP et ils ne pouvaient pas bénéficier des avantages liés à la propriété, ni de l'accroissement de la valeur du condominium; les Canadiens n'ont jamais eu de parts dans le condominium. M. Harting a dit dans son exposé écrit que si, après la vente des parts qu'ils avaient dans la société, les Canadiens avaient manqué à leur parole et n'avaient pas vendu le condominium de HCP, BDI a) disposerait d'un recours en vue de l'exécution en nature ou de l'obtention de dommages-intérêts, et b) aurait exigé le paiement des billets et demandé des intérêts moratoires en cas de défaut de paiement.

Cette décision est maintenant publiée à [1998] 2 C.T.C. 2764.

<sup>5</sup> L'arrêt de notre Cour est publié à [1996] 3 C.F. 713 (C.A.).

<sup>6</sup> Motifs de la Cour de l'impôt, à la p. 2787. Dans ce paragraphe, le juge de la Cour de l'impôt réaffirme deux fois sa conclusion que la relation qui existait entre les appelants ne répond pas au critère imposé par la loi auquel il faut satisfaire pour qu'une société de personnes soit créée. Dans les présents motifs, il est toutefois réaffirmé à plusieurs reprises que, pour être autorisés à déduire les pertes fiscales, les Canadiens devaient être des associés en ce qui concerne l'immeuble de HCP, ce que le juge de la Cour de l'impôt a lui aussi reconnu (voir, p. ex., les motifs de la Cour de l'impôt, à la p. 2783).

<sup>7</sup> Motifs de la Cour de l'impôt, à la p. 2769. Sur ce point, les parties divergent légèrement d'opinion quant aux faits. Ainsi qu'il a déjà été signalé, l'appelante cite le projet Tremont comme preuve que cette opération a été conclue en vue de réaliser un profit. Elle reconnaît toutefois volontiers que l'opération a été conçue et réalisée dans le but d'obtenir des pertes fiscales.

<sup>8</sup> Voir la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 96 et suiv. Il y a lieu de signaler que

enacted in 1994 [S.C. 1994, c. 21, s. 44], would prohibit the appellant from reaping tax losses in transactions such as these involving foreign partnerships.

<sup>9</sup> See R. C. l'Anson Banks, *Lindley & Banks on Partnership* (17th ed.) (London: Sweet & Maxwell, 1995), at p. 73 "Any agreement must be construed as a whole: the mere fact that the parties describe themselves as partners is not conclusive . . . . On the other hand, the parties may agree to share profits and losses, but at the same time declare that they are *not* to be partners: it will then be for the court to identify their real status. Although a declaration against partnership will be ineffective when all the indicia of partnership are present, it may affect the interpretation of other clauses and, thereby, rebut inferences which could otherwise be drawn from them if they stood alone." The substantially similar predecessor to this passage from the 16th edition of *Lindley & Banks on Partnership* was quoted with approval in *Munroe v. Clarke and Lamplighter Beverage Room & Grill Limited* (1977), 23 N.S.R. (2d) 652 (S.C.); *Hayes v. British Columbia Television Broadcasting Systems Ltd.*, [1991] B.C.J. No. 1048 (S.C.) (QL); aff'd [1993] 2 W.W.R. 749 (C.A.), application for leave to appeal to the Supreme Court denied [1993] 2 S.C.R. viii. The substantially similar passage from the 11th edition [*A Treatise on the Law of Partnership*] was quoted with approval in *Sedgwick, Joseph v. Minister of National Revenue*, [1962] Ex. C.R. 337. See also *infra*, note 12.

<sup>10</sup> If this were not so, i.e., if the legal relationship of partnership could be bought, sold, or assigned, then the absurd situation could arise where a partnership of several people sells their "partnership" to one person. The result would be a legally valid partnership of one person.

<sup>11</sup> [1926] S.C.R. 328, at p. 329.

<sup>12</sup> The commonly used practitioner's guide *Canada Tax Service* suggests that partnership is a question of fact: see H. Stikeman (ed.) *Canada Tax Service* (loose-leaf) (Scarborough, Carswell) (hereinafter *Canada Tax Service*) at p. 96-136, quoting *Morden Rigg and Company and R. B. Eskrigge and Company v. Monks* (1922), 8 T.C. 450, at p. 464. In addition, there are several other cases which suggest that partnership is a question of fact: see e.g., *Balick v. Sussman*, [1985] O.J. No. 1109 (H.C.) (QL), at para. 25 "Turning to the merits of this issue, it is not contested that partnership is a question of fact."; see also *Roy v. Senator Hotels Ltd.*, [1982] O.J. No. 911 (H.C.) (QL), at para. 6 "The court must examine the relations between the parties and the history of the dealings in order to decide, as a

les art. 96(8) et 96(9) de cette Loi, qui ont été édictés en 1994 [L.C. 1994, ch. 21, art. 44], interdiraient à l'appelante de se prévaloir des pertes fiscales subies dans le cadre d'opérations comme les présentes, qui mettent en cause des sociétés de personnes étrangères.

<sup>9</sup> Voir R. C. l'Anson Banks, *Lindley & Banks on Partnership* (17<sup>e</sup> éd., Londres: Sweet & Maxwell, 1995), à la p. 73 [TRADUCTION] «Chaque entente doit être interprétée comme un tout: le simple fait que les parties se qualifient d'associés n'est pas concluant [. . .] En revanche, les parties peuvent convenir de partager les pertes et les profits tout en déclarant en même temps qu'elles *ne sont pas* des associés. C'est alors au tribunal qu'il reviendra de déterminer leur véritable statut. Bien qu'elle n'ait aucun effet lorsque tous les critères permettant de conclure à l'existence d'une société de personnes sont réunis, la dénégation de l'existence d'une société de personnes peut avoir une incidence sur l'interprétation des autres dispositions et, de ce fait, avoir pour effet de réfuter les inférences qu'on pourrait autrement en tirer si elle n'avait pas été formulée». La version presque identique de cet extrait que l'on trouvait dans la 16<sup>e</sup> éd. de l'ouvrage *Lindley & Banks on Partnership* a été citée et approuvée dans les décisions suivantes: *Munroe v. Clarke and Lamplighter Beverage Room & Grill Limited*, (1977), 23 N.S.R. (2d) 652 (C.S.); *Hayes v. British Columbia Television Broadcasting Systems Ltd.*, [1991] B.C.J. No. 1048 (C.S.) (QL); conf. par [1993] 2 W.W.R. 749 (C.A.); demande d'autorisation de pourvoi à la Cour suprême refusée à [1993] 2 R.C.S. viii. La version presque identique du même extrait qui figurait dans la 11<sup>e</sup> éd. [*A Treatise on the Law of Partnership*] a été citée et approuvée dans le jugement *Sedgwick, Joseph v. Minister of National Revenue*, [1962] R.C.E. 337. Voir également *infra*, note 12.

<sup>10</sup> S'il n'en était pas ainsi, c'est-à-dire si l'on pouvait acheter, vendre ou céder la relation juridique que suppose la constitution d'une société de personnes, on pourrait se retrouver devant la situation absurde où une société composée de plusieurs personnes vendrait sa «participation» à une seule personne. On se retrouverait alors avec une société de personnes juridiquement valide qui ne serait composée que d'une seule personne.

<sup>11</sup> [1926] R.C.S. 328, à la p. 329.

<sup>12</sup> Dans le guide *Canada Tax Service*, que les praticiens utilisent couramment, on affirme que l'existence d'une société de personnes est une question de fait. Voir H. Stikeman (éd.), *Canada Tax Service* (édition à feuilles mobiles) (Scarborough, Carswell) (*Canada Tax Service*), à la p. 96-136, où l'on cite l'arrêt *Morden Rigg and Company and R. B. Eskrigge and Company v. Monks* (1922), 8 T.C. 450 (K.B.), à la p. 464. De plus, il existe plusieurs autres décisions dans lesquelles les tribunaux affirment que l'existence d'une société est une question de fait: voir, p. ex., le jugement *Balick v. Sussman*, [1985] O.J. n° 1109 (H.C.) (QL), au par. 25 [TRADUCTION] «Pour ce qui est du fond de cette question, il n'est pas contesté que l'existence d'une société de personnes est une question de fait.»; voir

question of fact in all the circumstances, whether the corporation is really a partnership". However, these cases do not provide persuasive reasoning that partnership is solely a question of fact. The majority of cases, and the weight of authority, suggests that partnership is a question of mixed fact and law: see e.g., *Barnes v. Consolidated Motor Co. Ltd. et al.* (1942), 57 B.C.R. 270 (S.C.), per Sydney Smith J. [at p. 273] "I have considered the various authorities, but they do not give a great deal of assistance. The question of partnership or no partnership is a mixed question of law and fact. It depends on the circumstances of each case, and the terms of the arrangement must be fairly considered as a whole"; see also *Gallo v. Silverberg*, [1976] O.J. No. 1251 (H.C.) (QL), per Haines J., at para. 24. "I take it from the authorities to which counsel referred me that partnership is a relation arising from contract, express or implied; its existence is a question of mixed fact and law, to be determined by reference to the real intention of the parties as evidenced by all the circumstances of the case, including the conduct of the parties"; *Canadian Pacific Ltd. v. Telesat Canada* (1981), 32 O.R. (2d) 197 (H.C.) per DuPont J.; *Jolley v. F.C. of T.* (1989), 89 ATC 4197 (Fed. Ct. Australia), per Burchett and Lee JJ. at para. 5, "The question whether a partnership exists is a mixed question of law and fact. (*Keith Spicer Ltd. v. Mansell* (1970), 1 W.L.R. 333). If the Tribunal has misunderstood the law relating to partnership that will raise a clear question of law. (*Lombardo v. F.C. of T.* 79 ATC 4542 at p. 4544 . . . per Bowen C.J., at p. 576.); *Alvi et al. v. Lal* (1990), 13 R.P.R. (2d) 302 (Ont. H.C.), per Then J. [at p. 307] "The question of whether a partnership agreement has been made between the parties is a question of mixed fact and law."

<sup>13</sup> See *Canadian Tax Reporter*, Vol. 3 (loose-leaf) (Toronto: CCH), at par. 12,107 (collecting cases) "Certain generalities concerning partnerships are also accepted. Thus, there need not be a written agreement to establish a partnership, and the fact that a venture is characterized as a partnership . . . in a written agreement is not conclusive as to the nature of the arrangement."; see also *Canada Tax Service*, supra, at pp. 96-136 to 96-139 (collecting cases) "As the existence of partnership is a question of fact, it would follow that neither an agreement nor a disclaimer can be decisive in the determination."

<sup>14</sup> *Canada Tax Service*, supra, at p. 96-139 "The pursuit of gain is a necessary though not a sufficient condition of

également le jugement *Roy v. Senator Hotels Ltd.*, [1982] O.J. n° 911 (H.C.) (QL), au par. 6 [TRADUCTION] «Le tribunal doit examiner la relation qui existe entre les parties et leurs rapports passés pour décider si la personne morale en question est en réalité une société de personnes. Il s'agit d'une question de fait à laquelle le tribunal doit répondre en tenant compte de toutes les circonstances de l'espèce». On ne trouve cependant pas dans ces décisions de raisonnement convaincant permettant de penser que l'existence d'une société de personnes est uniquement une question de fait. Il ressort plutôt de la jurisprudence majoritaire que l'existence d'une société de personnes est une question mixte de droit et de fait: voir, p. ex., le jugement *Barnes v. Consolidated Motor Co. Ltd. et al.* (1942), 57 B.C.R. 270 (C.S.) (le juge Sydney Smith) [à la p. 273] [TRADUCTION] «J'ai examiné la jurisprudence, mais elle n'est pas d'un grand secours. La question de l'existence ou de l'inexistence d'une société de personnes est une question mixte de droit et de fait. Chaque cas est un cas d'espèce et les modalités de l'entente qui a été conclue doivent être examinées comme un tout»; voir également les décisions *Gallo v. Silverberg*, [1976] O.J. n° 1251 (H.C.) (QL), le juge Haines, au par. 24, [TRADUCTION] «Je crois comprendre, à la lecture de la jurisprudence que les avocats m'ont citée, que la société de personnes tire son existence d'un contrat, express ou tacite. Son existence est une question mixte de droit et de fait à laquelle il faut répondre en fonction de la volonté effective des parties, telle qu'elle ressort de l'ensemble des faits de l'affaire et notamment de la conduite des parties»; *Canadian Pacific Ltd. v. Telesat Canada* (1981), 32 O.R. (2d) 197 (H.C.), le juge DuPont; *Jolley v. F.C. of T.* (1989) ATC 4197 (Cour féd. Australie), les juges Burchett et Lee, au par. 5, [TRADUCTION] «La question de savoir s'il existe une société de personnes est une question mixte de droit et de fait (*Keith Spicer Ltd. v. Mansell* (1970), 1 W.L.R. 333). Si le tribunal a mal compris les règles de droit des sociétés de personnes, il s'agit manifestement d'une question de droit. (*Lombardo v. F.C. of T.* 79 ATC 4542 à la p. 4544 [. . .] le juge en chef Bowen à la p. 576.); et *Alvi et al. v. Lal* (1990), 13 R.P.R. (2d) 302 (H.C. Ont.), le juge Then [à la p. 307] [TRADUCTION] «La question de savoir si un contrat de société de personnes a été conclu par les parties est une question mixte de droit et de fait».

<sup>13</sup> Voir *Canadian Tax Reporter*, Vol. 3 (éd. à feuilles mobiles) (Toronto, CCH), au par. 12,107 (recouvrement) [TRADUCTION] «Certaines généralités concernant les sociétés de personnes sont également acceptées. Ainsi, il n'est pas nécessaire qu'il y ait un écrit pour établir l'existence d'une société de personnes et le fait qu'une entreprise soit qualifiée de société de personnes [. . .] dans un contrat écrit n'est pas concluant en ce qui concerne la nature de cette entente». Voir également *Canada Tax Service*, supra, aux p. 96-136 à 96-139 (recouvrement) [TRADUCTION] «Comme l'existence d'une société de personnes est une question de fait, il s'ensuit que ni une affirmation, ni une dénégation de son existence n'a un effet déterminant sur la conclusion à tirer».

<sup>14</sup> *Canada Tax Service*, supra, à la p. 96-139 [TRADUCTION] «L'existence d'un but lucratif est une condition

partnership.”

<sup>15</sup> *Lindley & Banks on Partnership* (17th ed.) (London: Sweet & Maxwell, 1995) at pp. 10-11.

<sup>16</sup> [1998] 2 S.C.R. 298 at paras. 22-25 [pp. 317-318]. (hereinafter *Continental Bank*).

<sup>17</sup> See *Continental Bank*, *supra*, note 16.

<sup>18</sup> *Ibid.*, at para. 39 [p. 324].

<sup>19</sup> Tax Court reasons, at p. 2787.

<sup>20</sup> See, e.g., *Smith & Hogan Ltd., In re Estate of*, [1932] S.C.R. 661, at p. 673 “The execution of the conditional sales agreements, however, is, in my opinion, just as consistent with an intention to take security on the automobiles for advances made, but with a misconception of the legal effect which would follow the taking of security in that form, as it is with an intention on the part of the appellants to purchase the automobiles. It is wholly a question of the intention of the parties, and that is a question of fact on which we have the concurrent finding of two courts.”; see also *Wildenburg Holdings Ltd. v. M.N.R.* (1998), 98 DTC 6462 (Ont. Gen. Div.) [at p. 6465] “It is well established that whether any particular property used in a partnership business is or is not partnership property does not depend on how the title happens to be held but is a question of fact based upon the intention of the parties.”; *R.P.M. Tech Inc. v. Harvey & Co.* (1993), 111 Nfld. & P.E.I.R. 12 (Nfld. S.C.), *per Wells J.*, at para. 50 “It is in my view, a question of fact as to what the intention of the parties was, and the court has to do its best to ascertain that intention.”; *Milos Equipment Ltd. v. Insurance Corp. of Ireland* (1988), 34 C.C.L.I. 102 (B.C.S.C.); *revd on other grounds* (1990), 47 B.C.L.R. (2d) 296 (C.A.) “As the parties’ intention is essentially a question of fact, case law brings little to bear on the issues.” [at p. 108 (C.C.L.I.)].

<sup>21</sup> *Lindley & Banks on Partnership* (17th ed.) (London: Sweet & Maxwell, 1995), at p. 10.

<sup>22</sup> *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 81 [pp. 564-566]. I would note that the Supreme Court reiterated this principle in one of its most recent judgments: see *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201, at para. 57 [p. 239]. In the case of *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2, the Supreme Court treated as a factual matter the existence of a partnership and affirmed a trial judge’s decision to that effect, which was erroneously overturned by the Court of Appeal.

<sup>23</sup> See, e.g., the quote from *Lindley & Banks on Partnership*, *supra*, note 15.

<sup>24</sup> Tax Court reasons, at p. 2788.

essentielle, mais insuffisante, qui doit être remplie pour qu’il y ait société de personnes.»

<sup>15</sup> *Lindley & Banks on Partnership*, 17<sup>e</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1995, aux p. 10 et 11.

<sup>16</sup> [1998] 2 R.C.S. 298, au par. 22 à 25 [p. 317 et 318]. (*Continental Bank*).

<sup>17</sup> Voir *Continental Bank*, *supra*, note 16.

<sup>18</sup> *Ibid.*, au par. 39 [p. 324].

<sup>19</sup> Motifs de la Cour de l’impôt, à la p. 2787.

<sup>20</sup> Voir, p. ex., *Smith & Hogan Ltd., In re Estate of*, [1932] R.C.S. 661, à la p. 673 [TRADUCTION] «J’estime toutefois que la signature de contrats de vente conditionnels est tout aussi compatible avec une intention d’exiger la fourniture d’une sûreté pour les automobiles en garantie du remboursement des avances consenties—si l’on exclut toute interprétation erronée quant aux conséquences juridiques que comporterait la fourniture d’une sûreté sous cette forme—qu’elle l’est avec une intention des appelants d’acheter les automobiles. Tout dépend de la volonté des parties et il s’agit en l’occurrence d’une question de fait au sujet de laquelle deux tribunaux ont conclu dans le même sens». Voir également les décisions *Wildenburg Holdings Ltd. v. M.N.R.* (1998), 98 DTC 6462 (Div. gén. Ont.) [à la p. 6465] [TRADUCTION] «Il est de jurisprudence constante que la réponse à la question de savoir si un bien déterminé utilisé pour les activités d’une société de personnes constitue ou non un bien ne dépend pas des modalités du titre de propriété. Il s’agit plutôt d’une question de fait qui est tributaire de la volonté des parties.»; *R.P.M. Tech Inc. v. Harvey & Co.* (1993), 111 Nfld. & P.E.I.R. 12 (C.S.T-N.), le juge Wells, au par. 50 [TRADUCTION] «Il s’agit selon moi d’une question de fait qui porte sur l’intention des parties. Le tribunal doit tout faire en son pouvoir pour établir cette intention.»; *Milos Equipment Ltd. v. Insurance Corp. of Ireland* (1988), 34 C.C.L.I. 102 (C.S.C.-B.); infirmé pour d’autres motifs à (1990), 47 B.C.L.R. (2d) 296 (C.A.) [TRADUCTION] «Comme la volonté des parties est essentiellement une question de fait, la jurisprudence a peu d’utilité lorsqu’il s’agit de répondre à ces questions» [à la p. 108 (C.C.L.I.)].

<sup>21</sup> *Lindley & Banks on Partnership* (17<sup>e</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1995), à la p. 10.

<sup>22</sup> *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, au par. 81 [p. 564 à 566]. Je tiens à souligner que la Cour suprême a réitéré ce principe dans un de ses arrêts les plus récents, l’arrêt *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201, au par. 57 [p. 239]. Dans l’arrêt *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2, la Cour suprême a considéré comme une question de fait l’existence d’une société de personnes et a confirmé la décision que le juge de première instance avait rendue en ce sens et qui avait été infirmée de façon erronée par la Cour d’appel.

<sup>23</sup> Voir, p. ex., l’extrait précité de *Lindley & Banks on Partnership*, *supra*, note 15.

<sup>24</sup> Motifs de la Cour de l’impôt, à la p. 2788.

<sup>25</sup> [1991] B.C.J. No. 1048 (S.C.) (QL) [at pp. 9-10]; see also *Marigold Holdings Ltd. and Riverview Place Apartment Ltd. v. Norem Construction Ltd., Pendergast (Barry) Architect Ltd. and Sovereign General Insurance Co. et al.* (1988), 89 A.R. 81 (Q.B.), at p. 115. "The Partnership Act does not require that the partners share in the profits of the business. The definition essentially excludes nonprofit relationships from the purview of the legislation. The Act simply requires a profit motive."

<sup>26</sup> Assignment and Assumption of Partnership Interests Agreement, dated November 30, 1987, at Appeal Book, p. 693 (Vol. 3, Tab 27). The relevant portion is excerpted *infra*, at note 32.

<sup>27</sup> Tax Court reasons, at p. 2787.

<sup>28</sup> While this proposition logically follows from the fact that partnership must be based on agreement, it has been expressly stated by Commonwealth Courts: see *Jolley v. F.C. of T.* (1989), 89 ATC 4197 (Fed. Ct. Australia) *per* Burchett and Lee JJ. at p. 4,206 "The establishment of mutual assent and intention is an essential element in demonstrating the existence of a partnership although it does not stand alone and must be assessed with all relevant circumstances including the conduct of the parties."

<sup>29</sup> At Appeal Book, Vol. I-B, at p. 36.

<sup>30</sup> *Continental Bank, supra*, at para 24 [p. 318].

<sup>31</sup> At p. 2772 of his reasons, the Tax Court Judge recounts as noteworthy the testimony of Mr. Gouveia that the appellant never expected to obtain the risks or benefits of the HCP project, and that the appellant and the U.S. parties were only co-owners of the HCP project for a moment in time, after which the appellant planned to transfer the HCP project to BDI. He wrote that:

Respondent's counsel asked Mr. Gouveia whether it was ever contemplated that Spire Freezers Limited and the other Canadians would have the risks and benefits of ownership associated with the HCP Condominium project. He answered "no". Under the agreement with HCP the appellants were obliged to transfer ownership of the HCP Condominium to BDI. Mr. Gouveia conceded that it was anticipated that BDI would lose beneficial ownership of the condominium for only a "moment of time".

<sup>32</sup> Assignment and Assumption of Partnership Interests Agreement, dated November 30, 1987, at Appeal Book, p. 693 (Vol. 3, Tab 27).

<sup>33</sup> *Continental Bank, supra*, at para. 23 [pp. 317-318].

<sup>34</sup> Letter of instruction to Professor Richard Buxbaum, February 14, 1997, at Appeal Book, p. 1141.

<sup>35</sup> Opinion of Professor Richard Buxbaum, February 18, 1997, at Appeal Book, p. 1128.

<sup>36</sup> Appeal Book, Volume I-A, at pp. 84-85.

<sup>25</sup> [1991] B.C.J. n° 1048 (C.S.) (QL) [aux p. 9 et 10] voir également le jugement *Marigold Holdings Ltd. and Riverview Place Apartment Ltd. v. Norem Construction Ltd., Pendergast (Barry) Architect Ltd. and Sovereign General Insurance Co. et al.* (1988), 89 A.R. 81 (B.R.), à la p. 115 [TRADUCTION] «La Loi sur les sociétés de personnes n'exige pas que les associés se partagent les bénéfices de l'entreprise. La définition soustrait essentiellement les associations à but non lucratif du champ d'application de la Loi. La Loi exige seulement la poursuite d'un but lucratif.»

<sup>26</sup> Contrat de cession et de prise en charge de participations dans la société de personnes en date du 30 novembre 1987, dossier d'appel, à la p. 693 (vol. 3, onglet 27). L'extrait pertinent est reproduit *infra*, à la note 32.

<sup>27</sup> Motifs de la Cour de l'impôt, à la p. 2787.

<sup>28</sup> Bien que cette proposition découle logiquement du fait que la société de personnes doit être fondée sur une rencontre de volontés, les tribunaux des pays du Commonwealth l'ont énoncée en termes explicites (voir *Jolley v. F.C. of T.* (1989), 89 ATC 4197 (Cour féd. Australie)) les juges Burchett et Lee, à la p. 4,206 [TRADUCTION] «L'établissement d'un accord et d'une intention réciproques constitue un élément essentiel de la preuve de l'existence d'une société de personnes. Ce facteur ne doit cependant pas être pris isolément et doit être évalué avec toutes les circonstances pertinentes, y compris la conduite des parties.»

<sup>29</sup> Dossier d'appel, vol. I-B, à la p. 36.

<sup>30</sup> *Continental Bank, supra*, au par. 24 [p. 318].

<sup>31</sup> À la p. 2772 de ses motifs, le juge de la Cour de l'impôt tient à citer le témoignage de M. Gouveia suivant lequel l'appelante ne s'était jamais attendue à obtenir les risques ou les avantages du projet HCP et que l'appelante et les Américains n'avaient été copropriétaires de ce projet que pendant un bref instant, après quoi l'appelante avait prévu le transférer à BDI. Voici ce qu'il a écrit:

L'avocate de l'intimée a demandé à M. Gouveia si l'on avait songé au fait qu'en tant que propriétaires, Spire Freezers Limited et les autres Canadiens courraient les risques et bénéficieraient des avantages associés au condominium de HCP. M. Gouveia a répondu par la négative. En vertu de l'entente conclue avec HCP, les appelants étaient tenus de transférer la propriété du condominium de HCP à BDI. M. Gouveia a concédé qu'il était prévu que BDI cesserait d'être propriétaire bénéficiaire du condominium pendant une brève période seulement.

<sup>32</sup> Contrat de cession et de prise en charge de participations dans la société de personnes en date du 30 novembre 1987, dossier d'appel, à la p. 693 (vol. 3, onglet 27).

<sup>33</sup> *Continental Bank, supra*, au par. 23 [p. 317 et 318].

<sup>34</sup> Lettre de consultation adressée au professeur Richard Buxbaum le 14 février 1997, dossier d'appel, à la p. 1141.

<sup>35</sup> Opinion du professeur Richard Buxbaum en date du 18 février 1997, dossier d'appel, à la p. 1128.

<sup>36</sup> Dossier d'appel, vol. I-A, aux p. 84 et 85.

<sup>37</sup> [1998] 2 S.C.R. 298.

<sup>38</sup> [1996] 3 F.C. 713 (C.A.); revd [1998] 2 S.C.R. 298.

<sup>39</sup> [1995] 2 C.T.C. 320 (F.C.A.); revd [1997] 2 S.C.R. 336.

<sup>40</sup> See J. F. Avery Jones, "Nothing Either Good or Bad, But Thinking Makes It So—The Mental Element in Anti-Avoidance Legislation—I", [1983] *Brit. Tax Rev.* 9 and *Canada v. Placer Dome Inc.*, [1997] 1 F.C. 780 (C.A.).

<sup>41</sup> R. C. l'Anson Banks (ed.), *Lindley & Banks on Partnership*, 17th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1995) at pp. 10-11.

<sup>42</sup> [1978] 1 S.C.R. 480.

<sup>43</sup> The Ontario *Partnerships Act* [R.S.O. 1990, c. P.5, s. 2] and most other partnership statutes in common law jurisdictions define partnership as "the relation that subsists between persons carrying on a business in common with a view to profit."

<sup>44</sup> *Backman, P. D. v. The Queen* (1997), 97 DTC 1468 (T.C.C.).

<sup>45</sup> *Continental Bank*, *supra*, note 5, at para. 24 [p. 731] (*per* Linden, J.A.).

<sup>46</sup> *Continental Bank*, *supra*, note 37, at para. 45 [p. 326] (*per* Bastarache J.).

<sup>47</sup> *Lindley & Banks on Partnership*, *supra*, note 9.

<sup>48</sup> *Stuart Investments v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536.

<sup>49</sup> *Ibid.*, at p. 580.

<sup>50</sup> See s. 96(8) of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.) c. 1 [as enacted by S.C. 1994, c. 21, s. 44].

<sup>51</sup> *Landry (C.) v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 3 (F.C.A.).

<sup>52</sup> See *Canada v. Donnelly*, [1998] 1 F.C. 513 (C.A.).

<sup>53</sup> *Mirza v. R.*, [1998] 4 C.T.C. 2272 (T.C.C.).

<sup>37</sup> [1998] 2 R.C.S. 298.

<sup>38</sup> [1996] 3 C.F. 713 (C.A.); inf. par [1998] 2 R.C.S. 298.

<sup>39</sup> [1995] 2 C.T.C. 320 (C.A.); inf. par [1997] 2 R.C.S. 336.

<sup>40</sup> Voir J. F. Avery Jones, "Nothing Either Good or Bad, But Thinking Makes It So—The Mental Element in Anti-Avoidance Legislation—I", [1983] *Brit. Tax Rev.* 9 et *Canada c. Placer Dome Inc.*, [1997] 1 C.F. 780 (C.A.).

<sup>41</sup> R.C. l'Anson Banks (éd.), *Lindley & Banks on Partnerships*, 17<sup>e</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1995, aux p. 10 et 11.

<sup>42</sup> [1978] 1 R.C.S. 480.

<sup>43</sup> À l'instar de la plupart des lois sur les sociétés de personnes des provinces et États de common law, la *Loi sur les sociétés en nom collectif* [L.R.O. 1990, ch. P.5, art. 2] 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».

<sup>44</sup> *Backman, P. D. c. La Reine* (1997), 97 DTC 1468 (C.C.I.).

<sup>45</sup> *Continental Bank*, *supra*, note 5, au par. 24 [p. 731] (le juge Linden, J.C.A.).

<sup>46</sup> *Continental Bank*, *supra*, note 37, au par. 45 [p. 326] (le juge Bastarache).

<sup>47</sup> *Lindley & Banks on Partnership*, *supra*, note 9.

<sup>48</sup> *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536.

<sup>49</sup> *Ibid.*, à la p. 580.

<sup>50</sup> Voir l'art. 96(8) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.) ch. 1 [édicte par L.C. 1994, ch. 21, art. 44].

<sup>51</sup> *Landry (C.) c. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 3 (C.A.F.).

<sup>52</sup> Voir l'arrêt *Canada c. Donnelly*, [1998] 1 C.F. 513 (C.A.).

<sup>53</sup> *Mirza v. R.*, [1998] 4 C.T.C. 2272 (C.C.I.).