

A-55-01
2002 FCA 291

A-55-01
2002 CAF 291

Water's Edge Village Estates (Phase II) Ltd.
(Appellant)

v.

Her Majesty the Queen (Respondent)

**INDEXED AS: WATER'S EDGE VILLAGE ESTATES (PHASE II)
LTD. v. CANADA (C.A.)**

Court of Appeal, Desjardins, Linden and Noël JJ.A.—
Vancouver, May 27; Ottawa, July 9, 2002.

Income Tax — Income Calculation — Deductions — Taxpayers purchasing 93.5% interest in U.S. partnership (Klink Development Company) in December 1991 for \$320,000 — Klink conveying computer purchased in 1982 for US\$3.7 million but fair market value of which US\$7000 in 1991, to B.C. limited partnership in which had 50% interest — Klink recording net terminal loss under Income Tax Act, s. 20(16) — Taxpayers claiming respective shares of loss in computation of income — M.N.R. disallowing claim — Tax Court Judge confirming reassessments on basis no viable partnership subsisted beyond December 1991 transactions, losses properly denied under general anti-avoidance rule in s. 245 — (1) Partnership in existence at close of 1991 taxation year — Taxpayers carried on business in common with view to profit while attempting to exploit computer in selected markets — (2) Losses properly denied under s. 245 — 1991 transactions providing taxpayers with substantial tax benefit — Tax benefit only reason for transactions — Taxpayers exploited obvious loophole in Act, used Act, ss. 13(21), 20(16) to obtain anomalous, unintended result — S. 245 permitting Court to intervene as misused said provisions, abused capital cost allowance system.

Income Tax — Partnerships — Tax Court confirming reassessments disallowing claims for shares of partnership's terminal loss on basis no viable partnership — Taxpayers' acquisition of interest in partnership, contribution of obsolete

Water's Edge Village Estates (Phase II) Ltd.
(appelante)

c.

Sa Majesté la Reine (intimée)

**RÉPERTORIÉ: WATER'S EDGE VILLAGE ESTATES (PHASE II)
LTD. c. CANADA (C.A.)**

Cour d'appel, juges Desjardins, Linden et Noël, J.C.A.—
—Vancouver, 27 mai; Ottawa, 9 juillet 2002.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Des contribuables ont acheté une participation de 93,5 % dans une société de personnes américaine (Klink Development Company) en décembre 1991 pour 320 000 \$ — Klink a cédé pour 3,7 millions de dollars US un ordinateur qu'elle avait acheté en 1982 mais qui avait une valeur marchande d'environ 7 000 \$US en 1991, à une société en commandite de la Colombie-Britannique dans laquelle elle avait une participation de 50 % — Klink a, conformément à l'art. 20(16) de la Loi de l'impôt sur le revenu, déclaré une perte finale nette — Les contribuables ont cherché à déduire leur quote-part de cette perte dans le calcul de leur revenu — Le M.R.N. a refusé cette déduction — Le juge de la Cour de l'impôt a confirmé les nouvelles cotisations au motif qu'aucune société de personnes viable n'avait survécu aux opérations de décembre 1991 et que c'était avec raison que le ministre avait refusé la déduction des pertes en vertu de la disposition générale anti-évitement contenue à l'art. 245 — 1) Il existait une société de personnes à la clôture de l'année d'imposition 1991 — Les contribuables exploitaient une entreprise en commun en vue de réaliser des bénéfices alors qu'ils essaieraient d'exploiter l'ordinateur sur des marchés choisis — 2) La déduction des pertes a été refusée à bon droit en vertu de l'art. 245 — Les opérations de 1991 ont procuré aux contribuables un avantage fiscal non négligeable — La recherche d'un avantage fiscal était la seule raison d'être de ces opérations — Les contribuables ont exploité une échappatoire évidente de la Loi et ont utilisé les art. 13(21) et 20(16) de la Loi pour obtenir un résultat anormal et imprévu — L'art. 245 permet à la Cour d'intervenir en cas d'application abusive des dispositions en question et d'abus du système de déduction pour amortissement.

Impôt sur le revenu — Sociétés de personnes — La Cour de l'impôt a confirmé les nouvelles cotisations refusant la déduction par les contribuables de leur quote-part respective de la perte finale d'une société de personnes au motif qu'il

mainframe computer (asset giving rise to loss) to B.C. limited partnership primarily tax motivated — Minister challenging continued existence of partnership as proposed use of computer not giving rise to reasonable expectation of profit — Case law evolving since decision under appeal rendered — Must determine whether lesser business intent existed despite predominant tax motivation — Supreme Court of Canada holding reasonable expectation of profit test not relevant in determining existence of business where activity commercial-like — In absence of personal element, activities directed towards generation of profit, and which bear badges of commerce, constituting business — Taxpayers carried on business in common with view to profit while actively engaged in attempt to exploit computer in selected markets.

n'existait pas de société de personnes viable — L'acquisition par les contribuables de leur participation dans la société de personnes et l'apport dans une société en commandite de la C.-B. d'un ordinateur vétuste (le bien qui a donné lieu à la perte) étaient surtout motivés par des considérations d'ordre fiscal — Le ministre a contesté le fait que la société de personnes continuait d'exister parce que l'utilisation projetée de l'ordinateur ne donnait pas lieu à une expectative raisonnable de profit — La jurisprudence a évolué depuis le prononcé de la décision frappée d'appel — Il s'agissait de savoir si le contribuable avait une intention commerciale secondaire malgré une motivation fiscale prédominante — La Cour suprême du Canada a statué que le critère de l'expectative raisonnable de profit n'est pas pertinent aux fins de déterminer s'il existe une entreprise lorsque l'activité visée est commerciale — Lorsqu'elles ne comportent aucun aspect personnel, les activités qui sont axées sur la production de bénéfices et qui comportent les caractéristiques d'une activité commerciale constituent une entreprise — Les contribuables exploitaient une entreprise en commun en vue de réaliser des bénéfices alors qu'ils s'affairaient activement à essayer d'exploiter l'ordinateur sur des marchés choisis.

This was an appeal from a Tax Court of Canada decision concerning losses allegedly incurred by a partnership and of which the appellants (five other appeals were consolidated with this appeal) availed themselves in the computation of their respective income. On December 13, 1991, a British Columbia promoter and a company through which he conducted his activities purchased, on an interim basis, a 98% interest in a United States partnership, Klink Development Company, for \$51,500. Shortly thereafter, on December 20, 1991, the appellants, along with three other individuals, paid \$320,000 to acquire interests totalling more than 93.5% in Klink. On the same day, Klink acquired a 50% interest in a British Columbia limited partnership, called Interfin Leasing Partnership (ILP). Its contribution to that partnership consisted in the conveyance of an IBM mainframe computer which it had bought in 1982, for US\$3.7 million but which had a market value of approximately US\$7000 in 1991. The computer was obsolete in North America at that time. After the computer was conveyed by Klink to ILP, ongoing efforts were made to lease the computer in various Eastern European countries and Venezuela, none of which proved to be fruitful. In computing its income for its taxation year ending December 31, 1991, Klink recorded a net terminal loss in the amount of \$4,441,390 pursuant to subsection 20(16) of the *Income Tax Act*. The appellants claimed their respective shares of this loss in the computation of their income for the relevant taxation years. The Minister of National Revenue reassessed the appellants and disallowed their respective share of the Klink loss. The Tax Court Judge confirmed the reassessments on the basis that no viable partnership subsisted beyond the December 1991 transactions and that, even if Klink did

Il s'agit de l'appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt concernant des pertes qui auraient été subies par une société de personnes et dont les appelants (il y a eu jonction de cinq autres appels avec le présent appel) se sont prévalus lors du calcul de leur revenu respectif. Le 13 décembre 1991, un promoteur de la Colombie-Britannique a, avec une compagnie par l'intermédiaire de laquelle il exerçait ses activités, acquis à titre provisoire une participation de 98 % dans une société de personnes américaine, Klink Development Company, pour la somme de 51 500 \$. Peu de temps après, le 20 décembre 1991, les appelants ont, avec trois autres particuliers, payé 320 000 \$ pour acquérir des participations dans Klink totalisant un peu plus de 93,5 %. Le même jour, Klink a acquis une participation de 50 % dans une société en commandite de la Colombie-Britannique appelée Interfin Leasing Partnership (ILP). Comme apport à cette société de personnes, Klink a cédé un ordinateur central IBM, qu'elle avait acheté en 1982 pour la somme de 3,7 millions de dollars US mais qui avait une valeur marchande d'environ 7 000 \$US en 1991. L'ordinateur était, à l'époque en cause, vétuste en Amérique du Nord. Après que Klink eut cédé l'ordinateur à IPL, des démarches soutenues ont été entreprises en vue de louer l'ordinateur dans divers pays d'Europe de l'Est et, plus tard, au Venezuela, mais aucune de ces démarches n'a porté fruit. Lors du calcul de son revenu pour son année d'imposition se terminant le 31 décembre 1991, Klink a, conformément au paragraphe 20(16) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, déclaré une perte finale de 4 441 390 \$. Les appelants ont cherché à déduire leur quote-part de cette perte dans le calcul de leur revenu pour les années d'imposition applicables. Le ministre du Revenu

survive these transactions, the losses were properly denied by virtue of the general anti-avoidance rule (GAAR) in section 245 of the Act. The issues were: (1) whether appellants were members of a partnership at the time the losses were incurred; and (2) whether the losses were properly denied by section 245.

Held, the appeal should be dismissed.

(1) The partnership remained in existence at the close of its 1991 taxation year based on cases decided since the decision under appeal. The acquisition by the appellants of their interest in Klink and the ensuing contribution of the computer to ILP were primarily tax motivated. But the question was whether the appellants as partners had the ancillary intention to profit from the continuing use of the computer, a question which the Tax Court did not address although it was incumbent upon it to have done so. The ongoing intention to exploit the computer with a view to profit was understood by the appellants to be an essential component of the tax plan which they had conceived and they acted in a manner which was consistent with that plan. In the absence of a personal element, activities directed towards the generation of profit and which bear the badges of commerce constitute a business. The appellants carried on business in common with a view to profit while they were attempting to exploit the computer in selected markets. That the U.S. partners agreed to remain in that capacity in order to insure the continued existence of the partnership is consistent with their continued intention to carry on business in common.

(2) The Minister took the position that the appellants had embarked on "avoidance transactions" the benefits of which were denied by the GAAR. He recognized that the terminal loss in the amount of \$4,486,940 had been properly computed by Klink, subject to the application of section 245 which requires answers to three questions. The first question was whether the December 20, 1991 transactions resulted in a tax benefit to the appellants. The acquisition by the appellants of their respective interests in Klink on December 20, 1991 and the disposition, on the same day, of the computer to ILP, provided the appellants with a substantial tax benefit. Indeed, they gained access to a loss totalling \$4,152,700 (93.5% of

national a établi à l'égard de tous les appelants de nouvelles cotisations dans lesquelles il a refusé la déduction de leurs parts respectives des pertes de Klink. Le juge de la Cour de l'impôt a confirmé les nouvelles cotisations au motif qu'aucune société de personnes viable n'avait survécu aux opérations de décembre 1991 et que, même si Klink avait effectivement survécu à ces opérations, la déduction des pertes avait été à juste titre refusée en vertu de la disposition générale anti-évitement contenue à l'article 245 de la Loi. Les questions en litige étaient les suivantes: 1) Les appelants faisaient-ils partie d'une société de personnes au moment où les pertes ont été subies? 2) est-ce à bon droit que la déduction des pertes a été refusée en vertu de l'article 245?

Arrêt: l'appel est rejeté.

1) La société de personnes a continué à exister après la clôture de son année d'imposition 1991 suivant le cours de la jurisprudence depuis la décision frappée d'appel. L'acquisition par les appelants de leur participation dans Klink et l'apport de l'ordinateur à ILP qui s'en est suivi étaient surtout motivés par des considérations d'ordre fiscal. Mais il restait à savoir si les appelants avaient l'intention secondaire, en tant qu'associés, de tirer profit de l'utilisation prolongée de l'ordinateur, une question sur laquelle la Cour de l'impôt ne s'est pas penchée, malgré le fait qu'elle devait le faire. L'intention constante d'exploiter l'ordinateur dans le but de réaliser un bénéfice était perçue par les appelants comme un élément essentiel du projet fiscal qu'ils avaient conçu et ils ont agi d'une manière qui était compatible avec ce projet. Lorsqu'elles ne comportent aucun aspect personnel, les activités qui sont axées sur la production de bénéfices et qui comportent les caractéristiques d'une activité commerciale constituent une entreprise. Les appelants exploitaient une entreprise en commun en vue de réaliser des bénéfices alors qu'ils essayaient d'exploiter l'ordinateur sur des marchés choisis. Le fait que les associés américains avaient accepté de conserver une participation dans la société de personnes pour s'assurer que celle-ci continue à exister s'accorde avec leur volonté constante d'exploiter une entreprise en commun.

2) Le ministre était d'avis que les appelants s'étaient livrés à des «opérations d'évitement» dont les avantages étaient refusés par la disposition générale anti-évitement. Il a reconnu que Klink avait correctement calculé la perte finale au montant de 4 486 940 \$, sous réserve de l'application de l'article 245 qui exige de répondre à trois questions. La première question était de savoir si les opérations du 20 décembre 1991 ont procuré un avantage fiscal aux appelants. L'acquisition par les appelants de leur participation respective dans la société Klink le 20 décembre 1991, et la cession, le même jour, de l'ordinateur à ILP ont procuré aux appelants un avantage fiscal non négligeable. En fait, ils ont ainsi pu réaliser une

\$4,441,390) at a cost of \$320,000, or 13 cents to the dollar. The second question was whether the transactions could reasonably be considered to have been undertaken primarily for a purpose other than to obtain a tax benefit. The value of the tax loss in the hands of the appellants when contrasted with the income-earning prospects of the computer made the predominant purpose of the transactions plain and obvious. The difference between the amount paid by the appellants to acquire their partnership interest (\$320,000) and the value of the computer at that time (US\$7,000) was also indicative of the fact that first and foremost, the appellants paid to acquire a tax loss. There was no credible explanation for the manner in which the appellants proceeded to acquire their interest in the partnership and contribute the computer to another partnership prior to the close of its 1991 taxation year, other than the achievement of the tax benefit which they were seeking. The quest for the tax benefit was the only reason why the transactions unfolded as they did.

The answer to the second question being negative, the third question was whether the transactions resulted in a misuse or an abuse of the provisions of the Act, other than section 245, read as a whole. The capital cost allowance system is intended to recognize over time costs incurred to acquire capital assets actually used to earn income within the meaning of paragraphs 18(1)(a) and (b), and the "recapture" and "terminal loss" provisions are intended to adjust the aggregate deduction so recognized when subsequent events demonstrate that the asset has been over- or under-depreciated. In the present case, the decrease in value of the computer which underlies the terminal loss recorded by Klink was attributable to a period when the computer was not being used to earn income under the Act and hence was not "depreciable property". The general principle that limits the deduction of expenditures to those incurred for the purpose of gaining and producing "income" under the Act is set out in paragraph 18(1)(a). The recapture and terminal loss provisions (subsections 13(1) and 20(16) respectively) insure that in the end, it is the actual cost of a capital asset used to earn income under the Act that is deducted in conformity with the general limitation stated in paragraph 18(1)(a). The object and spirit of the relevant provisions is to provide for the recognition of money spent to acquire qualifying assets to the extent that they are consumed in the income-earning process under the Act. By acquiring their interests in Klink and insuring its continued operation, the appellants "imported", for Canadian income tax purposes, a capital cost equal to the computer's historical cost. They immediately took steps to profit from this cost by contributing the computer to ILP prior to the close of Klink's 1991 taxation

perle totale de 4 152 700 \$ (93,5 % de 4 441 390 \$) à un coût de 320 000 \$, soit 13 cents par dollar. La deuxième question était de savoir s'il est raisonnable de considérer que les opérations ont principalement été effectuées pour un objet autre que l'obtention d'un avantage fiscal. L'objet principal des opérations s'impose de façon évidente lorsqu'on met en contraste la valeur de la perte fiscale subie par les appelants avec la capacité de l'ordinateur de produire un revenu. La différence entre la somme payée par les appelants pour acquérir une participation dans la société de personnes (320 000 \$) et la valeur de l'ordinateur à l'époque (7 000 \$US) révélait aussi que d'abord et avant tout, les appelants ont payé pour acquérir une perte fiscale. La manière dont les appelants s'y sont pris pour acquérir une participation dans la société de personnes et pour faire apport de l'ordinateur à une autre société de personnes avant la clôture de son année d'imposition 1991 ne peut vraisemblablement s'expliquer que par la volonté d'obtenir l'avantage fiscal qu'ils recherchaient. La recherche d'un avantage fiscal est la seule raison pour laquelle les opérations se sont déroulées de cette manière.

Comme la réponse à la deuxième question est négative, la troisième question consistait à se demander si les opérations ont entraîné un abus dans l'application des dispositions de la Loi dans son ensemble, abstraction faite de l'article 245. Le mécanisme de la déduction pour amortissement a pour objet de tenir compte sur une période de temps déterminée des dépenses engagées pour acquérir des biens en immobilisation qui ont véritablement servi à gagner un revenu au sens des alinéas 18(1)a) et 18(1)b) et les dispositions relatives à la «récupération» et aux «pertes finales» sont conçues de manière à rajuster les déductions totales ainsi reconnues lorsque surviennent par la suite des événements qui démontrent que le bien a fait l'objet d'un amortissement excessif ou insuffisant. En l'espèce, la dépréciation de l'ordinateur qui est à la base de la perte finale déclarée par Klink est imputable à une période au cours de laquelle l'ordinateur n'était pas utilisé en vue de gagner un revenu au sens de la Loi et l'ordinateur ne constituait donc pas un «bien amortissable». Le principe général qui limite la déduction des dépenses à celles qui ont été engagées en vue de produire un «revenu» au sens de la Loi est énoncé à l'alinéa 18(1)a). Les dispositions relatives à la récupération et aux pertes finales (respectivement, les paragraphes 13(1) et 20(16)) garantissent qu'en bout de ligne, c'est le coût réel du bien en immobilisation qui a servi à gagner un revenu au sens de la Loi qui est déduit en conformité avec la restriction générale formulée à l'alinéa 18(1)a). L'objet et l'esprit des dispositions pertinentes sont de tenir compte de l'argent qui a été dépensé pour acquérir des biens admissibles dans la mesure où ils sont utilisés en vue de gagner un revenu au sens de la Loi. En

year, thereby triggering a terminal loss pursuant to subsection 20(16). In doing so, they exploited an obvious loophole which allowed them to deduct a cost in excess of \$4 million for a computer which had a value of US\$7,000 when it first became depreciable property under the Act. The addition of subsection 96(8) (which applies after December 21, 1992) to the Act demonstrates that Parliament moved as quickly as it could to close the loophole exploited by the appellants precisely because the result achieved was anomalous having regard to the object and spirit of the relevant provisions of the Act which give rise to no ambiguity. Section 245 allows the Court to intervene when confronted with a misuse of the provisions of the Act. The appellants used paragraph 13(21)(f) and subsection 20(16) of the Act to obtain a result which was both anomalous and unintended when regard is had to their reason for being. They misused these provisions and abused the capital cost allowance system generally. The Tax Court Judge properly held that the losses claimed by the appellants were denied by section 245.

acquérant une participation dans Klink et en s'assurant que celle-ci continuait à exercer ses activités, les appelants ont, pour l'application des lois fiscales canadiennes, «importé» un coût en capital égal au coût historique de l'ordinateur. Ils ont immédiatement pris des mesures pour tirer profit de ce coût en faisant apport à ILP de l'ordinateur avant la fin de l'année d'imposition 1991 de Klink, déclenchant ainsi une perte finale au sens du paragraphe 20(16). Ce faisant, ils ont exploité une échappatoire évidente qui leur permettait de déduire des frais de plus de quatre millions de dollars relativement à un ordinateur qui avait une valeur approximative de 7 000 \$US lorsque cet ordinateur est devenu pour la première fois un bien amortissable au sens de la Loi. L'insertion après coup du paragraphe 96(8) dans la Loi (avec effet rétroactif au 21 décembre 1992) démontre que le législateur fédéral est intervenu aussi rapidement que possible pour supprimer l'échappatoire que les appelants avaient exploitée précisément en raison du fait que le résultat obtenu constituait une anomalie, compte tenu de l'objet et de l'esprit des dispositions applicables de la Loi, qui ne donnent lieu à aucune ambiguïté. L'article 245 permet à la Cour d'intervenir lorsqu'elle a affaire à un abus dans l'application des dispositions de la Loi. Les appelants ont utilisé l'alinéa 13(21)f) et le paragraphe 20(16) de la Loi pour obtenir un résultat qui était à la fois anormal et imprévu lorsqu'on tient compte de la raison d'être de ces dispositions. Les appelants ont donc appliqué de façon abusive les dispositions en question et ils ont abusé de façon générale du système de déduction pour amortissement. C'est à bon droit que le juge de la Cour de l'impôt a statué que les pertes déduites par les appelants n'étaient pas admissibles du fait de l'article 245.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 96(8) (as enacted by S.C. 1994, c. 21, s. 44).

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 3, 9(1), 13(1) (as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 6), (21)(b) (as am. by S.C. 1991, c. 49, s. 9), (f) (as am. by S.C. 1976-77, c. 4, s. 3; 1977-78, c. 1, s. 6), 18(1), 20(1), (16) (as enacted *idem*, s. 14; 1988, c. 55, s. 12), 96(1) (as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 43; 1988, c. 55, s. 66), 111(1) (as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 54), 245(1) "tax benefit" (as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 185), "tax consequences" (as am. *idem*), "transaction" (as am. *idem*), (2) (as am. *idem*), (3) (as am. *idem*), (4) (as enacted *idem*), (5) (as enacted *idem*), (6) (as enacted *idem*), (7) (as enacted *idem*), (8) (as enacted *idem*).

Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, s. 1100 (as am. by SOR/78-377, s. 3; 83-340, s. 1; 91-673, s. 1).

Partnership Act, R.S.B.C. 1996, c. 348, s. 4(c).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 96(8) (édicte par L.C. 1994, ch. 21, art. 44).

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 3, 9(1), 13(1) (mod. par L.C. 1988, ch. 55, art. 6), (21)b) (mod. par L.C. 1991, ch. 49, art. 9), f) (mod. par S.C. 1976-77, ch. 4, art. 3; 1977-78, ch. 1, art. 6), 18(1) (mod. par S.C. 1985, ch. 45, art. 126), 20(1), (16) (édicte par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 14; L.C. 1988, ch. 55, art. 12), 96(1) (mod. par S.C. 1984, ch. 1, art. 43; L.C. 1988, ch. 55, art. 66), 111(1) (mod. par L.C. 1984, ch. 1, art. 54), 245(1) «attribut fiscal» (mod. par L.C. 1988, ch. 55, art. 185), «avantage fiscal» (mod., *idem*), «opération» (mod., *idem*), (2) (mod., *idem*), (3) (mod., *idem*), (4) (édicte, *idem*), (5) (édicte, *idem*), (6) (édicte, *idem*), (7) (édicte, *idem*), (8) (édicte, *idem*).

Partnership Act, R.S.B.C. 1996, ch. 348, art. 4(c).

Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., ch. 945, art. 1100 (mod. par DORS/78-377, art. 3; 83-340, art. 1; 91-673, art. 1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Spire Freezers Ltd. v. Canada, [2001] 1 S.C.R. 391; [2001] 2 C.T.C. 40; *Backman v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 367; (2001), 196 D.L.R. (4th) 193; 11 B.L.R. (3d) 165; [2001] 2 C.T.C. 11; 2001 DTC 5149; 266 N.R. 246; *Stewart v. Canada* (2002), 212 D.L.R. (4th) 577; 288 N.R. 297 (S.C.C.); *Walls v. Canada* (2002), 212 D.L.R. (4th) 606 (S.C.C.); *OSFC Holdings Ltd. v. Canada*, [2002] 2 F.C. 288; (2001), 17 B.L.R. (3d) 212; 29 C.B.R. (4th) 105; 2001 DTC 5471; 275 N.R. 238 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, [2001] S.C.C.A. No. 522.

DISTINGUISHED:

Lea-Don Canada Limited v. Minister of National Revenue, [1971] S.C.R. 95; (1970), 13 D.L.R. (3d) 117; [1970] C.T.C. 346; 70 DTC 6271; *Allied Farm Equipment Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1972] F.C. 263; [1972] C.T.C. 107; (1972), 72 DTC 6086 (T.D.); *Oceanspan Carriers Ltd. v. Canada*, [1987] 2 F.C. 171; [1987] 1 C.T.C. 210; (1987), 87 DTC 5102; 73 N.R. 91 (C.A.); *Holiday Luggage Mfg. Co. v. Canada*, [1987] 2 F.C. 249; [1987] 1 C.T.C. 23; (1986), 86 DTC 6601; 8 F.T.R. 94 (T.D.).

REFERRED TO:

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; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; (1999), 178 D.L.R. (4th) 26; [1999] 4 C.T.C. 313; 247 N.R. 19; *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804; (1999), 179 D.L.R. (4th) 577; [2000] 1 W.W.R. 195; 69 B.C.L.R. (3d) 201; 99 DTC 5799; 248 N.R. 216; *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312; [1994] 2 C.T.C. 25; (1994), 94 DTC 6314; 168 N.R. 16; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; (1995), 127 D.L.R. (4th) 193; [1995] 2 C.T.C. 369; 95 DTC 5551; 186 N.R. 243.

APPEAL from a Tax Court of Canada decision (*Duncan v. Canada*, [2001] 2 C.T.C. 2284; 2001 DTC 96) confirming the reassessments disallowing claimed shares of partnership losses of the Minister of National Revenue on the basis that no viable partnership subsisted beyond December 1991 and that the losses were properly denied by virtue of the general anti-avoidance rule in section 245 of the *Income Tax Act*.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Spire Freezers Ltd. c. Canada, [2001] 1 R.C.S. 391; [2001] 2 C.T.C. 40; *Backman c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 367; (2001), 196 D.L.R. (4th) 193; 11 B.L.R. (3d) 165; [2001] 2 C.T.C. 11; 2001 DTC 5149; 266 N.R. 246; *Stewart c. Canada* (2002), 212 D.L.R. (4th) 577; 288 N.R. 297 (C.S.C.); *Walls c. Canada*, (2002), 212 D.L.R. (4th) 606 (C.S.C.); *OSFC Holdings Ltd. c. Canada*, [2002] 2 C.F. 288; (2001), 17 B.L.R. (3d) 212; 29 C.B.R. (4th) 105; 2001 DTC 5471; 275 N.R. 238 (C.A.); autorisation d'appel à la C.S.C. refusée, [2001] C.S.C.R. n° 522.

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Lea-Don Canada Limited v. Minister of National Revenue, [1971] R.C.S. 95; (1970), 13 D.L.R. (3d) 117; [1970] C.T.C. 346; 70 DTC 6271; *Allied Farm Equipment Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1972] C.F. 263; [1972] C.T.C. 107; (1972), 72 DTC 6086 (1^{re} inst.); *Oceanspan Carriers Ltd. c. Canada*, [1987] 2 C.F. 171; [1987] 1 C.T.C. 210; (1987), 87 DTC 5102; 73 N.R. 91 (C.A.); *Holiday Luggage Mfg. Co. c. Canada*, [1987] 2 C.F. 249; [1987] 1 C.T.C. 23; (1986), 86 DTC 6601; 8 F.T.R. 94 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

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; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; (1999), 178 D.L.R. (4th) 26; [1999] 4 C.T.C. 313; 247 N.R. 19; *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804; (1999), 179 D.L.R. (4th) 577; [2000] 1 W.W.R. 195; 69 B.C.L.R. (3d) 201; 99 DTC 5799; 248 N.R. 216; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312; [1994] 2 C.T.C. 25; (1994), 94 DTC 6314; 168 N.R. 16; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; (1995), 127 D.L.R. (4th) 193; [1995] 2 C.T.C. 369; 95 DTC 5551; 186 N.R. 243.

APPEL d'un jugement par lequel la Cour canadienne de l'impôt (*Duncan c. Canada*, [2001] 2 C.T.C. 2284; 2001 DTC 96) a confirmé de nouvelles cotisations dans lesquelles le ministre du Revenu national avait refusé de déduire la part respective des pertes d'une société de personnes au motif qu'aucune société de personnes viable n'avait survécu aux opérations de décembre 1991 et que la déduction des pertes a été à juste titre refusée

Appeal dismissed.

en vertu de la disposition générale anti-évitement contenue à l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Appel rejeté.

APPEARANCES:

George E. H. Cadman, Q.C. and *Margaret Stanier*
for appellant.
Patricia A. Babcock for respondent.

ONT COMPARU:

George E. H. Cadman, c.r. et *Margaret Stanier*
pour l'appelante.
Patricia A. Babcock pour l'intimée.

SOLICITORS OF RECORD:

Boughton Peterson Yang Anderson, Vancouver, for
appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Boughton Peterson Yang Anderson, Vancouver,
pour l'appelante.
Le sous-procureur général du Canada pour
l'intimée.

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

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

[1] NOËL J.A.: This appeal is in respect of six appeals under the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63] (Act) which were heard together on common evidence by Judge Bowie of the Tax Court of Canada. By order of this Court, the six appeals were consolidated, the lead file being the appeal in the present matter. These reasons will therefore also be filed and stand as reasons for judgment in the five other appeals (namely, the appeals in files A-56-01, A-57-01, A-58-01, A-59-01 and A-60-01.)

[1] LE JUGE NOËL, J.C.A.: Le présent appel concerne six appels qui ont été interjetés en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63] (la Loi) et qui ont été instruits ensemble sur preuve commune par le juge Bowie de la Cour canadienne de l'impôt. Notre Cour a ordonné la jonction de ces six appels. Le dossier principal est l'appel interjeté dans la présente affaire. Les présents motifs seront par conséquent déposés dans les cinq autres appels (à savoir les appels interjetés dans les dossiers A-56-01, A-57-01, A-58-01, A-59-01 et A-60-01) et serviront également de motifs de jugement dans ces autres appels.

[2] All the appeals concern losses said to have been incurred by a partnership and of which the appellants availed themselves in the computation of their respective income. While the appeals involve different taxation years ranging from 1990 to 1993, the issue in each year for each appellant is identical, except for the carry back or carry forward of the claimed losses in some cases.

[2] Tous les appels concernent des pertes qui auraient été subies par une société de personnes et dont les appelants se sont prévalus lors du calcul de leur revenu respectif. Bien que les appels se rapportent à diverses années d'imposition comprises entre 1990 et 1993, le point en litige pour chaque année et pour chaque appelant est identique, sauf en ce qui a trait, dans certains cas, au report rétrospectif ou prospectif de certaines pertes.

The Transactions in Issue

Les opérations en litige

[3] The facts are set out in detail in the decision of the Tax Court Judge (*Duncan v. Canada*, [2001] 2 C.T.C. 2284) and need not be repeated. It is sufficient for present purposes to briefly describe the transactions

[3] Les faits sont exposés en détail dans la décision du juge de la Cour de l'impôt (*Duncan c. Canada*, [2001] 2 C.T.C. 2284) et il n'est pas nécessaire de les répéter. Il suffit en l'espèce de revenir brièvement sur les

which gave rise to the claimed losses and their subsequent refusal by the Minister of National Revenue. The relevant statutory provisions are set out in Annex I to these reasons in the order in which they appear in the Act.

[4] In December 1991, each of the appellants purchased an interest in a United States partnership operating under the name Klink Development Company (Klink). Klink was originally formed in 1979 under the laws of the State of Ohio. Its original partners were all citizens and residents of the United States. In 1982, Klink purchased an IBM mainframe computer for US\$3.7 million. The computer was rented out to a United States lessor under long term leases the last of which was to end December 31, 1991. By 1991, the computer had been fully depreciated both for accounting purposes and for purposes of United States income tax laws. It was considered to be obsolete in North America.

[5] On December 13, 1991, a British Columbia promoter by the name of Hutton and a company through which he conducted his activities purchased, on an interim basis, a 98% interest in Klink for \$51,500. The remaining 2% interest was retained by the original U.S. partners.

[6] Seven days later, on December 20, 1991, the appellants, along with three other individuals, paid \$320,000 to acquire interests totalling slightly more than 93.5% in Klink. Hutton and his company continued to hold the remaining portion of the interests which they had bought (approximately 4.5%). The Tax Court Judge found as a fact that the computer had a market value of approximately US\$7,000 at that time.

[7] On the same day, Klink acquired a 50% interest in a recently formed British Columbia limited partnership, called Interfin Leasing Partnership (ILP). Klink's contribution to this partnership consisted in the conveyance of the computer for which it received a credit to its capital account of \$50,000. At the same

opérations qui ont donné lieu aux pertes dont la déduction a été demandée et sur le refus subséquent du ministre du Revenu national d'autoriser cette déduction. Les dispositions légales applicables sont reproduites à l'annexe I des présents motifs dans l'ordre dans lequel elles apparaissent dans la Loi.

[4] En décembre 1991, chacun des appelants a acheté une participation dans une société de personnes des États-Unis qui faisait affaires sous la raison sociale de Klink Development Company (Klink). Klink avait été constituée en 1979 sous le régime des lois de l'État de l'Ohio. Ses associés initiaux étaient tous citoyens et résidents des États-Unis. En 1982, Klink a acheté un ordinateur central IBM pour la somme de 3 700 000 \$US. L'ordinateur a été loué à une entreprise américaine en vertu de contrats de location à long terme dont le dernier devait expirer le 31 décembre 1991. En 1991, l'ordinateur avait été totalement amorti, tant sur le plan comptable que pour l'application des lois fiscales américaines. Il était considéré vétuste pour l'Amérique du Nord.

[5] Le 13 décembre 1991, un promoteur de la Colombie-Britannique du nom de Hutton a, avec une compagnie par l'intermédiaire de laquelle il exerçait ses activités, acquis à titre provisoire une participation de 98 p. 100 dans Klink pour la somme de 51 500 \$. Les associés américains initiaux ont conservé la participation de 2 p. 100 qui restait.

[6] Sept jours plus tard, le 20 décembre 1991, les appelants ont, avec trois autres particuliers, payé la somme de 320 000 \$ pour acquérir des participations dans Klink totalisant un peu plus de 93,5 p. 100. Hutton et sa compagnie ont continué à détenir la partie restante des participations qu'ils avaient achetées (environ 4,5 p. 100). Le juge de la Cour de l'impôt a établi à environ 7 000 \$US la valeur marchande de l'ordinateur à l'époque.

[7] Le même jour, Klink a acquis une participation de 50 p. 100 dans une nouvelle société en commandite de la Colombie-Britannique du nom d'Interfin Leasing Partnership (ILP). À titre d'apport à cette société de personnes, Klink a cédé l'ordinateur, pour lequel un montant de 50 000 \$ a été porté au crédit de son compte

time, Klink assigned to ILP its rights under the outstanding lease of the computer, the term of which had been extended to March 31, 1992.

[8] The stated reason for the acquisition by the appellants of their interest in Klink and the contribution of the computer to ILP was to continue to derive income therefrom in selected markets where it still had income-earning potential. It was acknowledged that the computer was, at that time, obsolete in North America.

[9] It is apparent from the evidence that after the computer was conveyed by Klink to ILP, ongoing efforts were made to lease the computer in various Eastern European countries and later in Venezuela. A consultant was hired, markets were investigated, clients were approached, upgrades were purchased and trips were taken. According to the financial statements, approximately \$20,000 was spent towards that end. However, none of these efforts had proven to be fruitful some two years thereafter.

[10] In computing its income under subsection 96(1) [as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 43; 1988, c. 55, s. 66] of the Act for its taxation year ending December 31, 1991, Klink recorded a terminal loss in the amount of \$4,486,940 pursuant to subsection 20(16) [as enacted by S.C. 1977-78, c. 1, s. 14; 1988, c. 55, s. 12]. This loss was reduced by income from operations of \$45,550, to produce a net loss for income tax purposes of \$4,441,390. The appellants claimed their respective shares of this loss in the computation of their income for the relevant taxation years, and in some cases the excess was carried back or forward as non-capital losses pursuant to paragraph 111(1)(a) [as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 54].

[11] The Minister of National Revenue reassessed each of the appellants to disallow their respective shares of the Klink loss. The reassessments were predicated upon the view that Klink was no longer a subsisting partnership beyond the December 13 or 20, 1991 transaction, as the case may be. Alternatively, the Minister took the position that the appellants had

de capital. Au même moment, Klink a cédé à ILP ses droits dans le contrat de location en cours de l'ordinateur dont la date d'expiration avait été repoussée au 31 mars 1992.

[8] La raison déclarée par les appelants pour justifier l'acquisition de leur participation dans la société Klink et l'apport de l'ordinateur à ILP était qu'ils souhaitaient continuer à tirer des revenus de l'ordinateur sur certains marchés déterminés où l'ordinateur pouvait encore produire des revenus. Il a été reconnu que l'ordinateur était, à l'époque en cause, vétuste en Amérique du Nord.

[9] Il ressort de la preuve qu'après que Klink eut cédé l'ordinateur à ILP, des démarches soutenues ont été entreprises en vue de louer l'ordinateur dans divers pays d'Europe de l'Est et, plus tard, au Venezuela. Un consultant a été embauché, des études de marché ont été effectuées, des clients ont été approchés, des mises à niveau ont été achetées et des voyages ont été entrepris. Suivant les états financiers, environ 20 000 \$ ont été dépensés à cette fin. Toutefois, aucune de ces démarches n'avait porté fruit deux ans plus tard.

[10] Lors du calcul de son revenu selon le paragraphe 96(1) [mod. par S.C. 1984, ch. 1, art. 43; L.C. 1988, ch. 55, art. 66] de la Loi pour son année d'imposition se terminant le 31 décembre 1991, Klink a, conformément au paragraphe 20(16) [édicte par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 14; L.C. 1988, ch. 55, art. 12] de la Loi, déclaré une perte finale de 4 486 940 \$. De ce montant, elle a retranché un revenu d'exploitation de 45 550 \$, pour en arriver, sur le plan fiscal, à une perte nette de 4 441 390 \$. Les appelants ont déduit leur quote-part de cette perte dans le calcul de leur revenu pour les années d'imposition applicables et, dans certains cas, l'excédent a fait l'objet d'un report rétrospectif ou prospectif en vertu de l'alinéa 111(1)a) [mod. par S.C. 1984, ch. 1, art. 54] en tant que perte autre qu'en capital.

[11] Le ministre du Revenu national a établi à l'égard de tous les appelants de nouvelles cotisations dans lesquelles il a refusé la déduction de leurs parts respectives des pertes de Klink. Les nouvelles cotisations reposaient sur l'opinion du ministre selon laquelle Klink n'était pas une société de personnes qui avait survécu aux opérations conclues selon le cas le 13

embarked on “avoidance transactions” the benefits of which were denied by virtue of the general anti-avoidance rule (GAAR) set out in section 245 [as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 185] of the Act.

The Decision of the Tax Court Judge

[12] The Tax Court Judge confirmed the reassessments on the basis that no viable partnership subsisted beyond either of the December 1991 transactions. He went on to determine that if Klink did survive these transactions, the losses were properly denied by virtue of section 245. This is the decision under appeal.

[13] The conclusion that the partnership was not in existence after the December transactions is based on the finding that the appellants did not intend to exploit the computer with a view to profit. This led to the Tax Court Judge to say that “[t]he meetings held and the memoranda generated” towards that end were “window-dressing” (reasons, paragraph 46). The Tax Court Judge made the earlier finding that the computer was used in the course of business during the short period ending to December 31, 1991. However, he held that this business was not carried on with a view to profit or in common with the U.S. partners (reasons, paragraphs 39, 40 and 41).

The Partnership Issue

[14] I am prepared to accept, for purposes of disposing of the appeal, that Klink subsisted as a valid partnership beyond the December transactions and remained in existence at the close of its 1991 taxation year. The case law surrounding this issue has evolved since the decision under appeal was rendered. At that time, the appeals to the Supreme Court in *Spire Freezers Ltd. v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 391 and *Backman v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 367 had been heard but judgment had yet to be delivered. The Supreme Court has since released two further decisions which also bear on the outcome of this appeal: *Stewart v. Canada*

ou le 20 décembre 1991. À titre subsidiaire, le ministre s'est dit d'avis que les appelants s'étaient livrés à des «opérations d'évitement» et, en vertu de la disposition générale anti-évitement énoncée à l'article 245 [mod. par L.C. 1988, ch. 55, art. 185] de la Loi, il leur a refusé la possibilité de bénéficier des avantages fiscaux en découlant.

La décision du juge de la Cour de l'impôt

[12] Le juge de la Cour de l'impôt a confirmé les nouvelles cotisations au motif qu'aucune société de personnes viable n'avait survécu aux opérations de décembre 1991. Le juge a poursuivi en concluant que, si Klink avait effectivement survécu à ces opérations, c'était avec raison que le ministre avait refusé la déduction des pertes en vertu de l'article 245. C'est la décision qui fait l'objet du présent appel.

[13] La conclusion que la société de personnes n'existait plus après les opérations de décembre reposait sur la décision que les appelants n'avaient pas l'intention d'exploiter l'ordinateur en vue de réaliser un bénéfice, ce qui a amené le juge de la Cour de l'impôt à qualifier «[l]es réunions tenues et les mémoires établis» de «simple façade» (paragraphe 46 des motifs). Le juge de la Cour de l'impôt avait déjà conclu que l'ordinateur avait été utilisé dans le cadre d'une entreprise au cours de la brève période se terminant le 31 décembre 1991. Il a toutefois jugé que cette entreprise n'avait pas été exploitée dans le but de réaliser un bénéfice et qu'elle n'avait pas été exploitée en commun avec les associés américains (paragraphe 39, 40 et 41 des motifs).

La question de la société de personnes

[14] Je suis disposé à accepter, pour trancher l'appel, que Klink a continué à exister en tant que société de personnes valide après les opérations de décembre et qu'elle existait toujours à la fin de son année d'imposition 1991. La jurisprudence sur cette question a évolué depuis que la décision frappée d'appel a été rendue. À l'époque, les pourvois formés devant la Cour suprême dans les affaires *Spire Freezers Ltd. c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 391, et *Backman c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 367, avaient été instruits mais aucune décision n'avait encore été rendue. La Cour suprême a depuis rendu deux autres décisions qui ont également une

(2002), 212 D.L.R. (4th) 577; and *Walls v. Canada* (2002), 212 D.L.R. (4th) 606.

[15] The first issue which the Tax Court Judge had to address is identical to the one identified by the Supreme Court in both *Backman* and *Spire Freezers*, i.e. were the appellants members of a partnership at the time the losses were incurred, the relevant time for our purposes being December 31, 1991. In those decisions, the Supreme Court emphasized what had been said in *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298, namely that tax motivation will not derogate from the validity of a partnership where the three essential elements of a partnership are otherwise present.

[16] As will be seen, there can be no doubt in the present case that the acquisition by the appellants of their interest in Klink and the ensuing contribution of the computer to ILP, were primarily tax motivated. But the question remained as to whether the appellants as partners had the ancillary intention to profit from the continuing use of the computer. The Tax Court Judge in the course of his lengthy reasons did not discuss or allude to the possibility that the appellants could have had the secondary intention to exploit the computer with a view to profit.

[17] The Tax Court Judge had before him the decision of the Supreme Court in *Continental Bank*. One would have expected to find in his reasons the type of discussion which the Supreme Court engaged in *Spire Freezers* and *Backman*. As these decisions demonstrate, the issue which must be confronted in cases such as this is whether a lesser business intent can be said to exist despite a predominant tax motivation. An asserted business intent will be particularly difficult to exclude when it is consistent with the achievement of a predominant tax motivation and is supported by objective evidence. The Tax Court Judge does not appear to have considered this possibility.

incidence sur l'issue du présent appel, en l'occurrence les arrêts *Stewart c. Canada* (2002), 212 D.L.R. (4th) 577; et *Walls c. Canada* (2002), 212 D.L.R. (4th) 606.

[15] La première question sur laquelle le juge de la Cour de l'impôt était appelé à se pencher était identique à celle que la Cour suprême a formulée dans les affaires *Backman* et *Spire Freezers*, en l'occurrence la question de savoir si les appelants faisaient partie d'une société de personnes au moment où les pertes ont été subies, la date pertinente en l'espèce étant celle du 31 décembre 1991. Dans ces décisions, la Cour suprême a repris ce qu'elle avait dit dans l'arrêt *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298, c'est-à-dire qu'une motivation d'ordre fiscal n'enlève rien à la validité d'une société de personnes dès lors que les trois conditions essentielles à l'existence d'une société de personnes sont par ailleurs réunies.

[16] Comme nous le verrons plus loin, il est incontestable en l'espèce que l'acquisition par les appelants de leur participation dans Klink et l'apport de l'ordinateur à ILP qui s'en est suivi étaient surtout motivés par des considérations d'ordre fiscal. Mais il restait à savoir si les appelants avaient l'intention secondaire, en tant qu'associés, de tirer profit de l'utilisation prolongée de l'ordinateur. Dans ses longs motifs, le juge de la Cour de l'impôt n'a pas examiné la possibilité que les appelants aient pu avoir l'intention secondaire d'exploiter l'ordinateur en vue de réaliser un bénéfice et il n'a pas fait allusion à cette éventualité.

[17] Le juge de la Cour de l'impôt connaissait l'arrêt *Continental Bank* de la Cour suprême. On se serait attendu à trouver dans ses motifs le genre d'analyse à laquelle la Cour suprême s'est livrée dans les arrêts *Spire Freezers* et *Backman*. Ainsi que ces décisions le démontrent, la question à laquelle il faut s'attaquer en pareil cas est de savoir si l'on peut dire que le contribuable avait aussi une intention commerciale secondaire en plus de sa motivation fiscale principale. Il sera d'autant plus difficile d'écarter une intention commerciale déclarée lorsque cette intention est compatible avec la réalisation d'une motivation fiscale principale et que cette intention est confirmée par des éléments de preuve objectifs. Or, il semble bien que le juge de la Cour de l'impôt n'ait pas envisagé cette possibilité.

[18] It seems clear that because section 245 is in play, the appellants directed their efforts at convincing the Tax Court Judge that they acquired their partnership interest predominantly or exclusively for a “*bona fide*” purpose (i.e. a purpose other than to obtain a tax benefit within the meaning of subsection 245(3) [as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 185]). The Tax Court Judge categorically rejected this contention, properly so in my view. Nevertheless, in assessing the continued existence of the partnership, it was incumbent upon him to go beyond this question and determine whether the appellants had the ancillary intention to carry on business with a view to profit despite their tax motivation.

[19] Where a partnership is entered into for tax reasons, the approach which governs in ascertaining its continued existence is as follows (*Backman, supra*, at paragraphs 25-26):

As adopted in *Continental Bank, supra*, at para. 23, and stated in *Lindley & Banks on Partnership, supra*, 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”. In other words, to ascertain the existence of a partnership the courts must inquire into whether the objective, documentary evidence and the surrounding facts, including what the parties actually did, are consistent with a subjective intention to carry on business in common with a view to profit.

Courts must be pragmatic in their approach to the three essential ingredients of partnership. Whether a partnership has been established in a particular case will depend on an analysis and weighing of the relevant factors in the context of all the surrounding circumstances. That the alleged partnership must be considered in the totality of the circumstances prevents the mechanical application of a checklist or a test with more precisely defined parameters.

[20] Applying this approach in *Backman*, the Supreme Court came to the conclusion that the appellants had failed to establish an ancillary intention to carry on business with a view to profit. The key passage is reproduced below, at paragraph 29:

[18] Il semble acquis que, comme l'article 245 entre en jeu, les appelants se sont surtout efforcés de convaincre le juge de la Cour de l'impôt qu'ils avaient acquis leur participation dans la société de personnes principalement ou exclusivement pour un objet «véritable» (c.-à-d. pour un objet autre que l'obtention d'un avantage fiscal au sens du paragraphe 245(3) [mod. par L.C. 1988, ch. 55, art. 185]). Le juge de la Cour de l'impôt a catégoriquement rejeté cette prétention, à juste titre selon moi. Néanmoins, pour décider si la société de personnes existait toujours, il incombait au juge de la Cour de l'impôt d'aller au-delà de cette question et de décider si les appelants avaient l'intention secondaire d'exploiter une entreprise en vue de réaliser un bénéfice.

[19] La méthode à suivre pour se prononcer sur l'existence continue d'une société de personnes qui a été créée pour des raisons fiscales est la suivante (arrêt *Backman*, précité, aux paragraphes 25 et 26):

Conformément à l'observation suivante, énoncée dans *Lindley & Banks on Partnership, op. cit.*, p. 73, et adoptée dans *Continental Bank*, précité, par. 23: [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». En d'autres termes, pour statuer sur l'existence d'une société de personnes, les tribunaux doivent se demander si la preuve documentaire objective et les circonstances de l'affaire, notamment les actes concrets des parties, sont compatibles avec l'existence d'une intention subjective d'exploiter une entreprise en commun dans le but de réaliser un bénéfice.

Les tribunaux doivent se montrer pragmatiques dans l'examen des trois éléments essentiels d'une société de personnes. Pour déterminer si une telle société a été établie dans une affaire donnée, il faut analyser et soupeser les facteurs pertinents eu égard à toutes les circonstances. Le fait que l'existence de la prétendue société de personnes doive être examinée au regard de l'ensemble des circonstances est incompatible avec l'application mécanique d'une liste de contrôle ou d'un critère comportant des paramètres définis de façon plus précise.

[20] Appliquant cette approche dans l'affaire *Backman*, la Cour suprême en est arrivée à la conclusion que les appelants n'avaient pas l'intention secondaire d'exploiter une entreprise en vue de réaliser un bénéfice. Le passage-clé de l'arrêt est rédigé comme suit, au paragraphe 29:

The appellant argues that he established an ancillary intention to carry on business with a view to profit by virtue of the purchase of a working interest in an oil and gas property. Here, again, the documentary evidence indicates an intention to form a partnership. Just prior to the transactions at issue in this appeal, the partnership agreement was amended to provide for investment in oil and gas as one of the purposes of the partnership. Shortly before the scheduled withdrawal of the American partners, the alleged partnership did purchase a one percent interest in an Alberta oil and gas property for \$5,000. However, as discussed above, this evidence of intention must be weighed against other factors in the context of the surrounding circumstances relating to the oil and gas property. In considering those circumstances, we are not convinced that the putative partners had the necessary intention to carry on business in common with a view to profit. It is difficult to accept that there was in fact a business being carried on when none of the factors relevant to the existence of a business supports that contention. The putative partners did not hold themselves out to others as providers of goods or services derived from their interest in the oil and gas property. They had no management duties in respect of the property. There is no evidence that the alleged partnership or its agents expended anything other than nominal time, attention or labour on the project; nor did they incur any liabilities to other persons in respect of it.

[21] In contrast here, the putative partners did hold themselves out to others as providers of services derived from their interest in the computer; the partnership through its agents expended time, attention and labour on the project, and they incurred liabilities to other persons in respect of it. They also retained ownership of the asset which gave rise to the loss and continued to exploit it in the same business for a brief time, and thereafter in an attempt to exploit it in other markets (compare *Spire Freezers*, *supra*, paragraph 23). The ongoing intention to exploit the computer with a view to profit was understood by the appellants to be an essential component of the tax plan which they had conceived and they acted in a manner which was consistent with this plan (see the appellants' lawyer's reporting letter dated December 23, 1991, which emphasizes: "again that every effort must be made to

L'appelant soutient que l'achat de la participation directe dans un bien relatif au pétrole et au gaz établit l'existence d'une intention accessoire d'exploiter une entreprise en vue de réaliser un bénéfice. Ici encore, la preuve documentaire témoigne de l'intention de créer une société de personnes. Tout juste avant les opérations en cause dans le présent pourvoi, le contrat de société a été modifié de façon à y prévoir que l'investissement dans le domaine du pétrole et du gaz était l'un des objets de la société de personnes. Peu de temps avant le retrait prévu des associés américains, la prétendue société de personnes a effectivement acquis, au prix de 5 000 \$, une participation de un pour cent dans un bien relatif au pétrole et au gaz en Alberta. Cependant, comme il a été vu plus tôt, cet élément de preuve touchant l'intention doit être soupesé avec d'autres facteurs, eu égard aux circonstances propres au bien relatif au pétrole et au gaz. Après avoir examiné ces circonstances, nous ne sommes pas convaincus que les supposés associés avaient, comme il se doit, l'intention d'exploiter une entreprise en commun dans le but de réaliser un bénéfice. Il est difficile d'accepter qu'une entreprise ait effectivement été exploitée alors qu'aucun des facteurs pertinents en ce qui concerne l'existence d'une entreprise n'étaye cette prétention. Les supposés associés ne se sont pas présentés à d'autres personnes comme étant des fournisseurs de biens ou services tirés du bien relatif au pétrole et au gaz dans lequel ils avaient un intérêt. Ils n'avaient aucune responsabilité quant à la gestion du bien. Il n'y a aucune preuve indiquant que la prétendue société de personnes ou ses représentants ont consacré plus qu'un apport symbolique au projet en temps, attention ou travail, ou qu'ils ont contracté des obligations envers d'autres personnes relativement au projet.

[21] Par contraste, dans le cas qui nous occupe, les supposés associés se sont présentés à d'autres personnes comme étant des fournisseurs de services tirés de l'ordinateur dans lequel ils détenaient une participation. Par le biais de ses représentants, la société de personnes a consacré au projet du temps, de l'attention et du travail, et les associés ont contracté des obligations envers d'autres personnes relativement au projet. Les associés ont également conservé la propriété du bien à l'origine de la perte et ils ont continué à exploiter ce bien dans le cadre de la même entreprise pendant une brève période de temps, et par la suite dans le but d'essayer de l'exploiter sur d'autres marchés (comparer avec l'arrêt *Spire Freezers*, précité, au paragraphe 23). L'intention constante d'exploiter l'ordinateur dans le but de réaliser un bénéfice était perçue par les appelants comme un élément essentiel du projet fiscal qu'ils

market these products in Eastern Block countries”, Appeal Book, volume III, page 416).

[22] The Tax Court Judge did question whether the partnership agreement contained the “type of provisions typically found in a partnership agreement” (reasons, paragraph 40). However, the formal validity of this agreement was not in issue in the appeal before him. The Minister admitted in the pleadings that Klink had been formed as a general partnership under the laws of the State of Ohio, and that the appellants purchased interests in that “partnership” (further amended reply, paragraph 1 which admits *inter alia* paragraphs 1 and 10 of the notice of appeal; see also the facts assumed by the Minister at paragraphs 11b) f), g) and k) of the further amended reply, Appeal Book, volume I, page 166).

[23] Furthermore, the documentary evidence reveals that the Minister’s main reason for challenging the continued existence of the partnership was that the proposed use of the computer in selected markets did not give rise to a reasonable expectation of profit (Appeal Book, volume V, pages 824, 828, 832, 843, 904, 929). The Tax Court Judge agreed that the profit projections were not substantiated (reasons, paragraph 13). He also found that the partners, old or new, could not have expected profits for the short year ending December 31, 1991 (reasons, close of paragraphs 40 and 41). (In this connection, the Tax Court Judge appears to have overlooked that a profit would have resulted in the absence of the depreciation charge which was an optional deduction.)

[24] The Supreme Court has now held that the reasonable expectation of profit test is not a relevant consideration in determining the existence (or continued existence) of a business where the activity in question is commercial-like and cannot be viewed as a personal

avaient conçu et ils ont agi d’une manière qui était compatible avec ce projet (voir la lettre en date du 23 décembre 1991 dans laquelle l’avocat a fait rapport de ses démarches et a souligné [TRADUCTION] «qu’il faut faire tous les efforts pour commercialiser ces produits dans les pays du bloc de l’Est», dossier d’appel, volume III, page 416).

[22] Le juge de la Cour de l’impôt s’est demandé si le contrat de société de personnes renfermait «le genre de dispositions figurant habituellement dans les contrats de société» (paragraphe 40 des motifs). La validité formelle de ce contrat n’était cependant pas contestée dans l’appel dont il était saisi. Le ministre a admis dans les actes de procédure que Klink avait été constituée en société en nom collectif sous le régime des lois de l’Ohio, et que les appelants avaient acquis des participations dans cette «société» (réponse modifiée de nouveau, paragraphe 1, où le ministre admet notamment les paragraphes 1 et 10 de l’avis d’appel; voir également les faits présumés par le ministre aux alinéas 11b), f), g) et k) de la réponse modifiée de nouveau, dossier d’appel, volume I, page 166).

[23] Il ressort en outre de la preuve documentaire que la principale raison pour laquelle le ministre a nié que la société avait continué à exister était que l’utilisation projetée de l’ordinateur sur des marchés ciblés ne donnait pas lieu à une expectative raisonnable de profit (dossier d’appel, volume V, pages 824, 828, 832, 843, 904 et 929). Le juge de la Cour de l’impôt a convenu que les prévisions de profit n’étaient pas corroborées (paragraphe 13 des motifs). Il a également conclu que les vieux associés ou les nouveaux ne pouvaient non plus s’attendre à réaliser des bénéfices au cours de la brève période se terminant le 31 décembre 1991 (fin des paragraphes 40 et 41 des motifs). (À cet égard, le juge de la Cour de l’impôt semble avoir oublié que la société aurait réalisé des bénéfices s’il n’y avait pas eu de frais d’amortissement, lesquels constituent une déduction optionnelle.)

[24] La Cour suprême a depuis statué que le critère de l’expectative raisonnable de profit ne constitue pas un facteur dont il y a lieu de tenir compte pour déterminer s’il existe (ou continue d’exister) une entreprise lorsque l’activité visée est de type commercial et ne peut être

pursuit (*Stewart, supra*, at paragraph 47). In the companion case released on the same day (*Walls, supra*), this proposition was applied in the context of a partnership which had been entered into primarily for tax purposes. It is apparent from these two decisions that in the absence of a personal element, activities directed towards the generation of profit and which bear the badges of commerce, constitute a business.

[25] Keeping this in mind, and applying the approach developed by the Supreme Court in *Spire Freezers* and *Backman*, I am willing to accept that the appellants carried on business in common with a view to profit while they were actively engaged in their attempt to exploit the computer in selected markets. In so concluding, I stress that the Tax Court Judge was unable to hold that the concrete steps taken towards that end were a sham or that the computer was obsolete in the markets in which it was to be exploited.

[26] In any event, the computer was exploited with a view to profit until at least December 31, 1991, while lease payments continued to be received under the outstanding U.S. lease. As the Tax Court Judge noted at paragraph 39 of his reasons:

. . . it seems clear from the decision in *Continental Bank Leasing* that despite the short duration of potential income production remaining, the relatively small amount of income to be produced, and the completely passive nature of the earning process, a business existed until the end of the term of the lease.

[27] The subsequent finding that the U.S. partners did not intend to carry on business in common with the Canadian partners during this period is, in my respectful view, contrary to the evidence. That the U.S. partners agreed to remain in that capacity in order to insure the continued existence of the partnership (reasons, paragraph 41) is consistent (not inconsistent) with their

considérée comme une activité personnelle (arrêt *Stewart*, précité, au paragraphe 47). Dans l'arrêt connexe qu'elle a rendu le même jour (arrêt *Walls*, précité), la Cour suprême a appliqué cet énoncé dans le contexte d'une société de personnes qui avait été constituée principalement à des fins fiscales. Il ressort de ces deux arrêts que, lorsqu'elles ne comportent aucun aspect personnel, les activités axées sur la production de bénéfices et qui comportent les caractéristiques d'une activité commerciale constituent une entreprise.

[25] En tenant compte de ce qui précède et en appliquant la méthode élaborée par la Cour suprême dans les arrêts *Spire Freezers* et *Backman*, je suis prêt à accepter que les appelants exploitaient une entreprise en commun en vue de réaliser des bénéfices alors qu'ils s'affairaient activement à essayer d'exploiter l'ordinateur sur des marchés ciblés. En tirant cette conclusion, je tiens à souligner que le juge de la Cour de l'impôt n'a pas été en mesure de conclure que les démarches concrètes qui avaient été entreprises pour parvenir à ce but constituaient un trompe-l'œil ou que l'ordinateur était vétuste sur les marchés où il devait être exploité.

[26] En tout état de cause, l'ordinateur a été exploité en vue de réaliser des bénéfices au moins jusqu'au 31 décembre 1991, tandis que les versements de location continuaient à être effectués conformément au contrat de location américain qui était toujours en cours de validité. Ainsi que le juge de la Cour de l'impôt l'a fait remarquer au paragraphe 39 de ses motifs:

L'arrêt *Continental Bank Leasing* semble toutefois indiquer clairement qu'une entreprise existait jusqu'à la fin du bail malgré la brève durée restante de la production potentielle d'un revenu, malgré le montant relativement peu élevé du revenu devant être produit et malgré la nature complètement passive du processus consistant à gagner un revenu.

[27] La conclusion subséquente suivant laquelle les associés américains n'avaient pas l'intention d'exploiter une entreprise en commun avec les associés canadiens au cours de cette période est, à mon humble avis, contraire à la preuve. Le fait que les associés américains aient accepté de conserver une participation dans la société de personnes pour s'assurer que celle-ci

continued intention to carry on business in common. Furthermore, Klink's financial statements for the period ending 31 December 1991 reveal that the U.S. partners actually shared in the financial results of the partnership for that period (Appeal Book, volume IV, page 641). According to subsection 4(c) of the *British Columbia Partnership Act*, R.S.B.C. 1996, c. 348, "the receipt by a person of the share of the profits of a business is proof in the absence of evidence to the contrary that he or she is a partner in the business". There was no evidence to the contrary.

The GAAR Issue

[28] The issue which the Tax Court Judge had to address was therefore whether the losses claimed by the appellants were properly denied by virtue of section 245. Before addressing this question, the Tax Court Judge had to be satisfied that the Act, when considered without regard to section 245, allowed Klink to record the terminal loss and the appellants to claim their respective share of the net loss resulting therefrom in the computation of their income.

[29] In this respect, the Tax Court Judge noted that the computer was the only depreciable property owned by Klink before the close of its 1991 taxation year. By virtue of paragraph 13(21)(f) [as am. by S.C. 1976-77, c. 4, s. 3; 1977-78, c. 1, s. 6] of the Act, the undepreciated capital cost of the computer to Klink was equal to its cost less the total depreciation previously allowed under the Act and the proceeds of disposition received by Klink from ILP. As the computer had never been used to earn income under the Act no depreciation had been claimed or allowed under the Act. Specifically, no amount had been deducted by Klink by reason of paragraph 20(1)(a).

[30] The Tax Court Judge after referring to the decision of the Supreme Court in *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622 (paragraph 40 of this

continuerait à exister (paragraphe 41 des motifs) s'accorde avec leur volonté constante d'exploiter une entreprise en commun. Qui plus est, il ressort des états financiers de Klink pour l'exercice clos le 31 décembre 1991 que les associés américains ont effectivement reçu une quote-part des bénéfices de la société pour cette période (dossier d'appel, volume IV, page 641). Aux termes de l'alinéa 4c) de la *Partnership Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 348, [TRADUCTION] «la réception par une personne d'une quote-part des bénéfices d'une entreprise constitue la preuve, en l'absence de preuve contraire, qu'elle est un associé de cette entreprise». Or, en l'espèce, aucune preuve contraire n'a été présentée.

La question de la disposition générale anti-évitement

[28] La question à laquelle le juge de la Cour de l'impôt était appelé à répondre était par conséquent de savoir si c'était à bon droit que le ministre avait refusé en vertu de l'article 245 d'accorder la déduction des pertes réclamées par les appelants. Avant d'aborder cette question, le juge de la Cour de l'impôt devait être convaincu que, lorsqu'on l'examinait en faisant abstraction de l'article 245, la Loi permettait à Klink de déclarer la perte finale et aux appelants de déduire leur quote-part respective de la perte nette en résultant lors du calcul de leur revenu.

[29] À cet égard, le juge de la Cour de l'impôt a fait remarquer que l'ordinateur était le seul bien amortissable que possédait Klink avant la clôture de son année d'imposition 1991. Aux termes de l'alinéa 13(21)f) [mod. par S.C. 1976-77, ch. 4, art. 3; 1977-78, ch. 1, art. 6] de la Loi, la fraction non amortie du coût en capital de l'ordinateur pour Klink équivalait à son coût en capital moins l'amortissement total déjà autorisé en vertu de la Loi et le produit de la disposition que Klink avait reçu de ILP. Comme l'ordinateur n'avait jamais été utilisé pour gagner un revenu au sens de la Loi, aucune déduction pour amortissement n'avait été réclamée ou autorisée en vertu de la Loi. Plus précisément, aucune somme n'avait été déduite par Klink en raison de l'alinéa 20(1)a).

[30] Après avoir cité l'arrêt *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, de la Cour suprême du Canada—le paragraphe 40 de cet arrêt semble

decision seems particularly relevant), concluded that pursuant to paragraph 13(21)(f), the undepreciated capital cost of the computer in the hands of Klink stood at its full historical cost (\$4,536,940) less the amount credited to the appellants in consideration for their contribution of the computer to ILP (\$50,000). Applying the clear and unambiguous words of paragraph 13(21)(f) and subsection 20(16), he held that the terminal loss in the amount of \$4,486,940 had been properly recorded by Klink (reasons, paragraphs 2 and 50 to 55).

[31] The Minister has not challenged this conclusion on appeal and thus recognizes that the terminal loss has been properly computed by Klink subject to the application of section 245, to which I now turn.

[32] The application of section 245 requires that an answer be given to each of the three following questions:

1. Did the December 20, 1991 transactions result in a tax benefit to the appellants?
2. If so, can the transactions reasonably be considered to have been undertaken primarily for a purpose other than to obtain a tax benefit?
3. If not, did the transactions result in a misuse of the provisions of the Act or an abuse having regard to the provisions of the Act, other than section 245, read as a whole?

[33] The transactions to be considered in the section 245 analysis are the acquisition by the appellants of their respective interests in Klink on December 20, 1991 (December 13, in the case of Hutton and his company) and the disposition, on the same day, of the computer to ILP. It is not disputed that these transactions provided the appellants with a substantial tax benefit. Indeed, they gained access to a loss totalling \$4,152,700 (93.5% of \$4,441,390) at a cost of \$320,000, or 13 cents to the dollar (reasons, paragraph 57).

[34] With respect to the second question, only two of the six appellants gave evidence. One of them

particulièrement pertinent—, le juge de la Cour de l'impôt a conclu qu'aux termes de l'alinéa 13(21)f), la fraction non amortie du coût en capital de l'ordinateur pour Klink correspondait à son coût historique total (4 536 940 \$) diminué du montant qui avait été porté au crédit des appelants en contrepartie de l'ordinateur qu'ils avaient cédé à ILP à titre d'apport à cette société (50 000 \$). Appliquant le libellé clair et non ambigu de l'alinéa 13(21)f) et du paragraphe 20(16), le juge a statué que c'était à juste titre que Klink avait déclaré une perte finale de 4 486 940 \$ (paragraphes 2 et 50 à 55 des motifs).

[31] Le ministre n'a pas contesté cette conclusion en appel et reconnaît donc que Klink a correctement calculé la perte finale sous réserve de l'application de l'article 245, auquel je passe maintenant.

[32] Pour appliquer l'article 245, il faut répondre à chacune des trois questions suivantes:

1. Les opérations du 20 décembre 1991 ont-elles procuré un avantage fiscal aux appelants?
2. Dans l'affirmative, est-il raisonnable de considérer que les opérations ont principalement été effectuées pour un objet autre que l'obtention d'un avantage fiscal?
3. Dans la négative, est-ce que les opérations ont entraîné, un abus dans l'application des dispositions de la Loi ou de la Loi dans son ensemble, abstraction faite de l'article 245?

[33] Les opérations dont il y a lieu de tenir compte dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article 245 sont l'acquisition par les appelants de leur participation respective dans la société Klink le 20 décembre 1991—le 13 décembre, dans le cas de Hutton et de sa compagnie—et la cession, le même jour, de l'ordinateur à ILP. Il est acquis aux débats que ces opérations ont procuré aux appelants un avantage fiscal non négligeable. En fait, ils ont ainsi pu réaliser une perte totale de 4 152 700 \$ (93,5 % de 4 441 390 \$) à un coût pour eux de 320 000 \$, soit 13 cents par dollar (paragraphe 57 des motifs).

[34] En ce qui concerne la deuxième question, seulement deux des six appelants ont témoigné. L'un

(Langdon) said that he was motivated “entirely” by the prospect of participating in the business of a data processing centre to be established in Eastern Europe. The other (Young) insisted that the “major motivation” was the opportunity to participate in the emerging Eastern European market. The Tax Court Judge found that these witnesses could not be believed “on this point” (reasons, paragraph 42). This finding, aside from being squarely within the privileged territory of the Tax Court Judge, is amply supported by the evidence.

[35] The value of the tax loss in the hands of the appellants (all of whom were in a position to absorb it quickly) when contrasted with the income-earning prospects of the computer makes the predominant purpose of the transactions plain and obvious. Not only were the available markets for any ongoing exploitation of the computer limited, but the window of opportunity within those markets was bound to close rapidly. The difference between the amount paid by the appellants to acquire their partnership interest (\$320,000) and the value of the computer at that time (US\$7,000) is also indicative of the fact that first and foremost, the appellants paid to acquire a tax loss (reasons, paragraphs 43 and 44).

[36] Furthermore, as found by the Tax Court Judge (reasons, paragraph 44), there is no credible explanation for the manner in which the appellants proceeded to acquire their interest in the partnership and contribute the computer to another partnership prior to the close of its 1991 taxation year, other than the achievement of the tax benefit which they were seeking. These transactions represent one of a variety of ways (some much simpler) in which the appellants could have obtained ownership of the computer for the *bona fide* purpose which they assert. However, to trigger the terminal loss and make it available to the appellants, it was essential that the computer be acquired and disposed of in the manner chosen. The quest for the tax benefit is the only reason why the transactions unfolded as they did.

d’entre eux, M. Langdon, a déposé que sa motivation quant à l’achat de sa participation était «uniquement» la perspective de participer au projet d’implantation d’un centre de traitement de données en Europe de l’Est. L’autre témoin, M. Young, a quant à lui insisté sur le fait que sa principale motivation était la possibilité de prendre part à l’activité du marché de l’Europe de l’Est, alors naissant. Le juge de la Cour de l’impôt a estimé que ces témoins ne pouvaient pas être crus «sur ce point» (paragraphe 42 des motifs). Outre le fait qu’elle ressortissait tout à fait à la compétence privilégiée du juge de la Cour de l’impôt, cette conclusion était amplement justifiée par la preuve.

[35] L’objet principal des opérations s’impose de façon évidente lorsqu’on met en contraste la valeur de la perte fiscale subie par les appelants — qui étaient tous en mesure d’absorber rapidement cette perte — avec la capacité de l’ordinateur de produire un revenu. Non seulement les marchés sur lesquels il était possible de continuer à exploiter l’ordinateur étaient-ils restreints, mais encore la période propice pour faire des affaires sur ces marchés était-elle très réduite. La différence entre la somme payée par les appelants pour acquérir une participation dans la société de personnes (320 000 \$) et la valeur de l’ordinateur à l’époque (7 000 \$US) révèle aussi que, d’abord et avant tout, les appelants ont payé pour acquérir une perte fiscale (paragraphe 43 et 44 des motifs).

[36] De plus, ainsi que le juge de la Cour de l’impôt l’a conclu (paragraphe 44 des motifs), la manière dont les appelants s’y sont pris pour acquérir leur participation dans la société de personnes et pour faire apport de l’ordinateur à une autre société de personnes avant la clôture de son année d’imposition 1991 ne peut vraisemblablement s’expliquer que par une volonté d’obtenir l’avantage fiscal qu’ils recherchaient. Ces opérations ne représentent qu’un des nombreux moyens — dont certains sont beaucoup plus simples — dont les appelants disposaient pour devenir propriétaires de l’ordinateur pour l’objet véritable qu’ils soutiennent avoir été celui de ces opérations. Or, pour déclencher la perte finale et pour permettre aux appelants de se prévaloir de cette perte, il était essentiel que l’ordinateur soit acquis et cédé de la manière choisie. La recherche d’un avantage fiscal est la seule raison pour laquelle les opérations se sont déroulées de cette façon.

[37] Before addressing the third question, it is useful to briefly consider how the capital cost allowance system, which gave rise to the terminal loss recorded by Klink, operates. Paragraph 18(1)(a) (when read in the affirmative) sets out the basic rule that there may be deducted “In computing the income of a taxpayer from a business or property” expenses made or incurred “for the purpose of gaining or producing income from the business or property”. Paragraph 18(1)(b) provides that “no deduction shall be made in respect of . . . a payment on account of capital or an allowance in respect of depreciation . . . except as expressly permitted by this Part”.

[38] The term “depreciable property” is defined by paragraph 13(21)(b) [as am. by S.C. 1991, c. 49, s. 9] as property with respect to which a deduction may be claimed pursuant to paragraph 20(1)(a) which provides in turn that “there may be deducted . . . such part of the capital cost . . . or such amount in respect of the capital cost . . . of property . . . as is allowed by regulation”. Section 1100 [of the *Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945 (as am. by SOR/78-377, s. 3; 83-340, s. 1; 91-673, s. 1)] prescribes the rates (percentages) which when applied to the undepreciated capital cost of property (using the diminishing-balance method), determine the amount which may be deducted annually.

[39] The workings of the capital cost allowance system became more complicated in 1976 when it was made to operate by reference to classes of property. But the system can best be understood when a single property is comprised within a given class such as was the case in respect of the computer held by Klink.

[40] The annual rate of depreciation prescribed by section 1100 is generally intended to track the decrease in value which a capital asset undergoes from year to year (I say “generally” because there are accelerated rates which are clearly intended as incentives). Where however, an arm’s-length sale demonstrates that the asset has been over-depreciated (by virtue of being disposed of at a price which exceeds its undepreciated

[37] Avant d’aborder la troisième question, il est utile de s’arrêter brièvement sur le mode de fonctionnement du système de la déduction pour amortissement qui est à l’origine de la perte finale déclarée par Klink. Lorsqu’on le reformule de façon positive, l’alinéa 18(1)a) [mod. par S.C. 1985, ch. 45, art. 126] énonce le principe fondamental suivant lequel «[d]ans le calcul du revenu du contribuable tiré d’une entreprise ou d’un bien [. . .] sont [. . .] déductibles une dépense [. . .] engagé par le contribuable en vue de tirer un revenu d’une entreprise ou d’un bien». L’alinéa 18(1)b) prévoit pour sa part que «ne sont pas déductibles [. . .] un paiement à titre de capital ou une provision pour amortissement [. . .] sauf ce qui est expressément permis par la présente Partie».

[38] L’alinéa 13(21)b) [mod. par L.C. 1991, ch. 49, art. 9] définit un «bien amortissable» comme un bien qu’un contribuable acquiert et pour lequel il obtient une déduction en vertu de l’alinéa 20(1)a), lequel permet la déduction de «la partie [. . .] du coût en capital [. . .] ou le montant [. . .] du coût en capital [. . .] que le règlement autorise». L’article 1100 [du *Règlement de l’impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945 (mod. par DORS/78-377, art. 3; 83-340, art. 1; 91-673, art. 1)] prescrit les taux (pourcentages) qui, appliqués à la fraction non amortie du coût en capital—calculée à l’aide de la méthode de l’amortissement dégressif à taux constant—, permettent d’établir le montant qui peut être déduit chaque année.

[39] Les rouages du système de la déduction pour amortissement se sont complexifiés considérablement en 1976 lorsque ce mécanisme a été appliqué en fonction de catégories de biens. On comprend toutefois mieux le mécanisme lorsqu’un seul bien fait partie d’une catégorie donnée comme c’était le cas de l’ordinateur détenu par Klink.

[40] Le taux annuel d’amortissement prescrit par l’article 1100 sert en règle générale à suivre la perte de valeur qu’une immobilisation subit d’année en année (je précise «en règle générale» parce qu’il existe aussi des taux accélérés qui se veulent de toute évidence des mesures incitatives). Cependant, lorsqu’il ressort d’une vente conclue sans lien de dépendance que le bien immobilisé en cause a fait l’objet d’un amortissement

capital cost), or under-depreciated (by virtue of being disposed at a price below that amount), the Act provides for the “recapture” of the excessive depreciation by providing for its inclusion in income in the former case (subsection 13(1) [as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 6]), and the deduction of the under-depreciated portion by requiring the deduction of what is commonly called a “terminal loss” equal to that amount in the latter case (subsection 20(16)).

[41] It is apparent from the foregoing that the capital cost allowance system is intended to recognize over time costs incurred to acquire capital assets actually used to earn income within the meaning of paragraphs 18(1)(a) and (b), and that the “recapture” and “terminal loss” provisions are intended to adjust the aggregate deduction so recognized when subsequent events demonstrate that the asset has been over- or under-depreciated. In mechanical terms, this adjustment occurs (in the case of a terminal loss) by virtue of the fact that paragraph 20(16)(a) requires that the undepreciated capital cost of property of a given class be deducted whenever a taxpayer no longer owns property of that class at the end of a given taxation year in which event the amount in question is “deemed” to have been deducted under paragraph 20(1)(a) in computing income for the year (paragraph 20(16)(d)).

[42] In the present case, it is common ground that the decrease in value of the computer which underlies the terminal loss recorded by Klink is attributable to a period when the computer was not being used to earn income under the Act and hence was not “depreciable property” (compare *Lea-Don Canada Limited v. Minister of National Revenue*, [1971] S.C.R. 95, at page 99 (*per* Hall J.)). The computer had a value of approximately US\$7,000 when it began to be used to earn income under the Act. Yet, subsection 20(16) when read with paragraph 13(21)(f), requires that Klink deduct in the computation of its income for the 1991

trop élevé (en raison du fait qu’il a été aliéné à un prix excédant la fraction non amortie de son coût en capital) ou encore qu’il a fait l’objet d’un amortissement trop bas (parce qu’il a été aliéné à un prix inférieur à cette somme), la Loi prévoit la «récupération» de l’excédent de l’amortissement par son inclusion dans le revenu, dans le premier cas (paragraphe 13(1) [mod. par L.C. 1988, ch. 55, art. 6]), et, dans le second cas, par la déduction du montant d’amortissement qui est inférieur à la dépréciation réelle, en obligeant dans ce dernier cas le contribuable à déduire de son revenu ce qu’on appelle couramment une «perte finale» égale à ce montant (paragraphe 20(16)).

[41] Il ressort de ce qui précède que le mécanisme de la déduction pour amortissement vise à tenir compte sur une période de temps déterminée des dépenses qui ont été engagées pour acquérir des biens en immobilisation ayant réellement été utilisés pour gagner un revenu au sens des alinéas 18(1)a) et 18(1)b) et que les dispositions relatives à la «récupération» et aux «pertes finales» sont conçues de manière à rajuster les déductions totales ainsi reconnues lorsque des événements subséquents démontrent que le bien a fait l’objet d’un amortissement excessif ou insuffisant. En pratique, ce rajustement se produit—dans le cas d’une perte finale—en raison du fait que l’alinéa 20(16)a) exige que la fraction non amortie du coût en capital du bien d’une catégorie donnée soit déduite lorsque le contribuable ne détient plus aucun bien de cette catégorie à la clôture d’une année d’imposition donnée, auquel cas le montant en question est «réputé» avoir été déduit en vertu de l’alinéa 20(1)a) lors du calcul du revenu pour l’année (alinéa 20(16)d)).

[42] En l’espèce, il est acquis que la dépréciation de l’ordinateur qui est à l’origine de la perte finale déclarée par Klink est survenue alors que l’ordinateur n’était pas utilisé en vue de gagner un revenu au sens de la Loi, et donc ne constituait pas un «bien amortissable» (comparer avec l’arrêt *Lea-Don Canada Limited c. Minister of National Revenue*, [1971] R.C.S. 95, à la page 99 (le juge Hall)). L’ordinateur avait une valeur d’environ 7 000 \$US lorsqu’il a commencé à être utilisé en vue de gagner un revenu au sens de la Loi. Il résulte pourtant d’une lecture combinée du paragraphe 20(16) et de l’alinéa 13(21)f) que, lors du calcul de son revenu

taxation year the full cost of the computer (less the amount credited for its contribution to ILP) as though it had been used throughout since 1982 to earn income under the Act. This result, although it flows from the clear words of paragraph 13(21)(f) and subsection 20(16), is contrary to the scheme of the capital cost allowance provisions which limits the deduction of capital expenditures to those incurred for the purpose of earning income under the Act.

[43] The general principle that limits the deduction of expenditures to those incurred for the purpose of gaining and producing “income” under the Act is set out in paragraph 18(1)(a). The income in question is a “taxpayer’s income for [the] . . . year” (sections 3 and 9). Paragraph 20(1)(a) provides for an exception to this limitation inasmuch as the deduction thereunder may, but need not be claimed in the year in which it becomes available. This is one of the reasons why paragraph 20(1)(a) is said to apply “Notwithstanding” paragraphs 18(1)(a) and (b).

[44] Nevertheless, the recapture and terminal loss provisions (subsections 13(1) and 20(16) respectively) insure that in the end (i.e. by the time a given class is emptied of property coming within it), it is the actual cost of a capital asset used to earn income under the Act that is deducted in conformity with the general limitation stated in paragraph 18(1)(a). There can be no doubt that the object and spirit of the relevant provisions is to provide for the recognition of money spent to acquire qualifying assets to the extent that they are consumed in the income-earning process under the Act.

[45] The appellants, by acquiring their interests in Klink and insuring its continued operation “imported” for Canadian income tax purposes, a capital cost equal to the computer’s historical cost (through the combined operation of subsection 96(1) and paragraph 13(21)(f)). They immediately took steps to profit from this cost by contributing the computer to ILP prior to the close of Klink’s 1991 taxation year thereby, in effect, triggering a terminal loss pursuant to subsection 20(16). In so doing, they exploited what can only be seen as an

pour l’année d’imposition 1991, Klink devait déduire de son revenu le coût intégral de l’ordinateur (moins la somme portée à son crédit par suite de l’apport qu’elle avait fait à ILP), comme si l’ordinateur avait servi depuis 1982 à gagner un revenu au sens de la Loi. Bien que ce résultat découle du texte non équivoque de l’alinéa 13(21)(f) et du paragraphe 20(16), il va à l’encontre de l’économie des dispositions relatives à la déduction pour amortissement, qui limitent la déduction des dépenses en immobilisations à celles qui sont engagées en vue de gagner un revenu au sens de la Loi.

[43] Le principe général qui limite la déduction des dépenses à celles qui ont été engagées en vue de produire un «revenu» au sens de la Loi est énoncé à l’alinéa 18(1)(a). Le revenu visé est le «revenu du contribuable pour l’année» (articles 3 et 9). L’alinéa 20(1)(a) prévoit une exception à ce principe en ce que le contribuable peut—sans toutefois y être obligé—réclamer la déduction en question dans l’année au cours de laquelle il peut s’en prévaloir. C’est une des raisons pour lesquelles l’alinéa 20(1)(a) s’applique «nonobstant» les alinéas 18(1)(a) et 18(1)(b).

[44] Quoi qu’il en soit, les dispositions relatives à la récupération et aux pertes finales—respectivement, les paragraphes 13(1) et 20(16)—garantissent qu’en bout de ligne (c.-à-d. lorsqu’une catégorie déterminée est vidée de tout bien), c’est le coût réel du bien en immobilisation qui a servi à gagner un revenu au sens de la Loi qui est déduit en conformité avec la restriction générale formulée à l’alinéa 18(1)(a). Il n’y a aucun doute que l’objet et l’esprit des dispositions pertinentes sont de tenir compte de l’argent qui a été dépensé pour acquérir des biens admissibles dans la mesure où ils sont utilisés en vue de gagner un revenu au sens de la Loi.

[45] En acquérant une participation dans Klink et en s’assurant que celle-ci continuait à exercer ses activités, les appelants ont, pour l’application des lois fiscales canadiennes, «importé» un coût en capital égal au coût historique de l’ordinateur (par le jeu combiné du paragraphe 96(1) et de l’alinéa 13(21)(f)). Ils ont immédiatement pris des mesures pour tirer profit de ce coût en faisant apport à ILP de l’ordinateur avant la fin de l’année d’imposition 1991 de Klink, déclenchant ainsi une perte finale au sens du paragraphe 20(16). Ce

obvious loophole which allowed them to deduct a cost in excess of \$4 million for a computer which had a value of some US \$7,000 when it first became depreciable property under the Act.

[46] Counsel for the appellants relied on the subsequent addition of subsection 96(8) to the Act [*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1] to argue that the transactions in issue do not offend any unwritten rule or policy. Subsection 96(8) was added by S.C. 1994, c. 21 [s. 44], and made applicable after December 21, 1992. Paragraph 96(8)(a) is of direct relevance. It specifically counters the result achieved by the appellants in this case by deeming the cost of acquisition of depreciable assets held by a foreign partnership to an incoming Canadian partner to be the lesser of its fair market value or its capital cost determined according to the ordinary rules.

[47] Counsel argued that the prospective addition of subsection 96(8) demonstrates unequivocally that the transactions in issue did not offend the object and spirit of the Act at the time when they took place. I rather think that this amendment demonstrates that Parliament moved as quickly as it could to close the loophole exploited by the appellants precisely because the result achieved was anomalous having regard to the object and spirit of the relevant provisions of the Act.

[48] Indeed, the object and spirit of the relevant provisions is so clear that I questioned during the hearing whether the Tax Court Judge properly concluded, and the Minister properly conceded, that the Act when construed without regard to section 245, allowed Klink to deduct the terminal loss. There exists a number of cases where the words of the Act were given a distinct meaning derived from the object and spirit of the Act in a context that bears some resemblance to the present case (*Lea-Don, supra; Allied*

faisant, ils ont exploité ce qui ne peut être considéré que comme une échappatoire évidente qui leur permettait de déduire des frais de plus de quatre millions de dollars relativement à un ordinateur qui avait une valeur approximative de 7 000 \$US lorsque cet ordinateur est devenu pour la première fois un bien amortissable au sens de la Loi.

[46] L'avocat des appelants invoque le paragraphe 96(8) qui a par la suite été inséré dans la Loi [*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1] pour soutenir que les opérations en cause ne contreviennent à aucune règle ou politique non écrite. Le paragraphe 96(8) a été ajouté à la Loi par L.C. 1994 ch. 21 [art. 44], avec effet rétroactif au 21 décembre 1992. L'alinéa 96(8)a) s'applique directement au cas qui nous occupe. Il fait explicitement échec au résultat que les appelants ont obtenu en l'espèce en déclarant que le coût d'acquisition des biens amortissables détenus par une société de personnes étrangère pour le résident canadien qui devient l'associé de cette société correspond au moins élevé de sa juste valeur marchande ou de son coût en capital calculé selon les règles habituelles.

[47] L'avocat des appelants affirme que l'insertion après coup du paragraphe 96(8) démontre de façon non équivoque que les opérations en litige n'allaient pas à l'encontre de l'objet et de l'esprit de la Loi au moment où elles ont été effectuées. Je crois plutôt que ces modifications démontrent que le législateur fédéral est intervenu aussi rapidement que possible pour supprimer l'échappatoire que les appelants avaient exploitée précisément en raison du fait que le résultat obtenu constituait une anomalie, compte tenu de l'objet et de l'esprit des dispositions applicables de la Loi.

[48] D'ailleurs, l'objet et l'esprit des dispositions applicables sont tellement limpides que je me suis demandé, lors de l'instruction du présent appel, si c'était à bon droit que le juge de la Cour de l'impôt avait conclu—et que le ministre avait concédé que, lorsqu'on l'interprétait en faisant abstraction de l'article 245, la Loi permettait à Klink de déduire la perte finale. Il existe un certain nombre de décisions dans lesquelles, dans un contexte qui offre certaines ressemblances avec la présente espèce, la Cour a donné au libellé de la Loi

Farm Equipment Ltd. v. Minister of National Revenue, [1972] F.C. 263 (T.D.); *Oceanspan Carriers Ltd. v. Canada*, [1987] 2 F.C. 171 (C.A.); *Holiday Luggage Mfg. Co. v. Canada*, [1987] 2 F.C. 249 (T.D.)). In all of these cases, the Court relying on the scheme of the Act or its object and spirit, refused to extend its application to persons not subject to tax thereunder.

[49] There is however one significant difference between these cases and the present one in that here, the relevant provisions give rise to no ambiguity. The undepreciated capital cost of the computer to Klink at the close of its 1991 taxation year was computed in strict conformity with paragraph 13(21)(f) and the terminal loss which it recorded is the inescapable result of the application of subsection 20(16). Faced with such clarity it would be inappropriate, for the reasons expressed by the Supreme Court in a number of recent decisions to attempt to modify the words of the relevant provisions to provide a result which conforms with their object and spirit (*Walls, supra*, paragraph 22; *Stewart, supra*, paragraph 65; *Shell, supra*, paragraph 40; *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, at paragraph 51; *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312, at pages 326-327 and 330; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, at paragraph 11).

[50] More importantly perhaps, I would be unable to give those words a meaning that is suited to what I have identified as the object and spirit of the relevant provisions. Although for the reasons given, it is clear that these provisions are intended to apply to assets used to earn income under the Act and that it would be anomalous to allow a taxpayer to deduct the cost of an asset that was not so used, it remains that the asset here in question began to be used to earn income under the Act as of December 1991. At that time, the computer became "depreciable property" within both the letter and the spirit of the Act with the result that a cost must be attributed to it. The only cost which the Act provides for in the present fact situation is the original or full cost, and I do not believe that I could read into the Act the

un sens distinct en raison de l'objet et de l'esprit de la Loi (voir les décisions *Lea-Don*, précitée, *Allied Farm Equipment Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1972] C.F. 263 (C.A.); *Oceanspan Carriers Ltd. c. Canada*, [1987] 2 C.F. 171 (C.A.); et *Holiday Luggage Mfg. Co. c. Canada*, [1987] 2 C.F. 249 (1^{re} inst.)). Dans toutes ces décisions, la Cour a, en se fondant sur l'économie de la Loi ou sur son objet et son esprit, refusé d'étendre l'application de la Loi à des personnes qui n'étaient pas légalement assujetties à l'impôt.

[49] Il existe toutefois une différence significative entre ces décisions et la présente affaire en ce sens qu'en l'espèce, les dispositions pertinentes ne donnent lieu à aucune ambiguïté. La fraction non amortie du coût en capital de l'ordinateur pour Klink à la fin de son année d'imposition 1991 a été calculée en stricte conformité avec l'alinéa 13(21)f) et la perte finale que Klink a déclarée était le résultat inévitable de l'application du paragraphe 20(16). Face à une telle limpidité, la Cour serait malvenue, pour les raisons exposées par la Cour suprême dans plusieurs de ses arrêts récents, de tenter de modifier le libellé des dispositions applicables de manière à parvenir à un résultat qui soit conforme à l'objet et à l'esprit de ces dispositions (arrêts *Walls*, précité, paragraphe 22; *Stewart*, précité, paragraphe 65; *Shell*, précité, paragraphe 40; *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, au paragraphe 51; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312, aux pages 326, 327 et 330; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, au paragraphe 11).

[50] Mais surtout, je serais incapable de forcer le sens de ces mots pour l'adapter à ce que j'estime être l'objet et l'esprit des dispositions applicables. Bien que, pour les motifs qui ont déjà été exposés, il est évident que les dispositions en question sont conçues de manière à s'appliquer à des biens utilisés en vue de gagner un revenu au sens de la Loi et qu'il serait anormal de permettre à un contribuable de déduire le coût d'un bien qui n'a pas servi à cette fin, il n'en demeure pas moins que le bien en litige a été utilisé pour gagner un revenu au sens de la Loi à partir de décembre 1991. L'ordinateur est à compter de cette date devenu un «bien amortissable» tant selon la lettre que l'esprit de la Loi, de telle sorte qu'un coût quelconque doit lui être attribué. Le seul coût que la Loi prévoit dans le cas

type of modification incorporated by the 1994 addition of subsection 96(8) to alter this result without infringing on the role of Parliament. In the end, I am satisfied that although the object and spirit of the relevant provisions is clearly discernible, I am unable to give effect to it under the normal rules.

[51] Section 245 does however allow the Court to intervene when confronted with a misuse of the provisions of the Act. For the reasons stated, I am of the view that the appellants used paragraph 13(21)(f) and subsection 20(16) of the Act to obtain a result which was both anomalous and unintended when regard is had to their reason for being. As such, the appellants misused these provisions and abused the capital cost allowance system generally.

[52] In so holding, I am giving section 245 a similar application to that given by this Court in *OSFC Holdings Ltd. v. Canada*, [2002] 2 F.C. 288; (leave to appeal denied, June 20, 2002, [2001] S.C.C.A. No. 522). But I wish to place particular emphasis on a key aspect of that decision (paragraph 69) where Rothstein J.A. states that:

. . . to deny a tax benefit where there has been strict compliance with the Act, on the grounds that the avoidance transaction constitutes a misuse or abuse, requires that the relevant policy be clear and unambiguous. The Court will proceed cautiously in carrying out the unusual duty imposed upon it under subsection 245(4). The Court must be confident that although the words used by Parliament allow the avoidance transaction, the policy of relevant provisions or the Act as a whole is sufficiently clear that the Court may safely conclude that the use made of the provision or provisions by the taxpayer constituted a misuse or abuse.

In my view, this very particular threshold has been met in this instance.

[53] Finally, no relief can be given to the appellants pursuant to subsections 245(2) and 245(5), by recognizing, as cost, the fair market value of the

présent est le prix initial ou intégral, et je ne crois pas que je pourrais, sans empiéter sur le rôle du législateur, considérer que la Loi renferme le type de modifications que le législateur a apportées à la Loi en 1994 lorsqu'il y a inséré le paragraphe 96(8) pour contrer un tel résultat. En fin de compte, bien qu'il soit facile de discerner l'objet et l'esprit des dispositions applicables, il m'est impossible de leur donner effet selon les règles habituelles.

[51] L'article 245 permet toutefois à la Cour d'intervenir lorsqu'elle a affaire à un abus dans l'application des dispositions de la Loi. Pour les motifs que j'ai déjà exposés, je suis d'avis que les appelants ont utilisé l'alinéa 13(21)f et le paragraphe 20(16) de la Loi pour obtenir un résultat qui était à la fois anormal et imprévu lorsqu'on tient compte de la raison d'être de ces dispositions. Les appelants ont donc appliqué de façon abusive les dispositions en question et ils ont abusé de façon générale du système de déduction pour amortissement.

[52] Pour en arriver à cette conclusion, j'applique l'article 245 comme notre Cour l'a fait dans l'arrêt *OSFC Holdings Ltd. c. Canada*, [2002] 2 C.F. 288 (autorisation d'appel refusé le 20 juin 2002, [2001] C.S.C.R. n° 522). Mais je tiens à insister sur un aspect clé de cette décision où le juge Rothstein déclare ce qui suit, au paragraphe 69:

[. . .] pour refuser un avantage fiscal, alors que la Loi a été rigoureusement respectée, pour le motif que l'opération d'évitement constitue un abus, il faut que la politique générale pertinente soit claire et non ambiguë. La Cour fera preuve de prudence en se déchargeant de la tâche inhabituelle qui lui est imposée par le paragraphe 245(4). Elle doit être certaine que même si les mots utilisés par le Parlement autorisent l'opération d'évitement, la politique générale qui sous-tend les dispositions pertinentes ou la Loi lue dans son ensemble est suffisamment claire pour permettre à la Cour de conclure sans danger que l'application de la disposition ou des dispositions par le contribuable constituerait un abus.

J'estime que ce critère préliminaire bien précis a été respecté en l'espèce.

[53] Finalement, aucun allégement ne peut être accordé aux appelants en vertu des paragraphes 245(2) et 245(5) en reconnaissant comme coût la juste valeur

computer as of the time it became “depreciable property” under the Act having regard to the higher proceeds which they received for its contribution to ILP. If anything, recapture would be exigible.

marchande de l'ordinateur au moment où il est devenu un «bien amortissable» au sens de la Loi, compte tenu du produit plus élevé qu'ils ont reçu en contrepartie de l'apport qu'ils en ont fait à ILP. C'est plutôt la récupération de l'amortissement qui pourrait être exigible.

[54] In conclusion, the Tax Court Judge properly held that the losses claimed by the appellants were denied by section 245.

[54] En conclusion, c'est à bon droit que le juge de la Cour de l'impôt a statué que les pertes déduites par les appelants n'étaient pas admissibles du fait de l'article 245.

[55] I would dismiss the appeal with one set of costs.

[55] Je suis d'avis de rejeter l'appel avec un seul mémoire de dépens.

DESJARDINS J.A.: I concur.

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

LINDEN J.A.: I concur.

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

Annexe I

Schedule I—Relevant statutory revisions

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

...
 (d) determine the amount, if any, by which the remainder determined under paragraph (c) exceeds the aggregate of amounts each of which is his loss for the year from an office, employment, business or property; and

...
 and the remainder, if any, obtained under paragraph (e) is the taxpayer's income for the year for the purposes of this Part.

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

13. ...

(21) ...

(b) "depreciable property" of a taxpayer as of any time in a taxation year means property acquired by the taxpayer in respect of which the taxpayer has been allowed, or would, if the taxpayer owned the property at the end of the year and this Act were read without reference to subsection (26), be entitled to, a deduction under regulations made under paragraph 20(1)(a) in computing income for that year or a previous taxation year;

...
 (f) "undepreciated capital cost" to a taxpayer of depreciable property of a prescribed class as of any time means the amount by which the aggregate of

(i) the capital cost to the taxpayer of each depreciable property of that class acquired before that time, and

...
 exceeds the aggregate of

(iii) the total depreciation allowed to the taxpayer for property of that class before that time,

Annexe I

Annexe I—Dispositions légales pertinentes

3. Le revenu d'un contribuable pour une année d'imposition, aux fins de la présente Partie, est son revenu pour l'année, déterminé selon les règles suivantes:

[...]
 d) en calculant la fraction, si fraction il y a, du reste établi selon l'alinéa c), qui est en sus du total des sommes qui constituent chacune une perte subie par le contribuable pour l'année au titre d'une charge, d'un emploi, d'une entreprise ou d'un bien;

[...]
 et le reste, si reste il y a, ainsi obtenu selon l'alinéa e) constitue le revenu du contribuable pour l'année aux fins de la présente Partie.

[...]
 9. (1) Sous réserve des dispositions de la présente Partie, le revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition est le bénéfice qu'il en tire pour cette année.

[...]
 13. [...]

(21) [...]

b) «bien amortissable» à un moment donné d'une année d'imposition, bien qu'un contribuable acquiert et pour lequel il obtient une déduction, en vertu des dispositions réglementaires prises en application de l'alinéa 20(1)a), dans le calcul de son revenu pour cette année ou pour une année d'imposition antérieure ou pour lequel il aurait droit à une telle déduction si la présente loi en comportait pas le paragraphe (26) et s'il était propriétaire du bien à la fin de l'année.

[...]
 f) «fraction non amortie du coût en capital» existant à une date donnée pour un contribuable, relativement à des biens amortissables d'une catégorie prescrite, signifie la fraction du total

(i) du coût en capital que le contribuable a supporté pour chaque bien amortissable de cette catégorie acquis avant cette date, et

[...]
 qui est en sus du total

(iii) de l'amortissement total permis au contribuable relativement aux biens de cette catégorie avant cette date,

(iv) for each disposition before that time of property (other than a timber resource property) of the taxpayer of that class, the lesser of

(A) the proceeds of disposition of the property minus any outlays and expenses to the extent that they were made or incurred by him for the purpose of making the disposition, and

(B) the capital cost to him of the property,

...

18. (1) In computing the income of a taxpayer from a business or property no deduction shall be made in respect of

(a) an outlay or expense except to the extent that it was made or incurred by the taxpayer for the purpose of gaining or producing income from the business or property;

(b) an outlay, loss or replacement of capital, a payment on account of capital or an allowance in respect of depreciation, obsolescence or depletion except as expressly permitted by this Part;

...

20. (1) Notwithstanding paragraphs 18(1)(a), (b) and (h), in computing a taxpayer's income for a taxation year from a business or property, there may be deducted such of the following amounts as are wholly applicable to that source or such part of the following amounts as may reasonably be regarded as applicable thereto:

(a) such part of the capital cost to the taxpayer of property, or such amount in respect of the capital cost to the taxpayer of property, if any, as is allowed by regulation;

...

(16) Notwithstanding paragraphs 18(1)(a), (b) and (h), where at the end of a taxation year,

(a) the aggregate of all amounts determined under subparagraphs 13(21)(f)(i) to (ii.2) in respect of a taxpayer's depreciable property of a particular class exceeds the aggregate of all amounts determined under subparagraphs 13(21)(f)(iii) to (viii) in respect thereof, and

(b) the taxpayer no longer owns any property of that class

in computing the taxpayer's income for the year

(c) there shall be deducted the amount of the excess determined under paragraph (a), and

(iv) pour chaque disposition, avant cette date, de biens (autres qu'un avoir forestier) de cette catégorie appartenant au contribuable, de la moins élevée des sommes suivantes:

(A) le produit de disposition des biens moins tous débours ou dépenses dans la mesure où il les a faits ou engagés aux fins de la disposition, ou

(B) le coût en capital que ce contribuable a supporté pour les biens,

[. . .]

18. (1) Dans le calcul du revenu du contribuable, tiré d'une entreprise ou d'un bien, les éléments suivants ne sont pas déductibles:

a) un débours ou une dépense, sauf dans la mesure où ce débours ou cette dépense a été fait ou engagé par le contribuable en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien;

b) une somme déboursée, une perte ou un remplacement de capital, un paiement à titre de capital ou une provision pour amortissement, désuétude ou épuisement, sauf ce qui est expressément permis par la présente Partie;

[. . .]

20. (1) Nonobstant les dispositions des alinéas 18(1)a), b) et h), lors du calcul du revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition, peuvent être déduites celles des sommes suivantes qui se rapportent entièrement à cette source de revenus ou la partie des sommes suivantes qui peut raisonnablement être considérée comme s'y rapportant:

a) la partie, si partie il y a, du coût en capital des biens supporté par le contribuable ou le montant, si montant il y a, du coût en capital des biens, supporté par le contribuable, que le règlement autorise;

[. . .]

(16) Nonobstant les alinéas 18(1)a), b) et h), lorsque, à la fin d'une année d'imposition,

a) le total des montants déterminés aux sous-alinéas 13(21)f(i) à (ii.2) est supérieur au total des montants déterminés aux sous-alinéas 13(21)f(iii) à (viii), au titre des biens amortissables d'une catégorie prescrite d'un contribuable, et

b) que ce dernier ne possède plus de biens de ladite catégorie,

dans le calcul de son revenu pour l'année

c) il doit déduire l'excédent déterminé en vertu de l'alinéa a), et

(d) no amount shall be deducted for the year under paragraph (1)(a) in respect of property of that class, and the amount of the excess determined under paragraph (a) shall be deemed to have been deducted under paragraph (1)(a) in computing the taxpayer's income for the year from a business or property.

...

96. (1) Where a taxpayer is a member of a partnership, his income, non-capital loss, net capital loss, restricted farm loss and farm loss, if any, for a taxation year, or his taxable income earned in Canada for a taxation year, as the case may be, shall be computed as if

(a) the partnership were a separate person resident in Canada;

(b) the taxation year of the partnership were its fiscal period;

...

(f) the amount of the income of the partnership for a taxation year from any source or from sources in a particular place were the income of the taxpayer from that source or from sources in that particular place, as the case may be, for the taxation year of the taxpayer in which the partnership's taxation year ends, to the extent of the taxpayer's share thereof; and

(g) the amount, if any, by which

(i) the loss of the partnership for a taxation year from any source or sources in a particular place,

exceeds

(ii) in the case of a specified member (within the meaning of the definition "specified member" in subsection 248(1) if that definition were read without reference to paragraph (b) thereof) of the partnership in the year, the amount, if any, deducted by the partnership by virtue of section 37 in calculating its income for the taxation year from that source or sources in the particular place, as the case may be, and

(iii) in any other case, nil

were the loss of the taxpayer from that source or from sources in that particular place, as the case may be, for the taxation year of the taxpayer in which the partnership's taxation year ends, to the extent of the taxpayer's share thereof.

...

d) il ne doit déduire aucun montant pour l'année en vertu de l'alinéa (1)a) à l'égard des biens de ladite catégorie, et, l'excédent déterminé en vertu de l'alinéa a) est réputé avoir été déduit en vertu de l'alinéa (1)a) dans le calcul du revenu, pour l'année, qu'il a tiré d'une entreprise ou d'un bien.

[. . .]

96. (1) Lorsqu'un contribuable est un associé d'une société, son revenu, le montant de sa perte autre qu'une perte en capital, de sa perte en capital nette, de sa perte agricole restreinte et de sa perte agricole, s'il y en a, pour une année d'imposition, ou son revenu imposable gagné au Canada pour une année d'imposition, selon le cas, est calculé comme si:

a) la société était une personne distincte résidant au Canada;

b) l'année d'imposition de la société correspondait à son exercice financier;

[. . .]

f) le montant du revenu de la société, pour une année d'imposition, tiré d'une source quelconque ou de sources situées dans un endroit donné, constituait le revenu du contribuable tiré de cette source ou de sources situées dans cet endroit donné, selon le cas, pour l'année d'imposition du contribuable au cours de laquelle l'année d'imposition et la société se termine, jusqu'à concurrence de la part du contribuable, et

g) la perte du contribuable—à concurrence de la part dont il est tenu—résultant d'une source ou de sources situées dans un endroit donné, pour l'année d'imposition du contribuable au cours de laquelle l'année d'imposition de la société se termine, équivalait à l'excédent éventuel:

(i) de la perte de la société, pour une année d'imposition, résultant de cette source ou de ces sources,

sur:

(ii) dans le cas d'un associé déterminé (au sens de la définition d'«associé déterminé» figurant au paragraphe 248(1), mais sans tenir compte de l'alinéa b) de celle-ci) de la société dans l'année, le montant éventuellement déduit par la société en application de l'article 37 dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition provenant de cette source ou de ces sources,

(iii) dans les autres cas, zéro.

[. . .]

111. (1) For the purpose of computing the taxable income of a taxpayer for a taxation year, there may be deducted such portion as he may claim of

(a) his non-capital losses for the 7 taxation years immediately preceding and the 3 taxation years immediately following the year;

...

245. (1) In this section and in subsection 152(1.11),

“tax benefit” means a reduction, avoidance or deferral of tax or other amount payable under this Act or an increase in a refund of tax or other amount under this Act;

“tax consequences” to a person means the amount of income, taxable income, or taxable income earned in Canada of, tax or other amount payable by, or refundable to the person under this Act, or any other amount that is relevant for the purposes of computing that amount;

“transaction” includes an arrangement or event.

(2) Where a transaction is an avoidance transaction, the tax consequences to a person shall be determined as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that, but for this section, would result, directly or indirectly, from that transaction or from a series of transactions that includes that transaction.

(3) An avoidance transaction means any transaction

(a) that, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for bona fide purposes other than to obtain the tax benefit; or

(b) that is part of a series of transactions, which series, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for bona fide purposes other than to obtain the tax benefit.

...

111. (1) Aux fins du calcul du revenu imposable d'un contribuable pour une année d'imposition, peuvent être déduites les sommes appropriées suivantes:

a) ses pertes autres que des pertes en capital subies au cours des 7 années d'imposition précédentes et des 3 années d'imposition qui suivent l'année;

[...]

245. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article et au paragraphe 152(1.11).

«attribut fiscal» S'agissant des attributs fiscaux d'une personne, revenu, revenu imposable ou revenu imposable gagné au Canada de cette personne, impôt ou autre montant payable par cette personne, ou montant qui lui est remboursable, en application de la présente loi, ainsi que tout montant à prendre en compte pour calculer, en application de la présente loi, le revenu, le revenu imposable, le revenu imposable gagné au Canada de cette personne ou l'impôt ou l'autre montant payable par cette personne ou le montant qui lui est remboursable.

«avantage fiscal» Réduction, évitement ou report d'impôt ou d'un autre montant payable en application de la présente loi ou augmentation d'un remboursement d'impôt ou d'un autre montant visé par la présente loi.

«opération» Une convention, un mécanisme ou un événement sont assimilés à une opération.

(2) En cas d'opération d'évitement, les attributs fiscaux d'une personne doivent être déterminés de façon raisonnable dans les circonstances de sorte à supprimer un avantage fiscal qui, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, de cette opération ou d'une série d'opérations dont cette opération fait partie.

(3) L'opération d'évitement s'entend:

a) soit de l'opération dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables— l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable;

b) soit de l'opération qui fait partie d'une série d'opérations dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables— l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable.

[...]

(4) For greater certainty, subsection (2) does not apply to a transaction where it may reasonably be considered that the transaction would not result directly or indirectly in a misuse of the provisions of this Act or an abuse having regard to the provisions of this Act, other than this section, read as a whole.

(5) Without restricting the generality of subsection (2),

(a) any deduction in computing income, taxable income, taxable income earned in Canada or tax payable or any part thereof may be allowed or disallowed in whole or in part,

(b) any such deduction, any income, loss or other amount or part thereof may be allocated to any person,

(c) the nature of any payment or other amount may be recharacterized, and

(d) the tax effects that would otherwise result from the application of other provisions of this Act may be ignored,

in determining the tax consequences to a person as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that would, but for this section, result, directly or indirectly, from an avoidance

(6) Where with respect to a transaction

(a) a notice of assessment, reassessment or additional assessment involving the application of subsection (2) with respect to the transaction has been sent to a person, or

(b) a notice of determination pursuant to subsection 152(1.11) has been sent to a person with respect to the transaction

any person (other than a person referred to in paragraph (a) or (b)) shall be entitled, within 180 days after the day of mailing of the notice, to request in writing that the Minister make an assessment, reassessment or additional assessment applying subsection (2) or make a determination applying subsection 152(1.11) with respect to that transaction.

(7) Notwithstanding any other provision of this Act, the tax consequences to any person, following the application of this section, shall only be determined through a notice of assessment, reassessment, additional assessment or determination pursuant to subsection 152(1.11) involving the application of this section.

(4) Il est entendu que l'opération dont il est raisonnable de considérer qu'elle n'entraîne pas, directement ou indirectement, d'abus dans l'application des dispositions de la présente loi lue dans son ensemble—abstraction faite du présent article— n'est pas visée par le paragraphe (2).

(5) Sans restreindre la généralité du paragraphe (2), en vue de déterminer les attributs fiscaux d'une personne de façon raisonnable dans les circonstances de sorte à supprimer l'avantage fiscal qui, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, d'une opération d'évitement:

a) toute déduction dans le calcul de tout ou partie du revenu, du revenu imposable, du revenu imposable gagné au Canada ou de l'impôt payable peut être en totalité ou en partie admise ou refusée;

b) tout ou partie de cette déduction ainsi que tout ou partie d'un revenu, d'une perte ou d'un autre montant peuvent être attribués à une personne;

c) la nature d'un paiement ou d'un autre montant peut être qualifiée autrement;

d) les effets fiscaux qui découleraient par ailleurs de l'application des autres dispositions de la présente loi peuvent ne pas être pris en compte.

(6) Dans les 180 jours suivant la mise à la poste d'un avis de cotisation, de nouvelle cotisation ou de cotisation supplémentaire, envoyé à une personne, qui tient compte du paragraphe (2) en ce qui concerne une opération, ou d'un avis concernant un montant déterminé en application du paragraphe 152(1.11) envoyé à une personne en ce qui concerne une opération, toute autre personne qu'une personne à laquelle un de ces avis a été envoyé a le droit de demander par écrit au ministre d'établir à son égard une cotisation, une nouvelle cotisation ou une cotisation supplémentaire en application du paragraphe (2) ou de déterminer un montant en application du paragraphe 152(1.11) en ce qui concerne l'opération.

(7) Nonobstant les autres dispositions de la présente loi, les attributs fiscaux d'une personne, par suite de l'application du présent article, ne peuvent être déterminés que par avis de cotisation, de nouvelle cotisation ou de cotisation supplémentaire ou que par avis d'un montant déterminé en application du paragraphe 152(1.11) en tenant compte du présent.

(8) Upon receipt of a request by a person under subsection (6), the Minister shall, with all due dispatch, consider the request and, notwithstanding subsection 152(4), assess, reassess or make an additional assessment or determination pursuant to subsection 152(1.11) with respect to that person, except that an assessment, reassessment, additional assessment or determination may be made under this subsection only to the extent that it may reasonably be regarded as relating to the transaction referred to in subsection (6).

[*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1]

96. . . .

(8) For the purposes of this Act, where at a particular time a person resident in Canada becomes a member of a partnership, or a person who is a member of a partnership becomes resident in Canada, and immediately before the particular time no member of the partnership is resident in Canada, the following rules apply for the purpose of computing the partnership's income for fiscal periods ending after the particular time:

(a) where, at or before the particular time, the partnership held depreciable property of a prescribed class (other than taxable Canadian property),

(i) no amount shall be included in determining the amounts for any of A, C, D and F to I in the definition "undepreciated capital cost" in subsection 13(21) in respect of the acquisition or disposition before the particular time of the property, and

(ii) where the property is the partnership's property at the particular time, the property shall be deemed to have been acquired, immediately after the particular time, by the partnership at a capital cost equal to the lesser of its fair market value and its capital cost to the partnership otherwise determined;

(b) in the case of the partnership's property that is inventory (other than inventory of a business carried on in Canada) or non-depreciable capital property (other than taxable Canadian property) of the partnership at the particular time, its cost to the partnership shall be deemed to be, immediately after the particular time, equal to the lesser of its fair market value and its cost to the partnership otherwise determined;

(c) any loss in respect of the disposition of a property (other than inventory of a business carried on in Canada or taxable Canadian property) by the partnership before the

(8) Sur réception d'une demande présentée par une personne conformément au paragraphe (6), le ministre doit, dès que possible, après avoir examiné la demande et malgré le paragraphe 152(4), établir une cotisation, une nouvelle cotisation ou une cotisation supplémentaire ou déterminer un montant en application du paragraphe 152(1.11), en se fondant sur la demande. Toutefois, une cotisation, une nouvelle cotisation ou une cotisation supplémentaire ne peut être établie, ni un montant déterminé, en application du présent paragraphe que s'il est raisonnable de considérer qu'ils concernent l'opération visée au paragraphe (6).

[*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1]

96. [. . .]

(8) Pour l'application de la présente loi, lorsque, à un moment donné, une personne qui réside au Canada devient l'associé d'une société de personnes, ou une personne qui est l'associé d'une société de personnes commence à résider au Canada, alors qu'aucun associé de la société de personnes ne résidait au Canada immédiatement avant ce moment, les règles suivantes s'appliquent aux fins du calcul du revenu de la société de personnes pour les exercices se terminant après ce moment:

a) dans le cas où la société de personnes détenait, au moment donné ou avant, un bien amortissable d'une catégorie prescrite, sauf un bien canadien imposable:

(i) aucun montant n'est à inclure dans le calcul des montants que représentent les éléments A, C, D et F à I de la définition de «fraction non amortie du coût en capital» au paragraphe 13(21), relativement à l'acquisition ou à la disposition du bien, effectuée avant le moment donné,

(ii) si le bien appartient à la société de personnes au moment donné, il est réputé avoir été acquis par elle immédiatement après ce moment à un coût en capital égal au moins élevé de sa juste valeur marchande et de son coût en capital pour elle, déterminé par ailleurs;

b) dans le cas où la société de personnes est propriétaire d'un bien à porter à son inventaire, sauf l'inventaire d'une entreprise exploitée au Canada, ou d'une immobilisation non amortissable, sauf un bien canadien imposable, au moment donné, le coût du bien ou de l'immobilisation, pour la société de personnes, est réputé égal, immédiatement après ce moment, au moins élevé de sa juste valeur marchande et de son coût pour la société de personnes, déterminé par ailleurs;

c) toute perte subie relativement à la disposition d'un bien, sauf un bien à porter à l'inventaire d'une entreprise exploitée au Canada ou un bien canadien imposable, par la

particular time shall be deemed to be nil; and

(d) where $\frac{4}{3}$ of the cumulative eligible capital in respect of a business carried on at the particular time outside Canada by the partnership exceeds the total of the fair market value of each eligible capital property in respect of the business at that time, the partnership shall be deemed to have, immediately after that time, disposed of an eligible capital property in respect of the business for proceeds equal to the excess and to have received those proceeds.

société de personnes avant le moment donné est réputée nulle;

d) dans le cas où le montant correspondant aux $\frac{4}{3}$ du montant cumulatif des immobilisations admissibles au titre d'une entreprise que la société de personne exploite à l'étranger au moment donné excède le total de la juste valeur marchande de chaque immobilisation admissible au titre de l'entreprise à ce moment, la société de personnes est réputée avoir disposé, immédiatement après ce moment, d'une immobilisation admissible au titre de l'entreprise pour un produit égal à l'excédent et avoir reçu ce produit.