

A-650-96

**The Attorney General of Canada** (*Applicant*)

v.

**June Mastro** (*Respondent*)

A-651-96

**The Attorney General of Canada** (*Applicant*)

v.

**Michael Mastro** (*Respondent*)

**INDEXED AS: MASTRI v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**  
(C.A.)

Court of Appeal, MacGuigan, Robertson and McDonald JJ.A.—Toronto, June 12; Ottawa, June 27, 1997.

*Income tax — Income calculation — Deductions — Judicial review of T.C.C. decision taxpayers entitled to deduct share of rental loss incurred on property purchased as principal residence from other income — Holding reasonable expectation of profit, but M.N.R. not establishing “personal element” or “foreseeable tax advantage” accruing to taxpayers during taxation year as required by Tonn v. Canada — T.C.C. erred in understanding, application of Tonn — Tonn not altering law as stated in Moldowan v. The Queen: (1) to have source of income, taxpayer must have reasonable expectation of profit; (2) whether reasonable expectation of profit objective determination — Tonn affirming courts not to second guess business decisions of taxpayers — “Personal element” existing as property purchased as principal residence; no evidence considering whether could be rented profitably.*

*Judges and Courts — Judicial review of T.C.C. decision taxpayer entitled to deduct share of rental loss on property purchased as principal residence from other income — Relying on Tonn v. Canada — M.N.R. submitting Tonn should be overruled as wrongly decided — Incorrect to speak of recent F.C.A. panel overruling earlier one — Rule of stare decisis dictates both decisions of equal weight — Formal means for overruling earlier decision to strike enlarged F.C.A. panel where conflicting decisions, lines of authority on issue of fundamental significance to area of federal law.*

A-650-96

**Le Procureur général du Canada** (*requérant*)

c.

**June Mastro** (*intimée*)

A-651-96

**Le procureur général du Canada** (*requérant*)

c.

**Michael Mastro** (*intimé*)

**RÉPERTORIÉ: MASTRI c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**  
(C.A.)

Cour d'appel, juges MacGuigan, Robertson et McDonald, J.C.A.—Toronto, 12 juin; Ottawa, 27 juin, 1997.

*Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Contrôle judiciaire de la décision de la C.C.I. selon laquelle les contribuables avaient le droit de déduire leur part des pertes locatives à l'égard d'une propriété achetée à titre de résidence principale des autres sources de revenus — Elle a jugé qu'il y avait attente raisonnable de profit, mais que le ministre n'avait pas établi qu'il y avait soit un «élément personnel» soit un «avantage fiscal prévisible» dont bénéficieraient les contribuables au cours de l'année d'imposition comme l'exigeait l'arrêt Tonn c. Canada — La C.C.I. a commis une erreur d'interprétation et d'application de l'arrêt Tonn — L'arrêt Tonn ne modifie pas le droit énoncé dans l'arrêt Moldowan c. La Reine: (1) pour avoir une source de revenu, un contribuable doit avoir une attente raisonnable de profit; (2) on doit s'appuyer sur tous les faits pour déterminer objectivement si un contribuable a une expectative raisonnable de profit — L'arrêt Tonn confirme que les tribunaux ne devraient pas apprécier rétrospectivement les décisions commerciales des contribuables — Il y avait un «élément personnel», car la propriété a été achetée à titre de résidence principale; il n'y a aucun élément de preuve indiquant que la maison en rangée pouvait être louée avec profit.*

*Juges et tribunaux — Contrôle judiciaire de la décision de la C.C.I. selon laquelle le contribuable a le droit de déduire sa part des pertes locatives à l'égard d'une propriété achetée à titre de résidence principale des autres sources de revenus — Décision fondée sur Tonn c. Canada — Le M.R.N. soutient que l'arrêt Tonn devrait être infirmé, car il était erroné — On ne peut dire qu'une décision d'une formation récente de la C.A.F. en infirme une plus ancienne — Selon les règles en matière de stare decisis les deux décisions sont d'une importance égale — Le moyen formel pour infirmer une décision ancienne consiste à réunir une*

These were applications for judicial review of the Tax Court's decision that the taxpayers were entitled to deduct their share of rental loss from other income in their 1991 income tax returns. The taxpayers had purchased a townhouse in December 1990, intending to use it as their principal residence. When Mr. Mastri was transferred to another city, the couple rented the property until the end of November 1991. The taxpayers received \$12,375 as rent during 1991 and claimed \$27,730.97 in expenses. Each taxpayer claimed one-half of the rental loss of \$15,355.97. The Tax Court concluded that there was no reasonable expectation of profit for 1991, but that applying *Tonn v. Canada* it was incumbent on the Minister to establish that there was either a "personal element" or a "foreseeable tax advantage" accruing to the taxpayers during the taxation year. The Tax Court held that the Minister had not demonstrated that either of these factors were present. The Minister submitted that *Tonn* should be overruled as wrongly decided.

*Held*, the applications should be allowed.

Although a decision of one panel of the Federal Court of Appeal is not binding on another, it is incorrect to speak of a recent decision overruling an earlier one. Both decisions are of equal weight. The formal means for overruling an earlier decision is to have the Court strike an enlarged panel, as may be done where there are two conflicting decisions or lines of authority, and the issue is of fundamental significance in an area of federal law.

*Tonn* was correctly decided. *Moldowan* decided: (1) that in order to have a source of income a taxpayer must have a reasonable expectation of profit; and (2) "whether a taxpayer has a reasonable expectation of profit is an objective determination to be made from all of the facts". If, as a matter of fact, a taxpayer is found not to have a reasonable expectation of profit then there is no source of income and, therefore, no basis upon which the taxpayer is able to calculate a rental loss. This Court has followed and applied *Moldowan*.

*Tonn* did not intend to establish a rule of law to the effect that even though there is no reasonable expectation of profit, losses are deductible from other income sources unless, for example, the income earning activity involved a personal element. The reference in *Tonn* to the *Moldowan* test being

*formation élargie, comme dans le cas où il y a deux décisions contraires de la Cour ou des courants jurisprudentiels contraires et que la question visée est réputée être d'une importance fondamentale pour la jurisprudence dans un domaine particulier du droit fédéral.*

Il s'agit de demandes de contrôle judiciaire de la décision de la Cour canadienne de l'impôt selon laquelle les contribuables avaient le droit de déduire de leurs autres revenus, leur part de la perte locative dans leurs déclaration d'impôt sur le revenu de 1991. Les contribuables ont acheté une maison en rangée en décembre 1990 et ils avaient l'intention de l'utiliser comme résidence principale. Lorsque M. Mastri a été transféré dans une autre ville, le couple a donné la propriété en location jusqu'à la fin de novembre 1991. Les contribuables ont reçu 12 375 \$ en loyer et ont fait état de dépenses de 27 730,97 \$. Chaque contribuable a réclamé la moitié de la perte locative de 15 355,97 \$. La Cour de l'impôt a conclu qu'il n'y avait aucune attente raisonnable de profit relativement à l'année d'imposition 1991, mais selon l'application de l'arrêt *Tonn c. Canada* il incombait au Ministre d'établir également qu'il y avait soit un «élément personnel» soit un «avantage fiscal prévisible» dont bénéficieraient les contribuables au cours de l'année d'imposition. La Cour de l'impôt a jugé que le ministre n'avait pas réussi à démontrer la présence de l'un ou l'autre de ces facteurs. Le ministre soutient que l'arrêt *Tonn* devrait être infirmé, car la Cour a commis une erreur dans son jugement.

*Arrêt*: les demandes doivent être accueillies.

Il importe de reconnaître que bien qu'une décision rendue par une formation de la Cour n'en lie pas une autre, on ne peut dire qu'une décision récente en infirme une plus ancienne. Les deux décisions sont d'une importance égale. Le moyen formel pour infirmer une décision ancienne consiste à réunir une formation élargie, comme dans le cas où il y a deux décisions contraires de la Cour ou des courants jurisprudentiels contraires, et que la question visée est réputée être d'une importance fondamentale pour la jurisprudence dans un domaine particulier du droit fédéral.

L'arrêt *Tonn* est bien fondé. Il a été décidé dans l'arrêt *Moldowan*: (1) que pour avoir une source de revenu, un contribuable doit avoir une attente raisonnable de profit; et (2) «on doit s'appuyer sur tous les faits pour déterminer objectivement si un contribuable a une expectative raisonnable de profit». Si, comme conclusion de fait un contribuable est jugé ne pas avoir d'attente raisonnable de profit alors il n'y a aucune source de revenu et, par conséquent, aucun fondement à l'égard duquel le contribuable est en mesure de calculer une perte locative. Après l'arrêt *Moldowan*, la Cour a suivi et appliqué cette décision.

L'arrêt *Tonn* n'avait pas l'intention d'établir une règle de droit selon laquelle, même s'il n'y avait aucune attente raisonnable de profit, les pertes sont déductibles d'autres sources de revenu à moins, par exemple, que l'activité productrice de revenu comporte un élément personnel. La

applied sparingly was intended as a common sense guideline for the Tax Court. "Sparingly" was meant to convey the understanding that in cases where, for example, there is no personal element, the judge should apply the reasonable expectation of profit test less assiduously than if such a factor were present. The Court in *Tonn* was simply cautioning against second-guessing the business decisions of taxpayers. *Tonn* did not purport to alter the law as stated in *Moldowan*. Accordingly, the Tax Court Judge erred in his understanding and application of *Tonn*.

Finally, a "personal element" did exist herein. The taxpayers bought the townhouse intending to occupy it themselves, and roughly a year after purchase actually used it as their principal residence. There was no evidence that at the time of purchase, consideration was given to whether the townhouse could be rented profitably.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 18(1)(b),(h), 67, 248(1) "personal or living expenses".

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Tonn v. Canada*, [1996] 2 F.C. 73; (1995), 96 DTC 6001; 191 N.R. 182 (C.A.); *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480; (1977), 77 D.L.R. (3d) 112; [1977] CTC 310; 77 DTC 5213; 15 N.R. 476.

##### OVERRULED:

*Howard v. Canada*, [1997] T.C.J. No. 69 (QL); *Rossi v. Canada*, [1996] T.C.J. No. 1632 (QL).

##### REFERRED TO:

*Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425; [1993] 1 C.T.C. 186; (1993), 93 DTC 5080; 149 N.R. 273 (C.A.); *Landry (C.) v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 3; (1994), 94 DTC 6624 (F.C.A.); *Poetker v. Minister of National Revenue*, [1996] 1 C.T.C. 202; (1995), 95 DTC 5614 (F.C.A.); *Hugill (R.) v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 16; (1995), 95 DTC 5311 (F.C.A.); *Joudrey v. Canada*, [1997] T.C.J. No. 74 (QL); *Stacey*

mention dans *Tonn* que le critère de l'arrêt *Moldowan* devrait être appliqué «avec modération» voulait être une ligne directrice fondée sur le bon sens pour les juges de la Cour de l'impôt. En d'autres termes, l'expression «avec modération» visait à expliquer que dans certains cas, par exemple, où il n'y a aucun élément personnel, le juge devrait appliquer le critère de l'attente raisonnable de profit de façon moins assidue qu'il ne l'aurait fait en présence d'un tel facteur. C'est dans ce sens que la Cour dans l'arrêt *Tonn* a fait une mise en garde en ce qui concerne l'appréciation rétrospective des décisions commerciales des contribuables. L'arrêt *Tonn* n'a pas pour but de modifier le droit établi dans l'arrêt *Moldowan*. En conséquence, le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur dans son interprétation et dans son application de l'arrêt *Tonn*.

Finalement, il y avait un «élément personnel» en l'espèce. Les contribuables ont acheté la maison en rangée avec l'intention de l'occuper et, environ un an après l'achat, la maison est en fait devenue leur résidence principale. Il n'y a aucun élément de preuve indiquant que, au moment où les contribuables ont conclu l'achat de la propriété, ils se sont demandés si la maison en rangée pouvait être louée avec profit.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 18(1)(b),(h), 67, 248(1) «frais personnels et frais de subsistance».

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Tonn c. Canada*, [1996] 2 C.F. 73; (1995), 96 DTC 6001; 191 N.R. 182 (C.A.); *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480; (1977), 77 D.L.R. (3d) 112; [1977] CTC 310; 77 DTC 5213; 15 N.R. 476.

##### DÉCISIONS INFIRMÉES:

*Howard c. Canada*, [1997] T.C.J. n° 69 (QL); *Rossi c. Canada*, [1996] T.C.J. n° 1632 (QL).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425; [1993] 1 C.T.C. 186; (1993), 93 DTC 5080; 149 N.R. 273 (C.A.); *Landry (C.) c. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 3; (1994), 94 DTC 6624 (C.A.F.); *Poetker c. Ministre du Revenu national*, [1996] 1 C.T.C. 202; (1995), 95 DTC 5614 (C.A.F.); *Hugill (R.) c. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 16; (1995), 95 DTC 5311 (C.A.F.); *Joudrey c. Canada*, [1997] T.C.J. n° 74 (QL); *Stacey c.*

v. *Canada*, [1997] T.C.J. No. 117 (QL); *Riddell, M.L. v. The Queen* (1996), 97 DTC 51 (T.C.C.); *Schimmens v. Canada*, [1996] T.C.J. No. 539 (QL); *Urquhart v. R.*, [1997] 1 C.T.C. 2611 (T.C.C.); *Wallace v. Canada*, [1996] T.C.J. No. 583 (QL).

*Canada*, [1997] A.C.I. n° 117 (QL); *Riddell, M.L. c. La Reine* (1996), 97 DTC 51 (C.C.I.); *Schimmens c. Canada*, [1996] A.C.I. n° 539 (QL); *Urquhart c. R.*, [1997] 1 C.T.C. 2611 (C.C.I.); *Wallace c. Canada*, [1996] A.C.I. n° 583 (QL).

## AUTHORS CITED

Silver, S. "Great Expectations: Are They Reasonable?" in *Real Estate Transactions: Tax Planning for the Second Half of the 1990s*. 1995 Corporate Management Tax Conference. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1996.

## DOCTRINE

Silver, S. «Great Expectations: Are They Reasonable?» dans *Real Estate Transactions: Tax Planning for the Second Half of the 1990s*. 1995 Corporate Management Tax Conference. Toronto: Association canadienne d'études fiscales, 1996.

APPLICATIONS for judicial review of the Tax Court's decision that the taxpayers were entitled to deduct their share of rental loss incurred on a property purchased as a principal residence from other income in their 1991 income tax returns (*Mastri v. R.*, [1996] 3 C.T.C. 2702 (T.C.C.)). Applications allowed.

DEMANDES de contrôle judiciaire d'une décision de la Cour de l'impôt selon laquelle les contribuables avaient le droit de déduire de leurs autres revenus, leur part de la perte locative dans leurs déclaration d'impôt sur le revenu de 1991 (*Mastri c. R.*, [1996] 3 C.T.C. 2702 (C.C.I.)). Demandes accueillies.

## COUNSEL:

*Jagmohan S. Gill* and *Carol Shirliff-Hinds* for applicant.  
*John R. Owen* and *Douglas H. Mathew* for respondents.

## AVOCATS:

*Jagmohan S. Gill* et *Carol Shirliff-Hinds* pour le requérant.  
*John R. Owen* et *Douglas H. Mathew* pour les intimés.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.  
*Thorsteinssons*, Toronto, for respondents.

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour le requérant.  
*Thorsteinssons*, Toronto, pour les intimés.

*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] ROBERTSON J.A.: These applications for judicial review stem from a decision of the Tax Court of Canada [*Mastri v. R.*, [1996] 3 C.T.C. 2702] allowing the appeals of the respondent taxpayers, June Mastri and her husband Michael, which appeals were heard on common evidence in respect of reassessments issued for the 1991 taxation year. The principal issue is whether each of the taxpayers is entitled to deduct their proportionate share of rental losses from other sources of income pursuant to the provisions of the *Income Tax Act* [R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1] (the Act). Applying the decision of this Court in *Tonn v. Canada*, [1996] 2 F.C. 73 (C.A.), the Tax Court Judge

[1] LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Les présentes demandes de contrôle judiciaire découlent d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt [*Mastri c. R.*, [1996] 3 C.T.C. 2702] qui a accueilli les appels des contribuables intimés, June Mastri et son mari Michael, appels qui ont été entendus sur le fondement d'une preuve commune relativement aux nouvelles cotisations établies pour l'année d'imposition 1991. La question principale est de savoir si chacun des contribuables a le droit de déduire sa part des pertes locatives des autres sources de revenus aux termes des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1] (la Loi). Appliquant la

reached a positive conclusion even though he found that there was “no reasonable expectation of profit” on the part of the taxpayers. The Minister of National Revenue takes the rather bold position that *Tonn* was wrongly decided and urges this differently constituted panel of the Court to “overrule” the earlier precedent or at the very least “clarify” what was decided in *Tonn*. While I am prepared to acknowledge that some confusion has arisen in the Tax Court as to what was actually decided by *Tonn*, the fact remains that there is no basis in law or theory for departing from the true import of that decision. In my respectful view, the learned Tax Court Judge misapprehended its meaning, as has the Minister and counsel for the taxpayers.

[2] The essential facts are relatively straightforward. In August of 1990 the taxpayers entered into an agreement to purchase a three-bedroom condominium townhouse in Oakville for \$159,000. The sale was completed in December of that year after the purchasers obtained a mortgage loan of \$117,000. The taxpayers also received the proceeds of a \$45,000 loan which was secured by a mortgage on the home of June Mastri’s parents. At the time the agreement of purchase and sale was signed, it was the taxpayers’ intention to use the property as their principal residence. But in late 1990 Michael was transferred by his employer from Burlington to Toronto, at which time the Mastris decided to rent the property. During the 1991 taxation year the property was rented until the end of November. Subsequent attempts to rent the property proved futile. As property values were on the decline, the taxpayers decided against selling the property and instead made it their principal residence. Rent received during the 1991 taxation year totalled \$12,375 with the taxpayers claiming \$27,730.97 in expenses. Of the latter amount, \$15,675.73 (that is 57%) related to interest. Each taxpayer claimed one-half of the rental loss of \$15,355.97.

décision de la présente Cour dans *Tonn c. Canada*, [1996] 2 C.F. 73 (C.A.), le juge de la Cour de l’impôt est arrivé à une conclusion positive même s’il a conclu qu’il n’y avait «aucune attente raisonnable de profit» de la part des contribuables. Le ministre du Revenu national adopte la position plutôt audacieuse selon laquelle l’arrêt *Tonn* était erroné et exhorte la présente formation différente de la Cour à «infirmer» la décision précédente ou à tout le moins à «clarifier» ce qui a été décidé dans l’arrêt *Tonn*. Bien que je sois prêt à reconnaître que ce qui a réellement été décidé dans l’arrêt *Tonn* a suscité une certaine confusion à la Cour de l’impôt, il n’en demeure pas moins qu’il n’y a aucun fondement juridique ou théorique permettant de s’écarter du sens véritable de cette décision. Avec égards, le juge de la Cour de l’impôt a mal interprété son sens, tout comme le ministre et les avocats des contribuables.

[2] Les faits essentiels sont relativement simples. En août 1990, les contribuables ont conclu une promesse d’achat d’un condominium en rangée de trois chambres à coucher à Oakville pour un montant de 159 000 \$. La vente a été conclue en décembre de cette année après que les acheteurs eurent obtenu un prêt hypothécaire de 117 000 \$. Les contribuables ont également reçu le produit d’un prêt de 45 000 \$ qui était garanti par une hypothèque sur la maison des parents de June Mastri. Au moment de la signature de la promesse d’achat et de la vente, les contribuables avaient l’intention d’utiliser la propriété comme résidence principale. Toutefois, à la fin de 1990, Michael a été transféré par son employeur de Burlington à Toronto et c’est à ce moment que les Mastri ont décidé de donner leur propriété en location. Au cours de l’année d’imposition 1991, la propriété a été louée jusqu’à la fin de novembre. Les tentatives subséquentes pour louer la propriété se sont avérées vaines. Comme il y avait une diminution de la valeur des propriétés, les contribuables ont décidé de ne pas vendre la propriété et d’en faire plutôt leur résidence principale. Au cours de l’année d’imposition 1991, les contribuables ont reçu 12 375 \$ en loyer et ont fait état de dépenses de 27 730,97 \$. De ce dernier montant, 15 675,73 \$ (c’est-à-dire 57 %) se rapportaient aux intérêts. Chaque contribuable a réclamé la moitié de la perte locative de 15 355,97 \$.

[3] Following a lengthy and painstaking review of the evidence, the Tax Court Judge concluded that there was no reasonable expectation of profit for the 1991 taxation year. This finding of fact has not been assailed by any of the parties and, in my opinion, rightly so. The sole rationale for the taxpayers' claim of a loss in 1991 was that they had calculated that there would be a profit in 1992. Notwithstanding the finding of lack of reasonable expectation of profit, the Tax Court Judge went on to hold that that finding was not determinative of the issue at hand. According to his understanding of the reasoning in *Tonn*, it was incumbent on the Minister to establish also that there was either a "personal element" or "foreseeable tax advantage" accruing to the taxpayers during the taxation year in question. In the opinion of the Tax Court Judge, the Minister had failed to demonstrate that either of these factors was present. Accordingly, he held that the taxpayers were entitled to deduct their share of the rental loss from other income. Having so concluded, the Tax Court Judge considered the further issue of the application of section 67 and paragraph 18(1)(b) of the Act to limit certain expenses deducted by the taxpayers which he found to be of a capital nature. The taxpayers conceded that approximately \$3,000 was on account of capital and not deductible as a current expense. The Tax Court Judge went on to find that a greater amount should be allocated to capital and ultimately concluded that the rental loss was \$8,958 and not \$15,356 as originally claimed. In short, total expenses were reduced to \$21,333 of which \$15,675 (or 73%) was attributable to interest.

[4] The thrust of the Minister's argument is that in *Tonn* this Court departed from its earlier decisions to establish the principle that the reasonable expectation of profit test, established in *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480, is applicable only where it can be shown that the facts reveal an "inappropriate reduction in tax", the presence of a "personal benefit" or "where the expectation of profit was so unreasonable as to raise a suspicion". Thus, the *Moldowan* test

[3] Après un long et minutieux examen des éléments de preuve, le juge de la Cour de l'impôt a conclu qu'il n'y avait aucune attente raisonnable de profit relativement à l'année d'imposition 1991. Cette conclusion de fait n'a pas été contestée par l'une ou l'autre partie et, à mon avis, à juste titre. Le seul raisonnement à l'appui de la déduction par les contribuables d'une perte en 1991 portait qu'ils avaient estimé qu'ils réaliseraient un profit en 1992. Nonobstant la conclusion d'absence d'attente raisonnable de profit, le juge de la Cour de l'impôt a ensuite déterminé que cette conclusion ne réglait pas la question de façon définitive. Selon son interprétation du raisonnement de l'arrêt *Tonn*, il incombait au ministre d'établir également qu'il y avait soit un «élément personnel» soit un «avantage fiscal prévisible» dont bénéficieraient les contribuables au cours de l'année d'imposition en question. De l'avis du juge de la Cour de l'impôt, le ministre n'avait pas réussi à démontrer la présence de l'un ou l'autre de ces facteurs. Par conséquent, il a conclu que les contribuables avaient le droit de déduire de leurs autres revenus, leur part de la perte locative. Ayant ainsi conclu, le juge de la Cour de l'impôt a examiné la question subsidiaire de l'application de l'article 67 et de l'alinéa 18(1)b) de la Loi pour limiter certaines dépenses déduites par les contribuables qu'il a conclu être de la nature d'une immobilisation. Les contribuables ont admis qu'environ 3 000 \$ constituait une immobilisation et ne pouvaient être déduits à titre de dépenses courantes. Le juge de la Cour de l'impôt a ensuite conclu qu'un montant plus élevé devrait être considéré comme une immobilisation et a finalement conclu que la perte locative était de 8 958 \$ et non de 15 356 \$ comme elle avait été initialement demandée. Bref, les dépenses totales ont été réduites à 21 333 \$ dont 15 675 \$ (soit 73 %) représentaient des intérêts.

[4] L'argument du ministre portait principalement sur le fait que dans l'arrêt *Tonn*, la Cour s'est écartée de ses décisions précédentes pour établir le principe selon lequel le critère de l'attente raisonnable de profit, établi dans l'arrêt *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480, ne s'applique que lorsqu'il peut être démontré que les faits font état d'une «diminution d'impôt inappropriée», la présence d'un «avantage personnel» ou «que l'attente de profit était déraisonna-

remains irrelevant until such time as one of these factors can be established. The taxpayers, too, contend that in circumstances where a taxpayer's motives are solely commercial in nature, *Tonn* dictates that the reasonable expectation of profit test would not normally be applied.

[5] Returning to the Minister's submissions, it is further argued that the Court in *Tonn* fell into error by confusing the issue of deductibility of an expense with the deductibility of a rental loss (loss from a property) from a taxpayer's other sources of income (e.g. employment income). It is on this basis that the Minister urges us to "overrule" *Tonn*, a case decided by a unanimous panel of this Court in December of 1995.

[6] It is important to recognize that although a decision of one panel of this Court is not binding on another, it is incorrect to speak of a recent decision overruling an earlier one. The accepted rules of *stare decisis* dictate that both decisions are of equal weight. It is true that with the passage of time an earlier decision may fall into disfavour and, thus, lose its persuasiveness through application of various well-known judicial techniques. It is equally true that on occasion one panel expressly disapproves of an earlier decision where the principal author of that decision or the majority of that panel is now sitting on the subsequent case. More often than not the earlier decision was rendered from the bench or was decided *per incuriam*. Aside from these circumstances, the formal means for overruling an earlier decision is to have the Court strike an enlarged panel, as may be done where there are two conflicting decisions of the Court, or conflicting lines of authority, and the issue involved is deemed to be of fundamental significance to the jurisprudence in a particular area of federal law: see *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425 (C.A.). All that being said, I have no doubt that *Tonn* was correctly decided. There is no question, however, that it has caused some difficulty in interpretation and application for certain judges of the Tax Court, which difficulty stems in part from perceived

ble au point de soulever un doute». Par conséquent, le critère de l'arrêt *Moldowan* ne s'applique pas avant que l'un de ces facteurs puisse être établi. Les contribuables soutiennent également que dans des circonstances où les motifs d'un contribuable sont uniquement de nature commerciale, l'arrêt *Tonn* énonce que le critère de l'attente raisonnable de profit ne s'appliquerait pas normalement.

[5] Dans ses arguments le ministre soutient en outre que la Cour a commis une erreur dans l'arrêt *Tonn* lorsqu'elle a confondu la question du caractère déductible d'une dépense avec le caractère déductible d'une perte locative (perte qui découle d'un bien) découlant d'une autre source de revenu d'un contribuable (par ex. le revenu tiré d'un emploi). C'est sur ce fondement que le ministre nous incite à «infirmer» l'arrêt *Tonn* qui a été rendu par une formation unanime de la Cour en décembre 1995.

[6] Il importe de reconnaître que bien qu'une décision rendue par une formation de la Cour n'en lie pas une autre, on ne peut dire qu'une décision récente en infirme une plus ancienne. Selon les règles admises en matière de *stare decisis* les deux décisions sont d'une importance égale. Il est vrai qu'avec le temps une décision plus ancienne peut tomber en disgrâce et, par conséquent, perdre son caractère convaincant par l'application de diverses techniques judiciaires bien connues. Il est également vrai que, à l'occasion, une formation exprime de façon expresse son désaccord à l'égard d'une décision antérieure lorsque l'auteur principal de cette décision ou que la majorité de cette formation est maintenant saisie de l'affaire subséquente. Plus souvent qu'autrement, la décision plus ancienne a été rendue à l'audience ou *per incuriam*. Outre ces circonstances, le moyen formel pour infirmer une décision ancienne consiste à réunir une formation élargie, comme dans le cas où il y a deux décisions contraires de la Cour ou des courants jurisprudentiels contraires et que la question visée est réputée être d'une importance fondamentale pour la jurisprudence dans un domaine particulier du droit fédéral; voir *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.). Cela étant dit, je suis convaincu que l'arrêt *Tonn* est bien fondé. Toutefois, il est clair que cet arrêt a causé certains problèmes

ambiguities in the language used in *Tonn*.

[7] I do not propose to deal with the Minister's argument in detail for the reason that it is devoid of merit. There is no basis for postulating that the Court in *Tonn* confused the concept of deductibility of an expense with the concept of deductibility of rental losses from income derived from other sources. Admittedly, there are oblique references to the reasonable expectation of profit test established in *Moldowan* being used to disallow the deduction of personal expenses rather than business or property losses: see *Tonn, supra*, at pages 90-91 and 95. These references arose in the context of an analysis seeking to show the origin of the reasonable expectation of profit test which can be traced to the prohibition against deduction of "personal or living expenses" under paragraph 18(1)(h), which term is defined in subsection 248(1). I cannot help but acknowledge that even tax commentators have succumbed to the same slip of the pen: see S. Silver, "Great Expectations: Are They Reasonable?" in 1995 Corporate Management Tax Conference, *Real Estate Transactions: Tax Planning for the Second Half of the 1990s* (Toronto: Canadian Tax Foundation, 1996) 6:1, at pages 6:15-6:16, quoted in *Tonn*, at pages 93-94. In the end, however, it is readily apparent that the Court in *Tonn* recognized that the issue before it was whether the rental losses could be deducted from other sources of income: see *Tonn, supra*, at pages 79 and 83.

[8] For the sake of doctrinal purity, I should also point out that a distinction must be drawn between the determination of whether a taxpayer's source of income is from a business as opposed to a property. I may own a rental property but whether I carry on a business in regard thereto is a distinct legal issue giving rise to other tax consequences not relevant to the cases under review. Thus, strictly speaking it is inappropriate to speak of business expenses incurred in relation to a rental property unless, of course, the

d'interprétation et d'application pour certains juges de la Cour de l'impôt, problèmes qui découlent en partie d'ambiguïtés qui ressortiraient des termes utilisés dans l'arrêt *Tonn*.

[7] Je ne suis pas d'avis qu'il faille traiter des arguments du ministre de façon détaillée pour la simple raison qu'ils sont dénués de fondement. Il n'est pas possible d'affirmer que la Cour dans l'arrêt *Tonn* a confondu le concept du caractère déductible d'une dépense avec le concept du caractère déductible de perte locative du revenu tiré d'autres sources. Il faut convenir que des renvois indirects au critère de l'attente raisonnable de profit établi dans l'arrêt *Moldowan* sont utilisés pour refuser la déduction des dépenses personnelles plutôt que les pertes d'entreprise ou les pertes matérielles: voir *Tonn, supra*, aux pages 90 et 91 et 95. Ces renvois ont été établis dans le contexte d'une analyse qui vise à démontrer l'origine du critère de l'attente raisonnable de profit qui découlerait de l'interdiction contre la déduction des «frais personnels et frais de subsistance» aux termes de l'alinéa 18(1)h), expression qui est définie au paragraphe 248(1). Je dois reconnaître que même les analystes fiscaux ont commis le même lapsus: voir S. Silver, «Great Expectations: Are They Reasonable?» dans 1995 Corporate Management Tax Conference, *Real Estate Transactions: Tax Planning for the Second Half of the 1990s* (Toronto: Association canadienne d'études fiscales, 1996) 6:1 aux pages 6:15 et 6:16, citées dans l'arrêt *Tonn* aux pages 93 et 94. Toutefois, en fin de compte il est évident que la Cour dans l'arrêt *Tonn* a reconnu que la question qui lui était posée était de savoir si les pertes locatives pouvaient être déduites d'autres sources de revenus: voir *Tonn, supra*, aux pages 79 et 83.

[8] Afin de préserver l'intégrité de la doctrine, il convient également de souligner qu'il faut établir une distinction entre le fait de savoir si une source de revenu d'un contribuable est tirée d'une entreprise par opposition à un bien. Je peux être propriétaire d'un bien locatif mais le fait de savoir si j'exploite une entreprise à l'égard de celui-ci constitue une question juridique distincte qui donne lieu à d'autres conséquences fiscales qui ne sont pas pertinentes relativement aux affaires visées. Par conséquent, à proprement



taxpayer's endeavours are regarded in law as a business. In any event, it is helpful at this point to set out the specific findings of law articulated in *Moldowan*.

[9] First, it was decided in *Moldowan* that in order to have a source of income a taxpayer must have a reasonable expectation of profit. Second, "whether a taxpayer has a reasonable expectation of profit is an objective determination to be made from all of the facts" (*supra*, at pages 485-486). If as a matter of fact a taxpayer is found not to have a reasonable expectation of profit then there is no source of income and, therefore, no basis upon which the taxpayer is able to calculate a rental loss. There is no doubt that, post-*Moldowan*, this Court has followed and applied that decision: see *Landry (C.) v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 3 (F.C.A.); *Poetker v. Minister of National Revenue*, [1996] 1 C.T.C. 202 (F.C.A.); and *Hugill (R.) v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 16 (F.C.A.). The only remaining issue is whether *Tonn* departs from that jurisprudence by postulating that the reasonable expectation of profit test remains irrelevant to the question of deductibility of losses until such time as it can be established that the case involves an inappropriate deduction of tax, the presence of a strong personal element or suspicious circumstances. There are two passages in *Tonn* which are cited in support of that proposition of law and are worthy of reproduction (*supra*, at page 96 and at pages 103-104):

The *Moldowan* test, therefore is a useful tool by which the tax-inappropriateness of an activity may be reasonably inferred when other, more direct forms of evidence are lacking. Consequently, when the circumstances do not admit of any suspicion that a business loss was made for a personal or non-business motive, the test should be applied sparingly and with a latitude favouring the taxpayer, whose business judgment may have been less than competent.

... I otherwise agree that the *Moldowan* test should be applied sparingly where a taxpayer's "business judgment" is

parler il ne convient pas de dire qu'il s'agit de dépenses d'entreprise engagées relativement à un bien locatif à moins, évidemment, que les actes du contribuable soient considérés en droit comme une entreprise. De toute façon, il convient à ce stade d'énoncer les conclusions de droit précises établies dans l'arrêt *Moldowan*.

[9] Premièrement, il a été décidé dans l'arrêt *Moldowan* que pour avoir une source de revenu, un contribuable doit avoir une attente raisonnable de profit. Deuxièmement, «on doit s'appuyer sur tous les faits pour déterminer objectivement si un contribuable a une expectative raisonnable de profit» (*supra*, à la page 486). Si, comme conclusion de fait un contribuable est jugé ne pas avoir d'attente raisonnable de profit alors il n'y a aucune source de revenu et, par conséquent, aucun fondement à l'égard duquel le contribuable est en mesure de calculer une perte locative. Il est évident que après l'arrêt *Moldowan*, la Cour a suivi et appliqué cette décision: voir *Landry (C.) c. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 3 (C.A.F.); *Poetker c. Ministre du Revenu national*, [1996] 1 C.T.C. 202 (C.A.F.); et *Hugill (R.) c. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 16 (C.A.F.). La seule question qui reste à trancher est de savoir si l'arrêt *Tonn* s'écarte de cette jurisprudence lorsqu'il prévoit que le critère de l'attente raisonnable de profit n'est pas pertinent en ce qui a trait à la question du caractère déductible des pertes jusqu'à ce qu'il puisse être établi que l'affaire comporte une déduction d'impôt inappropriée, la présence d'un élément personnel important ou de circonstances suspectes. Deux passages de l'arrêt *Tonn* sont cités à l'appui de cet argument et il convient d'en faire état (*supra*, à la page 96 et aux pages 103 et 104):

Par conséquent, le critère de l'arrêt *Moldowan* est un critère utile qu'il est possible d'appliquer pour conclure qu'une activité du contribuable est inappropriée en l'absence d'éléments de preuve plus directs. Ainsi, lorsque les circonstances ne soulèvent nullement la question de savoir si une perte d'entreprise a été engagée dans un but personnel ou dans un but non lié à l'entreprise, le critère devrait être appliqué avec modération et avec une latitude favorisant le contribuable, dont le sens des affaires a peut-être fait défaut.

... je, par ailleurs, reconnais que le critère de l'arrêt *Moldowan* devrait être appliqué avec modération lorsque

involved, where no personal element is in evidence, and where the extent of the deductions claimed are not on their face questionable. However, where circumstances suggest that a personal or other-than-business motivation existed, or where the expectation of profit was so unreasonable as to raise a suspicion, the taxpayer will be called upon to justify objectively that the operation was in fact a business. Suspicious circumstances, therefore, will more often lead to closer scrutiny than those that are in no way suspect.

[10] In my respectful view, neither of the above passages support the legal proposition espoused by both the Minister and the taxpayers. It is simply unreasonable to posit that the Court intended to establish a rule of law to the effect that, even though there was no reasonable expectation of profit, losses are deductible from other income sources unless, for example, the income earning activity involved a personal element. The reference to the *Moldowan* test being applied “sparingly” is not intended as a rule of law, but as a common-sense guideline for the judges of the Tax Court. In other words, the term “sparingly” was meant to convey the understanding that in cases, for example, where there is no personal element the judge should apply the reasonable expectation of profit test less assiduously than he or she might do if such a factor were present. It is in this sense that the Court in *Tonn* cautioned against “second-guessing” the business decisions of taxpayers. Lest there be any doubt on this point, one need go no further than the analysis pursued by the Court in *Tonn*.

[11] In *Tonn*, the Court clearly held that no personal advantage had accrued to the taxpayer who was seeking to deduct rental losses from his other sources of income. Nonetheless, the Court continued to pursue the deductibility of losses issue by applying the factors set out in *Moldowan* when assessing whether there was a reasonable expectation of profit. The Court’s summary, provided at page 109, lays to rest any doubt as to what was decided in *Tonn*:

l’«appréciation commerciale» du contribuable est concernée, qu’aucun élément personnel n’a été établi et que le montant des déductions réclamées n’est pas contestable à première vue. Cependant, lorsque les circonstances donnent à penser qu’une motivation personnelle ou non commerciale existait ou que l’attente de profit était déraisonnable au point de soulever un doute, le contribuable devra prouver objectivement que l’activité constituait effectivement une entreprise. Par conséquent, des circonstances douteuses appelleront plus souvent un examen plus approfondi comparativement à celles qui ne soulèvent aucun doute.

[10] Avec égards, aucun des extraits cités précédemment n’appuie l’argument juridique invoqué par le ministre et les contribuables. Il n’est tout simplement pas raisonnable d’affirmer que la Cour avait l’intention d’établir une règle de droit selon laquelle, même s’il n’y avait aucune attente raisonnable de profit, les pertes sont déductibles d’autres sources de revenu à moins, par exemple, que l’activité productrice de revenu comporte un élément personnel. La mention que le critère de l’arrêt *Moldowan* devrait être appliqué «avec modération» n’est pas destinée à devenir une règle de droit, mais à être une ligne directrice fondée sur le bon sens pour les juges de la Cour de l’impôt. En d’autres termes, l’expression «avec modération» visait à expliquer que dans certains cas, par exemple, où il n’y a aucun élément personnel, le juge devrait appliquer le critère de l’attente raisonnable de profit de façon moins assidue qu’il ne l’aurait fait en présence d’un tel facteur. C’est dans ce sens que la Cour dans l’arrêt *Tonn* a fait une mise en garde en ce qui concerne l’appréciation rétrospective des décisions commerciales des contribuables. De crainte qu’un doute soit soulevé à ce sujet, il n’est pas nécessaire d’aller plus loin que l’analyse effectuée par la Cour dans l’arrêt *Tonn*.

[11] Dans l’arrêt *Tonn*, la Cour a clairement jugé que le contribuable qui cherchait à déduire des pertes locatives de ses autres sources de revenus n’avait obtenu aucun avantage personnel. Néanmoins, la Cour a continué à examiner la question relative au caractère déductible des pertes en appliquant les facteurs énoncés dans l’arrêt *Moldowan* lorsqu’elle a examiné s’il y avait une attente raisonnable de profit. Le résumé fait par la Cour à la page 109 écarte tout doute en ce qui concerne ce qui a été décidé dans l’arrêt *Tonn*:

My disposition of this case is therefore as follows. The Tax Court Judge erred in principle as well as in his application of the reasonable expectation of profit test, as it is now understood. He did not consider all of the factors he should have considered, nor did he assess the context fully. The evidence clearly showed that the taxpayers engaged themselves in a business enterprise and their expectations of profit were not unreasonable in the circumstances. A small rental business was launched without the aid of sophisticated market analysis at a time when the rental market looked promising. Soon after, as a result of unforeseen circumstances, it became precarious. No personal benefit accrued to the taxpayers by the rental arrangements. The property was not a vacation site. The house was not used to give free or subsidized housing to relatives or friends. They made an honest error in judgment and lost money instead of earning it. It is not for the Department (or the Court) to penalize them for this, using the reasonable expectation of the profit test, without giving the enterprise a reasonable length of time to prove itself capable of yielding profits.

[12] In summary, the decision of this Court in *Tonn* does not purport to alter the law as stated in *Moldowan*. *Tonn* simply affirms the common-sense understanding that it is not the place of the courts to second-guess the business acumen of a taxpayer whose commercial venture turns out to be less profitable than anticipated. Accordingly, the Tax Court Judge erred in his understanding and application of *Tonn*. The same holds true in regard to the following Tax Court cases which reveal a misunderstanding of the true import of *Tonn*: *Howard v. Canada*, [1997] T.C.J. No. 69 (QL); and *Rossi v. Canada*, [1996] T.C.J. No. 1632 (QL). By comparison, other Tax Court cases confirm my opinion as to what was decided in *Tonn*: see *Joudrey v. Canada*, [1997] T.C.J. No. 74 (QL); *Stacey v. Canada*, [1997] T.C.J. No. 117 (QL); *Riddell, M.L. v. The Queen* (1996), 97 DTC 51 (T.C.C.); *Schimmens v. Canada*, [1996] T.C.J. No. 539 (QL); *Urquhart v. R.*, [1997] 1 C.T.C. 2611 (T.C.C.); and *Wallace v. Canada*, [1996] T.C.J. No. 583 (QL).

[13] Before concluding, I wish to register my respectful disagreement with the finding made below

Ma décision en l'espèce est donc la suivante. Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a commis une erreur de principe ainsi qu'une erreur dans la façon dont il a appliqué le critère de l'attente raisonnable de profit selon le sens actuel de ce critère. Il n'a pas tenu compte de tous les facteurs qu'il aurait dû examiner et il n'a pas évalué non plus tous les aspects de la situation. Il appert clairement de la preuve que les contribuables se sont lancés dans une entreprise commerciale et que leurs attentes de profit n'étaient pas déraisonnables dans les circonstances. Une petite entreprise de location a été créée sans l'aide d'une étude de marché sophistiquée à une époque où le marché de la location semblait prometteur. Peu après, par suite de circonstances imprévues, il est devenu précaire. Les contribuables n'ont tiré aucun avantage personnel des ententes de location. La propriété n'était pas un lieu de vacances. Elle n'a pas été utilisée non plus pour offrir un logement à prix modique ou sans frais à des parents ou à des amis. Les contribuables se sont honnêtement trompés et ont perdu de l'argent plutôt que d'en gagner. Il n'appartient pas au Ministère ou à la Cour de les pénaliser pour cette erreur en appliquant le critère de l'attente raisonnable de profit sans donner à l'entreprise suffisamment de temps pour prouver qu'elle est rentable.

[12] Bref, la décision de la Cour dans l'arrêt *Tonn* n'a pas pour but de modifier le droit établi dans l'arrêt *Moldowan*. L'arrêt *Tonn* confirme simplement l'interprétation fondée sur le bon sens selon laquelle ce n'est pas aux tribunaux de faire une appréciation rétrospective de la pécuniosité commerciale d'un contribuable dont l'entreprise se révèle moins rentable que prévue. En conséquence, le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur dans son interprétation et dans son application de l'arrêt *Tonn*. Il en va de même en ce qui concerne les décisions suivantes de la Cour de l'impôt, qui font ressortir une mauvaise interprétation du sens réel de l'arrêt *Tonn*: *Howard c. Canada*, [1997] T.C.J. n° 69 (QL); et *Rossi c. Canada*, [1996] T.C.J. n° 1632 (QL). En comparaison, d'autres décisions de la Cour de l'impôt confirment mon opinion relativement à ce qui a été décidé dans l'arrêt *Tonn*: voir *Joudrey c. Canada*, [1997] T.C.J. n° 74 (QL); *Stacey c. Canada*, [1997] A.C.I. n° 117 (QL); *Riddell, M.L. c. La Reine* (1996), 97 DTC 51 (C.C.I.); *Schimmens c. Canada*, [1996] A.C.I. n° 539 (QL); *Urquhart c. R.*, [1997] 1 C.T.C. 2611 (C.C.I.); et *Wallace c. Canada*, [1996] A.C.I. n° 583 (QL).

[13] Avant de conclure, je désire faire part avec déférence de mon désaccord à l'égard de la conclusion

that no “personal element” exists in the circumstances of this case. On the contrary, the evidence clearly shows that the Mastris entered into an agreement to buy the townhouse with the intention of occupying it themselves and that, roughly a year after purchase, they actually used the home as their principal residence. In my opinion, one can scarcely speak of the absence of a personal element in this situation—particularly since there is no evidence indicating that, at the time the taxpayers agreed to purchase the property for \$159,000, consideration was given to whether the townhouse could be rented profitably.

[14] The Tax Court Judge having erred in his application of *Tonn*, and in light of the fact that his finding of lack of reasonable expectation of profit has not been challenged, the taxpayers are not entitled to deduct their respective shares of the rental loss from other income sources. The applications for judicial review should be allowed, the judgments of the Tax Court set aside and the matter remitted for redetermination on the basis that the taxpayers’ appeals to that Court be dismissed. The taxpayers are entitled to one set of reasonable and proper costs for both judicial review applications.

MACGUIGAN J.A.: I agree.

MCDONALD J.A.: I agree.

à laquelle est arrivée l’instance inférieure selon laquelle il n’y a aucun «élément personnel» en l’espèce. Au contraire, il ressort clairement de la preuve que les Mastri ont conclu une promesse d’achat de la maison en rangée avec l’intention de l’occuper et que, environ un an après l’achat, la maison est en fait devenue leur résidence principale. À mon avis, on peut difficilement parler d’absence d’élément personnel dans cette situation—particulièrement puisqu’il n’y a aucun élément de preuve indiquant que, au moment où les contribuables ont conclu l’achat de la propriété pour la somme de 159 000 \$, ils se sont demandés si la maison en rangée pouvait être louée avec profit.

[14] Le juge de la Cour de l’impôt a commis une erreur dans son application de l’arrêt *Tonn* et compte tenu du fait que sa conclusion quant à l’absence d’attente raisonnable de profit n’a pas été contestée, les contribuables n’ont pas le droit de déduire leur part respective de la perte locative d’autres sources de revenus. Les demandes de contrôle judiciaire devraient être accueillies, les jugements de la Cour de l’impôt annulés et l’affaire renvoyée pour que soit rendue une nouvelle décision sur le fondement que les appels des contribuables devant cette Cour doivent être rejetés. Les contribuables ont droit à un seul mémoire de frais raisonnables et justifiés à l’égard des deux demandes de contrôle judiciaire.

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Je souscris.

LE JUGE McDONALD, J.C.A.: Je souscris.