

Brian J. Stewart *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: STEWART v. CANADA

Neutral citation: 2002 SCC 46.

File No.: 27860.

2001: December 12; 2002: May 23.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income tax — Source of income — Test to determine whether taxpayer has business or property source of income — Whether “reasonable expectation of profit” test appropriate test — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 9.

The appellant, an experienced real estate investor, acquired four condominium units from which he earned rental income. The properties were part of a syndicated real estate development, and were sold on the basis that the purchaser would be provided with a turnkey operation, that management would be provided, and that a rental pooling agreement would be entered into. All units were highly leveraged with the appellant paying only \$1,000 cash for each unit. The appellant was provided with projections of rental income and expenses in respect of each of the properties. The projections contemplated negative cash flow and income tax deductions for a ten-year period. However, the actual rental experience ended up being worse than what had been set out in the projections. For the taxation years 1990 to 1992, the appellant claimed losses, mainly as a result of significant interest expenses on money borrowed to acquire the units. These losses were disallowed by the Minister of National Revenue on the basis that the taxpayer had no reasonable expectation of profit and therefore no source of income for the purposes of s. 9 of the *Income Tax Act*, and that the interest expenses were not deductible pursuant to s. 20(1)(c)(i) of the Act. Both the Tax Court

Brian J. Stewart *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : STEWART c. CANADA

Référence neutre : 2002 CSC 46.

N° du greffe : 27860.

2001 : 12 décembre; 2002 : 23 mai.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Source de revenu — Critère applicable pour déterminer si le contribuable a une source de revenu constituée d'une entreprise ou d'un bien — Le critère de l'« expectative raisonnable de profit » est-il le critère applicable? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 9.

L'appellant, qui avait de l'expérience en placement immobilier, a acquis quatre unités condominiales dont il a tiré des revenus de location. Ces propriétés faisaient partie d'un projet immobilier en consortium et étaient vendues sur la base suivante : les acheteurs obtiendraient des unités clés en main, la gestion serait assurée et un accord de mise en commun des locations serait conclu. Toutes les unités ont été acquises à fort degré d'endettement, l'appellant ne versant pour chacune qu'un acompte de 1 000 \$. On a fourni à l'appellant des projections de revenus et de dépenses de location pour chacune des propriétés. Selon ces projections, il y aurait des mouvements de trésorerie négatifs et des déductions d'impôt sur le revenu pour une période de 10 ans. Toutefois, les résultats de la location des quatre unités se sont révélés pires que ce qui avait été mentionné dans les projections. Pour les années d'imposition 1990 à 1992, l'appellant a demandé la déduction de pertes découlant principalement des frais d'intérêts élevés qui avaient été payés sur les sommes empruntées pour acheter les unités. Le ministre du Revenu national a refusé la déduction de ces pertes pour le motif que le contribuable n'avait aucune expectative raisonnable de profit et donc aucune source de revenu

of Canada and the Federal Court of Appeal upheld the decision.

Held: The appeal should be allowed.

The “reasonable expectation of profit” test should not be accepted as the test to determine whether a taxpayer’s activities constitute a source of income for the purposes of s. 9 of the *Income Tax Act*. In recent years, this test has become a broad-based tool used by both the Minister and courts independently of provisions of the Act to second-guess *bona fide* commercial decisions of the taxpayer and therefore runs afoul of the principle that courts should avoid judicial rule-making in tax law. The test is problematic owing to its vagueness and uncertainty of application; this results in unfair and arbitrary treatment of taxpayers.

The following two-stage approach should be employed to determine whether a taxpayer’s activities constitute a source of business or property income: (i) Is the taxpayer’s activity undertaken in pursuit of profit, or is it a personal endeavour? (ii) If it is not a personal endeavour, is the source of the income a business or property? The first stage of the test is only relevant when there is some personal or hobby element to the activity. Where the nature of an activity is clearly commercial, the taxpayer’s pursuit of profit is established. There is no need to take the inquiry any further by analysing the taxpayer’s business decisions. However, where the nature of a taxpayer’s venture contains elements which suggest that it could be considered a hobby or other personal pursuit, the venture will be considered a source of income only if it is undertaken in a sufficiently commercial manner. In order for an activity to be classified as commercial in nature, the taxpayer must have the subjective intention to profit and there must be evidence of businesslike behaviour which supports that intention. Reasonable expectation of profit is no more than a single factor, among others, to be considered at this stage.

The deductibility of expenses, which presupposes the existence of a source of income, should not be confused with the preliminary source inquiry. Once it has been determined that an activity has a sufficient degree of commerciality to be considered a source of income, the

pour l’application de l’art. 9 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, et que les frais d’intérêts en cause n’étaient pas déductibles en vertu du sous-al. 20(1)c)(i) de la Loi. La Cour canadienne de l’impôt et la Cour d’appel fédérale ont toutes les deux confirmé cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Le critère de l’« expectative raisonnable de profit » ne devrait pas être accepté comme le critère applicable pour déterminer si les activités d’un contribuable constituent une source de revenu pour l’application de l’art. 9 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Au cours des dernières années, ce critère est devenu un outil d’application générale dont le ministre et les tribunaux se servent indépendamment des dispositions de la Loi pour évaluer après coup des décisions commerciales prises de bonne foi par le contribuable, ce qui constitue une dérogation au principe selon lequel les tribunaux devraient éviter d’établir des règles en matière de droit fiscal. Ce critère pose un problème en raison de son imprécision et de l’incertitude qui règne au sujet de son application; il en résulte un traitement inéquitable et arbitraire des contribuables.

Il y a lieu de recourir à la méthode à deux volets suivante pour déterminer si les activités d’un contribuable sont une source de revenu constituée d’une entreprise ou d’un bien : (i) L’activité du contribuable est-elle exercée en vue de réaliser un profit, ou s’agit-il d’une démarche personnelle? (ii) S’il ne s’agit pas d’une démarche personnelle, la source du revenu est-elle une entreprise ou un bien? Le premier volet du critère ne s’applique que si l’activité en cause comporte un aspect personnel ou récréatif. Lorsqu’une activité est clairement de nature commerciale, la recherche d’un profit par le contribuable est établie. Il n’est pas nécessaire de pousser l’examen plus loin en analysant les décisions commerciales du contribuable. Cependant, lorsque la nature de l’entreprise du contribuable comporte des aspects indiquant qu’elle pourrait être considérée comme un passe-temps ou une autre activité personnelle, cette entreprise ne sera considérée comme une source de revenu que si elle est exploitée d’une manière suffisamment commerciale. Pour qu’une activité soit qualifiée de commerciale par nature, le contribuable doit avoir l’intention subjective de réaliser un profit et il doit exister une preuve de comportement d’homme d’affaires sérieux étayant cette intention. L’expectative raisonnable de profit n’est rien de plus qu’un facteur parmi d’autres qui doit être pris en considération à ce stade.

La déductibilité des dépenses, qui presuppose l’existence d’une source de revenu, ne doit pas être confondue avec l’examen préliminaire portant sur l’existence de cette source. Une fois qu’on a déterminé qu’une activité est suffisamment commerciale pour être considérée

deductibility inquiry is undertaken according to whether the expense in question falls within the words of the relevant deduction provision(s) of the Act. To deny the deduction of losses on the simple ground that the losses signify that no business (or property) source exists is contrary to the words and scheme of the Act. Whether or not a business exists is a separate question from the deductibility of expenses. To disallow deductions based on a reasonable expectation of profit analysis would amount to a case law stop-loss rule which would be contrary to established principles of interpretation which are applicable to the Act. As well, unlike many statutory stop-loss rules, once deductions are disallowed under the “reasonable expectation of profit” test, the taxpayer cannot carry forward such losses to apply to future income in the event the activity becomes profitable.

In sum, whether a taxpayer has a source of income from a particular activity is determined by considering whether the taxpayer intends to carry on the activity for profit, and whether there is evidence to support that intention. In this case, the taxpayer purchased four rental properties which he rented to arm’s length parties in order to obtain rental income. A property rental activity which, as here, lacks any element of personal use or benefit to the taxpayer is clearly a commercial activity. As a result, the appellant satisfies the test for source of income and is entitled to deduct his rental losses. Section 20(1)(c)(i) of the *Income Tax Act*, which permits the deduction of interest on borrowed money for the purpose of earning income from a business or property, is not a tax avoidance mechanism and, in light of the specific anti-avoidance provisions in the Act, courts should not be quick to embellish provisions of the Act in response to tax avoidance concerns. In addition, since a tax motivation does not affect the validity of transactions for tax purposes, the appellant’s hope of realizing an eventual capital gain and expectation of deducting interest expenses do not detract from the commercial nature of his rental operation or its characterization as a source of income.

Cases Cited

Restricted: *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480; **referred to:** *Mohammad v. Canada*, [1998] 1 F.C. 165; *Landry v. Ministre du Revenu national* (1994), 173 N.R. 213; *Hugill v. The Queen*, 95 D.T.C. 5311; *Sirois*

comme une source de revenu, on procède à l’examen de la déductibilité pour déterminer si la dépense en cause tombe sous le coup de la disposition ou des dispositions en matière de déduction pertinentes de la Loi. Refuser la déduction de pertes pour le seul motif que les pertes indiquent l’inexistence d’une entreprise (ou d’un bien) comme source de revenu va à l’encontre du texte et de l’économie de la Loi. La question de savoir s’il existe une entreprise est distincte de celle de la déductibilité des dépenses. Refuser des déductions en fonction d’une analyse de l’expectative raisonnable de profit équivaudrait à une règle jurisprudentielle sur la minimisation des pertes, qui serait contraire aux principes d’interprétation établis qui s’appliquent à la Loi. De même, à la différence de nombreuses règles législatives sur la minimisation des pertes, dès que des déductions sont refusées à la suite de l’application du critère de l’expectative raisonnable de profit, le contribuable ne peut reporter ces pertes sur un revenu futur si jamais l’activité devient rentable.

Somme toute, la question de savoir si l’activité exercée par un contribuable constitue une source de revenu est tranchée en se demandant si le contribuable a l’intention d’exercer cette activité en vue de réaliser un profit et s’il existe des éléments de preuve étayant cette intention. En l’espèce, le contribuable a acheté quatre biens locatifs qu’il a loués à des parties sans lien de dépendance afin d’en tirer un revenu de location. Une activité de location de bien qui, comme en l’espèce, ne comporte aucun élément d’usage ou d’avantage personnel pour le contribuable est nettement une activité commerciale. Par conséquent, l’appelant satisfait au critère d’appréciation de l’existence d’une source de revenu et il peut déduire ses pertes locatives. Le sous-alinéa 20(1)c)(i) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, qui permet la déduction des intérêts payés sur de l’argent emprunté en vue de tirer un revenu d’une entreprise ou d’un bien, n’est pas un mécanisme d’évitement fiscal et, compte tenu de l’existence de dispositions anti-évitement particulières dans la Loi, les tribunaux ne devraient pas s’empresser de renforcer les dispositions de la Loi lorsque des inquiétudes sont exprimées concernant l’évitement de l’impôt. De plus, étant donné qu’une motivation d’ordre fiscal n’enlève rien à la validité d’opérations effectuées à des fins fiscales, l’espoir de l’appelant de réaliser éventuellement un gain en capital et la perspective de déduire des frais d’intérêts n’affecte pas la nature commerciale de son entreprise de location ni sa qualification de source de revenu.

Jurisprudence

Restriction de la portée de l’arrêt : *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480; **arrêts mentionnés :** *Mohammad c. Canada*, [1998] 1 C.F. 165; *Landry c. Ministre du Revenu national* (1994), 173 N.R. 213; *Hugill*

v. *M.N.R.*, 88 D.T.C. 1114; *Tonn v. Canada*, [1996] 2 F.C. 73; *Corbett v. Canada*, [1997] 1 F.C. 386; *Allen v. The Queen*, 99 D.T.C. 968, aff'd 2000 D.T.C. 6559 (*sub nom. The Queen v. Milewski*); *Nichol v. The Queen*, 93 D.T.C. 1216; *Bélec v. The Queen*, 95 D.T.C. 121; *Kaye v. The Queen*, 98 D.T.C. 1659; *Dorfinan v. M.N.R.*, [1972] C.T.C. 151; *Smith v. Anderson* (1880), 15 Ch. D. 247; *Terminal Dock and Warehouse Co. v. M.N.R.*, [1968] 2 Ex. C.R. 78, aff'd 68 D.T.C. 5316; *Erichsen v. Last* (1881), 4 T.C. 422; *Hickman Motors Ltd. v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 336; *Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, [2001] 2 S.C.R. 1082, 2001 SCC 62; *Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147; *Roopchan v. The Queen*, 96 D.T.C. 1338; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Engler v. The Queen*, 94 D.T.C. 6280; *Neuman v. M.N.R.*, [1998] 1 S.C.R. 770; *Walls v. Canada*, [2002] 2 S.C.R. 684, 2002 SCC 47.

Statutes and Regulations Cited

Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 18(1)(a), (h), 248(1) “personal or living expenses” [am. 2000, c. 12, s. 142 (Sch. 2, s. 9(r))].
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63 [now R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)], ss. 3(a), 9(1), (2), 13, 18(1)(a), (h) [rep. & sub. 1988, c. 55, s. 10(3)], 20(1)(c)(i), 67, 248(1) “personal or living expenses”.
Income War Tax Act, R.S.C. 1927, c. 97 [previously S.C. 1917, c. 28], ss. 2(r) “personal and living expenses” [ad. 1939, c. 46, s. 2], 6(f).

Authors Cited

Fien, Cy. “To Profit or Not To Profit: A Historical Review and Critical Analysis of the ‘Reasonable Expectation of Profit’ Test” (1995), 43 *Can. Tax J.* 1287.
 Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 6th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
 Nichols, Brian S. “Chants and Ritual Incantations: Rethinking the Reasonable Expectation of Profit Test”, in 1996 Conference Report, *Report of Proceedings of the Forty-Eighth Tax Conference*, vol. 1. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1997, 28:1.
 Owen, John R. “The Reasonable Expectation of Profit Test: Is There a Better Approach?” (1996), 44 *Can. Tax J.* 979.
 Silver, Sheldon. “Great Expectations: Are They Reasonable?”, in Corporate Management Tax Conference 1995, *Real Estate Transactions: Tax*

c. Canada, [1995] A.C.F. n° 655 (QL); *Sirois c. M.R.N.*, [1987] A.C.I. n° 824 (QL); *Tonn c. Canada*, [1996] 2 C.F. 73; *Corbett c. Canada*, [1997] 1 C.F. 386; *Allen c. Canada*, [1999] A.C.I. n° 499 (QL), conf. par [2000] A.C.F. n° 1651 (QL); *Nichol c. Canada*, [1993] A.C.I. n° 541 (QL); *Bélec c. Canada*, [1994] A.C.I. n° 595 (QL); *Kaye c. Canada*, [1998] A.C.I. n° 265 (QL); *Dorfinan c. Canada (Ministre du Revenu national — M.N.R.)*, [1972] A.C.F. n° 200 (QL); *Smith c. Anderson* (1880), 15 Ch. D. 247; *Terminal Dock and Warehouse Co. c. M.N.R.*, [1968] 2 R.C. de l'É. 78, conf. par 68 D.T.C. 5316; *Erichsen c. Last* (1881), 4 T.C. 422; *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336; *Entreprises Ludco Ltée c. Canada*, [2001] 2 R.C.S. 1082, 2001 CSC 62; *Canderel Ltée c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147; *Roopchan c. Canada*, [1995] A.C.I. n° 339 (QL); *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Engler c. Canada*, [1994] A.C.F. n° 483 (QL); *Neuman c. M.R.N.*, [1998] 1 R.C.S. 770; *Walls c. Canada*, [2002] 2 R.C.S. 684, 2002 CSC 47.

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63 [maintenant L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.)], art. 3a), 9(1), (2), 13, 18(1)a), h) [abr. & rempl. 1988, ch. 55, art. 10(3)], 20(1)c)(i), 67, 248(1) « frais personnels ou de subsistance ».
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 18(1)a), h), 248(1) « frais personnels ou de subsistance » [mod. 2000, ch. 12, art. 142 (ann. 2, art. 15c))].
Loi de l'impôt de guerre sur le revenu, S.R.C. 1927, ch. 97 [auparavant S.C. 1917, ch. 28], art. 2r) « frais personnels et frais de subsistance » [aj. 1939, ch. 46, art. 2], 6f).

Doctrine citée

Fien, Cy. « To Profit or Not To Profit : A Historical Review and Critical Analysis of the “Reasonable Expectation of Profit” Test » (1995), 43 *Rev. fisc. can.* 1287.
 Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 6th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2000.
 Nichols, Brian S. « Chants and Ritual Incantations : Rethinking the Reasonable Expectation of Profit Test », in 1996 Conference Report, *Report of Proceedings of the Forty-Eighth Tax Conference*, vol. 1. Toronto : Association canadienne d'études fiscales, 1997, 28:1.
 Owen, John R. « The Reasonable Expectation of Profit Test : Is There a Better Approach? » (1996), 44 *Rev. fisc. can.* 979.
 Silver, Sheldon. « Great Expectations : Are They Reasonable? », in Corporate Management Tax

Planning for the Second Half of the 1990s. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1996, 6:1.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (2000), 254 N.R. 326, 2000 D.T.C. 6163, [2000] 2 C.T.C. 244, [2000] F.C.J. No. 238 (QL), affirming a decision of the Tax Court of Canada, 98 D.T.C. 1600, [1998] 3 C.T.C. 2662, [1998] T.C.J. No. 310 (QL). Appeal allowed.

Richard B. Thomas and Lisa Wong, for the appellant.

Richard Gobeil and Donald G. Gibson, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI AND BASTARACHE JJ. —

I. Introduction

This appeal requires the Court to consider the appropriate use of what has come to be known as the “reasonable expectation of profit” test. The test originated with the following comments of Dickson J. (as he then was) in the seminal case of *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480, at p. 485:

Although originally disputed, it is now accepted that in order to have a “source of income” the taxpayer must have a profit or a reasonable expectation of profit. Source of income, thus, is an equivalent term to business

Since then, decisions have varied in the application of this test. Although some cases have held that the reasonable expectation of profit test should only be used at the threshold stage of distinguishing between commercial and personal activities, others have used the test as a tool to assess the profitability of various *bona fide* commercial ventures in order to determine whether the taxpayer has a source of income, and is therefore entitled to deduct losses relating to that source.

Conference 1995, *Real Estate Transactions : Tax Planning for the Second Half of the 1990s*. Toronto : Association canadienne d’études fiscales, 1996, 6:1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (2000), 254 N.R. 326, 2000 D.T.C. 6163, [2000] 2 C.T.C. 244, [2000] A.C.F. n° 238 (QL), confirmant une décision de la Cour canadienne de l’impôt, 98 D.T.C. 1600, [1998] 3 C.T.C. 2662, [1998] A.C.I. n° 310 (QL). Pourvoi accueilli.

Richard B. Thomas et Lisa Wong, pour l’appellant.

Richard Gobeil et Donald G. Gibson, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET BASTARACHE —

I. Introduction

Notre Cour est appelée, en l’espèce, à examiner l’utilisation qui peut être faite de ce qui est maintenant connu sous le nom de critère de l’« expectative raisonnable de profit ». Ce critère émane des commentaires suivants du juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l’arrêt de principe *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480, p. 485 :

Il y a d’abord eu controverse, mais il est maintenant admis que pour avoir une « source » de revenu, le contribuable doit avoir en vue un profit ou une expectative raisonnable de profit. L’expression source de revenu équivaut donc au terme entreprise . . .

Depuis lors, la jurisprudence relative à l’application de ce critère a varié. Dans certains cas, les tribunaux ont conclu que le critère de l’expectative raisonnable de profit ne devait être appliqué qu’à l’étape préliminaire où il s’agit de distinguer les activités commerciales des activités personnelles, alors que, dans d’autres cas, ils ont eu recours à ce critère pour apprécier la rentabilité de diverses entreprises commerciales exploitées de bonne foi en vue de déterminer si le contribuable avait une source de revenu et, partant, s’il pouvait déduire des pertes relatives à cette source.

1

2

3 The present appeal is just such a case. The appellant, Brian Stewart, purchased four condominium units from which he earned rental income. For the tax years in question, the appellant incurred losses, mainly as a result of significant interest expenses. These losses were disallowed by the Minister of National Revenue on the basis that the taxpayer had no reasonable expectation of profit, and therefore no source of income.

4 In our view, the reasonable expectation of profit analysis cannot be maintained as an independent source test. To do so would run contrary to the principle that courts should avoid judicial innovation and rule-making in tax law. Although the phrase “reasonable expectation of profit” is found in the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63 (the “Act”), its statutory use does not support the broad judicial application to which the phrase has been subjected. In addition, the reasonable expectation of profit test is imprecise, causing an unfortunate degree of uncertainty for taxpayers. As well, the nature of the test has encouraged a hindsight assessment of the business judgment of taxpayers in order to deny losses incurred in *bona fide*, albeit unsuccessful, commercial ventures.

5 It is undisputed that the concept of a “source of income” is fundamental to the Canadian tax system; however, any test which assesses the existence of a source must be firmly based on the words and scheme of the Act. As such, in order to determine whether a particular activity constitutes a source of income, the taxpayer must show that he or she intends to carry on that activity in pursuit of profit and support that intention with evidence. The purpose of this test is to distinguish between commercial and personal activities, and where there is no personal or hobby element to a venture undertaken with a view to a profit, the activity is commercial, and the taxpayer’s pursuit of profit is established. However, where there is a suspicion that the taxpayer’s activity is a hobby or personal endeavour rather

Nous sommes en présence d’un tel cas en l’espèce. L’appelant, Brian Stewart, a acheté quatre unités condominiales dont il a tiré des revenus de location. Au cours des années d’imposition en cause, l’appelant a subi des pertes découlant principalement de frais d’intérêts élevés. Le ministre du Revenu national a refusé la déduction de ces pertes pour le motif que le contribuable n’avait aucune expectative raisonnable de profit et donc aucune source de revenu.

À notre avis, l’analyse de l’expectative raisonnable de profit ne saurait être maintenue comme critère indépendant pour déterminer l’existence d’une source de revenu, car cela irait à l’encontre du principe selon lequel les tribunaux doivent éviter d’innover et d’établir des règles en matière de droit fiscal. Même si les expressions « attente raisonnable de profit » et « espoir raisonnable de tirer un profit » figurent dans la *Loi de l’impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63 (la « Loi »), leur utilisation par le législateur ne justifie pas l’application générale que les tribunaux en ont fait. En outre, le critère de l’expectative raisonnable de profit est imprécis, ce qui engendre une incertitude malencontreuse chez les contribuables. De même, la nature du critère a favorisé le recours à une évaluation rétrospective du sens des affaires de contribuables pour refuser la déduction de pertes subies dans des entreprises commerciales qui, quoique infructueuses, avaient été exploitées de bonne foi.

Il est incontesté que la notion de « source de revenu » est un élément fondamental du régime fiscal canadien. Cependant, tout critère d’appréciation de l’existence d’une source doit reposer fermement sur le texte et l’économie de la Loi. En conséquence, pour déterminer si une activité particulière constitue une source de revenu, le contribuable doit démontrer qu’il a l’intention d’exercer cette activité en vue de réaliser un profit, et présenter des éléments de preuve étayant cette intention. Ce critère a pour objet de distinguer les activités commerciales des activités personnelles. Lorsqu’une activité exercée dans le but de réaliser un profit ne comporte aucun aspect personnel ou récréatif, cette activité est commerciale et la recherche d’un profit par le contribuable est établie. Cependant, lorsqu’on soupçonne que

than a business, the taxpayer's so-called reasonable expectation of profit is a factor, among others, which can be examined to ascertain whether the taxpayer has a commercial intent.

In the present appeal, the taxpayer purchased four rental properties which he rented to arm's length parties in order to obtain rental income. There was no personal element to the taxpayer's endeavour, and its commercial nature was never questioned. As a result, the appellant's rental activities constitute a source of income from which he is entitled to deduct his rental losses. We would therefore allow the appeal.

II. Facts

The appellant held senior positions with the Toronto Transit Commission in the years 1990 to 1992, the tax years relevant to this appeal. Between 1986, and 1992, his annual income ranged from \$65,000 to over \$90,000. The appellant was also an experienced real estate investor and had in the past acquired and disposed of several rental properties.

In 1986, the appellant acquired the four condominium rental units that are the subject of this appeal. The properties were part of a syndicated real estate development promoted by the Reemark Group, and were sold on the basis that the purchaser would be provided with a turnkey operation, that management would be provided, and that a rental pooling agreement would be entered into. The Reemark Group also arranged financing for the projects.

The first two units, the "White Oaks" units, located in London, Ontario, were purchased for \$72,990 each. These units were financed by a first mortgage of \$52,553, initially amortized over a 30-year period. Additional financing came in the form of two promissory notes totalling \$19,437. The second two units, the "Park Woods" units, located in Surrey, British Columbia, were purchased for \$74,990 and \$58,990 and were similarly financed. All units were highly leveraged with the appellant

l'activité du contribuable est un passe-temps ou une démarche personnelle plutôt qu'une entreprise commerciale, la prétendue expectative raisonnable de profit est un facteur parmi d'autres qui peut être pris en considération pour déterminer si le contribuable a l'intention d'exploiter une entreprise commerciale.

Dans le présent pourvoi, le contribuable a acheté quatre biens locatifs qu'il a loués à des parties sans lien de dépendance afin d'en tirer un revenu de location. La démarche du contribuable ne comportait aucun aspect personnel et sa nature commerciale n'a jamais été mise en doute. Par conséquent, les activités locatives de l'appelant constituent une source de revenu dont il peut déduire les pertes qui en ont découlé. Nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi.

II. Les faits

L'appelant a occupé des postes de cadre supérieur au sein de la Commission de transport de Toronto au cours des années 1990 à 1992, qui sont les années d'imposition en cause dans le présent pourvoi. Entre 1986 et 1992, son revenu annuel est passé de 65 000 \$ à plus de 90 000 \$. Il avait aussi de l'expérience en placement immobilier et avait déjà acquis et vendu plusieurs biens locatifs.

En 1986, l'appelant a acquis les quatre unités condominiales locatives visées par le présent pourvoi. Ces propriétés faisaient partie d'un projet immobilier en consortium dont le groupe Reemark assurait la promotion, et elles étaient vendues sur la base suivante : les acheteurs obtiendraient des unités clés en main, la gestion serait assurée et un accord de mise en commun des locations serait conclu. Le groupe Reemark s'occupait aussi du financement des projets.

Les deux premières unités, les unités « White Oaks », situées à London (Ontario), ont été achetées au prix unitaire de 72 990 \$. Ces unités étaient financées au moyen d'un prêt garanti par une hypothèque de premier rang de 52 553 \$, amorti à l'origine sur une période de 30 ans. Le financement du solde était assuré par deux billets d'un montant total de 19 437 \$. Les deux autres unités, les unités « Park Woods », situées à Surrey (Colombie-Britannique), ont été payées 74 990 \$ et 58 990 \$ respectivement

6

7

8

9

paying only \$1,000 cash for each unit. The appellant was provided with projections of rental income and expenses in respect of each of the properties. The projections contemplated payout of the promissory notes over a period of years terminating in 1994. They also projected negative cash flow and income tax deductions for a ten-year period in all cases. However, the actual rental experience of the four units ended up being worse than what had been set out in the projections provided by Reemark to the appellant, owing to worse than expected rental and vacancy rates.

10 The appellant tried to reduce the amount of financing on the units. In 1991, he increased the frequency of first mortgage payments on the units from monthly to weekly, thereby reducing the amortization period significantly. He sold one of the Park Woods units in 1991 and used the proceeds to pay down the debt on the other unit. By 1994, the appellant had paid off the promissory notes on all of the units. The appellant also exited the White Oaks rental pool arrangement in 1995 because of high vacancies and poor management and set up his own management company. In 1996, he changed management companies for the Park Woods unit.

11 For the taxation years 1990, 1991 and 1992, the appellant claimed losses of \$27,814, \$18,673 and \$12,306, respectively. The losses resulted primarily from interest expenses on money borrowed to acquire the units. The Minister reassessed the appellant, disallowing his losses on the units for these taxation years solely on the basis that he had no reasonable expectation of profit for the years in question.

12 The appellant argued that the fact that the purchases were almost 100 percent financed was not

et financées de la même façon. Toutes les unités ont été acquises à fort degré d'endettement, l'appelant ne versant pour chacune qu'un acompte de 1 000 \$. On a fourni à l'appelant des projections de revenus et de dépenses de location pour chacune des propriétés. Selon ces projections, le remboursement des billets s'échelonnerait sur un certain nombre d'années, la dernière étant l'année 1994. On prévoyait également des mouvements de trésorerie négatifs et des déductions d'impôt sur le revenu pour une période de 10 ans dans tous les cas. Toutefois, les résultats de la location des quatre unités se sont révélés pires que ceux que Reemark avait mentionnés à l'appelant dans ses projections, en raison de taux de location plus bas et de taux d'inoccupation plus élevés que ceux qui avaient été anticipés.

L'appelant a tenté de réduire le montant de la dette qui grevait les unités. En 1991, il a accéléré la fréquence des paiements des hypothèques de premier rang des unités en effectuant des versements hebdomadaires plutôt que mensuels, ce qui a permis de réduire sensiblement la période d'amortissement. Il a vendu l'une des unités Park Woods en 1991 et s'est servi du produit de la vente pour rembourser la dette de l'autre unité. En 1994, il avait remboursé les billets à l'égard de toutes les unités. En 1995, l'appelant s'est également retiré de l'accord de mise en commun des locations White Oaks en raison des taux d'inoccupation élevés et d'une mauvaise gestion, et il a fondé sa propre société de gestion. En 1996, il a changé de compagnie de gestion pour l'unité Park Woods.

Pour les années d'imposition 1990, 1991 et 1992, l'appelant a demandé la déduction de pertes de 27 814 \$, 18 673 \$ et 12 306 \$ respectivement. Ces pertes découlaient principalement des frais d'intérêts payés sur les sommes empruntées pour acheter les unités. Le ministre a établi de nouvelles cotisations dans lesquelles il a refusé la déduction des pertes demandée par l'appelant à l'égard des unités pour ces années d'imposition, pour le seul motif que celui-ci n'avait pas d'attente raisonnable de profit pour les années en cause.

L'appelant a prétendu que le fait que l'achat des propriétés ait été financé presque en totalité ne

determinative of whether he had a reasonable expectation of profit, and he argued that he should be able to deduct the carrying charges for monies borrowed to finance the rental losses. The respondent argued that the appellant had had no reasonable expectation of profit but had purchased the properties as a tax shelter, attracted by the promises of income tax deductions and capital gains projections promoted by the vendor Reemark. The appellant had followed the vendor's plan instead of following his usual investment practices, and chose not to pay down the debt owing at times when he clearly had money with which to do so.

The Tax Court of Canada found that the appellant's rental losses were not deductible in computing his income for income tax purposes because there was no reasonable expectation of profit. The Federal Court of Appeal dismissed the appeal.

III. Relevant Statutory Provisions

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63 (now R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.))

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.

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;

. . .

(h) personal or living expenses of the taxpayer, other than travelling expenses incurred by the taxpayer while away from home in the course of carrying on his business;

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

permettait pas de déterminer s'il avait une attente raisonnable de profit. Il a également soutenu qu'il devait pouvoir déduire les frais de crédit relatifs aux sommes empruntées pour financer les pertes locatives. L'intimée a fait valoir que l'appelant n'avait pas d'attente raisonnable de profit et qu'il avait acheté les propriétés pour qu'elles servent d'abri fiscal, attiré par l'espoir d'obtenir des déductions d'impôt et de réaliser les gains en capital prévus par le vendeur Reemark. L'appelant avait adopté le plan du vendeur plutôt que de s'en tenir à ses pratiques habituelles en matière de placement, et il avait choisi de ne pas rembourser la créance exigible à des moments où il disposait manifestement de l'argent nécessaire à cette fin.

La Cour canadienne de l'impôt a conclu que les pertes locatives de l'appelant n'étaient pas déductibles dans le calcul de son revenu aux fins d'impôt parce qu'il n'y avait aucune attente raisonnable de profit. La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel.

III. Dispositions législatives pertinentes

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63 (maintenant L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.))

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.

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 elle a été faite ou engagée par le contribuable en vue de tirer un revenu des biens ou de l'entreprise ou de faire produire un revenu aux biens ou à l'entreprise;

. . .

h) le montant des frais personnels ou des frais de subsistance du contribuable — à l'exception des frais de déplacement engagés par celui-ci dans le cadre de l'exploitation de son entreprise alors qu'il était absent de chez lui;

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

13

14

source or such part of the following amounts as may reasonably be regarded as applicable thereto:

(c) an amount paid in the year or payable in respect of the year (depending upon the method regularly followed by the taxpayer in computing his income), pursuant to a legal obligation to pay interest on

(i) borrowed money used for the purpose of earning income from a business or property . . .

or a reasonable amount in respect thereof, whichever is the lesser;

248. (1) In this Act,

“personal or living expenses” includes

(a) the expenses of properties maintained by any person for the use or benefit of the taxpayer or any person connected with the taxpayer by blood relationship, marriage or adoption, and not maintained in connection with a business carried on for profit or with a reasonable expectation of profit

IV. Judgments Below

A. *Tax Court of Canada*, 98 D.T.C. 1600

15

McArthur J.T.C.C. characterized the issue as whether the appellant had a reasonable expectation to profit from the subject rental properties such that there existed a source of income from which he could deduct rental losses incurred in the years under appeal. While recognizing that the comments of Robertson J.A. in *Mohammad v. Canada*, [1998] 1 F.C. 165 (C.A.), in respect to reasonable expectation of profit were *obiter*, McArthur J.T.C.C. found them to be instructive and of assistance in determining the outcome. In light of these comments, he considered the crux of the appeal to be whether the appellant possessed the intention to pay down the principal on the rental units, regardless of whether this actually occurred. Without an intention to reduce the amount of the principal owing on each

qui se rapportent entièrement à cette source de revenus ou la partie des sommes suivantes qui peut raisonnablement être considérée comme s’y rapportant :

c) une somme payée dans l’année ou payable pour l’année (suivant la méthode habituellement utilisée par le contribuable dans le calcul de son revenu), en exécution d’une obligation légale de verser des intérêts sur

(i) de l’argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d’une entreprise ou d’un bien . . .

ou une somme raisonnable à cet égard, le moins élevé des deux montants étant à retenir;

248. (1) Dans la présente loi,

« frais personnels ou de subsistance » comprend

a) les dépenses inhérentes aux biens entretenus par toute personne pour l’usage ou l’avantage du contribuable ou de toute personne unie à ce dernier par les liens du sang, du mariage ou de l’adoption, et non entretenus dans le but ou avec l’espoir raisonnable de tirer un profit de l’exploitation d’une entreprise

IV. Jugements des tribunaux d’instance inférieure

A. *Cour canadienne de l’impôt*, 98 D.T.C. 1600

Selon le juge McArthur, la question était de savoir si l’appelant avait un espoir raisonnable de tirer des propriétés locatives un profit suffisant pour qu’il existe une source de revenu dont il pourrait déduire les pertes locatives subies pendant les années en cause. Tout en reconnaissant que les observations formulées par le juge Robertson, dans l’arrêt *Mohammad c. Canada*, [1988] 1 C.F. 165 (C.A.), au sujet de l’attente raisonnable de profit constituaient une opinion incidente, le juge McArthur a estimé qu’elles étaient intéressantes et utiles pour trancher la question en litige. À la lumière de ces observations, il a considéré qu’il s’agissait essentiellement de savoir si l’appelant avait l’intention de rembourser le principal dû à l’égard des unités locatives, indépendamment de la question de savoir s’il l’avait vraiment

unit, there could be no reasonable expectation of profit.

According to McArthur J.T.C.C., the effect of the Reemark plan was to use rental losses to offset income and then to realize a gain at the end of the day from the expected capital appreciation of the properties. Accordingly, the Reemark plan held out no expectation of profit from rental income.

While noting that the appellant deviated from the Reemark plan somewhat, McArthur J.T.C.C. found instructive the fact that the appellant had deviated from his usual practice of paying down 25 percent of the purchase price on his prior rental property investments in order to reduce the risk that income expenses would exceed rental income. He also emphasized that in 1988 the appellant chose to advance \$40,000 in principal toward the purchase of a condominium for his own use, and, in 1990, he sheltered \$50,000 in an RRSP rather than paying down more of the indebtedness. Thus, he had several opportunities to reduce the outstanding indebtedness and chose not to. McArthur J.T.C.C. concluded that having considered all the evidence, he was not satisfied that the plan the appellant followed was realistic in its ability to pay down a sufficient portion of the principal on the subject properties so as to create a positive cash flow. As a result, he concluded that the reasonable expectation of profit test was not satisfied, and therefore that the appellant had no source of income from which to deduct expenses under s. 20(1)(c).

B. *Federal Court of Appeal* (2000), 254 N.R. 326

Rothstein J.A. for the court noted that the reasonable expectation of profit test derives from the well-known case of *Moldowan*, *supra*. In that case, Dickson J. determined that in order to have a source of income for purposes of the Act, the taxpayer must have a profit or a reasonable expectation of profit. The appellant argued that the *Moldowan* test only

fait. En l'absence d'intention de réduire le principal dû à l'égard de chaque unité, il ne pouvait y avoir d'attente raisonnable de profit.

Le juge McArthur a affirmé que, selon le plan Reemark, les pertes locatives étaient déduites des revenus et un gain était en fin de compte réalisé à la suite de l'augmentation prévue de la valeur des propriétés. Ce plan ne prévoyait donc pas qu'on devait s'attendre à tirer un profit du revenu de location.

Tout en notant que l'appellant s'était quelque peu écarté du plan Reemark, le juge McArthur a estimé intéressant le fait qu'il avait dérogé à sa pratique habituelle ayant consisté à verser 25 pour 100 du prix d'achat de ses biens locatifs antérieurs afin de réduire le risque que les dépenses engagées en vue de tirer un revenu excèdent le montant du revenu de location. Il a également souligné qu'en 1988 l'appellant avait décidé d'avancer une somme de 40 000 \$ au titre du principal en vue de l'achat d'un condominium destiné à son usage personnel, et qu'en 1990 il avait investi un montant de 50 000 \$ dans un REÉR au lieu de continuer à rembourser sa dette. Il avait donc eu, à maintes reprises, la possibilité de réduire la dette impayée et il avait décidé de ne pas le faire. Après avoir examiné l'ensemble de la preuve, le juge McArthur a dit qu'il n'était pas convaincu que le plan suivi par l'appellant avait été réaliste en ce qui concernait la possibilité de rembourser une partie suffisante du principal dû à l'égard des propriétés en cause pour générer des mouvements de trésorerie positifs. En conséquence, il a conclu que le critère de l'attente raisonnable de profit n'était pas respecté et que, par conséquent, l'appellant ne disposait d'aucune source de revenu dont il pourrait déduire des dépenses en vertu de l'al. 20(1)c).

B. *Cour d'appel fédérale*, [2000] A.C.F. n° 238 (QL)

Le juge Rothstein a fait remarquer, au nom de la cour, que le critère de l'attente raisonnable de profit a été établi dans le célèbre arrêt *Moldowan*, précité. Dans cet arrêt, le juge Dickson a statué que, pour avoir une source de revenu aux fins d'application de la Loi, le contribuable doit avoir en vue un profit ou une expectative raisonnable

16

17

18

applied where there was an element of personal use, and so did not pertain to the properties in question. Rothstein J.A. disagreed, saying, at para. 7 that “[t]he *Moldowan* principle is that in order to have a source of income, the taxpayer must have a profit or a reasonable expectation of profit.”

19

Rothstein J.A. commented that the reasonable expectation of profit test is not an opportunity for the Minister to second-guess the business judgement of the taxpayer, but found that this was not why the learned Tax Court judge found that there was no reasonable expectation of profit in this case. According to Rothstein J.A., the lower court’s finding was based on the fact that the Reemark plan held out no expectation of profit from the rental income, and instead offered rental losses to offset other income and eventually realize a gain from the appreciation in value of the property. Rothstein J.A. also accepted the Tax Court judge’s finding that the appellant did not have a realistic plan to produce a profit. It followed that there was no source of income, and therefore that the interest expenses claimed by the appellant were not deductible pursuant to s. 20(1)(c).

V. Issues

20

1. Is the “reasonable expectation of profit” test set out by the Court in *Moldowan* the test for determining whether the taxpayer has a business or property source of income under the Act? If not, what is the test?
2. Did the courts below err in disallowing the appellant’s interest expense deductions pursuant to the provisions of s. 20(1)(c) of the Act on the basis that there was no source of income?

de profit. L’appelant soutenait que le critère de l’arrêt *Moldowan* ne s’appliquait que s’il y avait un élément d’usage personnel, de sorte qu’il ne s’appliquait pas aux propriétés en cause. Le juge Rothstein a rejeté cet argument en affirmant, au par. 7, que « [l]e principe de l’arrêt *Moldowan* veut que pour avoir une source de revenu, le contribuable doit avoir en vue un profit ou une attente raisonnable de profit. »

Le juge Rothstein a fait observer que le critère de l’attente raisonnable de profit ne permet pas au ministre d’évaluer après coup le sens des affaires dont a fait preuve le contribuable, mais il a conclu que ce n’était pas pour cette raison que le juge de la Cour de l’impôt avait conclu à l’absence d’attente raisonnable de profit en l’espèce. Selon le juge Rothstein, la conclusion de ce tribunal était fondée sur le fait que le plan Reemark ne prévoyait pas qu’on devait s’attendre à tirer un profit du revenu de location, et qu’il prévoyait plutôt que les pertes locatives seraient déduites d’autres revenus et qu’un gain serait éventuellement réalisé à la suite de l’augmentation de la valeur de la propriété. Le juge Rothstein a aussi accepté la conclusion du juge de la Cour de l’impôt que l’appelant n’avait pas de plan réaliste en vue de réaliser un profit. Il s’ensuivait qu’il n’y avait pas de source de revenu et que, partant, les frais d’intérêts déclarés par l’appelant n’étaient pas déductibles en vertu de l’al. 20(1)c).

V. Questions en litige

1. Le critère de l’« expectative raisonnable de profit » établi par notre Cour dans l’arrêt *Moldowan* est-il le critère qui s’applique pour déterminer si le contribuable a une source de revenu constituée d’une entreprise ou d’un bien au sens de la Loi ? Dans la négative, quel est le critère applicable?
2. Les tribunaux d’instance inférieure ont-ils commis une erreur en refusant à l’appelant le droit de déduire ses frais d’intérêts conformément aux dispositions de l’al. 20(1)c) de la Loi, pour le motif qu’il n’y avait pas de source de revenu?

VI. AnalysisA. *The Test to Determine Whether the Taxpayer has a Business or Property Source of Income Under the Act*(1) A Brief Overview of the Cases Leading up to *Moldowan*

It well accepted that the Canadian tax system adopted the concept of “source” from the English taxation statutes, and that the Act has always referred to income from various “sources”: see V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (6th ed. 2000), at pp. 102-3. However, the term “source” is not defined in the Act, and it has been left to courts to determine the nature and scope of the various sources of income in the Act.

With respect to the phrase “reasonable expectation of profit”, this wording first appeared in the *Income War Tax Act*, R.S.C. 1927, c. 97 (previously S.C. 1917, c. 28) (“*IWTA*”), through a 1939 amendment which added a definition of “personal and living expenses” to the *IWTA*: S.C. 1939, c. 46, s. 2. That amendment defined “personal and living expenses” to include:

... the expenses of properties maintained by any person for the use or benefit of any taxpayer or any person connected with him by blood relationship, marriage or adoption, and not maintained in connection with a business carried on *bona fide* for a profit and not maintained with a reasonable expectation of a profit;

This definition was relevant to s. 6(f) of the *IWTA* which read, “[i]n computing the amount of the profits or gains to be assessed, a deduction shall not be allowed in respect of ... personal and living expenses”. The phrase “reasonable expectation of profit” still appears in the virtually unaltered definition of “personal or living expenses” (now found in s. 248(1)), which in turn relates to s. 18(1)(h). Section 18(1)(h) disallows the deduction of personal or living expenses from business or property

VI. AnalyseA. *Le critère applicable pour déterminer si le contribuable a une source de revenu constituée d'une entreprise ou d'un bien au sens de la Loi*(1) Bref aperçu de la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Moldowan*

Il est bien accepté que le régime fiscal canadien a emprunté la notion de « source » aux lois fiscales anglaises, et que la Loi a toujours fait état de revenus tirés de diverses « sources » : voir V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (6^e éd. 2000), p. 102-103. Le mot « source » n'est toutefois pas défini dans la Loi et il appartient aux tribunaux de déterminer la nature et la portée des diverses sources de revenu dans la Loi.

En ce qui a trait à l'expression « attente raisonnable de profit » ou « espoir raisonnable de tirer un profit », elle est apparue pour la première fois sous la forme de l'expression « expectative raisonnable d'un bénéficiaire » dans la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, S.R.C. 1927, ch. 97 (auparavant S.C. 1917, ch. 28) (« *LIGR* »), à la suite d'une modification apportée en 1939, ajoutant la définition de « frais personnels et frais de subsistance » à la *LIGR* : S.C. 1939, ch. 46, art. 2. Selon cette définition, l'expression « frais personnels et frais de subsistance » comprenait :

... les dépenses inhérentes aux propriétés qu'une personne maintient pour l'usage ou à l'avantage d'un contribuable ou de toute personne qui lui est apparentée par le sang, le mariage ou l'adoption, et qui ne sont pas maintenues en vue d'un commerce exercé de bonne foi à fin lucrative et avec l'expectative raisonnable d'un bénéficiaire;

Cette définition s'appliquait à l'al. 6f) *LIGR*, qui se lisait ainsi : « Dans le calcul de la somme des profits ou gains à imposer, il ne doit pas être accordé de déduction en ce qui concerne [...] [l]es frais personnels et les frais de subsistance ». L'expression semblable « espoir raisonnable de tirer un profit » figure dans la définition quasi inchangée de l'expression « frais personnels ou de subsistance » (qui se trouve désormais au par. 248(1)), elle-même rattachée à l'al. 18(1)(h). Ce dernier alinéa interdit la

21

22

income. It can be seen, therefore, that the statutory use of the phrase “reasonable expectation of profit” has changed little since its introduction into the *IWTA*.

23

Despite this fairly restrictive statutory use of the term “reasonable expectation of profit” (to disallow deductions for expenses of properties not maintained in connection with a business carried on with a reasonable expectation of profit), one author notes that several cases began to expand the use of the phrase in viewing “reasonable expectation of profit” as a general requirement of the “source of income” concept:

The first suggestion to this effect actually appears in the 1964 decision of *J.S. Stewart v. MNR*, a case concerning the raising of dogs for use in a display advertising business, in which the court stated (in obiter) that a business must be “carried out in good faith with a reasonable expectation of profit.” [[1964] C.T.C. 45, at p. 51 (Ex. Ct.)] Seven years later, in 1971, the Federal Court — Trial Division in *CBA Engineering Ltd. v. MNR* [71 D.T.C. 5282, at p. 5286] stated that farming could be either a hobby or an “operation with the expectation of profit,” in which case it would be a source. *CBA Engineering Ltd.* was followed in 1972 by *O. Dorfman v. MNR*, another farming case, in which the Federal Court — Trial Division stated, “In my view the words [source of income] are used in the sense of a business, employment, or property from which a net profit might reasonably be expected to come” [[1972] C.T.C. 151, at p. 154].

(C. Fien, “To Profit or Not to Profit: A Historical Review and Critical Analysis of the ‘Reasonable Expectation of Profit’ Test” (1995), 43 *Can. Tax J.* 1287, at p. 1298)

From this, the author concludes at p. 1299 that “[i]t appears that *CBA Engineering Ltd.*, *Dorfman*, and [*D.A.*] *Holley* [*v. MNR*, [1973] C.T.C. 539 (F.C.T.D.)] may well have been the springboard to Revenue Canada’s adoption of a broadly based ‘reasonable expectation of profit’ test.” In any event,

déduction des frais personnels ou de subsistance dans le calcul du revenu tiré d’une entreprise ou d’un bien. On peut donc constater que l’emploi par le législateur de l’expression « attente raisonnable de profit » a peu changé depuis son introduction dans la *LIGR*.

En dépit de cet emploi relativement restrictif de l’expression « attente raisonnable de profit » (visant à interdire la déduction des dépenses relatives à des biens non entretenus dans le but ou avec l’espoir raisonnable de tirer un profit de l’exploitation d’une entreprise), un auteur souligne que plusieurs décisions ont commencé à en étendre l’utilisation en considérant que l’« attente raisonnable de profit » est une exigence générale de la notion de « source de revenu » :

[TRADUCTION] La première suggestion en ce sens apparaît effectivement dans la décision *J.S. Stewart c. MRN* rendue en 1964 dans une affaire portant sur l’élevage de chiens destinés à servir dans des publicités par panneau-réclame, où la cour a dit (en exprimant une opinion incidente) qu’une entreprise doit être « exploitée de bonne foi avec l’expectative raisonnable de bénéfice » [[1964] C.T.C. 45, p. 51 (C. de l’É.)]. Sept ans plus tard, en 1971, dans la décision *CBA Engineering Ltd. c. MRN* [71 D.T.C. 5282, p. 5286], la Division de première instance de la Cour fédérale a dit qu’une exploitation agricole pouvait être soit un passe-temps, soit une « entreprise exploitée avec une expectative de profit », auquel cas elle serait une source. Cette décision a été suivie en 1972 par *O. Dorfman c. MRN*, une autre affaire d’exploitation agricole où la Division de première instance de la Cour fédérale a affirmé : « À mon avis, cette expression [source de revenu] est employée dans le sens d’une entreprise, d’un emploi ou d’un bien dont on peut raisonnablement espérer tirer un profit net » [[1972] C.T.C. 151, p. 154].

(C. Fien, « To Profit or Not to Profit : A Historical Review and Critical Analysis of the “Reasonable Expectation of Profit” Test » (1995), 43 *Rev. fisc. can.* 1287, p. 1298)

L’auteur en conclut, à la p. 1299, qu’[TRADUCTION] « [i]l semble que les décisions *CBA Engineering Ltd.*, *Dorfman* et [*D.A.*] *Holley* [*c. MRN*, [1973] C.T.C. 539 (C.F. 1^{re} inst.)] aient bien pu servir de tremplin à l’adoption par Revenu Canada d’un critère général de l’“attente raisonnable de profit”. »

these early cases were certainly germane to the decision in *Moldowan*.

In *Moldowan*, the taxpayer carried on a horse-racing activity. The Minister had conceded that this activity constituted a business; the issue before the Court was whether the taxpayer's farming was his chief source of income such that he could fully deduct his losses under s. 13 of the Act. As such, the following comments of Dickson J. at pp. 485-86 relating to "reasonable expectation of profit" were *obiter*:

Although originally disputed, it is now accepted that in order to have a "source of income" the taxpayer must have a profit or a reasonable expectation of profit. Source of income, thus, is an equivalent term to business: *Dorfman v. M.N.R.* [[1972] C.T.C. 151]. See also s. 139(1)(*ae*) of the *Income Tax Act* which includes as "personal and living expenses" and therefore not deductible for tax purposes, the expenses of properties maintained by the taxpayer for his own use and benefit, and not maintained in connection with a business carried on for profit or with a reasonable expectation of profit. If the taxpayer in operating his farm is merely indulging in a hobby, with no reasonable expectation of profit, he is disentitled to claim any deduction at all in respect of expenses incurred.

There is a vast case literature on what reasonable expectation of profit means and it is by no means entirely consistent. In my view, whether a taxpayer has a reasonable expectation of profit is an objective determination to be made from all of the facts. The following criteria should be considered: the profit and loss experience in past years, the taxpayer's training, the taxpayer's intended course of action, the capability of the venture as capitalized to show a profit after charging capital cost allowance. The list is not intended to be exhaustive. The factors will differ with the nature and extent of the undertaking: *The Queen v. Matthews* [(1974), 74 D.T.C. 6193]. One would not expect a farmer who purchased a productive going operation to suffer the same start-up losses as the man who begins a tree farm on raw land.

Since this Court's decision in *Moldowan*, the "reasonable expectation of profit" or "REOP" test

De toute façon, ces premières décisions ne sont sûrement pas étrangères à l'arrêt *Moldowan*.

Dans l'affaire *Moldowan*, le contribuable exerçait une activité liée aux courses de chevaux. Le ministre avait concédé que cette activité constituait une entreprise; la question soumise à la Cour était de savoir si l'agriculture constituait la principale source de revenu du contribuable, de sorte qu'il puisse déduire la totalité de ses pertes en vertu de l'art. 13 de la Loi. Les observations suivantes que le juge Dickson a formulées, aux p. 485-486, au sujet de l'« expectative raisonnable de profit », constituaient une opinion incidente :

Il y a d'abord eu controverse, mais il est maintenant admis que pour avoir une « source » de revenu, le contribuable doit avoir en vue un profit ou une expectative raisonnable de profit. L'expression source de revenu équivaut donc au terme entreprise : *Dorfman c. M.R.N.*, [[1972] C.T.C. 151]. Voir également l'al. 139(1)*ae* de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui inclut à titre de « frais personnels ou frais de subsistance », donc non déductibles aux fins de l'impôt, les dépenses inhérentes aux propriétés entretenues par le contribuable pour son propre usage et avantage, et non entretenues relativement à une entreprise exploitée en vue d'un profit ou dans une expectative raisonnable de profit. Si le contribuable, en exploitant sa ferme, se livre simplement à un passe-temps, sans expectative raisonnable de profit, il ne peut réclamer aucune déduction pour les dépenses engagées.

Une jurisprudence volumineuse traite de la signification de l'expression expectative raisonnable de profit, mais il ne s'en dégage aucune constante. À mon avis, on doit s'appuyer sur tous les faits pour déterminer objectivement si un contribuable a une expectative raisonnable de profit. On doit alors tenir compte des critères suivants : l'état des profits et pertes pour les années antérieures, la formation du contribuable et la voie sur laquelle il entend s'engager, la capacité de l'entreprise, en termes de capital, de réaliser un profit après déduction de l'allocation à l'égard du coût en capital. Cette liste n'est évidemment pas exhaustive. Les facteurs seront différents selon la nature et l'importance de l'entreprise : *La Reine c. Matthews* [(1974), 74 D.T.C. 6193]. Personne ne peut s'attendre à ce qu'un fermier qui achète une affaire déjà productive subisse au départ les mêmes pertes que celui qui met sur pied une exploitation forestière sur un terrain vierge.

Depuis que l'arrêt *Moldowan* de notre Cour a été rendu, le ministre et les tribunaux ont appliqué

has been applied by the Minister and the courts in a variety of situations in order to determine whether a taxpayer has a source of income, whether business or property. However, as the above discussion indicates, equating the phrase “reasonable expectation of profit” with a “source” of income for the purposes of the Act is a case law expansion of the use of that phrase in the definition of “personal or living expenses” in the Act. As such, it is appropriate to examine the REOP test closely in order to determine whether it should be accepted as a stand-alone source test, or whether there is a better approach to assessing the existence of a source. Indeed, the wide range of approaches that courts have taken to the REOP test alone calls for clarification.

(2) Post-Moldowan REOP Cases

26 Since *Moldowan*, courts have differed in their acceptance of the REOP analysis as the appropriate test for the source of income determination, and a brief survey of some of these cases is a useful starting point for an evaluation of the *Moldowan* test.

27 Although cases where the Minister has disallowed deductions or losses on a “no reasonable expectation of profit” basis have taken a range of positions, they can generally be categorized into two groups: those which accept the use of the test where there is no personal element to the taxpayer’s activities, and those which hold that the test has no application unless there is a personal or hobby aspect to the endeavour.

28 In *Landry v. Ministre du Revenu national* (1994), 173 N.R. 213, the majority of the Federal Court of Appeal held that the taxpayer who had come out of retirement to practise law at the age of 71 did not satisfy the REOP test and thus had no source of income from which to deduct the losses that

le critère de l’« expectative raisonnable de profit » ou critère de l’ERP dans diverses situations pour déterminer si un contribuable disposait d’une source de revenu, qu’il s’agisse d’une entreprise ou d’un bien. Toutefois, comme l’indique l’analyse qui précède, assimiler « expectative raisonnable de profit » à « source » de revenu aux fins d’application de la Loi est une extension jurisprudentielle de l’utilisation de l’expression « espoir raisonnable de tirer un profit » dans la définition de « frais personnels ou de subsistance » figurant dans la Loi. Pour cette raison, il convient d’examiner attentivement le critère de l’ERP pour décider s’il y a lieu de l’accepter comme critère indépendant servant à déterminer l’existence d’une source ou s’il y a une meilleure façon de déterminer l’existence d’une source. À vrai dire, la grande diversité de façons dont les tribunaux ont abordé le critère de l’ERP requiert en soi des éclaircissements.

(2) La jurisprudence relative à l’ERP qui a suivi l’arrêt *Moldowan*

Depuis l’arrêt *Moldowan*, les tribunaux sont partagés en ce qui a trait à l’acceptation de l’analyse de l’ERP comme critère applicable pour déterminer l’existence d’une source de revenu; un bref examen d’une partie de la jurisprudence portant sur cette question constitue un bon point de départ pour évaluer le critère établi dans l’arrêt *Moldowan*.

Malgré la gamme de positions qui y ont été adoptées, les affaires dans lesquelles le ministre a refusé la déduction de dépenses ou de pertes en invoquant l’« absence d’expectative raisonnable de profit » peuvent généralement être réparties dans deux catégories. Il y a d’abord celles où l’on accepte que le critère soit appliqué lorsque les activités du contribuable ne comportent aucun aspect personnel, et celles où l’on statue que ce critère est inapplicable sauf si la démarche en cause comporte un aspect personnel ou récréatif.

Dans l’arrêt *Landry c. Ministre du Revenu national* (1994), 173 N.R. 213, la Cour d’appel fédérale, à la majorité, a statué que le contribuable qui retournait à la pratique du droit à 71 ans, après avoir pris sa retraite, ne satisfaisait pas au critère de l’ERP et ne disposait donc d’aucune source de revenu dont

his practice had incurred. Writing for the majority, Décary J.A. quoted and accepted the Tax Court judge's application of the test (at para. 1):

I see no reason why the reasonable expectation of profit test should not apply to any profession, liberal or otherwise, any occupation or activity which purports to be in the course of carrying on a business. As I see it, the reasonable expectation of a profit is a general rule applicable to any activity which may give rise to business income. . . . [Emphasis added.]

Décary J.A. then concluded (at para. 3) that:

It is possible for someone, with the best will in the world, to practise an activity that takes all his or her time and that activity may still not be a business for the purposes of the *Income Tax Act*. . . . For the purposes of determining whether there is a source of income, only an activity that is profitable or that is carried on with a reasonable expectation of profit is a business. . . . [Emphasis added.]

This decision was followed in *Hugill v. The Queen*, 95 D.T.C. 5311 (F.C.A.), in which the taxpayer's deductions in respect of rental properties were disallowed. At p. 5311, the Federal Court of Appeal affirmed the Tax Court of Canada's determination that the taxpayer's business plan was unrealistic and therefore that there was no reasonable expectation of profit:

In reaching this decision, the Tax Court judge had regard to: the constant losses suffered by the taxpayer since 1984; the lack of improvements required if the properties were to be rented during both the summer and winter seasons; and the fact that the venture "has been, and continues to be, under capitalized". It is true that the applicant had a "plan" which if realized might reasonably have resulted in a profit but unfortunately it was a plan which changed from year to year as his personal financial circumstances changed. In the circumstances, the reasoning of Mr. Justice Décary in *Landry [v. Ministre du Revenu national]* (1994), 173 N.R. 213, at para. 4] is particularly apt: "There comes a time in the life of any business operating at a deficit when the Minister must be able to determine objectively . . . that a reasonable expectation of profit has turned into an impossible dream."

il pouvait déduire les pertes subies dans le cadre de sa pratique. S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge Décary a cité et accepté l'application du critère par le juge de la Cour de l'impôt (au par. 1) :

Je ne vois pas de raison pour laquelle le critère de l'espoir raisonnable de profit ne s'appliquerait pas à toute profession, libérale ou non, à tout métier ou à toute activité qui est proposée comme constituant l'exploitation d'une entreprise. D'après moi, l'espoir raisonnable de profit est un critère d'application générale relatif à toute activité qui pourrait donner lieu à un revenu d'entreprise . . . [Nous soulignons.]

Le juge Décary a ensuite conclu ceci (au par. 3) :

Quelqu'un peut bien, avec la meilleure volonté du monde, exercer une activité qui prend tout son temps, sans que cette activité ne devienne pour autant une entreprise pour les fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [. . .] N'est en effet entreprise, aux fins de déterminer s'il y a source de revenu, qu'une activité qui est profitable ou qui est exercée avec un espoir objectif raisonnable de profit . . . [Nous soulignons.]

Cette décision a été suivie dans l'arrêt *Hugill c. Canada*, [1995] A.C.F. n° 655 (QL) (C.A.), où la cour a refusé les déductions demandées par le contribuable à l'égard de biens locatifs. Au paragraphe 2, la Cour d'appel fédérale a confirmé la décision de la Cour canadienne de l'impôt que le plan d'affaires du contribuable était irréaliste et que, par conséquent, il n'y avait aucune expectative raisonnable de profit :

Dans sa décision, le juge a pris les éléments suivants en considération : les pertes constantes subies par le contribuable depuis 1984; l'absence des améliorations nécessaires pour que les biens puissent être loués durant les saisons d'été et d'hiver; le fait que l'entreprise a été et continue d'être sous-capitalisée. Il est vrai que le requérant possédait un « plan » qui, s'il s'était concrétisé, aurait pu raisonnablement entraîner un profit, mais ce plan a malheureusement changé au fil des ans en fonction de la situation financière personnelle du contribuable. Dans les circonstances, le raisonnement du juge Décary dans l'affaire *Landry [c. Ministre du Revenu national]* (1994), 173 N.R. 213, par. 4], est particulièrement pertinent : « Il vient donc un temps, dans la vie de toute entreprise déficitaire, où le ministre doit pouvoir déterminer objectivement [. . .] qu'un espoir raisonnable de profit s'est transformé en rêve impraticable. »

30

A similar approach was taken in *Sirois v. M.N.R.*, 88 D.T.C. 1114 (T.C.C.), where the taxpayer ran a restaurant business that suffered losses from 1976 to 1984. The Minister disallowed the losses for the 1981 and 1982 taxation years. *Couture C.J.T.C.* reviewed the operations of the business, including seating capacity and opening hours in order to determine whether a reasonable expectation of profit existed so as to allow the taxpayer to deduct the losses. At pp. 1115-16, he concluded that:

... for the 1981 taxation year, considering that the restaurant was operated with seating for only twenty (20), four days a week, and that since 1976 the operations had shown a loss, there was no realistic reasonable expectation of profit in these circumstances.

For the 1982 taxation year, however, when the situation was entirely different, I am of the opinion that the respondent ... was not justified in presuming that there was no reasonable expectation of profit in such circumstances.

31

Although cases such as *Landry, Hugill*, and *Sirois* evidenced a willingness on the part of the Tax Court of Canada and the Federal Court of Appeal to reassess the business decisions of taxpayers, in *Tonn v. Canada*, [1996] 2 F.C. 73, the Federal Court of Appeal appeared to temper this approach somewhat. In that case, the taxpayers purchased a rental property which incurred losses. In allowing the taxpayers to deduct these losses, Linden J.A., at paras. 26 and 28, made the following remarks with respect to the REOP test:

But do the Act's purposes suggest that deductions of losses from *bona fide* businesses be disallowed solely because the taxpayer made a bad judgment call? I do not think so. The tax system has every interest in investigating the *bona fides* of a taxpayer's dealings in certain situations, but it should not discourage, or penalize, honest but erroneous business decisions. The tax system does not tax on the basis of a taxpayer's business acumen, with deductions extended to the wise and withheld from the foolish. . . .

Une approche similaire a été adoptée dans l'affaire *Sirois c. M.R.N.*, [1987] A.C.I. n° 824 (QL), où le contribuable avait exploité une entreprise de restauration ayant subi des pertes de 1976 à 1984. Le ministre a refusé la déduction des pertes pour les années d'imposition 1981 et 1982. Le juge en chef *Couture* a examiné l'exploitation de l'entreprise, y compris le nombre de places et les heures d'ouverture, afin de déterminer s'il existait une expectative raisonnable de profit qui permettrait au contribuable de déduire ses pertes. À la page 3, il a conclu que :

... pour l'année d'imposition 1981, considérant que le restaurant était opéré avec un effectif de vingt (20) places seulement, quatre jours par semaine et que depuis 1976 les opérations s'étaient soldées à pertes qu'une expectative raisonnable de profit dans ces circonstances n'était pas réaliste.

Par ailleurs pour l'année d'imposition 1982 alors qu'il s'agissait d'une toute nouvelle situation de faits, je suis d'opinion que l'intimé [...] n'était pas justifié de présumer qu'une expectative raisonnable de profit n'existait pas dans de telles circonstances.

Même si des décisions comme *Landry, Hugill* et *Sirois* témoignent de la volonté de la Cour canadienne de l'impôt et de la Cour d'appel fédérale de réexaminer les décisions commerciales des contribuables, dans l'arrêt *Tonn c. Canada*, [1996] 2 C.F. 73, la Cour d'appel fédérale a semblé tempérer quelque peu cette approche. Dans cette affaire, les contribuables avaient acquis un bien locatif qui a entraîné des pertes. En autorisant la déduction de ces pertes par les contribuables, le juge Linden a formulé les observations suivantes au sujet du critère de l'ERP (aux par. 26 et 28) :

Cependant, le respect des objets de la Loi exige-t-il que les déductions de pertes provenant d'entreprises exploitées de bonne foi soient refusées pour la simple raison que le contribuable a fait preuve de mauvais jugement? Je ne le crois pas. Si l'examen de la bonne foi du contribuable est nettement justifié dans certains cas, le régime fiscal ne devrait pas décourager ou pénaliser les contribuables qui ont pris des décisions honnêtes, mais erronées. Le régime d'imposition n'est pas fondé sur l'examen du sens des affaires de façon à accorder les déductions aux contribuables perspicaces et à les refuser à ceux qui ont manqué de jugement . . .

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.

However, to this Linden J.A. added that it was open for courts to determine that “though the taxpayer genuinely intended the pursuit of profit through a purely commercial activity, the intention was unrealistic, the expectation of profit unreasonable, and hence, the activity was not a business” (para. 36).

In *Corbett v. Canada*, [1997] 1 F.C. 386 (C.A.), Linden J.A. applied the REOP test to a situation where the taxpayer had defaulted on mortgage payments in respect of a rental property which was subsequently ordered to be sold to the mortgagee. The Minister disallowed the deduction of interest payments on the mortgage in respect of the interim period before the mortgagee acquired the property on the basis that the taxpayer had no reasonable expectation of profit. At para. 20, Linden J.A. upheld the Minister’s assessment and the application of the REOP test to these facts:

In cases such as this, therefore, where it is clear that no profit could be earned in the year or forever after because of the judicial sale proceedings, *Moldowan* is applicable. . . . This is not a case of second-guessing poor business decisions that do not yield profit, which was the case in *Tonn*.

In contrast to the above cases, other decisions, particularly those of Bowman A.C.J. of the Tax Court of Canada, have taken a different view of the applicability REOP test. In *Allen v. The Queen*, 99 D.T.C. 968 (T.C.C.), aff’d 2000 D.T.C. 6559 (F.C.A.) (*sub nom. The Queen v. Milewski*), Bowman J.T.C.C. (as he then was) held at paras. 18-25 that the REOP test had no application in a situation similar to the one at bar, where, with near 100 percent financing, the

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.

Le juge Linden a toutefois ajouté que les tribunaux pouvaient décider que, « même si le contribuable désirait vraiment tirer profit d’une activité purement commerciale, l’intention n’était pas réaliste, l’attente de profit n’était pas raisonnable et, par conséquent, l’activité n’était pas une entreprise » (par. 36).

Dans l’arrêt *Corbett c. Canada*, [1997] 1 C.F. 386 (C.A.), le juge Linden a appliqué le critère de l’ERP à la situation d’un contribuable qui avait cessé d’effectuer les versements hypothécaires relatifs à un bien locatif dont la vente au créancier hypothécaire avait par la suite été ordonnée. Le ministre a refusé la déduction du montant des intérêts versés sur le prêt hypothécaire pendant la période ayant précédé la vente du bien au créancier hypothécaire, pour le motif que le contribuable n’avait alors aucune expectative raisonnable de profit. Le juge Linden a confirmé la cotisation du ministre ainsi que l’application du critère de l’ERP à ces faits (au par. 20) :

En pareils cas, lorsqu’il est clair qu’aucun profit ne pourrait être réalisé au cours de l’année ou à l’avenir, en raison de la procédure de vente judiciaire, l’arrêt *Moldowan* s’applique. [. . .] Il ne s’agit pas ici de reconsidérer de mauvaises décisions commerciales qui ne génèrent pas de profit, comme c’était le cas dans l’affaire *Tonn*.

Contrairement aux affaires susmentionnées, d’autres décisions, en particulier celles rendues par le juge Bowman de la Cour canadienne de l’impôt, ont adopté un point de vue différent au sujet de l’applicabilité du critère de l’ERP. Dans la décision *Allen c. Canada*, [1999] A.C.I. n° 499 (QL), conf. par [2000] A.C.F. n° 1651 (QL) (C.A.), le juge Bowman (maintenant Juge en chef adjoint) a conclu, aux par. 18-25, que le critère

32

33

taxpayers formed a partnership which carried on a rental business and incurred losses:

In my opinion, the respondent has misapplied the [R]EOP doctrine. We are dealing here with two individuals who have invested, through a limited partnership, in a perfectly viable business that started making a profit in the second year. There was no personal element involved — neither appellant has any intention of residing in the apartments. . . .

How then does the fact that the acquisition of the limited partnership interests was financed substantially by the borrowing of money through the Equity Notes and Second Equity Notes at what, on the evidence, was a favourable interest rate, turn a viable and profitable business into one that had no reasonable expectation of profit and was, therefore, not a business and not a source of income? The investment was clearly long term and *bona fide*, with the expectation that in the fullness of time the debt would be paid down and ultimately paid off and the appellants would have a lasting investment. The Minister's position, as revealed in the portions of the examination for discovery that were read in, is that once the income from the partnership exceeded the interest charges, the non-business will become a business and the Minister will start to tax.

Whatever else may be said about 99% financing of an investment, it certainly cannot be said that its result is that the vehicle in which the taxpayer has invested did not carry on a business. This is wrong as a matter of logic, law and common sense. The Minister is seeking to limit the deduction of the amount of interest which is permitted by paragraph 20(1)(c) by intoning the ritual incantation [R]EOP, where it is obvious and admitted that the partnership is carrying on a profitable business.

de l'ERP ne s'appliquait pas à une situation semblable à celle dont nous sommes saisis en l'espèce, où, avec un financement presque total, les contribuables formaient une société qui exploitait une entreprise de location et qui a subi des pertes :

À mon avis, l'intimée a mal appliqué la doctrine de l'absence d'attente raisonnable de profit. Nous sommes en présence ici de deux particuliers qui ont investi, par l'intermédiaire d'une société en commandite, dans une entreprise parfaitement viable qui a commencé à réaliser des bénéfices dans la deuxième année d'activité. Il n'y avait aucun élément personnel — ni l'un ni l'autre appellant n'avait l'intention de résider dans les appartements . . .

Comment, alors, le fait que l'acquisition des participations dans la société en commandite a été financée en grande partie par un emprunt au moyen de billets et de billets de second rang à ce qui, selon la preuve, était un taux d'intérêt favorable, transforme-t-il une entreprise viable et rentable en une entreprise qui n'est ni une entreprise ni une source de revenu au motif qu'il n'y a aucune attente raisonnable de profit? Il était clairement question d'un investissement à long terme fait de bonne foi, et l'on s'attendait à ce que, en temps et lieu, des versements soient effectués sur l'emprunt, lequel finirait par être remboursé, les appelants se retrouvant avec un investissement durable. La thèse du ministre, comme en font foi les parties de l'interrogatoire préalable qui ont été versées au dossier, est que, une fois que le revenu de la société aura excédé les frais d'intérêt, ce qui n'est pas pour l'instant une entreprise deviendra une entreprise, et le ministre commencera à imposer le revenu de celle-ci.

Quoi que l'on puisse dire d'autre sur le financement à 99 p. 100 d'un investissement, on ne peut certainement pas dire que, par voie de conséquence, le véhicule dans lequel le contribuable a investi n'exploitait pas une entreprise. Cela est erroné sur le plan de la logique, du droit et du bon sens. Le ministre cherche à limiter la déduction de l'intérêt permise à l'alinéa 20(1)c) en faisant valoir la sempiternelle absence d'attente raisonnable de profit, alors qu'il est évident et admis que la société exploite une entreprise rentable.

The [R]EOP principle may have some application where a person tries to write off losses from a hobby such as horseracing (*Rai v. The Queen*, February 8, 1999, file number 98-925(IT)I); or from collecting antique Coca-Cola bottles (*Kaye v. The Queen*, 98 DTC 1659); or renting a portion of the basement of that person's dwelling to a relative and trying to write off 2/3 of the costs of the house. It operates at the liminal stage of questioning the existence of a business. Where there is no personal element and a genuine business exists the [R]EOP doctrine has no application. . . . [Emphasis added.]

Bowman J.T.C.C. has expressed a similar view in a variety of cases: see, for example, *Nichol v. The Queen*, 93 D.T.C. 1216 (T.C.C.); *Bélec v. The Queen*, 95 D.T.C. 121 (T.C.C.); *Kaye v. The Queen*, 98 D.T.C. 1659 (T.C.C.).

It is evident from this brief review that the REOP test has not been interpreted and applied in a consistent manner. The cases dealing with this concept fall along a spectrum. At one end are the decisions which consider REOP to be the test by which the viability of the taxpayer's business plan is assessed, whatever the activity in question happens to be, and to determine whether this activity deserves to be considered a "source of income". At the other end of the spectrum are the cases which use the REOP analysis only where the activity in question contains a personal or hobby element, and then only as a factor in determining whether this activity is sufficiently commercial to be labelled a "source of income". The only coherent message that emerges from a survey of the cases which have followed *Moldowan* is that the proper role of "reasonable expectation of profit" is in need of clarification.

(3) Problems with the REOP Test

Since *Moldowan*, there has been a fair amount of judicial and academic criticism of the alleged misuse of the REOP test. These comments can be generally classified into two types. First, some critics allege that there is no statutory foundation for using "reasonable expectation of profit" as the test to determine whether a source of income exists. Second, it is argued that, even if *Moldowan* did set

La doctrine de l'absence d'attente raisonnable de profit s'applique peut-être dans une certaine mesure lorsqu'une personne essaie de déduire les pertes qu'a entraînées un passe-temps comme la course de chevaux (*Rai v. The Queen*, 8 février 1999, n° de dossier 98-925(IT)I), ou la collection de vieilles bouteilles de Coca-Cola (*Kaye c. Canada*, [1998] A.C.I. n° 265 (QL)), ou qu'elle loue une partie d'un sous-sol à un parent et tente ensuite de déduire 2/3 des frais se rapportant à la maison. La doctrine s'applique au stade initial, qui consiste à mettre en cause l'existence d'une entreprise. Lorsqu'il n'y a aucun élément personnel et qu'une entreprise véritable existe, la doctrine de l'absence d'attente raisonnable de profit ne s'applique pas . . . [Nous soulignons.]

Le juge Bowman a exprimé un point de vue semblable dans diverses décisions : voir, par exemple, *Nichol c. Canada*, [1993] A.C.I. n° 541 (QL); *Bélec c. Canada*, [1994] A.C.I. n° 595 (QL); *Kaye c. Canada*, [1998] A.C.I. n° 265 (QL).

Il ressort clairement de ce bref survol que le critère de l'ERP n'a pas été interprété ni appliqué de façon uniforme. Les décisions portant sur cette notion forment un éventail. À une extrémité, il y a les décisions où l'on considère que l'ERP est le critère applicable pour apprécier la viabilité du plan d'affaires du contribuable, quelle que puisse être l'activité en cause, et pour déterminer si cette activité mérite d'être considérée comme une « source de revenu ». À l'autre extrémité, il y a les décisions où l'on a recours à l'analyse de l'ERP seulement lorsque l'activité en cause comporte un aspect personnel ou récréatif et, le cas échéant, uniquement pour déterminer si l'activité est suffisamment commerciale pour être qualifiée de « source de revenu ». Le seul message cohérent qui se dégage d'un examen de la jurisprudence ayant suivi *Moldowan* est qu'il est nécessaire de clarifier le rôle que doit jouer le critère de l'« expectative raisonnable de profit ».

(3) Problèmes posés par le critère de l'ERP

Depuis l'arrêt *Moldowan*, un nombre relativement élevé de juges et d'auteurs ont dénoncé ce qu'ils considèrent comme un mauvais usage du critère de l'ERP. Ces commentaires peuvent généralement être répartis dans deux catégories. Premièrement, certains critiques prétendent qu'il n'y a aucune raison légale de recourir au critère de l'« expectative raisonnable de profit » pour

34

35

out a legitimate “source” test, the test is problematic and should be rejected.

36

In Dickson J.’s *obiter* comments with respect to reasonable expectation of profit, he cites *Dorfman v. M.N.R.*, [1972] C.T.C. 151 (F.C.T.D.), as authority for the proposition that in order to have a source of income the taxpayer must have a reasonable expectation of profit. However, several commentators have pointed out that *Dorfman* stands for a slightly different proposition. In particular, in *Dorfman*, the Federal Court, Trial Division was dealing with an argument by the Minister that because the taxpayer had not realized net farming income for the year, that farming could not be a source of the taxpayer’s income. In rejecting that argument, Collier J., at p. 154, stated that:

I cannot accept the interpretation put by counsel for the Minister in this case on the words “source of income”: that there must be net income before there can be a source. In my view the words are used in the sense of a business, employment, or property from which a net profit might reasonably be expected to come.

In other words, the court was addressing the contention that the phrase “source of income” required a net profit. In response to this particular argument, the court held that, where an activity had a reasonable expectation of net profit, this was enough to constitute a source of income. Put in other terms, the fact that an activity is being carried on with a reasonable expectation of profit is sufficient for the activity to constitute a source of income.

37

It has been pointed out that, as a matter of logic, the fact that an activity carried on with a reasonable expectation of profit is a sufficient requirement for a source of income (the proposition from *Dorfman*) does not entail that a reasonable expectation of profit is a necessary requirement for a source of income (the proposition from *Moldowan*): see B. S. Nichols, “Chants and Ritual Incantations: Rethinking the

déterminer l’existence d’une source de revenu. Deuxièmement, l’on fait valoir que, même si l’arrêt *Moldowan* a effectivement établi un critère légitime pour déterminer l’existence d’une source, ce critère est problématique et doit être rejeté.

Dans ses observations incidentes concernant l’expectative raisonnable de profit, le juge Dickson cite la décision *Dorfman c. Canada (Ministre du Revenu national — M.R.N.)*, [1972] A.C.F. n° 200 (QL) (1^{re} inst.), à l’appui de la proposition selon laquelle, pour avoir une source de revenu, le contribuable doit avoir une expectative raisonnable de profit. Toutefois, plusieurs commentateurs ont souligné que la décision *Dorfman* énonce un principe légèrement différent. Plus particulièrement, la Division de première instance de la Cour fédérale, dans l’affaire *Dorfman*, était appelée à examiner un argument du ministre selon lequel l’agriculture ne pouvait pas être une source de revenu pour le contribuable étant donné qu’il n’avait tiré aucun revenu net de l’agriculture pendant l’année. En rejetant cet argument, le juge Collier a dit, au par. 16 :

Je ne puis accepter l’interprétation que l’avocat du Ministre donne en l’espèce à l’expression « source de revenu » et suivant laquelle il doit y avoir un revenu net avant de pouvoir dire qu’il y a une source de revenu. À mon avis, cette expression est employée dans le sens d’une entreprise, d’un emploi ou d’un bien desquels on peut raisonnablement espérer tirer un bénéfice.

En d’autres termes, la cour examinait l’argument selon lequel l’expression « source de revenu » exigeait un profit net. En réponse à cet argument particulier, la cour a conclu que, lorsqu’une activité comportait une expectative raisonnable de profit net, cela suffisait pour qu’elle constitue une source de revenu. Autrement dit, le fait d’exercer une activité avec une expectative raisonnable de profit suffit pour que cette activité constitue une source de revenu.

On a souligné que, logiquement, le fait qu’une activité exercée avec une expectative raisonnable de profit constitue une condition suffisante pour qu’il y ait source de revenu (la proposition dégagée de la décision *Dorfman*) ne signifie pas pour autant qu’une expectative raisonnable de profit est une condition nécessaire de l’existence d’une source de revenu (la proposition dégagée de l’ar-

Reasonable Expectation of Profit Test”, in 1996 Conference Report, *Report of Proceedings of the Forty-Eighth Tax Conference* (1997), vol. 1, 28:1, at pp. 28:4-28:5; S. Silver, “Great Expectations: Are They Reasonable?”, in *Corporate Management Tax Conference 1995* (1996), 6:1, at pp. 6:6-6:7. In other words, it is argued that by taking the comments from *Dorfman* out of their particular context and applying them generally, *Moldowan* mistakenly equated “source of income” with “reasonable expectation of profit”.

Indeed, equating the term “business” with the phrase, “reasonable expectation of profit” does not accord with the traditional common law definition of business, which is that “anything which occupies the time and attention and labour of a man for the purpose of profit is business” (*Smith v. Anderson* (1880), 15 Ch. D. 247 (C.A.), at p. 258; *Terminal Dock and Warehouse Co. v. M.N.R.*, [1968] 2 Ex. C.R. 78, aff’d 68 D.T.C. 5316 (S.C.C.)). In addition, early cases dealing with the proper definition of a business rejected looking exclusively at one factor. For example, in *Erichsen v. Last* (1881), 4 T.C. 422, at p. 423, the English Court of Appeal stated:

I do not think there is any principle of law which lays down what carrying on of trade is. There are a multitude of incidents which together make the carrying on [of] a trade, but I know of no one distinguishing incident which makes a practice a carrying on of trade, and another practice not a carrying on of trade. If I may use the expression, it is a compound fact made up of a variety of incidents.

Thus, to equate “source of income” with “reasonable expectation of profit”, at least in the instance of a business source, is not in line with these earlier characterizations of “business”.

The view has also been taken that Dickson J. did not intend to set out a broadly applicable source test in *Moldowan*, but instead that he was simply distinguishing between mere hobbies and *bona*

rêt *Moldowan*): voir B. S. Nichols, « Chants and Ritual Incantations: Rethinking the Reasonable Expectation of Profit Test », dans 1996 Conference Report, *Report of Proceedings of the Forty-Eighth Tax Conference* (1997), vol. 1, 28:1, p. 28:4-28:5; S. Silver, « Great Expectations: Are They Reasonable? », dans *Corporate Management Tax Conference 1995* (1996), 6:1, p. 6:6-6:7. En d’autres mots, on prétend qu’en sortant les observations de la décision *Dorfman* de leur contexte particulier pour les appliquer de façon générale, l’arrêt *Moldowan* a erronément assimilé « source de revenu » à « expectative raisonnable de profit ».

En fait, assimiler le terme « entreprise » à l’expression « expectative raisonnable de profit » n’est pas conforme à la définition traditionnelle du mot « entreprise », qui est donnée en common law, à savoir : [TRADUCTION] « tout ce qui occupe le temps, l’attention et les efforts d’un homme et qui a pour objet la réalisation d’un profit est une entreprise » (*Smith c. Anderson* (1880), 15 Ch. D. 247 (C.A.), p. 258; *Terminal Dock and Warehouse Co. c. M.N.R.*, [1968] 2 R.C. de l’É. 78, conf. par 68 D.T.C. 5316 (C.S.C.)). De plus, d’anciennes décisions portant sur la définition à donner au mot « entreprise » ont rejeté l’approche consistant à ne considérer qu’un seul facteur. Par exemple, dans l’arrêt *Erichsen c. Last* (1881), 4 T.C. 422, p. 423, la Cour d’appel anglaise a dit :

[TRADUCTION] Je ne crois pas qu’un principe de droit établisse en quoi consiste l’exploitation d’une entreprise. Ce sont plusieurs faits qui, réunis, constituent l’exploitation d’une entreprise, mais je ne connais aucun fait distinctif qui permette de conclure qu’une pratique, contrairement à une autre, constitue l’exploitation d’une entreprise. Si je peux m’exprimer ainsi, il s’agit d’une situation complexe constituée de divers éléments.

Par conséquent, assimiler « source de revenu » à « expectative raisonnable de profit », à tout le moins dans le cas d’une source constituée d’une entreprise, n’est pas conforme à ces définitions antérieures du mot « entreprise ».

On s’est également dit d’avis que, dans l’arrêt *Moldowan*, le juge Dickson n’a pas voulu énoncer un critère applicable de manière générale pour déterminer l’existence d’une source, mais qu’il

fide businesses: see J. R. Owen, “The Reasonable Expectation of Profit Test: Is There a Better Approach?” (1996), 44 *Can. Tax J.* 979, at p. 1002. This view stems from the fact that in the same paragraph where Dickson J. equates a business with a reasonable expectation of profit, he states “[i]f the taxpayer in operating his farm is merely indulging in a hobby, with no reasonable expectation of profit, he is disentitled to claim any deduction at all in respect of expenses incurred”: *Moldowan, supra*, at p. 485. As well, various cases have held that the *Moldowan* test is only applicable where there is some personal element to the taxpayer’s endeavour: *Hickman Motors Ltd. v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 336, at paras. 69 and 72; *Allen, supra*; *Nichol, supra*; *Bélec, supra*.

n’a fait qu’établir une distinction entre les simples passe-temps et les entreprises exploitées de bonne foi : voir J. R. Owen, « The Reasonable Expectation of Profit Test : Is There a Better Approach? » (1996), 44 *Rev. fisc. can.* 979, p. 1002. Ce point de vue émane du fait que, dans le même paragraphe où il assimile « entreprise » à « expectative raisonnable de profit », le juge Dickson affirme que « [s]i le contribuable, en exploitant sa ferme, se livre simplement à un passe-temps, sans expectative raisonnable de profit, il ne peut réclamer aucune déduction pour les dépenses engagées » : *Moldowan*, précité, p. 485. De même, les tribunaux ont conclu, dans diverses décisions, que le critère de l’arrêt *Moldowan* n’est applicable que lorsque la démarche du contribuable comporte un aspect personnel : *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336, par. 69 et 72; *Allen*, précité; *Nichol*, précité; *Bélec*, précité.

40 In light of the definition of “business” developed in earlier cases, as well as the dubious scope of Dickson J.’s *obiter* reference to “reasonable expectation of profit” in *Moldowan*, which may also have been a mistaken application of that phrase as used in *Dorfman*, the REOP test should not be blindly accepted as the correct approach to the “source of income” determination. This conclusion is strengthened by the fact that subsequent cases have run the gamut with respect to the application of the REOP concept.

Compte tenu de la définition donnée au mot « entreprise » dans la jurisprudence antérieure et de la portée douteuse de la mention incidente de l’« expectative raisonnable de profit » par le juge Dickson dans l’arrêt *Moldowan*, qui peut également avoir constitué une application erronée de cette expression employée dans la décision *Dorfman*, l’ERP ne devrait pas être acceptée aveuglément comme étant le critère approprié pour déterminer l’existence d’une « source de revenu ». Cette conclusion est renforcée par le fait que la jurisprudence subséquente couvre toute la gamme des possibilités en ce qui a trait à l’application de la notion d’ERP.

41 It has also been argued that the limited use of the phrase, “reasonable expectation of profit” in the Act, does not support its use as a stand-alone source test. As mentioned above, the phrase first appeared in the Act in the definition of “personal or living expenses”. The current version of that definition, in s. 248(1) (R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)), reads:

On a aussi prétendu que l’utilisation limitée de l’expression « attente raisonnable de profit » ou « espoir raisonnable de tirer un profit » dans la Loi ne justifie pas qu’on l’utilise comme critère indépendant pour déterminer l’existence d’une source. Comme nous l’avons vu, cette expression est apparue pour la première fois, sous la forme de l’expression « expectative raisonnable d’un bénéfice », dans la définition de l’expression « frais personnels et frais de subsistance » contenue dans la Loi. La version actuelle de cette définition, au par. 248(1) (L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.)), se lit ainsi :

“personal or living expenses” includes

« frais personnels ou de subsistance » Sont compris parmi les frais personnels ou de subsistance :

(a) the expenses of properties maintained by any person for the use or benefit of the taxpayer or any person connected with the taxpayer by blood relationship, marriage or common-law partnership or adoption, and not maintained in connection with a business carried on for profit or with a reasonable expectation of profit;

The phrase “personal or living expenses” relates to s. 18(1)(h) of the Act which now reads:

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

. . .

(h) personal or living expenses of the taxpayer, other than travel expenses incurred by the taxpayer while away from home in the course of carrying on the taxpayer’s business;

Silver, *supra*, at p. 6:4, contrasts this limited statutory use of the phrase “reasonable expectation of profit” with its broader judicial application:

In any event, while the definition of “personal or living expenses” in subsection 248(1) is inclusive rather than exhaustive, it is clear that the provision and paragraph 18(1)(h) have limited application. The legislation establishes a “reasonable expectation of profit” test only in connection with expenses incurred in the maintenance of properties and only in connection with expenses from which the taxpayer may derive some use or benefit.

It can be seen, therefore, from an examination of the Act that the statutory provisions that employ a “reasonable expectation of profit” test are specific in nature and would not appear to support a broad application of this test by Revenue Canada and the courts.

Thus, the only way to accept “reasonable expectation of profit” as the test to determine whether a taxpayer has a source of income is to adopt an interpretive rule of law which is independent of the provisions of the Act. As this Court observed in *Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, [2001] 2 S.C.R. 1082, 2001 SCC 62, at para. 53, “this Court has repeatedly stated that in matters of tax law, a court should always be reluctant to engage in judicial innovation and rule making”. Although it is true that the term

a) les dépenses inhérentes aux biens entretenus par toute personne pour l’usage ou l’avantage du contribuable ou de toute personne unie à ce dernier par les liens du sang, du mariage, de l’union de fait ou de l’adoption, et non entretenus dans le but ou avec l’espoir raisonnable de tirer un profit de l’exploitation d’une entreprise;

L’expression « frais personnels ou de subsistance » se rapporte à l’al. 18(1)h) de la Loi, qui se lit désormais ainsi :

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

. . .

h) le montant des frais personnels ou de subsistance du contribuable — à l’exception des frais de déplacement engagés par celui-ci dans le cadre de l’exploitation de son entreprise alors qu’il était absent de chez lui;

Silver, *loc. cit.*, p. 6:4, oppose cette utilisation limitée de l’expression « attente raisonnable de profit » par le législateur à l’application plus large qu’en font les tribunaux :

[TRADUCTION] De toute façon, alors que la définition de « frais personnels ou de subsistance », figurant au par. 248(1), est non limitative plutôt qu’exhaustive, il est clair que cette disposition et l’al. 18(1)h) ont une application limitée. La mesure législative établit un critère de l’« espoir raisonnable de tirer un profit » uniquement à l’égard des dépenses engagées pour l’entretien de propriétés et uniquement à l’égard de dépenses dont le contribuable peut tirer quelque utilisation ou bénéfice.

Il ressort donc d’un examen de la Loi que les dispositions législatives qui emploient le critère de l’« attente raisonnable de profit » sont de nature spécifique et ne semblent pas appuyer une application large de ce critère par Revenue Canada et les tribunaux.

Ainsi, la seule façon d’accepter l’« attente raisonnable de profit » comme critère applicable pour déterminer si un contribuable a une source de revenu consiste à adopter une règle de droit interprétative qui soit indépendante des dispositions de la Loi. Comme notre Cour l’a fait observer dans l’arrêt *Entreprises Ludco Ltée c. Canada*, [2001] 2 R.C.S. 1082, 2001 CSC 62, par. 53, « notre Cour a à maintes reprises affirmé que, dans les affaires de droit fiscal, les tribunaux doivent toujours hésiter à

“source” is undefined in the Act, and courts must frequently determine whether a taxpayer has the requisite source of income, there is a distinction between judicial interpretation and judicial rule-making, and, in our respectful view, several cases have crossed the line between use of REOP as an interpretive aid to assess whether a source of income exists and use of REOP as a stand-alone “source” test. The fact that the REOP test has been applied to both business and property sources, activities with completely different natures, indicates that the test has transcended its use as a mere interpretive tool, and has taken on a life of its own. Indeed, in *Tonn*, *supra*, at para. 25, the *Moldowan* test was described as a “common law formulation respecting the purposes of the Act” which was “ideally suited to situations where a taxpayer is attempting to avoid tax liability by an inappropriate structuring of his or her affairs”.

innover et à établir des règles ». Même s’il est vrai que le mot « source » n’est pas défini dans la Loi et que les tribunaux doivent souvent déterminer si un contribuable a la source de revenu requise, il existe une distinction entre l’interprétation judiciaire et l’établissement de règles par les tribunaux et, à notre avis, plusieurs décisions ont franchi la ligne de démarcation entre l’utilisation de l’ERP comme outil d’interprétation pour déterminer s’il existe une source de revenu, et l’utilisation de l’ERP comme critère indépendant pour déterminer l’existence d’une « source ». Le fait que le critère de l’ERP ait été appliqué autant à des sources constituées d’une entreprise qu’à des sources constituées d’un bien, réalités complètement différentes par nature, indique que le critère a transcendé son utilisation comme simple outil d’interprétation et qu’il a acquis une existence propre. En effet, dans l’arrêt *Tonn*, précité, par. 25, le critère établi dans *Moldowan* a été décrit comme une « formulation jurisprudentielle des objets de la Loi » qui « convient on ne peut mieux aux situations dans lesquelles le contribuable cherche à éviter de payer de l’impôt en structurant ses affaires de façon inappropriée ».

43

As stated by this Court in *Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147, at para. 41, “[t]he law of income tax is sufficiently complicated without unhelpful judicial incursions into the realm of lawmaking.” In our view, the range of uses and interpretations that courts have given to the phrase “reasonable expectation of profit”, and the corresponding uncertainty this has created for the taxpayer, are illustrative of the dangers inherent in this type of judicial exercise. Moreover, even if one were to accept the use of the REOP test as a legitimate source of income standard, there are numerous practical difficulties which arise in its application that suggest to us that the test is ill-suited for this purpose.

Comme l’a affirmé notre Cour dans l’arrêt *Canderel Ltée c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147, par. 41, « [e]n matière d’impôt sur le revenu, le droit est suffisamment compliqué sans que les tribunaux fassent inutilement des incursions dans le domaine de la création des lois. » À notre avis, la gamme des utilisations et des interprétations judiciaires de l’expression « expectative raisonnable de profit » (ou « attente raisonnable de profit ») et l’incertitude correspondante ainsi engendrée chez le contribuable illustrent les risques inhérents à ce type d’exercice judiciaire. De plus, même si l’on devait accepter l’utilisation du critère de l’ERP comme norme légitime de source de revenu, le grand nombre de difficultés pratiques que suscite son application nous indique que le critère n’est pas approprié à cette fin.

44

It has been pointed out that it is unclear what exactly the REOP test refers to by the term “profit”. For example, it is unclear whether the capacity for profit should be determined after taking into account depreciation and, if so, whether capital cost allowance or accounting depreciation should be used: see

On a souligné qu’il est difficile de comprendre ce que signifie exactement le mot « profit » dans le critère de l’ERP. On ne sait pas, par exemple, s’il faut déterminer la capacité de réaliser un profit en tenant compte de l’amortissement et, dans l’affirmative, s’il faut utiliser la déduction pour amortissement

Roopchan v. The Queen, 96 D.T.C. 1338 (T.C.C.), at p. 1341. Even if the basis for calculating profit was clear, it is still uncertain how much expected profit would be required, in what time frame, and whether the amount of expected profit should vary with the risk of the venture: see Fien, *supra*, at pp. 1304-6. For example, a high-risk venture may incur substantial losses which may be disallowed by virtue of a reasonable expectation of profit analysis; however, it is highly unlikely that, where such a venture does pay off, the Minister would abstain from an assessment on the ground that there was no reasonable expectation of profit and therefore no business.

The vagueness of the REOP test encourages a retrospective application which, as pointed out by Bowman J.T.C.C. in *Nichol*, *supra*, at p. 1219, causes uncertainty and unfairness:

[The taxpayer] made what might, in retrospect, be seen as an error in judgment but it was a matter of business judgment and it was not one so patently unreasonable as to entitle this Court or the Minister of National Revenue to substitute its or his judgment for it, or penalize him for having made a judgment call that, with the benefit of 20-20 hindsight, that Monday morning quarterbacks always have, I or the Minister of National Revenue might not make today. . . .

In addition, the way in which a particular venture is capitalized may have significant effects on its profitability. The extent of capitalization, rates of interest, and level at which a venture is capitalized (for example partner financing versus partnership financing, or corporate financing versus shareholder financing) may have significant effects on the bottom line, and it is difficult to see why the characterization of a commercial venture as a source should depend on the extent or method of financing: see Fien, *supra*, at pp. 1306-7.

To summarize, in recent years the *Moldowan* REOP test has become a broad-based tool used by both the Minister and courts in any manner of

ou l'amortissement comptable : voir *Roopchan c. Canada*, [1995] A.C.I. n° 339 (QL), para. 20. Même si la base de calcul du profit était évidente, on ne sait toujours pas au juste combien de profit escompté serait nécessaire, dans quel délai, et si le montant du profit escompté devrait varier selon les risques que comporte l'entreprise : voir Fien, *loc. cit.*, p. 1304-1306. Il se peut, par exemple, qu'une entreprise à risque élevé subisse des pertes importantes dont la déduction pourra être refusée à la suite d'une analyse de l'expectative raisonnable de profit; il est toutefois très improbable que, dans le cas où une telle entreprise devient rentable, le ministre s'abstiendra d'établir une cotisation pour le motif qu'il n'y avait pas d'expectative raisonnable de profit et donc pas d'entreprise.

L'imprécision du critère de l'ERP favorise une application rétrospective qui, comme l'a souligné le juge Bowman dans la décision *Nichol*, précitée, par. 18, cause de l'incertitude et de l'injustice :

[Le contribuable] a fait ce qui peut, rétrospectivement, être considéré comme une erreur de jugement, mais il s'agissait d'une question d'appréciation commerciale et cette appréciation n'était manifestement pas déraisonnable au point d'autoriser cette Cour ou le ministre du Revenu national à y substituer leur propre appréciation ou à pénaliser le contribuable pour avoir pris une décision que moi-même ou le ministre, forts de la clairvoyance qu'un gérant d'estrade possède toujours, ne prendrions peut-être pas aujourd'hui . . .

De plus, la façon dont une entreprise est financée peut avoir une incidence majeure sur sa rentabilité. L'ampleur du financement, les taux d'intérêt et le niveau auquel l'entreprise est financée (par exemple, financement par les associés par opposition au financement par la société, ou financement par l'entreprise par opposition au financement par les actionnaires) pourront avoir une incidence majeure sur le profit net, et il est difficile de voir pourquoi la qualification d'une entreprise commerciale comme étant une source devrait dépendre de l'ampleur ou du mode de financement : voir Fien, *loc. cit.*, p. 1306-1307.

En résumé, au cours des dernières années, le critère de l'ERP établi dans l'arrêt *Moldowan* est devenu un outil d'application générale dont se servent

45

46

47

situation where the view is taken that the taxpayer does not have a reasonable expectation of profiting from the activity in question. From this it is inferred that the taxpayer has no source of income, and thus no basis from which to deduct losses and expenses relating to the activity. The REOP test has been applied independently of provisions of the Act to second-guess *bona fide* commercial decisions of the taxpayer and therefore runs afoul of the principle that courts should avoid judicial rule-making in tax law: see *Ludco, supra*; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; *Canderel, supra*; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622. As well, the REOP test is problematic owing to its vagueness and uncertainty of application; this results in unfair and arbitrary treatment of taxpayers. As a result, “reasonable expectation of profit” should not be accepted as the test to determine whether a taxpayer’s activities constitute a source of income.

(4) “Source of Income”: The Recommended Approach

48 In our view, the determination of whether a taxpayer has a source of income, must be grounded in the words and scheme of the Act.

49 The Act divides a taxpayer’s income into various sources. Under the basic rules for computing income in s. 3, the Act states:

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:

(a) determine the aggregate of amounts each of which is the taxpayer’s income for the year . . . from a source inside or outside Canada, including, without restricting the generality of the foregoing, his income for the year from each office, employment, business and property; [Emphasis added.]

With respect to business and property sources, the basic computation rule is found in s. 9:

le ministre et les tribunaux dans toutes sortes de situations où l’on considère que le contribuable n’a pas un espoir raisonnable de tirer profit de l’activité en cause. L’on en déduit que le contribuable n’a aucune source de revenu et, partant, aucune assiette dont il peut déduire des pertes et des dépenses relatives à l’activité. Le critère de l’ERP a été appliqué indépendamment des dispositions de la Loi pour évaluer après coup des décisions commerciales prises de bonne foi par le contribuable, ce qui constitue une dérogation au principe selon lequel les tribunaux devraient éviter d’établir des règles en matière de droit fiscal : voir *Ludco*, précité; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *Canderel*, précité; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622. Le critère de l’ERP pose également un problème en raison de son imprécision et de l’incertitude qui règne au sujet de son application; il en résulte un traitement inéquitable et arbitraire des contribuables. En conséquence, l’« expectation raisonnée de profit » ne devrait pas être acceptée comme le critère applicable pour déterminer si les activités d’un contribuable constituent une source de revenu.

(4) « Source de revenu » : l’approche recommandée

À notre avis, pour déterminer si un contribuable a une source de revenu, il faut se fonder sur le texte et l’économie de la Loi.

La Loi fait état de diverses sources de revenu du contribuable. Au chapitre des règles fondamentales de calcul du revenu à l’art. 3, la Loi prévoit :

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 :

a) en calculant le total des sommes qui constituent chacune le revenu du contribuable pour l’année [. . .], dont la source se situe à l’intérieur ou à l’extérieur du Canada, y compris, sans restreindre la portée générale de ce qui précède, le revenu tiré de chaque charge, emploi, entreprise et bien; [Nous soulignons.]

En ce qui a trait aux sources de revenu constituées d’une entreprise ou d’un bien, la règle fondamentale de calcul se trouve à l’art. 9 :

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.

(2) Subject to section 31, a taxpayer's loss for a taxation year from a business or property is the amount of his loss, if any, for the taxation year from that source computed by applying the provisions of this Act respecting computation of income from that source *mutatis mutandis*.

It is clear that in order to apply s. 9, the taxpayer must first determine whether he or she has a source of either business or property income. As has been pointed out, a commercial activity which falls short of being a business, may nevertheless be a source of property income. As well, it is clear that some taxpayer endeavours are neither businesses, nor sources of property income, but are mere personal activities. As such, the following two-stage approach with respect to the source question can be employed:

- (i) Is the activity of the taxpayer undertaken in pursuit of profit, or is it a personal endeavour?
- (ii) If it is not a personal endeavour, is the source of the income a business or property?

The first stage of the test assesses the general question of whether or not a source of income exists; the second stage categorizes the source as either business or property.

Equating "source of income" with an activity undertaken "in pursuit of profit" accords with the traditional common law definition of "business", i.e., "anything which occupies the time and attention and labour of a man for the purpose of profit": *Smith, supra*, at p. 258; *Terminal Dock, supra*. As well, business income is generally distinguished from property income on the basis that a business requires an additional level of taxpayer activity: see *Krishna, supra*, at p. 240. As such, it is logical

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.

(2) Sous réserve des dispositions de l'article 31, la perte subie par un contribuable dans une année d'imposition relativement à une entreprise ou à un bien est le montant de sa perte, si perte il y a, subie dans cette année d'imposition relativement à cette entreprise ou à ce bien, calculée en appliquant *mutatis mutandis* les dispositions de la présente loi afférentes au calcul du revenu tiré de cette entreprise ou de ce bien.

Il est manifeste que, pour que l'art. 9 s'applique, le contribuable doit d'abord déterminer s'il a une source de revenu constituée soit d'une entreprise, soit d'un bien. Comme nous l'avons vu, une activité commerciale qui ne constitue pas véritablement une entreprise peut néanmoins être une source de revenu constituée d'un bien. De même, il est clair que certaines démarches de contribuables ne sont ni des entreprises, ni des sources de revenu constituées d'un bien, mais sont uniquement des activités personnelles. On peut recourir à la méthode à deux volets suivante pour trancher la question de l'existence d'une source :

- (i) L'activité du contribuable est-elle exercée en vue de réaliser un profit, ou s'agit-il d'une démarche personnelle?
- (ii) S'il ne s'agit pas d'une démarche personnelle, la source du revenu est-elle une entreprise ou un bien?

Le premier volet du critère vise la question générale de savoir s'il y a ou non une source de revenu; dans le deuxième volet, on qualifie la source d'entreprise ou de bien.

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

50

51

to conclude that an activity undertaken in pursuit of profit, regardless of the level of taxpayer activity, will be either a business or property source of income.

52

The purpose of this first stage of the test is simply to distinguish between commercial and personal activities, and, as discussed above, it has been pointed out that this may well have been the original intention of Dickson J.'s reference to "reasonable expectation of profit" in *Moldowan*. Viewed in this light, the criteria listed by Dickson J. are an attempt to provide an objective list of factors for determining whether the activity in question is of a commercial or personal nature. These factors are what Bowman J.T.C.C. has referred to as "*indicia* of commerciality" or "badges of trade": *Nichol, supra*, at p. 1218. Thus, where the nature of a taxpayer's venture contains elements which suggest that it could be considered a hobby or other personal pursuit, but the venture is undertaken in a sufficiently commercial manner, the venture will be considered a source of income for the purposes of the Act.

53

We emphasize that this "pursuit of profit" source test will only require analysis in situations where there is some personal or hobby element to the activity in question. With respect, in our view, courts have erred in the past in applying the REOP test to activities such as law practices and restaurants where there exists no such personal element: see, for example, *Landry, supra*; *Sirois, supra*; *Engler v. The Queen*, 94 D.T.C. 6280 (F.C.T.D.). Where the nature of an activity is clearly commercial, there is no need to analyze the taxpayer's business decisions. Such endeavours necessarily involve the pursuit of profit. As such, a source of income by definition exists, and there is no need to take the inquiry any further.

entreprise exige un niveau d'activité plus élevé de la part du contribuable : voir Krishna, *op. cit.*, p. 240. Il est donc logique de conclure qu'une activité exercée en vue de réaliser un profit, quel que soit le niveau d'activité du contribuable, sera une source de revenu constituée soit d'une entreprise, soit d'un bien.

Ce premier volet du critère vise simplement à établir une distinction entre les activités commerciales et les activités personnelles et, comme nous l'avons vu, il se peut fort bien que telle ait été à l'origine l'intention du juge Dickson lorsqu'il a mentionné l'« expectative raisonnable de profit » dans l'arrêt *Moldowan*. Vu sous cet angle, les critères énoncés par le juge Dickson représentent une tentative de dresser une liste objective de facteurs permettant de déterminer si l'activité en cause est de nature commerciale ou personnelle. Ces facteurs sont ce que le juge Bowman a qualifié d'« indices de commercialité » ou de « caractéristiques commerciales » : *Nichol*, précité, par. 13. Ainsi, lorsque la nature de l'entreprise du contribuable comporte des aspects indiquant qu'elle pourrait être considérée comme un passe-temps ou une autre activité personnelle, mais que l'entreprise est exploitée d'une manière suffisamment commerciale, cette entreprise sera considérée comme une source de revenu aux fins d'application de la Loi.

Nous soulignons que ce critère de l'existence d'une source « en vue de réaliser un profit » ne doit faire l'objet d'une analyse que dans les situations où l'activité en cause comporte un aspect personnel ou récréatif. En toute déférence, nous estimons que les tribunaux ont commis une erreur, dans le passé, en appliquant le critère de l'ERP à des activités comme l'exercice du droit et la restauration qui ne comportent aucun aspect personnel de cette nature : voir, par exemple, *Landry*, précité; *Sirois*, précité; *Engler c. Canada*, [1994] A.C.F. n° 483 (QL) (1^{re} inst.). Lorsqu'une activité est clairement de nature commerciale, il n'est pas nécessaire d'analyser les décisions commerciales du contribuable. De telles démarches comportent nécessairement la recherche d'un profit. Il existe donc par définition une source de revenu et il n'est pas nécessaire de pousser l'examen plus loin.

It should also be noted that the source of income assessment is not a purely subjective inquiry. Although in order for an activity to be classified as commercial in nature, the taxpayer must have the subjective intention to profit, in addition, as stated in *Moldowan*, this determination should be made by looking at a variety of objective factors. Thus, in expanded form, the first stage of the above test can be restated as follows: “Does the taxpayer intend to carry on an activity for profit and is there evidence to support that intention?” This requires the taxpayer to establish that his or her predominant intention is to make a profit from the activity and that the activity has been carried out in accordance with objective standards of businesslike behaviour.

The objective factors listed by Dickson J. in *Moldowan*, at p. 486, were: (1) the profit and loss experience in past years; (2) the taxpayer’s training; (3) the taxpayer’s intended course of action; and (4) the capability of the venture to show a profit. As we conclude below, it is not necessary for the purposes of this appeal to expand on this list of factors. As such, we decline to do so; however, we would reiterate Dickson J.’s caution that this list is not intended to be exhaustive, and that the factors will differ with the nature and extent of the undertaking. We would also emphasize that although the reasonable expectation of profit is a factor to be considered at this stage, it is not the only factor, nor is it conclusive. The overall assessment to be made is whether or not the taxpayer is carrying on the activity in a commercial manner. However, this assessment should not be used to second-guess the business judgment of the taxpayer. It is the commercial nature of the taxpayer’s activity which must be evaluated, not his or her business acumen.

In addition to restricting the source test to activities which contain a personal element, the activity which the taxpayer claims constitutes a source of income must be distinguished from particular deductions that the taxpayer associates with that

Il y a également lieu de souligner que la détermination de l’existence d’une source de revenu n’est pas un processus purement subjectif. Outre le fait que, pour qu’une activité soit qualifiée de commerciale par nature, le contribuable doit avoir l’intention subjective de réaliser un profit, il faut aussi, tel que mentionné dans l’arrêt *Moldowan*, que cette détermination se fasse en fonction de divers facteurs objectifs. Ainsi, sous une forme plus élaborée, le premier volet du critère susmentionné peut être reformulé ainsi : « Le contribuable a-t-il l’intention d’exercer une activité en vue de réaliser un profit et existe-t-il des éléments de preuve étayant cette intention? » Cela oblige le contribuable à établir que son intention prédominante était de tirer profit de l’activité et que cette activité a été exercée conformément à des normes objectives de comportement d’homme d’affaires sérieux.

Les facteurs objectifs énumérés par le juge Dickson dans *Moldowan*, précité, p. 486, étaient (1) l’état des profits et pertes pour les années antérieures, (2) la formation du contribuable, (3) la voie sur laquelle il entend s’engager, et (4) la capacité de l’entreprise de réaliser un profit. Comme nous le concluons plus loin, il n’est pas nécessaire pour les besoins du présent pourvoi d’ajouter d’autres facteurs à cette liste; nous nous abstenons donc de le faire. Nous tenons cependant à réitérer la mise en garde du juge Dickson selon laquelle cette liste ne se veut pas exhaustive et les facteurs diffèrent selon la nature et l’importance de l’entreprise. Nous tenons également à souligner que, même si l’expectative raisonnable de profit constitue un facteur à prendre en considération à ce stade, elle n’est ni le seul facteur, ni un facteur déterminant. Il faut déterminer globalement si le contribuable exerce l’activité d’une manière commerciale. Cette détermination ne devrait toutefois pas servir à évaluer après coup le sens des affaires du contribuable. C’est la nature commerciale de son activité qui doit être évaluée, et non son sens des affaires.

En plus de restreindre l’application du critère permettant de déterminer l’existence d’une source aux activités comportant un aspect personnel, il faut distinguer l’activité que le contribuable qualifie de source de revenu des déductions particulières qu’il

source. An attempt by the taxpayer to deduct what is essentially a personal expense does not influence the characterization of the source to which that deduction relates. This analytical separation is mandated by the structure of the Act. While, as discussed above, s. 9 is the provision of the Act where the basic distinction is drawn between personal and commercial activity, and then, within the commercial sphere, between business and property sources, the characterization of deductions occurs elsewhere. In particular, s. 18(1)(a) requires that deductions be attributed to a particular business or property source, and s. 18(1)(h) specifically disallows the deduction of personal or living expenses of the taxpayer:

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;

. . . .

(h) personal or living expenses of the taxpayer

associe à cette source. La tentative du contribuable de déduire ce qui est essentiellement une dépense personnelle n'influe pas sur la qualification de la source à laquelle cette déduction se rapporte. Cette distinction analytique est imposée par la structure de la Loi. Si, comme nous l'avons vu, l'art. 9 est la disposition de la Loi où est établie la distinction fondamentale entre l'activité personnelle et l'activité commerciale puis, dans le domaine commercial, entre les sources de revenu constituées d'une entreprise et les sources de revenu constituées d'un bien, la qualification des déductions s'effectue ailleurs. Plus particulièrement, l'al. 18(1)a exige que les déductions soient attribuées à une source particulière de revenu constituée d'une entreprise ou d'un bien, alors que l'al. 18(1)h interdit expressément la déduction des frais personnels ou de subsistance du contribuable :

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 elle a été faite ou engagée par le contribuable en vue de tirer un revenu des biens ou de l'entreprise ou de faire produire un revenu aux biens ou à l'entreprise;

. . . .

h) le montant des frais personnels ou des frais de subsistance du contribuable

57

It is clear from these provisions that the deductibility of expenses presupposes the existence of a source of income, and thus should not be confused with the preliminary source inquiry. If the deductibility of a particular expense is in question, then it is not the existence of a source of income which ought to be questioned, but the relationship between that expense and the source to which it is purported to relate. The fact that an expense is found to be a personal or living expense does not affect the characterization of the source of income to which the taxpayer attempts to allocate the expense, it simply means that the expense cannot be attributed to the source of income in question. As well, if, in the circumstances, the expense is unreasonable in relation to the source of income, then s. 67 of the Act provides a mechanism to reduce or eliminate the

Il ressort clairement de ces dispositions que la déductibilité des dépenses présuppose l'existence d'une source de revenu et, partant, qu'elle ne doit pas être confondue avec l'examen préliminaire portant sur l'existence de cette source. Si la déductibilité d'une dépense particulière est en cause, ce n'est pas l'existence d'une source de revenu qui doit être mise en doute, mais plutôt le lien entre cette dépense et la source à laquelle elle est censée se rapporter. Le fait qu'une dépense soit considérée comme faisant partie des frais personnels ou de subsistance n'influe aucunement sur la qualification de la source de revenu à laquelle le contribuable tente de rattacher la dépense; cela signifie simplement que la dépense ne peut être rattachée à la source de revenu en question. De même, si, dans les circonstances, la dépense est déraisonnable eu

amount of the expense. Again, however, excessive or unreasonable expenses have no bearing on the characterization of a particular activity as a source of income.

In addition to the fact that the deductibility, or otherwise, of an expense is a separate question from the existence of the underlying source of income, it is also true that the profitability of the activity to which the expense relates does not affect the deductibility of the expense. In particular, there have been a number of cases where a taxpayer's large interest expenses have resulted in net losses, which in turn have caused the Minister to conclude that there is no reasonable expectation of profit, and therefore no source of income from which the interest expenses can be deducted. However, as stated above, reasonable expectation of profit is but one factor to consider in determining whether an activity has a sufficient degree of commerciality to be considered a source of income. Once that determination has been made, then the deductibility inquiry is undertaken according to whether the expense in question falls within the words of the relevant deduction provision(s) of the Act. Although it is true that the phrase "personal or living expenses" in s. 18(1)(h) is defined with reference to the phrase "reasonable expectation of profit", as we pointed out above, this definition has a narrow scope. In addition, it has been pointed out that the definition refers to a business carried on "for profit or with a reasonable expectation of profit". However, since, to get to s. 18, it must already have been determined under s. 9 that a business or property source exists, and since a business is defined as an activity undertaken "in pursuit of profit", it is hard to imagine a situation where the phrase "business carried on for profit or with a reasonable expectation of profit" would add any further restrictions to the activity in question: see Owen, *supra*, at p. 1009.

égard à la source de revenu, alors l'art. 67 de la Loi établit un mécanisme permettant d'en réduire ou d'en supprimer le montant. Là encore, toutefois, des dépenses excessives ou déraisonnables n'ont aucune incidence sur la qualification d'une activité comme étant une source de revenu.

Outre le fait que la déductibilité ou la non-déductibilité d'une dépense est une question distincte de celle de l'existence de la source de revenu sous-jacente, il est également vrai que la rentabilité de l'activité à laquelle se rapporte la dépense n'influe pas sur la déductibilité de la dépense. Plus particulièrement, dans un certain nombre d'affaires, les frais d'intérêts élevés du contribuable ont entraîné des pertes nettes, ce qui a amené le ministre à conclure qu'il n'y avait pas d'attente raisonnable de profit et, partant, pas de source de revenu dont les frais d'intérêts pouvaient être déduits. Toutefois, comme nous l'avons vu, l'attente ou l'expectative raisonnable de profit n'est qu'un des facteurs à considérer pour déterminer si une activité est suffisamment commerciale pour être considérée comme une source de revenu. Une fois cette détermination effectuée, on procède à l'examen de la déductibilité pour déterminer si la dépense en cause tombe sous le coup de la disposition ou des dispositions en matière de déduction pertinentes de la Loi. Bien qu'il soit vrai que l'expression « frais personnels ou de subsistance » figurant à l'al. 18(1)h) est définie par rapport à l'expression « espoir raisonnable de tirer un profit », ainsi que nous l'avons fait observer précédemment, cette définition a une portée restreinte. De plus, on a souligné que la définition parle de « but ou [d]'espoir raisonnable de tirer un profit » de l'exploitation d'une entreprise. Toutefois, étant donné que, pour appliquer l'art. 18, il faut préalablement déterminer, en vertu de l'art. 9, qu'il existe une source de revenu constituée d'une entreprise ou d'un bien, et que l'entreprise est définie comme une activité exercée « en vue de réaliser un profit », il est difficile d'imaginer une situation où l'expression « dans le but ou avec l'espoir raisonnable de tirer un profit de l'exploitation d'une entreprise » imposerait d'autres restrictions à l'activité en cause : voir Owen, *loc. cit.*, p. 1009.

59

The comments of Bowman J.T.C.C. in *Allen*, *supra*, at paras. 20 and 22, aptly illustrate the problems which result from intermingling the question of the existence of a source of income with the issue of the deductibility of expenses, in particular, interest expenses, and are worth repeating:

How then does the fact that the acquisition of the limited partnership interests was financed substantially by the borrowing of money through the Equity Notes and Second Equity Notes at what, on the evidence, was a favourable interest rate, turn a viable and profitable business into one that had no reasonable expectation of profit and was, therefore, not a business and not a source of income? . . .

. . .

Whatever else may be said about 99% financing of an investment, it certainly cannot be said that its result is that the vehicle in which the taxpayer has invested did not carry on a business. This is wrong as a matter of logic, law and common sense. The Minister is seeking to limit the deduction of the amount of interest which is permitted by paragraph 20(1)(c) by intoning the ritual incantation [R]EOP, where it is obvious and admitted that the partnership is carrying on a profitable business.

Clearly the existence of financing does not indicate that the underlying activity should not be characterized as a source of income. On the contrary, the fact that an activity has been financed externally is an indication that the taxpayer is operating his or her activity in a businesslike manner. As such, the existence of financing is an element which adds to the commerciality of a venture, and thus operates in favour of characterizing the activity as a source of income.

60

In summary, the issue of whether or not a taxpayer has a source of income is to be determined by looking at the commerciality of the activity in question. Where the activity contains no personal element and is clearly commercial, no further inquiry is necessary. Where the activity could be classified as a personal pursuit, then it must be determined whether or not the activity is being carried on in a sufficiently commercial manner to constitute a source of income. However, to deny the deduction of losses on the simple ground that the losses signify

Les observations du juge Bowman dans la décision *Allen*, précitée, par. 20 et 22, illustrent bien les problèmes qui découlent de la confusion de la question de l'existence d'une source de revenu avec celle de la déductibilité de dépenses et, en particulier, de frais d'intérêts, et il y a lieu de les reprendre ici :

Comment, alors, le fait que l'acquisition des participations dans la société en commandite a été financée en grande partie par un emprunt au moyen de billets et de billets de second rang à ce qui, selon la preuve, était un taux d'intérêt favorable, transforme-t-il une entreprise viable et rentable en une entreprise qui n'est ni une entreprise ni une source de revenu au motif qu'il n'y a aucune attente raisonnable de profit? . . .

. . .

Quoi que l'on puisse dire d'autre sur le financement à 99 p. 100 d'un investissement, on ne peut certainement pas dire que, par voie de conséquence, le véhicule dans lequel le contribuable a investi n'exploitait pas une entreprise. Cela est erroné sur le plan de la logique, du droit et du bon sens. Le ministre cherche à limiter la déduction de l'intérêt permise à l'alinéa 20(1)c) en faisant valoir la sempiternelle absence d'attente raisonnable de profit, alors qu'il est évident et admis que la société exploite une entreprise rentable.

Manifestement, l'existence d'un financement n'indique pas qu'il faut s'abstenir de qualifier de source de revenu l'activité sous-jacente. Au contraire, le fait que le financement d'une activité soit externe est une indication que le contribuable exerce son activité comme le ferait un homme d'affaires sérieux. Ainsi, l'existence d'un financement est un aspect qui ajoute à la commercialité d'une entreprise et qui joue donc en faveur d'une qualification de l'activité comme étant une source de revenu.

En résumé, la question de savoir si le contribuable a ou non une source de revenu doit être tranchée en fonction de la commercialité de l'activité en cause. Lorsque l'activité ne comporte aucun aspect personnel et qu'elle est manifestement commerciale, il n'est pas nécessaire de pousser l'examen plus loin. Lorsque l'activité peut être qualifiée de personnelle, il faut alors déterminer si cette activité est ou non exercée d'une manière suffisamment commerciale pour constituer une source de revenu. Toutefois, refuser la déduction de pertes pour le seul motif que

that no business (or property) source exists is contrary to the words and scheme of the Act. Whether or not a business exists is a separate question from the deductibility of expenses. As suggested by the appellant, to disallow deductions based on a reasonable expectation of profit analysis would amount to a case law stop-loss rule which would be contrary to established principles of interpretation, mentioned above, which are applicable to the Act. As well, unlike many statutory stop-loss rules, once deductions are disallowed under the REOP test, the taxpayer cannot carry forward such losses to apply to future income in the event the activity becomes profitable. As stated by Bowman J.T.C.C. in *Bélec*, *supra*, at p. 123: “It would be . . . unacceptable to permit the Minister [to say] to the taxpayer ‘The fact that you lost money . . . proves that you did not have a reasonable expectation of profit, but as soon as you earn some money, it proves that you now have such an expectation.’”

B. Application of the Source Test to the Case at Bar

As stated above, whether or not a taxpayer has a source of income from a particular activity is determined by considering whether the taxpayer intends to carry on the activity for profit, and whether there is evidence to support that intention. As well, where an activity is clearly commercial and lacks any personal element, there is no need to search further. Such activities are sources of income.

In this case, the appellant was engaged in property rental activities. He owned four rental condominium units from which he earned rental income. The fact that there was no personal element to these properties was never questioned. The units were all rented to arm’s length parties and there was no evidence that the appellant intended to make use of any of the properties for his personal benefit. In our view, a property rental activity which lacks any element of personal use or benefit to the taxpayer

les pertes indiquent l’inexistence d’une entreprise (ou d’un bien) comme source de revenu va à l’encontre du texte et de l’économie de la Loi. La question de savoir s’il existe une entreprise est distincte de celle de la déductibilité des dépenses. Comme l’a laissé entendre l’appelant, refuser des déductions en fonction d’une analyse de l’expectative raisonnable de profit équivaldrait à une règle jurisprudentielle sur la minimisation des pertes, qui serait contraire aux principes d’interprétation établis susmentionnés qui s’appliquent à la Loi. De même, à la différence de nombreuses règles législatives sur la minimisation des pertes, dès que des déductions sont refusées à la suite de l’application du critère de l’ERP, le contribuable ne peut reporter ces pertes sur un revenu futur si jamais l’activité devient rentable. Comme l’a affirmé le juge Bowman, dans la décision *Bélec*, précitée, par. 16 : « Ce serait [. . .] inacceptable de permettre au ministre de [dire] au contribuable : ‘Le fait que tu as perdu de l’argent [. . .] prouve que tu n’avais pas d’espoir raisonnable de profit, mais dès que tu gagnes de l’argent, ça prouve que maintenant, tu en as.’ »

B. Application à la présente affaire du critère permettant de déterminer l’existence d’une source

Comme nous l’avons vu, la question de savoir si l’activité exercée par un contribuable constitue une source de revenu est tranchée en se demandant si le contribuable a l’intention d’exercer cette activité en vue de réaliser un profit et s’il existe des éléments de preuve étayant cette intention. De même, lorsqu’une activité est nettement commerciale et ne comporte aucun aspect personnel, il n’est pas nécessaire d’aller plus loin. De telles activités sont des sources de revenu.

En l’espèce, l’appelant exerçait des activités de location de biens. Il était propriétaire de quatre unités condominiales dont il tirait des revenus de location. Le fait que ces propriétés ne comportaient aucun aspect personnel n’a jamais été mis en doute. Les unités étaient toutes louées à des parties sans lien de dépendance et il n’y avait aucune preuve que l’appelant avait l’intention d’utiliser l’une ou l’autre de ces propriétés à son avantage personnel. À notre avis, une activité de location de bien qui ne

61

62

is clearly a commercial activity. For what purpose would the taxpayer have spent his time and money in this activity if not for profit? As a result, the appellant satisfies the test for source of income. Although this is sufficient to dispose of the appeal, in our view a few additional remarks are warranted.

63 Even if the appellant had made use of one or more of the properties for his personal benefit, the Minister would not be entitled to conclude that no business existed without further analysis. A taxpayer in such circumstances would have the opportunity to establish that his or her predominant intention was to make a profit from the activity and that the activity was carried out in accordance with objective standards of businesslike behaviour. Whether a reasonable expectation of profit existed may be a factor that is taken into consideration in that analysis.

64 The Minister and the courts below made much of the fact that the appellant anticipated a capital gain from the eventual sale of the properties. It was argued that it was this anticipated gain, and not rental profits, which motivated the taxpayer. As well, the Minister argued that an anticipated capital gain should not be included in assessing whether the taxpayer had a reasonable expectation of profit. As such, it was the Minister's submission that the appellant should not have been allowed to deduct his interest payments under s. 20(1)(c)(i) as amounts paid in respect of borrowed money used to produce income from a business or property. The application of the REOP test by the Minister was motivated by the policy concern that Canadian taxpayers should not have to subsidize mortgage payments made in respect of properties where the primary motivation is a long-term capital gain.

65 In response to this argument, it must be remembered that s. 20(1)(c)(i) is not a tax avoidance

comporte aucun élément d'usage ou d'avantage personnel pour le contribuable est nettement une activité commerciale. Pourquoi le contribuable aurait-il consacré temps et argent à cette activité si ce n'est pour réaliser un profit? Par conséquent, l'appelant satisfait au critère d'appréciation de l'existence d'une source de revenu. Même si cela suffit pour trancher le pourvoi, nous estimons que quelques observations additionnelles s'imposent.

Même si l'appelant avait utilisé une seule ou plusieurs des propriétés à son avantage personnel, le ministre ne pourrait pas conclure sans plus à l'inexistence d'une entreprise. Le contribuable qui se trouve dans une telle situation devrait avoir l'occasion d'établir que son intention prédominante était de tirer un profit de l'activité et que celle-ci était exercée conformément à des normes objectives de comportement d'homme d'affaires sérieux. La question de l'existence d'une expectative raisonnable de profit peut être un facteur à prendre en considération dans cette analyse.

Le ministre et les tribunaux d'instance inférieure ont beaucoup insisté sur le fait que l'appelant escomptait réaliser un gain en capital lors de la vente éventuelle des propriétés. L'on a prétendu que c'était ce gain escompté, et non les profits tirés de la location, qui avait motivé le contribuable. Le ministre a en outre prétendu qu'il n'y a pas lieu de prendre en considération un gain en capital escompté lorsqu'il s'agit de déterminer si le contribuable avait une attente raisonnable de profit. Le ministre prétendait ainsi que l'appelant n'aurait pas dû être autorisé à déduire ses paiements d'intérêts en vertu du sous-al. 20(1)(c)(i) à titre de sommes payées pour de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien. Le ministre a justifié l'application du critère de l'ERP en disant que, pour des considérations de politique générale, les contribuables canadiens ne devraient pas être tenus de subventionner les paiements hypothécaires effectués pour des propriétés dont l'acquisition est motivée principalement par la réalisation à long terme d'un gain en capital.

Pour répondre à cet argument, il faut se rappeler que le sous-al. 20(1)(c)(i) n'est pas un mécanisme

mechanism, and it has been established that, in light of the specific anti-avoidance provisions in the Act, courts should not be quick to embellish provisions of the Act in response to tax avoidance concerns: *Ludco, supra*, at para. 39; *Neuman v. M.N.R.*, [1998] 1 S.C.R. 770, at para. 63. In addition, in *Walls v. Canada*, [2002] 2 S.C.R. 684, 2002 SCC 47, the companion to this case, we point out at para. 22 that a tax motivation does not affect the validity of transactions for tax purposes. As such, the appellant's hope of realizing an eventual capital gain, and expectation of deducting interest expenses do not detract from the commercial nature of his rental operation or its characterization as a source of income. Moreover, in *Ludco, supra*, at para. 59, this Court specifically stated that s. 20(1)(c)(i) does not require the taxpayer to earn a net profit in order for interest to be deductible:

The plain meaning of s. 20(1)(c)(i) does not support an interpretation of “income” as the equivalent of “profit” or “net income”. Nowhere in the language of the provision is a quantitative test suggested. Nor is there any support in the text of the Act for an interpretation of “income” that involves a judicial assessment of sufficiency of income. Such an approach would be too subjective and certainty is to be preferred in the area of tax law. Therefore, absent a sham or window dressing or similar vitiating circumstances, courts should not be concerned with the sufficiency of the income expected or received. [Emphasis added.]

Indeed, a clear analogy can be drawn between the facts in *Ludco*, and the facts in the case at bar. In *Ludco*, the taxpayer deducted approximately \$6 million in interest charges on borrowed money used to purchase shares which yielded some \$600,000 in dividends. On disposition of the shares the taxpayer realized a significant capital gain. The Minister disallowed the deduction of interest under s. 20(1)(c) on the basis that the borrowed money was not used for the purpose of earning income from property. This Court held at para. 54 that, in order to come within the scope of s. 20(1)(c)(i), the taxpayer had to show that “considering all the circumstances, the taxpayer had a reasonable expectation of income at the time the investment was made”. The taxpayer satisfied

d'évitement fiscal et qu'il est établi que, compte tenu de l'existence de dispositions anti-évitement particulières dans la Loi, les tribunaux ne devraient pas s'empresse de renforcer les dispositions de la Loi lorsque des inquiétudes sont exprimées concernant l'évitement de l'impôt : *Ludco*, précité, par. 39; *Neuman c. M.R.N.*, [1998] 1 R.C.S. 770, par. 63. En outre, dans l'arrêt connexe *Walls c. Canada*, [2002] 2 R.C.S. 684, 2002 CSC 47, nous soulignons, au par. 22, qu'une motivation d'ordre fiscal n'enlève rien à la validité d'opérations effectuées à des fins fiscales. Ainsi, l'espoir de l'appelant de réaliser éventuellement un gain en capital et la perspective de déduire des frais d'intérêts n'affecte pas la nature commerciale de son entreprise de location ni sa qualification de source de revenu. De plus, dans l'arrêt *Ludco*, précité, par. 59, notre Cour a expressément dit que le sous-al. 20(1)(c)(i) n'oblige pas le contribuable à réaliser un profit net pour que l'intérêt soit déductible :

Le sens ordinaire [du sous-al. 20(1)(c)(i)] n'appuie pas l'interprétation selon laquelle « revenu » équivaut à « profit » ou à « revenu net ». Le texte de la disposition ne propose aucun critère quantitatif. Le texte de la Loi n'appuie pas non plus une interprétation du mot « revenu » qui impliquerait que le tribunal doit se demander si le revenu a un caractère suffisant. Une telle approche serait trop subjective et la certitude doit être privilégiée en droit fiscal. En l'absence d'un trompe-l'œil, d'un artifice ou d'autres circonstances viciant l'opération, les tribunaux ne devraient donc pas se demander si le revenu escompté ou touché a un caractère suffisant. [Nous soulignons.]

En fait, il est possible de faire une analogie claire entre les faits de l'affaire *Ludco* et ceux de la présente affaire. Dans *Ludco*, le contribuable a déduit la somme d'environ 6 000 000 \$ à titre d'intérêts versés sur de l'argent emprunté pour acquérir des actions ayant rapporté approximativement 600 000 \$ en dividendes. Lors de la vente des actions, le contribuable a réalisé un important gain en capital. Le ministre a refusé la déduction d'intérêts en vertu de l'al. 20(1)(c), pour le motif que l'argent emprunté n'avait pas été utilisé en vue de tirer un revenu d'un bien. Notre Cour a conclu, au par. 54, que, pour pouvoir invoquer le sous-al. 20(1)(c)(i), le contribuable devait démontrer que, « [c]ompte tenu de toutes les circonstances, [il] avai[t], au moment de l'investissement, une expectative raisonnable de tirer un

this test, and the Court allowed the interest deduction.

67 Similarly, in this case, the taxpayer's interest payments exceeded his rental income for the years in question. Although the taxpayer only disposed of one of the properties during the relevant time period, the Reemark plan held out the prospect of an eventual capital gain on disposition. As in *Ludco*, the appellant used borrowed money to engage in a *bona fide* investment from which he had a reasonable expectation of income, and thus, he falls within the scope of s. 20(1)(c)(i).

68 With respect to whether or not an anticipated capital gain should be included in assessing whether the taxpayer has a reasonable expectation of profit, we reiterate that the expected profitability of a venture is but one factor to consider in assessing whether the taxpayer's activity evidences a sufficient level of commerciality to be considered either a business or a property source of income. Having said this, in our view, the motivation of capital gains accords with the ordinary business person's understanding of "pursuit of profit", and may be taken into account in determining whether the taxpayer's activity is commercial in nature. Of course the mere acquisition of property in anticipation of an eventual gain does not provide a source of income for the purposes of s. 9; however, an anticipated gain may be a factor in assessing the commerciality of the taxpayer's overall course of conduct.

VII. Conclusion

69 For these reasons, we conclude that the appellant's rental activities constituted a source of income. As a result, we would allow the appeal with costs throughout, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal and refer the assessments for the taxation years in issue back to the Minister for reassessment on the basis that the taxpayer had a source of income from which he was entitled to deduct losses from the rental properties in question.

revenu ». Le contribuable a satisfait à ce critère, et notre Cour a accordé la déduction des intérêts.

De même, en l'espèce, les paiements d'intérêts effectués par le contribuable excédaient son revenu de location pour les années en cause. Même si le contribuable ne s'est départi que d'une seule des propriétés pendant la période pertinente, le plan Reemark prévoyait la réalisation éventuelle d'un gain en capital lors de la vente. À l'instar du contribuable dans *Ludco*, l'appelant a utilisé de l'argent emprunté pour effectuer un placement de bonne foi à l'égard duquel il avait une expectative raisonnable de profit et, partant, il peut invoquer le sous-al. 20(1)(c)(i).

Quant à savoir si le gain en capital escompté devrait ou non servir à déterminer si le contribuable a une expectative raisonnable de profit, nous réitérons que la rentabilité escomptée d'une entreprise n'est qu'un seul des facteurs à prendre en considération pour déterminer si l'activité du contribuable dénote un degré de commercialité suffisant pour qu'elle soit considérée comme une source de revenu constituée d'une entreprise ou d'un bien. Cela dit, à notre avis, la motivation relative aux gains en capital correspond à la compréhension qu'ont normalement les gens d'affaires de la « recherche d'un profit », et elle peut être prise en considération pour déterminer si l'activité du contribuable est de nature commerciale. Naturellement, la simple acquisition d'un bien en vue de réaliser éventuellement un gain n'engendre pas une source de revenu pour l'application de l'art. 9; toutefois, un gain escompté peut être pris en considération pour apprécier la commercialité de la ligne de conduite globale du contribuable.

VII. Conclusion

Pour ces motifs, nous concluons que les activités locatives de l'appelant constituaient une source de revenu. En conséquence, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et de renvoyer les cotisations pour les années d'imposition en cause au ministre pour qu'il établisse de nouvelles cotisations fondées sur le fait que le contribuable avait une source de revenu dont il pouvait déduire les pertes locatives en cause.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: McMillan Binch, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant : McMillan Binch, Toronto.

Procureur de l'intimée : Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.