

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Continental Bank of Canada *Respondent*

INDEXED AS: CONTINENTAL BANK OF CANADA V. CANADA

File No.: 25521.

1998: January 26; 1998: September 3.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major and Bastarache JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income tax — Taxable capital gains — Bank purporting to dispose of partnership interest — Whether gain from disposition of partnership interest capital gain or income gain — Whether Crown's alternative argument that Bank liable for recapture of capital cost allowance should be entertained.

In 1986, Continental Bank of Canada (the "Bank"), which had decided to wind up its affairs, invited offers for the purchase of the shares or assets of its wholly owned subsidiary, Continental Bank Leasing Corp. ("Leasing"). Central Capital Leasing ("Central"), which had concerns about the creditworthiness of several of the leases and certain contingent tax liabilities of Leasing, proposed a transaction whereby Leasing would form a partnership with several Central subsidiaries to carry on the same business as Leasing, transfer its assets other than the excluded leases to the partnership using an election under s. 97(2) of the *Income Tax Act*, a rollover provision, distribute its partnership interest to the Bank at its cost base as part of its winding-up, and then have the Bank sell its interest to Central or its subsidiaries. A master agreement was signed setting out the various steps to be executed by the parties. The partnership was formed on December 24, 1986; all partners, except Leasing, gave representations and warranties that they were and would remain duly registered and qualified to carry on the business of the partnership. On December 27, Leasing and the Bank signed an indenture providing for the transfer of Leasing's partnership interest to the Bank. On December 29, 1986, the Bank sold the interest in the partnership to subsidiaries of Central. Leasing filed its income tax return for 1987 based on these transfers. The Minister of National Revenue reassessed Leas-

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Banque Continentale du Canada *Intimée*

RÉPERTORIÉ: BANQUE CONTINENTALE DU CANADA c. CANADA

Nº du greffe: 25521.

1998: 26 janvier; 1998: 3 septembre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major et Bastarache.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Gains en capital imposables — Banque prétendant avoir disposé de sa participation dans une société en nom collectif — Le gain tiré de cette disposition était-il un gain en capital ou un gain imposable en tant que revenu d'exploitation? — L'argument subsidiaire de la Couronne que la Banque est imposable à l'égard de la récupération de la déduction pour amortissement doit-il être retenu?

En 1986, après avoir décidé de liquider ses activités, la Banque Continentale du Canada (la «Banque») a sollicité des offres d'achat à l'égard des éléments d'actif ou des actions de sa filiale en propriété exclusive, Continental Bank Leasing Corp. («Leasing»). Central Capital Leasing («Central»), qui avait des inquiétudes au sujet de la solvabilité de plusieurs locataires et de certaines obligations fiscales éventuelles de Leasing, a proposé une opération par laquelle Leasing formerait, avec certaines filiales de Central, une société en nom collectif qui exercerait les mêmes activités que Leasing, transférerait ses éléments d'actif à cette société — à l'exception des baux exclus — en effectuant le choix prévu au par. 97(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, disposition permettant de faire un transfert libre d'impôt, attribuerait sa participation dans la société à la Banque au prix de base dans le cadre de sa liquidation, puis ferait en sorte que la Banque vende sa participation à Central ou à ses filiales. Les parties ont signé un accord principal faisant état des différentes démarches qu'elles devaient effectuer. La société en nom collectif a été formée le 24 décembre 1986; dans le contrat de société, des déclarations et des garanties émanant de tous les associés, sauf Leasing, précisaient qu'ils étaient et demeurerait dûment inscrits et compétents pour exploiter l'entreprise de la société. Le 27 décembre, Leasing et la Banque ont signé un contrat transférant à la Banque la participation

ing on the basis that the partnership transaction was invalid and that the true nature of the transaction was a disposition by Leasing of its leasing assets to Central, making the s. 97(2) election invalid and giving rise to recaptured capital cost allowance in the hands of Leasing. As an alternative to the reassessment of Leasing, the Minister assessed the Bank on the basis that it realized an income gain as opposed to a capital gain from the disposition of the partnership interest it had acquired from Leasing. The Tax Court of Canada concluded that the Bank properly reported the proceeds from the sale of the partnership interest as a capital gain and was not required to include those proceeds on its income account. That decision was affirmed by the Federal Court of Appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: Assuming that the Bank transferred its partnership interest, the transfer should be construed as a capital transaction and not an adventure in the nature of trade. None of the circumstances indicate that the Bank's acquisition and subsequent disposition of Leasing's partnership interest was a speculative trading venture. The Minister's argument that the Bank sold depreciable leasing assets or was otherwise liable for recapture of capital cost allowance pursuant to s. 88(1) of the *Income Tax Act*, raised for the first time in this Court, cannot be entertained. The Minister should not be allowed to advance a new basis for a reassessment after the limitation period has expired.

Per L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ.: Because it was found in *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada* that the reassessment of Leasing should be maintained because Leasing did not roll its assets into a valid partnership pursuant to s. 97(2) of the *Income Tax Act*, the assessment on the Bank's disposition of the "partnership interest" does not arise. Given the finding

de Leasing dans la société. Le 29 décembre 1986, la Banque a vendu sa participation dans la société à des filiales de Central. Leasing a établi sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition 1987 sur la base de ces transferts. Le ministre du Revenu national a établi un avis de nouvelle cotisation à l'égard de Leasing sur le fondement que l'opération créant la société en nom collectif était invalide et qu'il s'agissait en réalité d'une disposition, par Leasing, de ses éléments d'actif de crédit-bail en faveur de Central, de sorte que le choix fait en application du par. 97(2) était invalide et qu'il y avait lieu de récupérer la déduction pour amortissement dans les mains de Leasing. En tant que mesure subsidiaire par rapport à la nouvelle cotisation établie à l'égard de Leasing, le ministre a transmis à la Banque un avis de cotisation fondé sur le fait que cette dernière aurait réalisé un gain imposable au titre des revenus d'exploitation plutôt qu'un gain en capital lorsqu'elle a disposé de la participation dans la société en nom collectif qu'elle avait acquise de Leasing. La Cour canadienne de l'impôt a conclu que la Banque avait à bon droit déclaré le produit de la vente de sa participation dans la société comme un gain en capital et qu'elle n'avait pas à l'inclure au titre des revenus d'exploitation. Cette décision a été confirmée par la Cour d'appel fédérale.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: À supposer que la Banque ait transféré sa participation dans la société en nom collectif, le transfert devrait être considéré comme une opération en capital et non comme une opération commerciale. Rien dans les faits n'indique que l'acquisition et la disposition subséquente par la Banque de la participation de Leasing dans la société en nom collectif constituaient une opération commerciale spéculative. Ne peut être retenu l'argument du ministre — soulevé pour la première fois devant la Cour — que la Banque a vendu des éléments d'actif de crédit-bail amortissables ou encore que celle-ci était par ailleurs imposable à l'égard de la récupération de la déduction pour amortissement en application du par. 88(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le ministre ne saurait être autorisé à avancer un nouveau fondement pour justifier une nouvelle cotisation après l'expiration du délai prévu à cette fin.

Les juges L'Heureux-Dubé et Bastarache: Étant donné que, dans *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, il a été conclu que la nouvelle cotisation établie à l'égard de Leasing doit être confirmée parce que cette dernière n'a pas effectué un transfert libre d'impôt de ses éléments d'actif en faveur d'une société valide aux termes du par. 97(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il

that it was Leasing and not the Bank that sold the assets to Central, it is not necessary to determine whether the Bank would be liable for the recapture of capital cost allowance on the basis that it acquired the leasing assets as properties distributed to it under s. 88(1) of the *Income Tax Act*. Furthermore, the Minister may not now advance this new basis for reassessment since the limitation period has expired.

Cases Cited

By McLachlin J.

Referred to: *Hudgell Yeates & Co. v. Watson*, [1978] 2 All E.R. 363.

By Bastarache J.

Referred to: *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298; *The Queen v. McLeod*, 90 D.T.C. 6281; *British Columbia Telephone Co. v. Minister of National Revenue* (1994), 167 N.R. 112; *Minister of National Revenue v. Riendeau* (1991), 132 N.R. 157.

Statutes and Regulations Cited

Bank Act, R.S.C., 1985, c. B-1, s. 174.

Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148 [am. 1970-71-72, c. 63], ss. 9 [am. 1986, c. 6, s. 4], 13(1) [rep. & sub. 1980-81-82-83, c. 48, s. 5], 88(1) [am. 1974-75-76, c. 26, s. 52; am. 1980-81-82-83, c. 48, s. 48], 97(2), 152(3.1) [ad. 1990, c. 39, s. 38], (4) [rep. & sub. *idem*].

Partnerships Act, R.S.O. 1980, c. 370, s. 34.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1996), 199 N.R. 100, 96 D.T.C. 6355, [1996] F.C.J. No. 765 (QL), dismissing the Crown's appeal from a decision of the Tax Court of Canada, [1995] 1 C.T.C. 2135, 94 D.T.C. 1858, [1994] T.C.J. No. 585 (QL), finding that the gain realized by the Bank on the disposition of a partnership interest was a capital gain. Appeal dismissed.

n'est pas nécessaire de statuer sur la cotisation établie à l'égard de la disposition, par la Banque, de sa «participation dans la société». Vu la conclusion selon laquelle c'est Leasing, et non la Banque, qui a vendu les éléments d'actif à Central, il n'est pas nécessaire de décider si la Banque est imposable à l'égard de la récupération de la déduction pour amortissement parce qu'elle a acquis les éléments d'actif de crédit-bail en tant que biens lui étant attribués en vertu du par. 88(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En outre, le ministre n'est pas autorisé à invoquer ce nouveau fondement pour justifier une nouvelle cotisation après l'expiration du délai prévu à cette fin.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêt mentionné: *Hudgell Yeates & Co. c. Watson*, [1978] 2 All E.R. 363.

Citée par le juge Bastarache

Arrêts mentionnés: *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298; *La Reine c. McLeod*, 90 D.T.C. 6281; *British Columbia Telephone Co. c. Ministre du Revenu national* (1994), 167 N.R. 112; *Ministre du Revenu national c. Riendeau* (1991), 132 N.R. 157.

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148 [mod. 1970-71-72, ch. 63], art. 9 [mod. 1986, ch. 6, art. 4], 13(1) [abr. & rempl. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 5], 88(1) [mod. 1974-75-76, ch. 26, art. 52; mod. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 48], 97(2), 152(3.1) [aj. 1990, ch. 39, art. 38], (4) [abr. & rempl. *idem*].

Loi sur les banques, L.R.C. (1985), ch. B-1, art. 174.

Partnerships Act, R.S.O. 1980, ch. 370, art. 34.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1996), 199 N.R. 100, 96 D.T.C. 6355, [1996] A.C.F. n° 765 (QL), qui a rejeté l'appel formé par la Couronne contre une décision de la Cour canadienne de l'impôt, [1995] 1 C.T.C. 2135, 94 D.T.C. 1858, [1994] A.C.I. n° 585 (QL), qui a conclu que le gain réalisé par la Banque par suite de la disposition de sa participation dans une société en nom collectif était un gain en capital. Pourvoi rejeté.

S. Patricia Lee and Larry R. Olsson, Q.C., for the appellant.

S. Patricia Lee et Larry R. Olsson, c.r., pour l'appelante.

Kent E. Thomson and H. Lorne Morphy, for the respondent.

Kent E. Thomson et H. Lorne Morphy, pour l'intimée.

The reasons of L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ. were delivered by

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et Bastarache rendus par

BASTARACHE J. — In light of my disposition of the appeal in *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298, released concurrently (“*Leasing Appeal*”), the issues in this appeal no longer arise. I will, however, comment on the validity of the Minister’s approach to the reassessment of Continental Bank of Canada (the “Bank”).

LE JUGE BASTARACHE — Compte tenu de ma décision dans l’affaire *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298, motifs déposés en même temps que les présents motifs, («*affaire Leasing*»), les questions soulevées par le présent pourvoi ne se posent plus. Je vais cependant commenter la validité de la méthode retenue par le ministre pour établir la nouvelle cotisation à l’égard de la Banque Continentale du Canada (la «Banque»).

1

Factual Background

Les faits

This case arises out of the facts as summarized in the *Leasing Appeal*. In addition to the facts set out in that appeal, the following additional facts are relevant. On October 12, 1989, as an alternative to the reassessment of Continental Bank Leasing Corporation (“Leasing”), the Minister assessed the Bank on the basis that the gain realized on the disposition of its alleged partnership interest was not a capital gain as the Bank had reported, but an income gain which is fully taxable. On this basis, the sum of \$83,052,657 was included in the computation of the Bank’s income from business under s. 9(1) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, as amended (the “Act”).

Le présent pourvoi découle des faits résumés dans l’affaire *Leasing*. Outre les faits exposés dans cette affaire, les faits suivants sont également pertinents. Le 12 octobre 1989, subsidiairement à l’établissement de la nouvelle cotisation à l’égard de Continental Bank Leasing Corporation («*Leasing*»), le ministre a transmis un avis de cotisation à la Banque sur le fondement que le bénéfice réalisé par celle-ci lors de la disposition de sa prétendue participation dans une société en nom collectif — ou société de personnes — n’était pas un gain en capital, contrairement à ce que la Banque avait déclaré, mais plutôt un gain à inscrire au titre des revenus d’exploitation et donc imposable en entier. Sur ce fondement, la somme de 83 052 657 \$ a été incluse dans le calcul du revenu de la Banque tiré d’une entreprise en vertu du par. 9(1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, et ses modifications (la «Loi»).

2

Relevant Statutory Provisions

Les dispositions législatives pertinentes

The relevant statutory provisions are as follows:

Les dispositions législatives pertinentes sont les suivantes:

3

Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, as amended

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*.

(3) In this Act, "income from a property" does not include any capital gain from the disposition of that property and "loss from a property" does not include any capital loss from the disposition of that property.

13. (1) Where, at the end of a taxation year, the aggregate of all amounts determined under subparagraphs (21)(f)(iii) to (viii) in respect of depreciable property of a particular prescribed class of a taxpayer exceeds the aggregate of all amounts determined under subparagraphs (21)(f)(i) to (ii.1) in respect of depreciable property of that class of the taxpayer, the excess shall be included in computing the income of the taxpayer for that taxation year.

88. (1) Where a taxable Canadian corporation (in this subsection referred to as the "subsidiary") has been wound up after May 6, 1974 and not less than 90% of the issued shares of each class of the capital stock of the subsidiary were, immediately before the winding-up, owned by another taxable Canadian corporation (in this subsection referred to as the "parent") and all of the shares of the subsidiary that were not owned by the parent immediately before the winding-up were owned at that time by persons with whom the parent was dealing at arm's length, notwithstanding any other provision of this Act, the following rules apply:

(a) . . . each property of the subsidiary that was distributed to the parent on the winding-up shall be deemed to have been disposed of by the subsidiary for proceeds equal to,

. . . .

Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148, et ses modifications

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.

(3) Dans la présente loi, le revenu tiré d'un bien exclut tout gain en capital réalisé à la disposition de ce bien et la perte résultant d'un bien exclut toute perte en capital résultant de la disposition de ce bien.

13. (1) Lorsque à la fin d'une année d'imposition le total des sommes déterminées conformément aux sous-alinéas (21)f(iii) à (viii) en ce qui concerne des biens amortissables d'une catégorie prescrite appartenant à un contribuable est supérieur au total des sommes déterminées conformément aux sous-alinéas (21)f(i) à (ii.1) en ce qui concerne des biens amortissables de cette catégorie appartenant au contribuable, le contribuable doit inclure l'excédent dans le calcul de son revenu de ladite année d'imposition.

88. (1) Lorsqu'une corporation canadienne imposable (appelée dans le présent paragraphe la «filiale») a été liquidée après le 6 mai 1974 et qu'au moins 90% des actions émises de chaque catégorie de son capital-actions appartenaient, immédiatement avant la liquidation, à une autre corporation canadienne imposable (appelée dans le présent paragraphe la «corporation mère») et que toutes les actions de la filiale qui n'appartenaient pas à la corporation mère immédiatement avant la liquidation appartenaient à cette date à des personnes avec lesquelles la corporation mère n'avait pas de lien de dépendance, les règles suivantes s'appliquent nonobstant toutes autres dispositions de la présente loi,

(a) . . . tout bien de la filiale attribué à la corporation mère lors de la liquidation est réputé avoir fait l'objet d'une disposition par la filiale pour un produit égal,

. . . .

(iii) in the case of any other property, the cost amount to the subsidiary of the property immediately before the winding-up;

. . .

(f) where property that was depreciable property of a prescribed class of the subsidiary has been distributed to the parent on the winding-up and the capital cost to the subsidiary of the property exceeds the amount deemed by paragraph (a) to be the subsidiary's proceeds of disposition thereof, for the purposes of sections 13 and 20 and any regulations made under paragraph 20(1)(a),

(i) notwithstanding paragraph (c) the capital cost to the parent of the property shall be deemed to be the amount that was the capital cost thereof to the subsidiary, and

(ii) the excess shall be deemed to have been allowed to the parent in respect of the property under regulations made under paragraph 20(1)(a) in computing income for taxation years before the acquisition by the parent of the property.

(iii) au coût indiqué du bien, pour la filiale, immédiatement avant la liquidation, dans le cas de tout autre bien;

. . .

f) lorsqu'un bien, qui était un bien amortissable d'une catégorie prescrite de la filiale, a été attribué à la corporation mère lors de la liquidation, et que le coût en capital du bien, pour la filiale, dépasse le montant réputé être, en vertu de l'alinéa a), le produit que la filiale a tiré de la disposition de ce bien, aux fins des articles 13 et 20 et de tous règlements établis en vertu de l'alinéa 20(1)a),

(i) nonobstant l'alinéa c), le coût en capital de ce bien, pour la corporation mère, est réputé être le coût en capital de ce bien, pour la filiale, et

(ii) la corporation mère est réputée avoir été autorisée à déduire l'excédent relatif à ce bien, en vertu des règlements établis en vertu de l'alinéa 20(1)a), lors du calcul du revenu pour les années d'imposition antérieures à l'acquisition du bien par la corporation mère.

Judicial History

Tax Court of Canada, [1995] 1 C.T.C. 2135

In determining the Bank's appeal from Revenue Canada's reassessment, Bowman J.T.C.C. held that there was no basis upon which the Bank's gain realized on the disposition of its partnership interest to subsidiaries of Central should be taxed as income. After considering the evidence, he concluded that the partnership interest was a capital asset in the hands of Leasing and preserved that quality when it was transferred to the Bank on the winding-up of Leasing.

Bowman J.T.C.C. rejected the argument that during the period in which title to the partnership interest was held by the Bank, it ceased to be a capital asset and became trading stock. He noted that the circumstances in which the Bank acquired and then disposed of its partnership interest did not have the indicia of a speculative trading venture. Bowman J.T.C.C. concluded that the Bank prop-

L'historique des procédures

Cour canadienne de l'impôt, [1995] 1 C.T.C. 2135

Dans sa décision sur l'appel formé par la Banque contre la nouvelle cotisation établie par Revenu Canada, le juge Bowman de la Cour canadienne de l'impôt a conclu à l'absence de fondement justifiant d'imposer, en tant que revenu d'exploitation, le bénéfice réalisé par la Banque lors de la disposition de sa participation dans une société en nom collectif en faveur des filiales de Central. Après avoir examiné la preuve, il a conclu que cette participation constituait une immobilisation entre les mains de Leasing et qu'elle avait conservé ce caractère après son transfert à la Banque au moment de la liquidation de Leasing.

Le juge Bowman a rejeté l'argument selon lequel, pendant la période au cours de laquelle la Banque avait détenu le titre relatif à la participation dans la société en nom collectif, celle-ci avait cessé de constituer une immobilisation et était devenue un titre spéculatif. Il a souligné que les circonstances dans lesquelles la Banque avait acquis puis disposé de sa participation dans la

4

5

erly reported the proceeds from the sale of the partnership interest as a capital gain and was not required to include those proceeds on its income account.

Federal Court of Appeal (1996), 199 N.R. 100

6

Linden J.A. for the court dismissed the Crown's appeal and upheld Bowman J.T.C.C.'s decision with respect to the Bank. He noted that a court must consider the context in which transactions are performed when determining if an asset trade was an adventure in the nature of trade or a capital asset transaction. He held that a court should consider the intention of the parties, the nature and quantity of the asset purportedly traded, the isolation and uniqueness of the transaction and the similarity with ordinary trades. For the purposes of this judgment, Linden J.A. assumed that the Bank had sold a partnership interest. He noted that the sale had been part of a composite transaction designed to wind up Leasing and that at all times the Bank intended to realize a capital asset. He held that the context of the sale disclosed that the transaction had been capital in nature and not a speculative endeavour designed to make a profit. Therefore, he concluded, the sale had not been an adventure in the nature of trade and was taxable as a disposition of a capital asset subject to capital gains.

Issues

7

Because I have found in the *Leasing* Appeal that the reassessment of Leasing should be maintained because Leasing did not roll its assets into a valid partnership pursuant to s. 97(2) of the Act, the assessment on the Bank's disposition of the "partnership interest" does not arise. The appellant, however, set out an alternative argument for the

société ne comportaient pas les caractéristiques d'une opération spéculative. Le juge Bowman a conclu que la Banque avait à bon droit déclaré le produit de la vente de sa participation dans la société comme un gain en capital et qu'elle n'avait pas à l'inclure au titre des revenus d'exploitation.

Cour d'appel fédérale (1996), 199 N.R. 100

Le juge Linden, au nom de la cour, a rejeté l'appel formé par la Couronne et a confirmé la décision rendue à l'égard de la Banque par le juge Bowman de la Cour canadienne de l'impôt. Il a souligné que les tribunaux doivent prendre en considération le contexte dans lequel s'effectuent les opérations pour déterminer si une opération visant un bien constitue une opération commerciale ou une opération sur une immobilisation. Il a conclu que les tribunaux doivent tenir compte de l'intention des parties, de la nature et de la quantité du bien censé avoir fait l'objet de l'opération, de la question de savoir si l'opération s'apparente aux activités ordinaires de l'entreprise ou si elle a un caractère isolé et singulier par rapport à celles-ci. Pour les fins de sa décision, le juge Linden a supposé que la Banque avait vendu une participation dans une société en nom collectif. Il a indiqué que la vente était un élément d'une opération composite visant à liquider Leasing et que, tout au long de la période considérée, la Banque avait eu l'intention de réaliser l'actif immobilisé. Il a conclu que le contexte de la vente révélait qu'il s'agissait d'une opération en capital et non d'une opération spéculative faite dans le but de réaliser un bénéfice. Par conséquent, a-t-il conclu, la vente ne constituait pas une opération commerciale et son produit, réalisé par suite de la disposition d'une immobilisation, était imposable à titre de gain en capital.

Les questions en litige

Étant donné que, dans l'affaire *Leasing*, j'ai conclu que la nouvelle cotisation établie à l'égard de Leasing doit être confirmée parce que cette dernière n'a pas effectué un transfert libre d'impôt de ses éléments d'actif en faveur d'une société valide aux termes du par. 97(2) de la Loi, je n'ai pas à statuer sur la cotisation établie à l'égard de la dis-

first time in this appeal that should be addressed. The appellant argued that if the Court held in the *Leasing* Appeal that it was the Bank and not Leasing that acted as the vendor when the assets were sold to Central Capital Corporation (“Central”), the reassessment of the Bank in this appeal should be restored on the basis that having acquired the leasing assets as properties distributed to it under s. 88(1) of the Act, the Bank is taxable on the recapture of capital cost allowance under s. 13(1) of the Act in the amount of \$83,052,657. The issue that arises out of this argument is whether the Crown is permitted to substitute its original reassessment of the Bank for an assessment on a different basis that amounts to the same amount of income.

Analysis

Given the finding in the *Leasing* Appeal that it was Leasing and not the Bank that sold the assets to Central, it is not necessary to determine whether the Bank would be liable for the recapture of capital cost allowance on the basis that it acquired the leasing assets as properties distributed to it under s. 88(1) of the Act. However, even if it was found that the Bank was the vendor of those assets and liable for the recapture, the appellant could not succeed in upholding its reassessment of the Bank in this appeal.

The only basis given in the Notice of Reassessment that Revenue Canada issued to the Bank for the 1987 taxation year was that the amount in question was alleged to constitute a “trading gain on sale of Central Capital Leasing’s partnership interest”. Revenue Canada did not reassess the Bank on any other basis including that the Bank sold depreciable leasing assets or was otherwise liable for recapture of capital cost allowance pur-

position par la Banque de sa «participation dans la société». Cependant, dans le présent pourvoi, l’appelante a avancé pour la première fois un autre argument qui doit être examiné. Elle a plaidé que, si la Cour statue, dans l’affaire *Leasing*, que c’est la Banque et non Leasing qui a agi à titre de vendeur lors de la vente des éléments d’actif à Central Capital Corporation («Central»), la nouvelle cotisation établie à l’égard de la Banque et visée dans le présent pourvoi devrait être rétablie au motif que, comme la Banque a acquis les éléments d’actifs de crédit-bail à titre de biens lui étant attribués en vertu du par. 88(1) de la Loi, la déduction pour amortissement de 83 052 657 \$ récupérée par la Banque est imposable en vertu du par. 13(1) de la Loi. Cet argument soulève la question de savoir s’il est permis à la Couronne de substituer la nouvelle cotisation initialement établie à l’égard de la Banque à une cotisation établie sur une base différente mais aboutissant au même revenu.

L’analyse

Vu la conclusion tirée dans l’affaire *Leasing* selon laquelle c’est Leasing, et non la Banque, qui a vendu les éléments d’actif à Central, il n’est pas nécessaire de décider si la Banque est imposable à l’égard de la récupération de la déduction pour amortissement parce qu’elle a acquis les éléments d’actif de crédit-bail en tant que biens lui étant attribués en vertu du par. 88(1) de la Loi. Cependant, même s’il était jugé que la Banque était le vendeur de ces éléments d’actifs et imposable à l’égard de la récupération, l’appelante ne pourrait pas avoir gain de cause dans le présent pourvoi quant au maintien de la nouvelle cotisation qu’elle a établie à l’égard de la Banque.

La seule explication fournie par Revenu Canada dans l’avis de nouvelle cotisation envoyé à la Banque pour l’année d’imposition 1987 était que le montant en question était, affirmait-on, un [TRA-
DUCTION] «gain spéculatif réalisé sur la vente de la participation dans la société Central Capital Leasing». Revenu Canada n’a pas fondé la nouvelle cotisation sur quelque autre base ni sur le fait que la Banque avait vendu des éléments d’actifs de crédit-bail amortissables ou que celle-ci était par ailleurs imposable à l’égard de la récupération de la

8

9

suant to s. 88(1) of the Act, as the appellant now alleges for the first time in this Court.

déduction pour amortissement conformément au par. 88(1) de la Loi, comme l'affirme pour la première fois l'appelante devant notre Cour.

¹⁰ The applicable limitation period under the Act for assessing a taxpayer is four years from the date of issuance of Revenue Canada's Notice of Reassessment (ss. 152(3.1) and 152(4) of the Act). As a result, the latest that the Minister could have reassessed the Bank for the recapture of cost allowance was October 12, 1993. The Crown is not permitted to advance a new basis for reassessment after the limitation period has expired. The proper approach was expressed in *The Queen v. McLeod*, 90 D.T.C. 6281 (F.C.T.D.), at p. 6286. In that case, the court rejected the Crown's motion for leave to amend its pleadings to include a new statutory basis for Revenue Canada's assessment. The court refused leave on the basis that the Crown's attempt to plead a new section of the Act was, in effect, an attempt to change the basis of the assessment appealed from, and "tantamount to allowing the Minister to appeal his own assessment, a notion which has specifically been rejected by the courts". Similarly, the Federal Court of Appeal has described such attempts by the Crown as "a belated attempt to put the appellant's case on a new footing" (*British Columbia Telephone Co. v. Minister of National Revenue* (1994), 167 N.R. 112, at p. 116).

Le délai prévu par la Loi pour établir une cotisation à l'égard d'un contribuable est de quatre ans à compter de la délivrance par Revenu Canada d'un avis de nouvelle cotisation (par. 152(3.1) et 152(4) de la Loi). Par conséquent, le ministre avait jusqu'au 12 octobre 1993 pour envoyer à la Banque une nouvelle cotisation à l'égard de la récupération de la déduction pour amortissement. La Couronne n'est pas autorisée à invoquer un nouveau fondement pour justifier une nouvelle cotisation après l'expiration du délai prévu à cette fin. La bonne façon d'aborder cette question a été énoncée dans la décision *La Reine c. McLeod*, 90 D.T.C. 6281 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 6286. Dans cette affaire, la cour a rejeté la requête de la Couronne, qui sollicitait l'autorisation de modifier ses actes de procédure pour fonder sur une nouvelle base dans la Loi la cotisation établie par Revenu Canada. La cour a refusé l'autorisation pour le motif que le désir de la Couronne d'invoquer un nouvel article de la Loi était, en fait, une tentative en vue de changer le fondement de la cotisation faisant l'objet de l'appel, ce qui «reviendrait à permettre au ministre d'en appeler de sa propre cotisation, notion qui a été expressément rejetée par les tribunaux». De même, la Cour d'appel fédérale a qualifié de telles tentatives de la part de la Couronne de «tentative[s] tardive[s] de donner un nouveau fondement à la cause de l'appelante» (*British Columbia Telephone Co. c. Ministre du Revenu national* (1994), 167 N.R. 112, à la p. 116).

¹¹ It was open to the appellant to assess the respondent on the basis that it was liable for the recapture of cost allowance when it issued its Notice of Reassessment on October 12, 1989 or anytime prior to the expiration of the limitation period for reassessment. The appellant did not choose to do so and cannot now be permitted to change its assessment eleven years later. The appellant argued that the liability of the respondent for the assessment pursuant to s. 13(1) is an alternative reason for its previous assessment, not a new assessment or reassessment. According to the

L'appelante aurait pu — soit lorsqu'elle a délivré à l'intimée l'avis de nouvelle cotisation le 12 octobre 1989, soit à tout autre moment avant l'expiration du délai dont elle disposait pour établir une nouvelle cotisation — établir une cotisation sur la base que l'intimée était imposable à l'égard de la récupération de la déduction pour amortissement. L'appelante a toutefois choisi de ne pas le faire et elle ne peut être autorisée, onze ans plus tard, à modifier la cotisation. L'appelante a soutenu que l'obligation de l'intimée à l'égard de la cotisation fondée sur le par. 13(1) est un motif sub-

appellant, because the liability for recapture under s. 13(1) would arise solely as a consequence of a finding that Leasing, in the *Leasing Appeal*, was not the vendor of the assets in the sale to Central, a reassessment on this basis is merely a legal conclusion flowing from the proper application of the statute.

To accept this characterization by the appellant would, in effect, create a situation where the Crown is permitted to raise new arguments simply because other arguments failed in the courts below. Unlike the Minister in *Minister of National Revenue v. Riendeau* (1991), 132 N.R. 157 (F.C.A.), the Minister in the present case has never sought to amend, correct or reissue the reassessment of the Bank to include a claim for recapture under s. 88(1)(f) of the Act. Moreover, the appellant's characterization of the argument as an alternative one ignores the fact that Leasing and the Bank are two separate taxpayers. What the Minister is seeking to do is to substitute an assessment of one taxpayer for the assessment of another taxpayer because the first assessment did not succeed.

Taxpayers must know the basis upon which they are being assessed so that they may advance the proper evidence to challenge that assessment. Here, it is not clear that there is the proper factual basis to support a reassessment on the basis proposed by the appellant. For example, the value of the goodwill associated with the Bank's leasing business, which was transferred to Central in December 1986, could bear on the appellant's new claim for recapture by the Bank. It is not possible to measure the extent to which the Bank might otherwise be liable for recapture, or the Bank's income for tax purposes, without being able to properly allocate the purchase price paid by Central between goodwill and leasing assets. Because the Bank was not assessed on the recapture, the

sidiaire justifiant la cotisation précédente, et non une nouvelle cotisation. Selon l'appelante, puisque l'obligation relative à la récupération fondée sur le par. 13(1) ne peut être imposée que s'il est jugé, dans l'affaire *Leasing*, que Leasing n'était pas le vendeur des éléments d'actif vendus à Central, l'établissement d'une nouvelle cotisation sur cette base est simplement une conclusion de droit découlant de l'application correcte de la Loi.

Accepter cette qualification faite par l'appelante aboutirait, dans les faits, à une situation où la Couronne serait autorisée à avancer de nouveaux arguments simplement parce que ceux qu'elle a présentés aux juridictions inférieures n'ont pas été retenus. Contrairement à ce qu'avait fait le ministre dans l'affaire *Ministre du Revenu national c. Riendeau* (1991), 132 N.R. 157 (C.A.F.), le ministre n'a jamais voulu, en l'espèce, modifier, corriger ou redélivrer la nouvelle cotisation établie à l'égard de la Banque pour y inclure une obligation relative à la récupération de l'amortissement en vertu de l'al. 88(1)f) de la Loi. En outre, en affirmant qu'il s'agit d'un argument subsidiaire, l'appelante ne tient pas compte du fait que Leasing et la Banque sont deux contribuables distincts. Ce que le ministre cherche à faire, c'est substituer une cotisation établie à l'égard d'un contribuable donné à une cotisation établie à l'égard d'un autre contribuable, parce que la première cotisation n'a pas porté fruit.

Les contribuables doivent savoir sur quelle base repose la cotisation qui leur est transmise afin de pouvoir présenter les éléments de preuve appropriés pour la contester. En l'espèce, il n'est pas évident que les faits étayaient l'établissement d'une nouvelle cotisation sur la base invoquée par l'appelante. Par exemple, la valeur du fonds commercial rattaché à l'entreprise de location de la Banque, qui a été transféré à Central en décembre 1986, pourrait avoir une incidence sur la nouvelle demande de l'appelante fondée sur la récupération de l'amortissement par la Banque. Il n'est pas possible de déterminer dans quelle mesure la Banque pourrait par ailleurs être imposable à l'égard de la récupération de l'amortissement, ni de fixer son revenu aux fins de l'impôt, à moins de pouvoir

12

13

evidence relating to the allocation of the purchase price was not adduced at trial. To allow the appellant to proceed with its new assessment without the benefit of findings of fact made at trial would require this Court to become a court of first instance with regard to the new claim.

répartir correctement le prix d'acquisition payé par Central entre le fonds commercial d'une part et les éléments d'actif de crédit-bail d'autre part. Parce que la Banque n'a pas été imposée à l'égard de la récupération de l'amortissement, la preuve relative à la répartition du prix d'acquisition n'a pas été présentée en première instance. Pour pouvoir permettre à l'appelante d'établir une nouvelle cotisation en l'absence de conclusions de fait tirées en première instance, notre Cour devrait se transformer en tribunal de première instance à l'égard de la nouvelle demande.

- 14 As I stated above, it was not necessary, because of the disposition of the *Leasing* Appeal, to deal with the issues raised in this case. I would dismiss the appeal with costs.

Comme je l'ai indiqué précédemment, il n'était pas nécessaire, vu la décision rendue dans l'affaire *Leasing*, d'aborder les questions soulevées dans le présent pourvoi. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

The judgment of Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

Version française du jugement des juges Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

- 15 MCLACHLIN J. — This second appeal arises out of the Minister of National Revenue's alternative assessment of the Continental Bank of Canada (the "Bank"). As an alternative to the reassessment of the Continental Bank Leasing Corporation ("Leasing"), the Minister assessed the Bank on the basis that it realized an income gain as opposed to a capital gain from the disposition of the partnership interest it had acquired from Leasing. The trial judge found, and the Federal Court of Appeal agreed, that the disposition of the partnership interest could not be characterized as an adventure in the nature of trade and that the Bank therefore properly reported the proceeds of the disposition of the partnership interest as a capital gain.

LE JUGE MCLACHLIN — Ce second pourvoi découle de la cotisation subsidiaire établie par le ministre du Revenu national à l'égard de la Banque continentale du Canada (la «Banque»). En tant que mesure subsidiaire par rapport à la nouvelle cotisation établie à l'égard de Continental Bank Leasing Corporation («Leasing»), le ministre a transmis à la Banque un avis de cotisation fondé sur le fait que cette dernière aurait réalisé un gain imposable au titre des revenus d'exploitation plutôt qu'un gain en capital lorsqu'elle a disposé de la participation dans la société en nom collectif qu'elle avait acquise de Leasing. Le juge de première instance a conclu — conclusion à laquelle a souscrit la Cour d'appel fédérale — que la vente de la participation dans la société en nom collectif ne pouvait être qualifiée d'opération commerciale et que la Banque avait à juste titre déclaré le produit de cette vente en tant que gain en capital.

- 16 Assuming that the Bank transferred its partnership interest to 693396 Ontario Limited ("693396") and 693397 Ontario Limited ("693397"), I agree with Bastarache J. that the transfer should be construed as a capital transaction and not an adventure in the nature of trade,

À supposer que la Banque ait transféré sa participation dans la société en nom collectif à 693396 Ontario Limited («693396») et 693397 Ontario Limited («693397»), je conviens avec le juge Bastarache que le transfert devrait être considéré comme une opération en capital et non comme une

making the alternative assessment untenable. None of the circumstances indicate that the Bank's acquisition and subsequent disposition of Leasing's partnership interest was a speculative trading venture. I would simply add that this disposition of the appeal is not dependent on the conclusion that the Bank disposed of a partnership interest *per se*. This is important to note because it may be argued that by December 29, 1986 the Bank was no longer a member of the partnership and thus could not transfer a valid partnership interest.

The argument focuses on two events. The first event occurred on December 27, 1986 when Leasing was wound up and transferred its partnership interest to the Bank. At this point, the Bank ceased to be merely an investor in the partnership; it became a partner. It was arguably not lawful for it to be a partner: s. 174 of the *Bank Act*, R.S.C., 1985, c. B-1. Thus, the transfer of Leasing's partnership interest to the Bank may be viewed as "an event" that rendered it unlawful for the members of the partnership to continue to conduct their business as partners. If so, the partnership was dissolved: s. 34 of the *Partnerships Act*, R.S.O. 1980, c. 370. The dissolved partnership may then have been reconstituted as a new partnership between the remaining eligible partners: *Hudgell Yeates & Co. v. Watson*, [1978] 2 All E.R. 363 (C.A.), at p. 368 (*per* Bridge L.J.).

The next event occurred on December 29, 1986 when the Bank transferred its interest in the partnership to 693396 and 693397. The Minister cannot argue that the Bank could not transfer its partnership interest at this stage. The Minister must accept that this transfer took place because his assessment of the Bank was based on the assumption that the Bank disposed of its partnership interest. I agree with Bastarache J. that the Minister's

opération commerciale, ce qui rend la cotisation subsidiaire intenable. Rien dans les faits n'indique que l'acquisition et la disposition subséquente par la Banque de la participation de Leasing dans la société en nom collectif était une opération commerciale spéculative. J'ajouterais simplement que cette façon de trancher le pourvoi ne dépend pas de la conclusion que la Banque a disposé de la participation dans la société en nom collectif en soi. Il est important de souligner ce fait parce qu'il est possible de prétendre que, le 29 décembre 1986, la Banque ne faisait plus partie de la société en nom collectif et ne pouvait donc pas transférer une participation valide.

Cet argument tient compte de deux événements en particulier. Le premier est survenu le 27 décembre 1986, lorsque Leasing a été liquidée et a transféré à la Banque sa participation dans la société en nom collectif. À ce moment-là, la Banque a cessé d'être simplement un investisseur dans la société en nom collectif; elle est devenue un associé de celle-ci. Il est possible d'affirmer qu'il était illégal pour la Banque d'être un associé: art. 174 de la *Loi sur les banques*, L.R.C. (1985), ch. B-1. En conséquence, le transfert à la Banque de la participation de Leasing dans la société en nom collectif peut être considéré comme «un événement» ayant rendu illégal le fait pour les membres de la société en nom collectif de poursuivre l'exploitation de leur entreprise en tant qu'associés. Si c'est le cas, la société en nom collectif a été dissoute: art. 34 de la *Partnerships Act*, R.S.O. 1980, ch. 370. Il est possible que la société dissoute ait été reconstituée en tant que nouvelle société en nom collectif formée des associés restants admissibles: *Hudgell Yeates & Co. c. Watson*, [1978] 2 All E.R. 363 (C.A.), à la p. 368 (le lord juge Bridge).

L'autre événement s'est produit le 29 décembre 1986, lorsque la Banque a transféré à 693396 et 693397 sa participation dans la société en nom collectif. Le ministre ne peut prétendre que la Banque ne pouvait pas transférer sa participation à cette étape. Il doit reconnaître que le transfert a eu lieu parce que la cotisation qu'il a établie à l'égard de la Banque reposait sur l'hypothèse que cette dernière avait disposé de sa participation dans la

17

18

argument that the Bank sold depreciable leasing assets or was otherwise liable for recapture of capital cost allowance pursuant to s. 88(1) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, as amended, raised for the first time in this Court, cannot be entertained. The Minister should not be allowed to advance a new basis for a reassessment after the limitation period has expired.

société en nom collectif. Je suis d'accord avec le juge Bastarache pour dire que ne peut être retenu l'argument du ministre — soulevé pour la première fois devant notre Cour — que la Banque a vendu des éléments d'actif de crédit-bail amortissables ou encore que celle-ci était par ailleurs imposable à l'égard de la récupération de la déduction pour amortissement en application du par. 88(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, et ses modifications. Le ministre ne saurait être autorisé à avancer un nouveau fondement pour justifier une nouvelle cotisation après l'expiration du délai prévu à cette fin.

19

On the basis that the Bank disposed of its interest in the partnership, the Bank properly reported the proceeds of the disposition of its partnership interest as a capital gain. I would therefore dismiss this second appeal with costs. All of the assessments are referred back to the Minister of National Revenue for reconsideration and reassessment in accordance with these reasons.

Sur le fondement qu'elle avait disposé de sa participation dans la société en nom collectif, la Banque a à juste titre déclaré le produit de cette disposition en tant que gain en capital. Je rejette donc le second pourvoi avec dépens. Toutes les cotisations sont renvoyées au ministre du Revenu national pour réexamen et établissement d'une nouvelle cotisation en conformité avec les présents motifs.

Appeal dismissed with costs.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Solicitor for the appellant: George Thomson, Toronto.

Procureur de l'appelante: George Thomson, Toronto.

Solicitors for the respondent: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.