

Continental Bank Leasing Corporation *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Canadian Bankers' Association *Intervener*

INDEXED AS: CONTINENTAL BANK LEASING CORP. v. CANADA

File No.: 25532.

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 — Depreciable assets — Recapture of capital cost allowance — Rollover of assets into partnership — Bank subsidiary entering into partnership and transferring assets to it pursuant to rollover provision — Bank Act prohibiting banks from participating in partnerships — Provincial partnerships legislation providing for dissolution of partnership upon happening of event making it unlawful for business of firm to be carried on or for members of firm to carry it on in partnership — Whether partnership rendered invalid — If so, whether subsidiary liable for recapture of capital cost allowance — Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, ss. 13, 97(2) — Bank Act, R.S.C., 1985, c. B-1, s. 174(2) — Partnerships Act, R.S.O. 1980, c. 370, s. 34.

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

Continental Bank Leasing Corporation *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

L'Association des banquiers canadiens *Intervenante*

RÉPERTORIÉ: CONTINENTAL BANK LEASING CORP. c. CANADA

N^o du greffe: 25532.

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 — Biens amortissables — Récupération de la déduction pour amortissement — Transfert libre d'impôt des biens dans une société en nom collectif — Participation d'une filiale de la Banque à une société en nom collectif et transfert de biens à cette société en vertu d'une disposition sur le transfert libre d'impôt — Loi sur les banques interdisant aux banques de participer à des sociétés en nom collectif — Loi provinciale sur les sociétés en nom collectif prévoyant la dissolution de la société dans les cas où se produit un événement rendant illégale l'exploitation de l'entreprise de la firme ou son exploitation par les membres de la firme dans le cadre d'une société en nom collectif — La société en nom collectif a-t-elle été rendue invalide? — Si oui, la filiale doit-elle inclure dans son revenu la récupération de la déduction pour amortissement? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148, art. 13, 97(2) — Loi sur les banques, L.R.C. (1985), ch. B-1, art. 174(2) — Partnerships Act, R.S.O. 1980, ch. 370, art. 34.

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 actions ou des éléments d'actif 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

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 Leasing 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. Under s. 174(2) of the *Bank Act*, a bank may not, directly or indirectly, participate in a partnership in Canada. Section 34 of the Ontario *Partnerships Act* provides that a partnership is "dissolved by the happening of any event that makes it unlawful for the business of the firm to be carried on or for the members of the firm to carry it on in partnership". The Tax Court of Canada allowed Leasing's appeal of the reassessment. The Federal Court of Appeal reversed that decision.

Held (L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: While the other aspects of Bastarache J.'s reasons were agreed with, s. 34 of the Ontario *Partnerships Act* did not render the partnership between Leasing and its partners void. The business of a partnership is not rendered illegal merely because an investor holds shares in a corporate partner in the partnership when the

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 demeureraient 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 de Leasing dans la société. Le 29 décembre 1986, la Banque a vendu sa participation dans la société aux filiales de Central. Leasing a établi sa déclaration de revenus pour l'année 1987 sur la base de ces transferts. Le ministre du Revenu national a établi un avis de nouvelle cotisation 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. Aux termes du par. 174(2) de la *Loi sur les banques*, une banque ne peut pas, directement ou indirectement, participer à une société en nom collectif au Canada. L'article 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* de l'Ontario dispose qu'une société en nom collectif est «dissoute dans tous les cas où se produit un événement qui rend illégale soit l'exploitation de l'entreprise de la firme, soit son exploitation par les membres de la firme dans le cadre d'une société en nom collectif». La Cour canadienne de l'impôt a accueilli l'appel de Leasing à l'encontre de la nouvelle cotisation. La Cour d'appel fédérale a infirmé cette décision.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé et Bastarache sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les juges Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Bien qu'il y ait accord avec tous les autres aspects des motifs du juge Bastarache, l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* de l'Ontario n'a pas eu pour effet de frapper de nullité la société formée par Leasing et ses associés. Le fait qu'un investisseur possède des actions d'une société actionnaire d'une société

law says it should not. The partnership must be distinguished from those who may invest in or support the partners that make it up. Prior to December 27, 1986, the Bank was not a partner. It merely held shares in one of the partners, Leasing, which was a separate and legally distinct corporation. Section 174 of the *Bank Act* accordingly did not make it unlawful for the partnership to carry on its business, or for Leasing to be a partner, prior to December 27. The partnership was not dissolved under s. 34 of the *Partnerships Act* simply because the Bank should not have held shares in one of the partners. Nor can Leasing's participation in the partnership be considered unlawful within the meaning of s. 34 of the *Partnerships Act* by reason of the public policy component of the common law doctrine of illegality. A finding that Leasing's participation should be void or unenforceable for public policy reasons does not necessarily mean that its participation was illegal or unlawful in the traditional sense of either term. Moreover, public policy requires that breaches of the *Bank Act* should not lead to the invalidation of contracts and other transactions. More importantly, s. 20(1) of the *Bank Act*, which stipulates that no act of a bank is invalid by reason only of a contravention of that Act, supports the view that Parliament never intended breaches of the *Bank Act* to render bank transactions null and void. Since the partnership was valid between December 24 and December 27, the election under s. 97(2) of the *Income Tax Act* was also valid.

Per L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ. (dissenting): In cases such as this, where the parties have entered into a formal written agreement to govern their relationship and hold themselves out as partners, the courts should determine whether the agreement contains the type of provisions typically found in a partnership agreement, whether the agreement was acted upon and whether it actually governed the affairs of the parties. On the face of the agreements entered into, the parties created a valid partnership within the meaning of s. 2 of the *Partnerships Act*, which provides that partnership is the relation that subsists between persons carrying on a business in common with a view to profit. Moreover, the

en nom collectif, malgré que la loi dise qu'il ne devrait pas le faire, ne rend pas illégale l'exploitation de l'entreprise de la société en nom collectif. Une distinction doit être faite entre la société en nom collectif et les parties qui investissent dans les associés la composant ou qui les appuient autrement. Avant le 27 décembre 1986, la Banque n'était pas un associé au sein de la société en nom collectif. Elle détenait simplement des actions de l'un des associés, en l'occurrence Leasing, une personne morale distincte sur le plan juridique. L'article 174 de la *Loi sur les banques* ne rendait donc pas illégale l'exploitation par la société en nom collectif de son entreprise, ou la participation de Leasing en tant qu'associé, avant le 27 décembre 1986. La société en nom collectif n'a pas été dissoute par l'effet de l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* tout simplement parce que la Banque n'aurait pas dû détenir des actions de l'un des associés de celle-ci. La participation de Leasing dans la société en nom collectif ne peut pas non plus être considérée comme illégale au sens de l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* en raison du volet ordre public de la doctrine de l'illégalité en common law. La conclusion que la participation de Leasing à la société en nom collectif devrait être nulle ou inexécutable pour des raisons d'ordre public ne signifie pas nécessairement que sa participation était «*illegal*» ou «*unlawful*» au sens traditionnel de ces mots. De plus, l'ordre public commande que les contraventions à la *Loi sur les banques* n'entraînent pas l'invalidation de contrats et autres opérations. Fait plus important encore, le par. 20(1) de la *Loi sur les banques*, qui indique que les actes d'une banque ne sont pas nuls du seul fait qu'ils sont contraires à cette loi, étaye le point de vue selon lequel le législateur fédéral n'a jamais voulu que les violations de la *Loi sur les banques* entraînent la nullité des opérations des banques. Comme la société en nom collectif était valide entre les 24 et 27 décembre 1986, le choix fait en vertu du par. 97(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* était lui aussi valide.

Les juges L'Heureux-Dubé et Bastarache (dissidents): Dans les cas comme celui qui nous occupe, où les parties ont conclu un accord écrit formel régissant leurs rapports et se présentent comme des associés, les tribunaux doivent se demander si l'accord renferme le genre de dispositions figurant habituellement dans les contrats de société, si on a appliqué le contrat et si, dans les faits, il a régi les affaires des parties. Tel qu'il appert à la lecture des accords conclus par les parties, ces dernières ont créé une société en nom collectif valide au sens de l'art. 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*, qui dispose que la société en nom collectif est la relation qui existe entre des personnes exploitant une entreprise en

parties acted upon the agreements and the agreements governed their affairs. While it is true that between December 24 and December 27, 1986, no meetings were held, no new transactions were entered into by the parties and no decisions were made, there was no termination of Leasing's contracts with its customers when Leasing's business and assets were transferred to the partnership and the contracts continued during this period. The fact that no new business was created during the period of Leasing's and the Bank's involvement in the partnership does not negate the effect of the existing business that was continued during this time. As well, the business that was carried on was carried on by the partners in common. Leasing and the Bank held themselves out as partners, and conducted themselves as partners for the duration of their memberships in the partnership. The business was also carried on with a view to profit. The partnership agreement provided for the distribution of the profits from the leasing business being operated by the partnership and the partnership continued to carry on the business operated for profit by Leasing.

While the Bank contravened s. 174(2)(i) of the *Bank Act* by entering into a partnership, the prohibition in that provision does not make partnerships *ultra vires* the Bank. Under s. 18(1) of the Act, a bank has the "capacity and . . . the rights, powers and privileges of a natural person". Section 20(1) states that "[n]o act of a bank, including any transfer of property to or by a bank, is invalid by reason only that the act or transfer is contrary to this Act". While s. 20(1) is not a complete bar to the application of the doctrine of illegality in the appropriate case, the doctrine does not apply in the present circumstances. Section 20(1) is not in conflict with s. 34 of the Ontario *Partnerships Act*, however, which has the effect of dissolving the unlawfully formed partnership *ab initio*. Payment of the penalties set out in s. 174(16) of the *Bank Act* does not render lawful what the *Bank Act* prohibits. Any indirect participation by a bank, through a subsidiary company, for example, makes the carrying on of business in the partnership "unlawful" within the meaning of s. 34 of the *Partnerships Act*. Leasing's participation in the partnership can also be considered "unlawful" by reason of the public policy component of the common law doctrine of illegality. While it may not be strictly contrary to the *Bank Act* for Leasing to enter into a partnership, in all of the circumstances it is contrary to public policy to allow the parties to benefit from their deliberate breach of the Act's prohibitions. The collapse of the partnership scheme *vis-à-vis* Leasing does not change the fact that Leasing's

commun en vue de réaliser un bénéfice. De plus, les parties ont appliqué les accords et ceux-ci ont régi leurs affaires. S'il est vrai que, entre le 24 et le 27 décembre 1986, aucune réunion n'a eu lieu, aucune opération nouvelle n'a été conclue par les parties et aucune décision n'a été prise, les contrats liant Leasing et ses clients n'ont pas été résiliés lorsqu'il y a eu transfert de l'entreprise de Leasing et de ses éléments d'actif, et ils ont continué de s'appliquer pendant cette période. Le fait qu'aucune nouvelle activité commerciale n'ait été entreprise pendant la période où Leasing et la Banque ont participé à la société n'annule pas les effets de l'entreprise déjà existante, dont l'exploitation s'est poursuivie pendant cet intervalle. De plus, l'entreprise qui était exploitée a été exploitée en commun par les associés. Leasing et la Banque se sont présentées comme tels, et elles se sont comportées comme des associés pendant la durée de leur participation à la société. L'entreprise était exploitée en vue de réaliser un bénéfice. Le contrat de société prévoyait la répartition des bénéfices tirés de l'entreprise de crédit-bail exploitée par la société et celle-ci a continué l'entreprise exploitée dans un but lucratif par Leasing.

Bien que la Banque ait contrevenu à l'al. 174(2)i) de la *Loi sur les banques* en participant à une société en nom collectif, l'interdiction prévue dans cette disposition ne rend pas *ultra vires* la participation de la Banque à une telle société. Aux termes du par. 18(1) de la Loi, la banque a «la capacité d'une personne physique». Le paragraphe 20(1) indique que «[l]es actes de la banque, y compris les transferts de biens, ne sont pas nuls du seul fait qu'ils sont contraires à la présente loi». Même si le par. 20(1) ne fait pas entièrement obstacle à l'application de la théorie de l'illégalité dans les cas qui s'y prêtent, celle-ci ne s'applique pas dans les circonstances de la présente espèce. Le paragraphe 20(1) de la *Loi sur les banques* n'est pas incompatible avec l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* qui a pour effet de dissoudre *ab initio* les sociétés en nom collectif illégalement formées. Le paiement des amendes prévues au par. 174(16) de la *Loi sur les banques* ne rend pas légal l'acte que cette loi interdit. Toute participation indirecte d'une banque, par l'entremise d'une filiale par exemple, rend l'exploitation de l'entreprise dans le cadre d'une société en nom collectif «illégal» au sens de l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*. La participation de Leasing à la société en nom collectif peut encore être considérée «illégal» en raison du volet ordre public de la théorie de l'illégalité en common law. Bien qu'il ne soit pas strictement contraire à la *Loi sur les banques* pour Leasing de participer à une société en nom collectif, compte tenu de toutes les circonstances, il est con-

assets were transferred to Central's subsidiaries on December 24, 1986. Because these assets were not transferred to a partnership pursuant to s. 97(2) of the *Income Tax Act*, Leasing cannot take advantage of that rollover provision and is therefore liable for the recapture of capital cost allowance on its depreciable assets pursuant to s. 13 of the *Income Tax Act*.

Cases Cited

By McLachlin J.

Referred to: *Salomon v. A. Salomon and Co.*, [1897] A.C. 22.

By Bastarache J. (dissenting)

Continental Bank of Canada v. Canada, [1998] 2 S.C.R. 358; *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *Orion Finance Ltd. v. Crown Financial Management Ltd.*, [1996] 2 B.C.L.C. 78; *Mahon v. Minister of National Revenue*, 91 D.T.C. 878; *Hickman Motors Ltd. v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 336; *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312; *Ashbury Railway Carriage and Iron Co. v. Riche* (1875), L.R. 7 H.L. 653; *Communities Economic Development Fund v. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 S.C.R. 388; *Cope v. Rowlands* (1836), 2 M. & W. 149, 150 E.R. 707; *Sidmay Ltd. v. Wehttam Investments Ltd.* (1967), 61 D.L.R. (2d) 358, aff'd on other grounds, [1968] S.C.R. 828; *Royal Bank of Canada v. Grobman* (1977), 18 O.R. (2d) 636; *Still v. Minister of National Revenue* (1997), 221 N.R. 127; *Neider v. Carda of Peace River District Ltd.*, [1972] S.C.R. 678; *Menard v. Genereux* (1982), 39 O.R. (2d) 55; *Holman v. Johnson* (1775), 1 Cowp. 341, 98 E.R. 1120; *Hudgell Yeates & Co. v. Watson*, [1978] 2 All E.R. 363.

Statutes and Regulations Cited

Bank Act, R.S.C., 1985, c. B-1, ss. 18(1), 20(1), 174(2)(i), (16), 246.
Canada Business Corporations Act, S.C. 1974-75-76, c. 33, ss. 15(1), 16(3).
Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148 [am. 1970-71-72, c. 63], ss. 13 [am. 1976-77, c. 4, s. 3; am. 1980-81-82-83, c. 48, s. 5], 56(4), 85(1) [am. 1974-75-76, c. 26, s. 48; am. 1980-81-82-83, c. 48, s. 45; am.

traire à l'ordre public de permettre aux parties à l'opération de profiter de leur violation délibérée des interdictions prévues par la Loi. La dissolution de la société en nom collectif en ce qui concerne Leasing ne change rien au fait que les éléments d'actif de Leasing ont été transférés aux filiales de Central le 24 décembre 1986. Ces biens n'ayant pas été transférés à une société en nom collectif pour l'application du par. 97(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, Leasing ne peut se prévaloir de cette disposition et doit donc inclure dans son revenu, conformément à l'art. 13 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la récupération de la déduction pour amortissement à l'égard de ses biens amortissables.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêt mentionné: *Salomon c. A. Salomon and Co.*, [1897] A.C. 22.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

Banque Continentale du Canada c. Canada, [1998] 2 R.C.S. 358; *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *Orion Finance Ltd. c. Crown Financial Management Ltd.*, [1996] 2 B.C.L.C. 78; *Mahon c. Ministre du Revenu national*, 91 D.T.C. 878; *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312; *Ashbury Railway Carriage and Iron Co. c. Riche* (1875), L.R. 7 H.L. 653; *Fonds de développement économique local c. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 R.C.S. 388; *Cope c. Rowlands* (1836), 2 M. & W. 149, 150 E.R. 707; *Sidmay Ltd. c. Wehttam Investments Ltd.* (1967), 61 D.L.R. (2d) 358, conf. pour d'autres motifs, [1968] R.C.S. 828; *Royal Bank of Canada c. Grobman* (1977), 18 O.R. (2d) 636; *Still c. Ministre du Revenu national* (1997), 221 N.R. 127; *Neider c. Carda de Rivière-la-Paix Ltée*, [1972] R.C.S. 678; *Menard c. Genereux* (1982), 39 O.R. (2d) 55; *Holman c. Johnson* (1775), 1 Cowp. 341, 98 E.R. 1120; *Hudgell Yeates & Co. c. Watson*, [1978] 2 All E.R. 363.

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148 [mod. 1970-71-72, ch. 63], art. 13 [mod. 1976-77, ch. 4, art. 3; mod. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 5], 56(4), 85(1) [mod. 1974-75-76, ch. 26, art. 48; mod. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 45; mod. 1985, ch. 45, art. 41], 88(1) [mod. 1974-75-76, ch. 26, art. 52; mod. 1979, ch. 5, art. 29; mod. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 48], 97(1), (2) [mod. 1974-75-76, ch. 26, art. 61; mod.

1985, c. 45, s. 41], 88(1) [am. 1974-75-76, c. 26, s. 52; am. 1979, c. 5, s. 29; am. 1980-81-82-83, c. 48, s. 48], 97(1), (2) [am. 1974-75-76, c. 26, s. 61; am. 1980-81-82-83, c. 140, s. 58; am. 1985, c. 45, s. 49]. *Partnerships Act*, R.S.O. 1980, c. 370, ss. 1(1)(a) "business", 2, 15, 34.

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, "unlawful".

Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract, 13th ed. London: Butterworths, 1996.

Contracts: Cases and Commentaries, 5th ed. Edited by Christine Boyle and David R. Percy. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.

Crawford and Falconbridge, Banking and Bills of Exchange: A Treatise on the Law of Banks, Banking, Bills of Exchange and the Payment System in Canada, vol. 1, 8th ed. Toronto: Canada Law Book, 1986.

Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.

Lindley & Banks on Partnership, 17th ed. London: Sweet & Maxwell, 1995.

Manzer, Alison R. *A Practical Guide to Canadian Partnership Law*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated October 1997, release No. 3).

Manzer, Alison R. *The Bank Act Annotated*. Toronto: Butterworths, 1993.

Ogilvie, M. H. *Canadian Banking Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991.

Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 9th ed. London: Sweet & Maxwell, 1995.

Wegenast, F. W. *The Law of Canadian Companies*. Toronto: Carswell, 1979.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1996] 3 F.C. 713, 199 N.R. 9, 25 B.L.R. (2d) 149, 96 D.T.C. 6355, [1997] 1 C.T.C. 13, [1996] F.C.J. No. 710 (QL), allowing 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), allowing the taxpayer's appeal from a reassessment. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ. dissenting.

1980-81-82-83, ch. 140, art. 58; mod. 1985, ch. 45, art. 49].

Loi sur les banques, L.R.C. (1985), ch. B-1, art. 18(1), 20(1), 174(2)i), (16), 246.

Loi sur les corporations commerciales canadiennes, S.C. 1974-75-76, ch. 33, art. 15(1), 16(3).

Partnerships Act, R.S.O. 1980, ch. 370, art. 1(1)a) «business», 2, 15, 34.

Doctrine

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, «unlawful».

Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract, 13th ed. London: Butterworths, 1996.

Contracts: Cases and Commentaries, 5th ed. Edited by Christine Boyle and David R. Percy. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.

Crawford and Falconbridge, Banking and Bills of Exchange: A Treatise on the Law of Banks, Banking, Bills of Exchange and the Payment System in Canada, vol. 1, 8th ed. Toronto: Canada Law Book, 1986.

Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.

Lindley & Banks on Partnership, 17th ed. London: Sweet & Maxwell, 1995.

Manzer, Alison R. *A Practical Guide to Canadian Partnership Law*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated October 1997, release No. 3).

Manzer, Alison R. *The Bank Act Annotated*. Toronto: Butterworths, 1993.

Ogilvie, M. H. *Canadian Banking Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991.

Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 9th ed. London: Sweet & Maxwell, 1995.

Wegenast, F. W. *The Law of Canadian Companies*. Toronto: Carswell, 1979.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1996] 3 C.F. 713, 199 N.R. 9, 25 B.L.R. (2d) 149, 96 D.T.C. 6355, [1997] 1 C.T.C. 13, [1996] A.C.F. n° 710 (QL), qui a accueilli l'appel interjeté 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), ayant accueilli l'appel du contribuable contre la nouvelle cotisation. Pourvoi accueilli, les juges L'Heureux-Dubé et Bastarache sont dissidents.

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

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

Harry Underwood and Ira Nishisato, for the intervener.

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

BASTARACHE J. (dissenting) —

I. Introduction

¹ This appeal and a related appeal (*Continental Bank of Canada v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 358) concern events arising out of the winding-up of Continental Bank of Canada (the “Bank”) and its subsidiary, Continental Bank Leasing Corporation (“Leasing”). The broad issue is the validity of a transaction by which Central Capital Leasing (“Central”) ultimately became the owner of leasing assets formerly held by the Bank and Leasing. The transaction involved the formation of a partnership into which Leasing transferred its leasing assets in return for a 99 percent interest in a partnership. Leasing transferred that partnership interest to the Bank, which subsequently sold it to Central’s subsidiaries. These transactions ultimately permitted Leasing to file an election pursuant to s. 97(2) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, as amended; this election was rejected by the Minister of National Revenue.

II. Factual Background

² The Bank was incorporated by an Act of Parliament in 1977 and commenced operations in 1979. In October 1981, the Bank amalgamated with IAC Limited (“IAC”) and became the successor corporation to IAC. Prior to the amalgamation, IAC carried on a sales finance and leasing business which involved, among other things, the purchase of depreciable assets by IAC, including heavy equip-

H. Lorne Morphy et Kent E. Thomson, pour l’appelante.

Larry R. Olsson, c.r., et *S. Patricia Lee*, pour l’intimée.

Harry Underwood et Ira Nishisato, pour l’intervenante.

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

LE JUGE BASTARACHE (dissident) —

I. Introduction

Le présent pourvoi ainsi qu’un pourvoi connexe (*Banque Continentale du Canada c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 358) portent sur les suites de la liquidation de la Banque Continentale du Canada (la «Banque») et de sa filiale, Continental Bank Leasing Corporation («Leasing»). Globalement, la question en litige est la validité d’une opération au terme de laquelle Central Capital Leasing («Central») est devenue propriétaire d’éléments d’actif de crédit-bail auparavant détenus par la Banque et par Leasing. L’opération a comporté la formation d’une société de personnes — ou société en nom collectif — à laquelle Leasing a transféré ses éléments d’actif de crédit-bail en contrepartie d’une participation de 99 pour cent dans la société. Leasing a cédé cette participation à la Banque, qui l’a subséquemment vendue à des filiales de Central. En bout de ligne, ces diverses opérations ont permis à Leasing d’effectuer le choix prévu au par. 97(2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, et ses modifications; ce choix a été refusé par le ministre du Revenu national.

II. Les faits

Constituée en personne morale en 1977 par une loi fédérale, la Banque a commencé ses activités en 1979. En octobre 1981, elle a fusionné avec IAC Limited («IAC»), dont elle est devenue la corporation remplaçante. Avant la fusion, IAC exerçait des activités de financement et de crédit-bail comportant notamment l’achat de biens amortissables, y compris du matériel lourd et des aéronefs,

ment and aircraft, which were then leased for a term of years to corporations that required the use of the assets in their businesses. In 1981, Leasing was incorporated as a subsidiary of the Bank pursuant to amendments to the *Bank Act* in 1980 which permitted chartered banks to carry on leasing businesses through wholly owned subsidiaries. In 1986, the Bank, no longer being viable, made a decision to wind up its affairs. On October 31, 1986, the Bank entered into an asset purchase agreement with Lloyds Bank plc of London ("Lloyds") whereby Lloyds agreed to purchase all of the Bank's assets except the shares of Leasing, the remaining leases still held directly by the Bank and its international loan portfolio. The Bank invited offers for the purchase of either the assets of Leasing or its shares.

Pursuant to an agreement accepted by the Bank on October 15, 1986, Central agreed to purchase the shares of Leasing from the Bank. The October 15th agreement was made on the understanding that any leasing assets held directly by the Bank would be transferred to Leasing prior to the completion of the sale of the shares of Leasing. The October 15th agreement was conditional on certain due diligence to be conducted by Central.

On November 1, 1986, the Bank transferred the leasing assets held directly by it to Leasing, in contemplation of the share sale. The share sale transaction, however, was never completed. After conducting due diligence in respect of the October 15th agreement, Central expressed concern with regard to certain tax liabilities of Leasing and the creditworthiness of seven lessees. Given that the Bank was in the process of winding-up, it was not prepared to assume the contingent tax liabilities and the parties were at an impasse.

In December 1986, Central proposed an alternative transaction which was structured to replicate the economic consequences of the October 15th agreement, but would exclude the seven leases about which Central had expressed concern and

qui étaient ensuite loués pendant un certain nombre d'années à des personnes morales qui en avaient besoin dans le cadre de leurs activités. En 1981, Leasing a été constituée en personne morale à titre de filiale de la Banque, conformément à des modifications apportées à la *Loi sur les banques* en 1980 qui autorisaient les banques à charte à exercer des activités de crédit-bail par l'entremise de filiales possédées en propriété exclusive. En 1986, la Banque, qui n'était plus une entreprise viable, a décidé de liquider ses activités. Le 31 octobre 1986, elle a conclu avec la Lloyds Bank plc of London («Lloyds») un accord aux termes duquel Lloyds acceptait de se porter acquéreur de la totalité des éléments d'actif de la Banque, à l'exception des actions de Leasing, des baux encore détenus directement par la Banque et de son portefeuille de prêts internationaux. La Banque a sollicité des offres d'achat à l'égard soit des éléments d'actif de Leasing soit de ses actions.

Aux termes d'un accord accepté par la Banque le 15 octobre 1986, Central a convenu de se porter acquéreur des actions de Leasing. Selon cet accord, il était entendu que les éléments d'actif de crédit-bail détenus directement par la Banque seraient transférés à Leasing avant que soit réalisée la vente des actions. La conclusion de l'accord du 15 octobre était subordonnée à la réalisation d'un contrôle préalable par Central.

Le 1^{er} novembre 1986, la Banque a transféré à Leasing les éléments d'actif de crédit-bail qu'elle détenait directement en prévision de la vente des actions. Or, celle-ci n'a jamais été réalisée. À l'issue du contrôle préalable de l'accord du 15 octobre, Central a exprimé des inquiétudes à l'égard de certaines obligations fiscales de Leasing et de la solvabilité de sept locataires. Comme la Banque était en cours de liquidation, elle n'était pas disposée à prendre à sa charge les obligations fiscales éventuelles. Les parties se sont alors retrouvées dans une impasse.

En décembre 1986, Central a proposé une nouvelle opération qui était conçue de manière à produire les mêmes conséquences financières que l'accord du 15 octobre, mais qui excluait les sept baux à l'égard desquels Central avait exprimé des

3

4

5

would avoid the contingent tax liabilities. This transaction is the one giving rise to this appeal. In essence, Central proposed that Leasing form a partnership with several Central subsidiaries to carry on the same business as Leasing, transfer its assets into the partnership using an election under s. 97(2) of the *Income Tax Act*, distribute its partnership interest to the Bank at its cost base pursuant to s. 88 of the *Income Tax Act*, and then have the Bank sell its interest to Central or its subsidiaries.

inquiétudes, et permettait d'éviter les obligations fiscales éventuelles. Il s'agit de l'opération à l'origine du présent pourvoi. Essentiellement, Central a proposé que Leasing forme, avec certaines filiales de Central, une société en nom collectif qui exercerait les mêmes activités que Leasing, qu'elle transfère ses éléments d'actif à cette société en effectuant le choix prévu au par. 97(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qu'elle attribue sa participation dans la société à la Banque, au prix de base, suivant l'art. 88 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, puis qu'elle fasse en sorte que la Banque vende sa participation à Central ou à ses filiales.

6

The transaction was governed by the provisions of a Master Agreement that was signed on December 23, 1986 by the Bank, Leasing, Central, Central Capital Management Inc. ("CCMI"), 693396 Ontario Limited ("693396"), 693397 Ontario Limited ("693397") and 153587 Canada Limited ("153587"). CCMI, 693396 and 693397 were wholly owned subsidiaries of Central. 153587 was a shelf company. The Master Agreement set out the following steps that were executed by the parties:

L'opération était régie par les stipulations d'un accord principal signé le 23 décembre 1986 par la Banque, Leasing, Central, Central Capital Management Inc. («CCMI»), 693396 Ontario Limited («693396»), 693397 Ontario Limited («693397») et 153587 Canada Limited («153587»). CCMI, 693396 et 693397 étaient des filiales appartenant en propriété exclusive à Central. 153587 était une société inactive. L'accord principal énumérait les différentes étapes franchies par les parties:

(a) On December 23, 1986, Leasing acquired certain additional leasing assets that were to be included at the request of Central in the agreement.

a) Le 23 décembre 1986, Leasing a fait l'acquisition de certains éléments d'actif de crédit-bail supplémentaires qui, à la demande de Central, devaient être visés par l'accord.

(b) On December 24, 1986, Leasing and 153587 amalgamated and continued as one corporation under the name Continental Bank Leasing Corporation ("Leasing"). The Bank was the sole shareholder of the corporation. This created a new year end for Leasing on December 23, 1986.

b) Le 24 décembre 1986, Leasing et 153587 ont fusionné et ont poursuivi leurs activités sous la dénomination Continental Bank Leasing Corporation («Leasing»). La Banque était l'unique actionnaire de la personne morale issue de la fusion. La fusion s'est traduite par une nouvelle date de clôture d'exercice pour Leasing, soit le 23 décembre 1986.

(c) On December 24, 1986, Leasing formed a partnership, known as Central Capital Leasing (the "Partnership"), with 693396 and CCMI. Leasing contributed its leasing business to the Partnership in return for a 99 percent interest in the Partnership, and filed an election pursuant to s. 97(2) of the *Income Tax Act*. 693396 and CCMI each contributed \$656,929 to the Partnership and each received one-half of a 1 percent interest. Under the Partnership Agreement, 693396 and CCMI gave

c) Le 24 décembre 1986, Leasing a formé avec 693396 et CCMI une société en nom collectif appelée Central Capital Leasing (la «Société»). Leasing a transféré son entreprise de crédit-bail à la Société, en contrepartie d'une participation de 99 pour cent dans celle-ci, et elle a effectué le choix prévu au par. 97(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. CCMI et 693396 ont chacune fait un apport de 656 929 \$ à la Société en contrepartie d'une participation de 0,5 pour cent chacune. Le

representations and warranties that they were and would remain duly registered and qualified to carry on the business of the Partnership and enable it to own or lease property, that they could fulfill their partnership obligations without violating the terms of their constating documents or other agreements, and that their forming the Partnership would not result in the breach of any law or agreement. Leasing declined to give such representations.

(d) The first fiscal period for the Partnership ended on December 27, 1986.

(e) On December 27, 1986, as part of its winding-up, Leasing and the Bank signed an indenture providing for the transfer of Leasing's 99 percent partnership interest to the Bank pursuant to s. 88 of the *Income Tax Act*.

(f) On December 29, 1986, the Bank purchased secured notes and subordinated convertible debentures of Central for a total amount of \$130,071,985. This amount was credited to Central on the books of the Bank.

(g) On December 29, 1986, the Bank sold the interest in the Partnership to 693396 and 693397 for a total purchase price of \$130,071,985. Pursuant to the Partnership Interest Purchase Agreement and Assignment Agreement, 693396 purchased 1/11 of the partnership interest and 693397 purchased 10/11 of the partnership interest. The agreements were signed on December 24, 1986 and were effective December 29, 1986.

On February 4, 1987, 693397 sent a cheque to Leasing from the Partnership in the amount of \$130,726 in respect of Leasing's net earnings as the 99 percent partner of Central Leasing for the fiscal year December 24 to 27, 1986.

Leasing filed its income tax return for 1987 on the basis that pursuant to s. 97(2) of the *Income Tax Act*, it transferred all of its leasing assets, with the exception of the seven excluded leases, to the

contrat de société renfermait certaines déclarations et garanties émanant de 693396 et CCMI précisant qu'elles étaient et demeureraient dûment inscrites et compétentes pour exploiter l'entreprise de la Société et lui permettre de posséder ou de louer des biens, qu'elles pouvaient remplir leurs obligations dans le cadre de la Société sans contrevenir à leurs documents constitutifs ou à quelque autre accord et que le fait qu'elles formaient la Société n'entraînerait pas la violation de quelque loi ou accord. Leasing a refusé de faire de telles déclarations.

d) Le premier exercice de la Société a pris fin le 27 décembre 1986.

e) Le 27 décembre 1986, dans le cadre de la liquidation, Leasing et la Banque ont signé un contrat prévoyant le transfert à la Banque de la participation de 99 pour cent de Leasing dans la Société conformément à l'art. 88 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

f) Le 29 décembre 1986, la Banque a acheté des billets garantis et des débetures subalternes convertibles de Central pour un montant total de 130 071 985 \$. Cette somme a été portée au crédit de Central dans les registres de la Banque.

g) Le 29 décembre 1986, la Banque a vendu à 693396 et 693397 sa participation dans la Société pour un prix d'achat total de 130 071 985 \$. Aux termes du contrat d'achat de la participation dans la Société et du contrat de cession, 693396 et 693397 ont acheté respectivement 1/11 et 10/11 de la participation dans la Société. Ces contrats ont été signés le 24 décembre 1986 et ont pris effet le 29 décembre 1986.

Le 4 février 1987, 693397 a fait parvenir à Leasing un chèque de la Société, fait au montant de 130 726 \$ et correspondant aux bénéfices nets de Leasing en tant qu'associé détenteur d'une participation de 99 pour cent dans Central Leasing pour l'exercice allant du 24 au 27 décembre 1986.

Leasing a établi sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition 1987 en tenant pour acquis que, en application du par. 97(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, elle avait, le 24 décembre 1986,

7

8

Partnership on December 24, 1986 in return for its interest in the Partnership and that it transferred its interest in the Partnership to the Bank as part of its winding-up pursuant to s. 88(1) of the *Income Tax Act*.

⁹ On October 12, 1989, the Minister of National Revenue issued a Notice of Reassessment for the 1987 taxation year. Revenue Canada reassessed Leasing 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.

III. Relevant Statutory Provisions

¹⁰ The following statutory provisions are relevant to this appeal:

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

18. (1) A bank has the capacity and, subject to this Act, the rights, powers and privileges of a natural person.

20. (1) No act of a bank, including any transfer of property to or by a bank, is invalid by reason only that the act or transfer is contrary to this Act.

174. . . .

(2) Except as authorized by or under this Act and in accordance with such terms and conditions, if any, as are prescribed by the regulations, a bank shall not, directly or indirectly,

. . .

(i) acquire or hold an interest in Canada in, or otherwise invest or participate in Canada in, a partnership or limited partnership;

. . .

(16) A bank that contravenes any of paragraphs (2)(a), (c), (f), (h), (i) or (j) is guilty of an offence and

transféré tous ses éléments d'actif de crédit-bail — à l'exception des sept baux exclus — à la Société en contrepartie de sa participation dans celle-ci, et qu'elle avait ensuite transféré cette participation à la Banque dans le cadre de sa liquidation par application du par. 88(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Le 12 octobre 1989, le ministre du Revenu national a établi un avis de nouvelle cotisation pour l'année d'imposition 1987. Revenu Canada a établi cet avis 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.

III. Les dispositions législatives pertinentes

Les dispositions législatives pertinentes aux fins du présent pourvoi sont les suivantes:

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

18. (1) La banque a, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, la capacité d'une personne physique.

20. (1) Les actes de la banque, y compris les transferts de biens, ne sont pas nuls du seul fait qu'ils sont contraires à la présente loi.

174. . . .

(2) Sauf dans les conditions prévues par la présente loi ou ses textes d'application, et conformément aux modalités fixées par règlement, la banque ne peut, directement ou indirectement:

. . .

i) acquérir ou détenir une participation, au Canada, dans une société de personnes ou dans une société en commandite ou autrement participer à une telle société;

. . .

(16) La banque qui contrevient aux alinéas (2)a), c), f), h), i) ou j) commet une infraction et encourt, sur

liable on summary conviction to a fine not exceeding five hundred dollars in respect of each contravention.

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

2. Partnership is the relation that subsists between persons carrying on a business in common with a view to profit. . . .

34. A partnership is in every case dissolved by the happening of any event that makes it unlawful for the business of the firm to be carried on or for the members of the firm to carry it on in partnership.

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

85. (1) Where a taxpayer has after May 6, 1974 disposed of any of his property that was a capital property (other than real property, an interest therein or an option in respect thereof, owned by a non-resident person), a Canadian resource property, a foreign resource property, an eligible capital property or an inventory (other than real property) to a taxable Canadian corporation for consideration that includes shares of the capital stock of the corporation, if the taxpayer and the corporation have jointly so elected in prescribed form and within the time referred to in subsection (6), the following rules apply:

(a) the amount that the taxpayer and the corporation have agreed upon in their election in respect of the property shall be deemed to be the taxpayer's proceeds of disposition of the property and the corporation's cost of the property;

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

déclaration de culpabilité par procédure sommaire, une amende maximale de cinq cents dollars pour chaque contravention.

Partnerships Act, R.S.O. 1980, ch. 370 (ci-après la «*Loi sur les sociétés en nom collectif*»)

[TRADUCTION]

2. La société en nom collectif est la relation qui existe entre des personnes qui exploitent une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice. . . .

34. Une société en nom collectif est dissoute dans tous les cas où se produit un événement qui rend illégale soit l'exploitation de l'entreprise de la firme, soit son exploitation par les membres de la firme dans le cadre d'une société en nom collectif.

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

85. (1) Lorsqu'un contribuable a disposé, après le 6 mai 1974, en faveur d'une corporation canadienne imposable et pour une contrepartie comprenant des actions du capital-actions de la corporation, d'un bien lui appartenant qui était un bien en immobilisation (à l'exclusion d'un bien immeuble, d'un droit sur un tel bien et d'une option s'y rapportant, appartenant à une personne non résidente), un avoir minier canadien, un avoir minier étranger, un bien en immobilisation admissible ou les biens d'un inventaire (à l'exclusion des biens immeubles), et que le contribuable et la corporation ont fait un choix conjointement à cet égard selon le formulaire prescrit et dans le délai prévu au paragraphe (6), les règles suivantes s'appliquent:

a) la somme convenue entre le contribuable et la corporation, dans leur option, relativement au bien, est réputée être, pour le contribuable, le produit de la disposition du bien et, pour la corporation, le coût du bien;

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

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,

. . . .

(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.

97. (1) Where at any time after 1971 a partnership has acquired property from a taxpayer who was, immediately after that time, a member of the partnership, the partnership shall be deemed to have acquired the property at an amount equal to its fair market value at that time and the taxpayer shall be deemed to have disposed of the property for proceeds equal to that fair market value.

(2) Notwithstanding any other provision of this Act, other than subsection 85(5.1), where at any time after November 12, 1981 a taxpayer has disposed of any capital property, a Canadian resource property, a foreign resource property, an eligible capital property or an inventory to a partnership that immediately after that time was a Canadian partnership of which the taxpayer was a member, if the taxpayer and all the other members of the partnership have jointly so elected in prescribed

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 à un prix égal,

. . . .

(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.

97. (1) Lorsque, à une date quelconque après 1971, une société a acquis des biens d'un contribuable qui, immédiatement après cette date, faisait partie de la société, cette dernière est réputée les avoir acquis à un prix égal à leur juste valeur marchande à cette date et le contribuable est réputé en avoir disposé et en avoir tiré un produit égal à cette juste valeur marchande.

(2) Nonobstant les autres dispositions de la présente loi, sauf le paragraphe 85(5.1), lorsque, à une date quelconque après le 12 novembre 1981, un contribuable a disposé d'un de ses biens en immobilisation, d'un avoir minier canadien, d'un avoir minier étranger, d'un bien en immobilisation admissible ou des biens d'un inventaire, en faveur d'une société qui, immédiatement après cette date, était une société canadienne dont le contribuable était membre, et que le contribuable et tous les

form and within the time referred to in subsection 96(4), the following rules apply:

(a) the provisions of paragraphs 85(1)(a) to (f) apply to the disposition as if

(i) the reference therein to “corporation’s cost” were read as a reference to “partnership’s cost”,

(ii) the references therein to “other than any shares of the capital stock of the corporation or a right to receive any such shares” and to “other than shares of the capital stock of the corporation or a right to receive any such shares” were read as references to “other than an interest in the partnership”,

(iii) the references therein to “shareholder of the corporation” were read as references to “member of the partnership”,

(iv) the references therein to “the corporation” were read as references to “all the other members of the partnership”, and

(v) the references therein to “to the corporation” were read as references to “to the partnership”;

(b) in computing, at any time after the disposition, the adjusted cost base to the taxpayer of his interest in the partnership immediately after the disposition,

(i) there shall be added the amount, if any, by which the taxpayer’s proceeds of disposition of the property exceed the fair market value, at the time of the disposition, of the consideration (other than an interest in the partnership) received by the taxpayer for the property, and

(ii) there shall be deducted the amount, if any, by which the fair market value, at the time of the disposition, of the consideration (other than an interest in the partnership) received by the taxpayer for the property so disposed of by him exceeds the fair market value of the property at the time of the disposition; and

(c) where the property so disposed of by the taxpayer to the partnership is taxable Canadian property of the taxpayer, the interest in the partnership received by him as consideration therefor shall be deemed to be taxable Canadian property of the taxpayer.

autres membres de la société ont fait conjointement un choix à cet égard selon le formulaire prescrit et dans le délai mentionné au paragraphe 96(4), les règles suivantes s’appliquent:

a) les alinéas 85(1)a) à f) s’appliquent à la disposition comme si un renvoi à

(i) «pour la corporation» était interprété comme étant un renvoi à «pour la société»,

(ii) «autre que toutes actions du capital-actions de la corporation ou un droit d’en recevoir» était interprété comme étant un renvoi à «autre qu’une participation dans la société»,

(iii) «actionnaire de la corporation» était interprété comme étant un renvoi à «membre de la société»,

(iv) «la corporation» était interprété comme étant un renvoi à «tous les autres membres de la société», et

(v) «à la corporation» était interprété comme étant un renvoi à «à la société»;

b) dans le calcul, à une date quelconque après la date de la disposition, du prix de base rajusté, pour le contribuable, de sa participation dans la société, immédiatement après la disposition,

(i) il doit être ajouté la fraction, si fraction il y a, du produit que le contribuable a tiré de la disposition des biens qui est en sus de la juste valeur marchande, à la date de la disposition, de la contrepartie (autre qu’une participation dans la société) reçue par le contribuable pour les biens, et

(ii) il doit être déduit la fraction, si fraction il y a, de la juste valeur marchande, à la date de la disposition, de la contrepartie (autre qu’une participation dans la société) reçue par le contribuable pour les biens dont il a ainsi disposé qui est en sus de leur juste valeur marchande à la date de la disposition; et

c) lorsque les biens dont le contribuable a ainsi disposé en faveur de la société sont des biens canadiens imposables du contribuable, la participation dans la société qu’il a reçue en contrepartie est réputée être un bien canadien imposable du contribuable.

IV. Judicial History

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

¹¹ Bowman J.T.C.C. allowed Leasing's appeal of the reassessment. Dealing first with illegality under s. 174(2)(i) of the *Bank Act*, Bowman J.T.C.C. recognized that Leasing's entering into the Partnership was a breach of the *Bank Act*, given that this resulted in indirect participation of the Bank in a partnership. Bowman J.T.C.C. held, however, that the breach of the *Bank Act* was not sufficient to invalidate the scheme because the *Bank Act* provides a penalty for the breach and because s. 20(1) preserves the validity of the impugned act.

¹² Bowman J.T.C.C. concluded that the scheme, in substance, was a single transaction designed to sell Leasing's assets and that the Partnership was merely a means to an end. He held that neither the Bank nor Leasing had intended to enter into a long-term partnership with Central. In his opinion, the scheme had been designed to enable the Bank to divest the leasing assets at a tax cost roughly equivalent to the cost of a share transaction. However, in his opinion, the scheme was not a sham. He held that the Bank and Central had been at arm's length and that their legal relationships had been real and binding. He held that the parties would not have been able to tell a third party that they were not partners and had not disguised another type of legal relationship. In his opinion, a sham requires a different, real, legal relationship behind a legal facade. Bowman J.T.C.C. concluded that the legal reality was the same as the apparent legal relationships; therefore, there had been no sham.

¹³ Bowman J.T.C.C. held that the requirement to consider "substance over form" in income tax law

IV. L'historique des procédures

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

Le juge Bowman de la Cour canadienne de l'impôt a accueilli l'appel de Leasing à l'encontre de la nouvelle cotisation. Examinant d'abord l'illégalité reprochée au regard de l'al. 174(2)i de la *Loi sur les banques*, il a reconnu que la participation de Leasing à la Société avait constitué une violation de cette loi, étant donné qu'elle avait donné lieu à la participation indirecte de la Banque à une société de personnes (ou société en nom collectif). Il a conclu toutefois que la violation de la *Loi sur les banques* n'était pas suffisante pour invalider le stratagème, car la *Loi sur les banques* prévoit une peine à cet égard et le par. 20(1) protège la validité de l'acte reproché.

Le juge Bowman a conclu que le stratagème était essentiellement une seule et même opération visant à vendre les éléments d'actif de Leasing et que la Société constituait uniquement un moyen de parvenir à cette fin. Il a conclu que ni la Banque ni Leasing n'avaient eu l'intention de s'engager à long terme dans le cadre d'une société en nom collectif avec Central. À son avis, le stratagème avait plutôt été conçu afin de permettre à la Banque de se départir des éléments d'actif de crédit-bail à un coût fiscal équivalant en gros à celui de la vente des actions. Le juge Bowman a cependant estimé que l'opération n'était pas un trompe-l'œil. Il est arrivé à la conclusion que la Banque et Central n'avaient aucun lien de dépendance entre elles et que leurs rapports juridiques étaient réels et obligatoires. Il a jugé que les parties n'auraient pas été en mesure de dire à un tiers qu'elles n'étaient pas des associés et qu'elles n'avaient pas camouflé un autre type de relation juridique. À son avis, pour qu'il y ait trompe-l'œil, il doit exister, derrière la façade juridique, une autre relation juridique véritable. Le juge Bowman a conclu que la réalité juridique qui était à la base de la relation juridique apparente était la même que celle qui apparaissait à la surface, de sorte qu'il n'y avait pas de trompe-l'œil.

Le juge Bowman a conclu que l'exigence selon laquelle il faut, en droit fiscal, considérer que «le

does not mean that the legal effect of a transaction is irrelevant, nor does it mean that one is entitled to treat substance as synonymous with economic effect. He held that he could not ignore the form of the legally binding relations in this case because the essential nature of a transaction cannot be altered for income tax purposes by nomenclature. Bowman J.T.C.C. concluded that the ultimate purpose of the transactions did not warrant a disregard of the legal relations created by the scheme; therefore, the parties had formed a valid partnership.

With respect to the sale of the partnership interest in the final step of the scheme, Bowman J.T.C.C. held that the Bank had not traded its partnership interest in the same way that a speculator or trader would trade land or securities. He held that the Bank's partnership interest had been a capital asset and that any characterization of the disposition of the partnership interest had to consider the context in which the transaction had occurred. The reasons for disposing of the partnership interest, in the context of a composite transaction forming an integral part of the winding up of Leasing, were sufficient to dispel any inference that the Bank had been engaged in a profit-making scheme. He noted that when subsidiaries are wound up, their assets are often transferred at cost to their parents to be immediately resold. He also noted that under s. 85 of the *Income Tax Act*, assets that are not inventory may be rolled into a corporation at their cost amount and immediately resold by the corporation at a profit without becoming inventory, because of the rapidity of the resale. Bowman J. rejected the Crown's argument that the Bank's gain on the sale of its partnership interest was income from an adventure in the nature of trade.

Bowman J. rejected the Crown's argument that the transactions violated the object and spirit of s.

fond l'emporte sur la forme» en matière fiscale ne veut pas dire que l'effet juridique d'une opération n'est pas pertinent ou que le fond peut être considéré comme synonyme d'effet financier. Il a statué qu'il ne pouvait pas faire abstraction de la forme des relations juridiquement obligatoires établies en l'espèce, car, aux fins de l'impôt sur le revenu, on ne peut changer la nature essentielle d'une opération en l'appelant différemment. Il a conclu que l'objectif ultime des opérations ne justifiait pas que l'on fasse abstraction des relations juridiques créées par le stratagème et que, en conséquence, les parties avaient formé une société en nom collectif valide.

En ce qui concerne la vente de la participation dans la Société à l'étape finale du stratagème, le juge Bowman a conclu que la Banque n'avait pas traité sa participation dans la Société comme un spéculateur ou un courtier traitent, selon le cas, des terrains ou des valeurs mobilières. Selon lui, la participation de la Banque dans la Société constituait un bien en immobilisation et, dans toute qualification de la disposition de cette participation, il fallait tenir compte du contexte dans lequel cette opération avait été effectuée. Les motifs de la disposition de la participation dans la Société, dans le cadre d'une opération composite faisant partie intégrante de la liquidation de Leasing étaient suffisants pour écarter toute inférence que la Banque avait voulu réaliser un bénéfice. Il a souligné que, lorsqu'une filiale est liquidée, ses éléments d'actif sont souvent transférés au prix coûtant à la société mère pour être revendus immédiatement. En outre, suivant l'art. 85 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les biens qui ne font pas partie d'un inventaire peuvent être transférés à une corporation, au prix coûtant, puis revendus immédiatement avec profit par la corporation sans qu'ils ne deviennent des biens faisant partie d'un inventaire, vu la rapidité de la revente. Le juge Bowman a rejeté la prétention du ministère public selon laquelle le gain réalisé par la Banque lors de la vente de sa participation dans la Société constituait un revenu tiré d'une opération à caractère commercial.

Le juge Bowman n'a pas retenu l'argument du ministère public voulant que les opérations aient

14

15

97(2) of the *Income Tax Act*. He held that the words of a statute are of primary importance when determining the statute's "object and spirit", but that any interpretation of a provision inconsistent with the obvious purpose of the provision should be avoided. He held that s. 97(2) is intended to defer tax by permitting an asset transfer without triggering an immediate tax result when the transfer is to a partnership. He held that the premise underlying s. 97(2) is that a taxpayer's real economic position is not enhanced because the assets are merely being held in a different vehicle. He held that a taxpayer does not contravene s. 97(2) by taking advantage of it.

Federal Court of Appeal, [1996] 3 F.C. 713

¹⁶ The Court of Appeal rendered two separate judgments. The judgment relevant to this appeal is that dealing with the liability of Leasing for the recapture of the capital cost allowance. In this judgment, Linden J.A. for the court concluded that no valid partnership had been created or, if one had been created, that it was void or *ultra vires* the Bank. Linden J.A. held that Leasing had sold its assets to Central and had recaptured capital cost allowance; therefore, it had to pay tax on the recapture.

¹⁷ Linden J.A. agreed that the transaction had not been a sham because no element of deceit had been involved and because the scheme had formed legally binding relationships. However, he held that to achieve the desired tax results the substance of the tax transaction must be considered, the partnership scheme must be real, and its form must not be fanciful. Linden J.A. reviewed the evidence and held that the parties had not intended to carry on business with a view to profit; therefore, s. 97(2) could not be relied upon by the parties.

été contraires à l'objet et à l'esprit du par. 97(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il a conclu que, dans la détermination de «l'objet et [de] l'esprit» d'une loi, les mots employés dans celle-ci ont une importance primordiale, mais qu'il faut éviter toute interprétation d'une disposition qui soit incompatible avec son objectif manifeste. Il a jugé que le par. 97(2) vise à autoriser le report de l'impôt en permettant qu'un élément d'actif soit transféré à une société en nom collectif sans déclencher de résultat fiscal immédiat. Il a statué que la prémisse qui sous-tend le par. 97(2) est que la situation financière véritable du contribuable n'est pas améliorée parce que les éléments d'actif sont simplement détenus par quelqu'un d'autre. Il a conclu qu'un contribuable ne contrevient pas au par. 97(2) parce qu'il se prévaut des dispositions de celui-ci.

Cour d'appel fédérale, [1996] 3 C.F. 713

La Cour d'appel a rendu deux jugements distincts. Le jugement pertinent en ce qui concerne le présent pourvoi est celui portant sur l'obligation de Leasing à l'égard de la récupération de la déduction pour amortissement. Dans ce jugement, le juge Linden a conclu, au nom de la cour, qu'aucune société en nom collectif valide n'avait été créée ou que, si une telle société avait été créée, sa création était frappée de nullité ou elle outrepassait les pouvoirs de la Banque. Il a statué que, comme Leasing avait vendu ses éléments d'actif à Central et récupéré la déduction pour amortissement, elle était tenue de payer de l'impôt à cet égard.

Le juge Linden a accepté que l'opération n'avait pas été un trompe-l'œil vu l'absence de tout élément de tromperie et le fait que le stratagème avait créé des relations. Cependant, il a conclu que, pour obtenir les conséquences fiscales souhaitées, la nature véritable de l'opération fiscale doit être prise en considération, la société en nom collectif mise sur pied doit être réelle et la structure utilisée ne doit pas être une fiction. Après examen de la preuve, le juge Linden a statué que les parties n'avaient pas eu l'intention d'exploiter une entreprise en vue de réaliser un bénéfice et que, en conséquence, elles ne pouvaient pas se prévaloir du par. 97(2).

Linden J.A. held that any involvement by the Bank in a partnership through Leasing would have been legally invalid, void and illegal because it would have contravened s. 174(2)(i) of the *Bank Act*, which prohibits banks from indirectly participating in partnerships through subsidiaries. He also held that s. 34 of the *Partnerships Act* would have dissolved any partnership that might have been established because a violation of s. 174(2)(i) of the *Bank Act* would be illegal and criminal within the meaning of s. 34. He also held that a partnership was *ultra vires* the Bank. He rejected arguments that ss. 18(1) and 20(1) of the *Bank Act* offset the *ultra vires* doctrine. He held that the parties had been advised by counsel that signing the Partnership Agreement was a violation of the *Bank Act*, that flagrant violations of the *Bank Act* will not be ignored and that this is not a circumstance for which the Court of Appeal should grant relief under s. 20(1). He held the Court of Appeal was obliged to apply the doctrine of *ultra vires* and to view the scheme as invalid.

V. Issues

The following issues must be addressed to determine this appeal.

1. Was Leasing a member of a valid partnership with the subsidiaries of Central in December 1986 within the meaning of s. 2 of the *Partnerships Act*?
2. If Leasing was a member of a valid partnership within the meaning of s. 2 of the *Partnerships Act*, was the partnership rendered invalid by s. 174(2)(i) of the *Bank Act*, by s. 34 of the *Partnerships Act*, or by the common law doctrines of illegality or *ultra vires*?
3. If the partnership was invalid, was Leasing liable for recapture under s. 13 of the

Le juge Linden a estimé que toute participation de la Banque à une société en nom collectif par l'entremise de Leasing aurait été invalide en droit, nulle et illégale parce que contraire à l'al. 174(2)i) de la *Loi sur les banques*, qui interdit aux banques de détenir indirectement une participation dans une telle société par l'entremise de filiales. Il a également conclu que l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* aurait eu pour effet de dissoudre toute société en nom collectif mise sur pied, étant donné qu'une violation de l'al. 174(2)i) de la *Loi sur les banques* aurait constitué un acte illégal et criminel au sens de l'art. 34. En outre, la participation à une société en nom collectif constituait un excès de pouvoir par la Banque. Il a rejeté les prétentions selon lesquelles les par. 18(1) et 20(1) de la *Loi sur les banques* faisaient contrepoids à la théorie de l'excès de pouvoir. Il a conclu que les parties avaient été informées par les avocats que la signature du contrat de société était une violation de la *Loi sur les banques*, en plus de statuer que des violations flagrantes de cette loi ne seraient pas passées sous silence et qu'il ne s'agissait pas d'une circonstance qui justifiait la Cour d'appel d'accorder une réparation en vertu du par. 20(1). Il a conclu que la Cour d'appel était tenue d'appliquer la théorie de l'excès de pouvoir et de tenir le stratagème pour invalide.

V. Les questions en litige

Les questions en litige énoncées ci-après doivent être tranchées dans le cadre du présent pourvoi:

1. En décembre 1986, Leasing faisait-elle partie, avec les filiales de Central, d'une société en nom collectif valide au sens de l'art. 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*?
2. Si Leasing faisait partie d'une société en nom collectif valide au sens de l'art. 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*, cette société était-elle invalidée par l'effet de l'al. 174(2)i) de la *Loi sur les banques*, de l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* ou des théories de l'illégalité ou de l'excès de pouvoir en common law?
3. Si la société en nom collectif était invalide, Leasing était-elle tenue de payer de l'impôt

Income Tax Act as the person that disposed of its depreciable assets to the Central subsidiary?

VI. Analysis

1. *Was Leasing a member of a valid partnership with the subsidiaries of Central in December 1986 within the meaning of s. 2 of the Partnerships Act?*

²⁰ In order to answer this question, it is necessary to consider the various legal requirements for the proper characterization of the transactions entered into by Leasing. The sham doctrine will not be applied unless there is an element of deceit in the way a transaction was either constructed or conducted. This requirement was outlined by Estey J. as follows in *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at pp. 545-46:

A sham transaction: This expression comes to us from decisions in the United Kingdom, and it has been generally taken to mean (but not without ambiguity) a transaction conducted with an element of deceit so as to create an illusion calculated to lead the tax collector away from the taxpayer or the true nature of the transaction; or, simple deception whereby the taxpayer creates a facade of reality quite different from the disguised reality.

Both the trial judge and the Court of Appeal correctly held that the transactions entered into by the parties did not amount to a sham and the sham issue was not argued in this Court. However, the Court of Appeal, after holding that the transaction did not amount to a sham, stated that the present case is an example of a transaction “[w]here legal reality is found to be lacking” (p. 726). The Court of Appeal found that the trial judge erred in law by relying exclusively on documents and forms and did not give proper consideration to the reality of the situation.

²¹ After it has been found that the sham doctrine does not apply, it is necessary to examine the doc-

relativement à la récupération de l’amortissement en vertu de l’art. 13 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* en tant que personne ayant disposé de ses biens amortissables en faveur de la filiale de Central?

VI. L’analyse

1. *En décembre 1986, Leasing faisait-elle partie, avec les filiales de Central, d’une société en nom collectif valide au sens de l’art. 2 de la Loi sur les sociétés en nom collectif?*

Pour répondre à cette question, il est nécessaire d’examiner les différentes exigences juridiques applicables pour bien qualifier les opérations auxquelles Leasing a été partie. La théorie du trompe-l’œil ne s’applique qu’en présence d’un élément de tromperie dans la façon dont une opération a été conçue ou réalisée. Cette exigence a été énoncée ainsi par le juge Estey, dans *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, aux pp. 545 et 546:

Le trompe-l’œil: cette expression nous vient de décisions du Royaume-Uni et signifie, de façon générale (non sans ambiguïté), une opération assortie d’un élément de tromperie de manière à créer une illusion destinée à cacher au percepteur le contribuable ou la nature réelle de l’opération, ou un faux-semblant par lequel le contribuable crée une apparence différente de la réalité qu’elle sert à masquer.

Tant le juge de première instance que la Cour d’appel ont à juste titre conclu que les opérations effectuées par les parties ne constituaient pas un trompe-l’œil, et cette question n’a pas été débattue devant notre Cour. Cependant, après avoir conclu que l’opération n’équivalait pas à un trompe-l’œil, la Cour d’appel a dit que la présente affaire est un exemple d’opération se caractérisant par une «absence de réalité juridique» (p. 726). Elle a statué que le juge de première instance avait commis une erreur de droit en s’en remettant exclusivement à des documents et à des formulaires et en ne tenant pas dûment compte de la réalité de la situation.

Une fois qu’il est jugé que la théorie du trompe-l’œil ne s’applique pas, il est nécessaire d’exami-

uments outlining the transaction to determine whether the parties have satisfied the requirements of creating the legal entity that it sought to create. The proper approach is that outlined in *Orion Finance Ltd. v. Crown Financial Management Ltd.*, [1996] 2 B.C.L.C. 78 (C.A.), at p. 84:

The first task is to determine whether the documents are a sham intended to mask the true agreement between the parties. If so, the court must disregard the deceptive language by which the parties have attempted to conceal the true nature of the transaction into which they have entered and must attempt by extrinsic evidence to discover what the real transaction was. There is no suggestion in the present case that any of the documents was a sham. Nor is it suggested that the parties departed from what they had agreed in the documents, so that they should be treated as having by their conduct replaced it by some other agreement.

Once the documents are accepted as genuinely representing the transaction into which the parties have entered, its proper legal categorisation is a matter of construction of the documents. This does not mean that the terms which the parties have adopted are necessarily determinative. The substance of the parties' agreement must be found in the language they have used; but the categorisation of a document is determined by the legal effect which it is intended to have, and if when properly construed the effect of the document as a whole is inconsistent with the terminology which the parties have used, then their ill-chosen language must yield to the substance.

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

The existence of a partnership is dependent on the facts and circumstances of each particular case. It is also determined by what the parties actually

ner les documents qui constatent l'opération pour déterminer si les parties ont satisfait aux conditions de création de l'entité juridique qu'elles entendaient créer. La démarche appropriée est énoncée dans l'arrêt *Orion Finance Ltd. c. Crown Financial Management Ltd.*, [1996] 2 B.C.L.C. 78 (C.A.), à la p. 84:

[TRADUCTION] La première étape consiste à déterminer si les documents constituent un trompe-l'œil destiné à masquer l'accord véritablement intervenu entre les parties. Si oui, le tribunal doit faire abstraction du langage trompeur employé par les parties pour tenter de dissimuler la véritable nature de l'opération qu'elles ont conclue et il doit tenter, à l'aide de preuves extrinsèques, de découvrir quelle était la véritable opération. On ne prétend pas, en l'espèce, que l'un ou l'autre des documents constituait un trompe-l'œil. On ne soutient pas non plus que les parties se sont écartées de ce qu'elles avaient convenu dans les documents, de telle sorte qu'elles devraient être considérées comme ayant, de par leur comportement, convenu de quelque nouvel accord.

Une fois qu'il est accepté que les documents reflètent véritablement l'opération intervenue entre les parties, on dégage la qualification juridique appropriée de celle-ci en interprétant les documents. Il ne s'ensuit pas que les termes retenus par les parties sont nécessairement déterminants. La substance de l'accord dont ont convenu les parties doit être dégagée du libellé employé, mais la qualification d'un document est déterminée par l'effet juridique qu'il est censé avoir; lorsque, suivant une interprétation appropriée, l'effet du document dans son ensemble est incompatible avec la terminologie employée par les parties, le libellé inapproprié doit céder le pas à la substance.

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

L'existence d'une société en nom collectif est tributaire des faits et circonstances propres à chaque espèce. Elle est également fonction de l'in-

22

23

intended. As stated in *Lindley & Banks on Partnership* (17th ed. 1995), at p. 73: “in determining the existence of a partnership . . . regard must be paid to the true contract and intention of the parties as appearing from the whole facts of the case”.

24 The *Partnerships Act* does not set out the criteria for determining when a partnership exists. But since most of the case law dealing with partnerships results from disputes where one of the parties claims that a partnership does not exist, a number of criteria that indicate the existence of a partnership have been judicially recognized. The indicia of a partnership include the contribution by the parties of money, property, effort, knowledge, skill or other assets to a common undertaking, a joint property interest in the subject-matter of the adventure, the sharing of profits and losses, a mutual right of control or management of the enterprise, the filing of income tax returns as a partnership and joint bank accounts. (See A. R. Manzer, *A Practical Guide to Canadian Partnership Law* (1994 (loose-leaf)), at pp. 2-4 *et seq.* and the cases cited therein.)

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

26 It should be noted that Leasing is the company whose tax liability is the subject of this appeal. In determining the proper effect to be given to the

tention véritable des parties. Comme il est indiqué dans *Lindley & Banks on Partnership* (17^e éd. 1995), à la p. 73: [TRADUCTION] «pour déterminer l’existence d’une société en nom collectif [. . .] il faut tenir compte du contrat et de l’intention véritables des parties ressortant de l’ensemble des faits de l’affaire».

La *Loi sur les sociétés en nom collectif* ne précise pas les critères qui permettent de déterminer si une telle société existe. Cependant, comme la plupart des décisions des tribunaux en matière de société en nom collectif résultent de litiges dans lesquels une des parties prétend qu’une telle société n’existe pas, un certain nombre de critères indiquant l’existence d’une société en nom collectif ont été reconnus par les tribunaux. Parmi ces indices, mentionnons les suivants: apport des parties à l’entreprise commune sous forme de numéraire, biens, travail, connaissances, habiletés ou autres éléments; droit de propriété conjointe dans l’objet de l’entreprise; partage des profits et des pertes; droit mutuel de contrôle ou de gestion de l’entreprise; production de déclarations de revenus à titre de société en nom collectif et comptes bancaires conjoints. (Voir A. R. Manzer, *A Practical Guide to Canadian Partnership Law* (1994 (édition à feuilles mobiles)), aux pp. 2-4 et suiv., et la jurisprudence qui y est citée.)

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

Il convient de signaler que Leasing est l’entreprise dont l’obligation fiscale fait l’objet du présent pourvoi. Pour statuer sur l’effet qu’il convient

Partnership, the concern is whether Leasing was a partner in a valid partnership between December 24, 1986 and December 26, 1986. The main dispute between the parties concerns whether Leasing intended to carry on business in common with Central's subsidiaries with a view to profit. In order for Leasing to take advantage of the rollover provisions in s. 97(2) of the *Income Tax Act*, it had to be a valid member of a partnership when it transferred its assets. The dispute does not surround the validity of the partnership with respect to Central's subsidiaries who entered the Partnership on December 24, 1986 and continued to operate that Partnership long after Leasing and the Bank were no longer members.

The Partnership Agreement contains most of the standard provisions that appear in partnership agreements. The agreement provides for the carrying on of "leasing services and such other businesses as the Managing Partner may from time to time determine" (Art. 2.01); it also provides for the distribution of income or loss to "those Persons who are Partners on the last day of the fiscal year of the Partnership" (Art. 5.09) and sets out the liability of the partners (Art. 3.02). The agreement further provides for the Management of the Partnership (Art. IV), Accounts and Allocations (Art. V), Dissolution (Art. VIII) and other provisions common to partnership agreements. It is not surprising that the Partnership contains all of the provisions required to form a valid partnership. The parties intended to set up a partnership that would comply with s. 2 of the *Partnerships Act* and they succeeded.

(a) Was There a Business?

By s. 1(1)(a) of the *Partnerships Act*, "business" includes "every trade, occupation and profession". There is no doubt that equipment leasing constitutes a business within the meaning of the *Partnerships Act*. The activities carried on by Leasing that were subsequently transferred to the Partnership included sales financing and leasing, which

de reconnaître à la Société, il faut se demander si Leasing était un associé au sein d'une société en nom collectif valide entre le 24 et le 26 décembre 1986. La principale source de différend entre les parties est la question de savoir si Leasing entendait exploiter une entreprise en commun avec les filiales de Central en vue de réaliser un bénéfice. Pour que Leasing puisse profiter de la possibilité de faire le transfert libre d'impôt prévu au par. 97(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il fallait qu'elle soit véritablement membre d'une société en nom collectif lorsqu'elle a transféré ses éléments d'actif. Le différend ne porte pas sur la validité de la société en nom collectif en ce qui concerne les filiales de Central, lesquelles en sont devenues membres le 24 décembre 1986 et ont continué de l'exploiter longtemps après que Leasing et la Banque eurent cessé d'en faire partie.

Le contrat de société renferme la plupart des clauses types figurant dans les documents de cette nature. Il prévoit l'exploitation de [TRADUCTION] «services de crédit-bail et d'autres entreprises déterminées par l'associé directeur général» (art. 2.01); il pourvoit également à la répartition des revenus ou des pertes entre [TRADUCTION] «les personnes qui sont des associés le dernier jour de l'exercice de la Société» (art. 5.09); et il précise la responsabilité des associés (art. 3.02). Le contrat pourvoit également à la gestion de la Société (art. IV), aux comptes et répartitions (art. V), à la dissolution (art. VIII) et à d'autres aspects communs à toute société en nom collectif. Il n'est pas étonnant que le contrat de société renferme toutes les stipulations requises pour la création d'une société en nom collectif valide. Les parties ont voulu établir une société en nom collectif conforme à l'art. 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* et elles ont réussi.

a) Existait-il une entreprise?

Aux termes de l'al. 1(1)a) de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*, le mot «entreprise» s'entend notamment [TRADUCTION] «d'un commerce, d'une occupation ou d'une profession». Il ne fait aucun doute que la location de matériel constitue une entreprise au sens de cette loi. Les activités exercées par Leasing qui ont subséquentement été

27

28

involved, among other things, the purchase of depreciable assets including heavy equipment and aircraft, which were then leased for a term to corporations that required the use of the assets in their business.

(b) Was the Business Carried On in Common?

29

If a partnership is to exist, it must be shown that two or more people carried on the business. It is also fundamental that the business is carried on in common (*Lindley & Banks on Partnership, supra*, at pp. 9-10). The respondent argues that no active business activity was conducted between December 24 and December 29, the period in which Leasing and subsequently the Bank were members of the Partnership. Therefore, according to the respondent, the Partnership did not carry on business within the meaning of s. 2 of the *Partnerships Act*. Further, s. A.9(a) of the Master Agreement set out that new transactions were prohibited between December 24 and December 29 without unanimous consent. Moreover, the three days over the 1986 Christmas holiday that were chosen for the purported involvement of Leasing in the Partnership ensured that no business would be conducted.

30

The issue of whether an equipment leasing operation constitutes a business for the purposes of the *Income Tax Act* was before this Court in *Hickman Motors Ltd. v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 336. In that case, L'Heureux-Dubé J., with whom the majority agreed on that point, found that a leasing business was in fact carried on by a company to which a subsidiary transferred its leasing assets, in circumstances where the parent's sole business activity was the passive receipt of rent. At p. 359, she held:

Where machinery is rented out, the essential core operations may at times be limited to accepting rental revenue and assuming the business risk and other obligations. At any time during that period, any client could demand the execution of any of the contractual obligations, such as

transférées à la Société comprenaient le financement et le crédit-bail, ce qui emportait notamment l'achat de biens amortissables comme du matériel lourd et des aéronefs, lesquels étaient ensuite loués pendant des périodes données à des personnes morales qui en avaient besoin dans le cadre de leurs activités.

(b) L'entreprise était-elle exploitée en commun?

Pour qu'une société en nom collectif existe, il doit être établi qu'au moins deux personnes exploitent l'entreprise. Il est également essentiel que l'entreprise soit exploitée en commun (*Lindley & Banks on Partnership, op. cit.*, aux pp. 9 et 10). L'intimée affirme qu'aucune entreprise n'était exploitée activement entre le 24 et le 29 décembre, soit la période pendant laquelle Leasing, puis la Banque, ont été membres de la Société. En conséquence, selon l'intimée, la Société n'exploitait pas une entreprise au sens de l'art. 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*. En outre, l'art. A.9(a) de l'accord principal interdisait toute nouvelle opération entre le 24 et le 29 décembre sauf avec le consentement unanime des parties. En outre, le choix des trois jours désignés, au cours de la période de Noël en 1986, pour la prétendue participation de Leasing à la Société faisait en sorte qu'aucune opération ne serait exécutée.

La question de savoir si une entreprise de location de matériel constitue une entreprise pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* a été examinée par notre Cour dans l'arrêt *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336. Dans cette affaire, le juge L'Heureux-Dubé, dont les motifs sur ce point ont été acceptés par les juges de la majorité de notre Cour, a conclu que l'entreprise de location était en fait exploitée par une société à laquelle une filiale avait transféré ses éléments d'actif de location dans des circonstances où la seule activité commerciale de la société mère était la réception passive du loyer. Le juge L'Heureux-Dubé a dit ce qui suit, à la p. 359:

Lorsque de la machinerie est louée, l'essentiel des opérations peut, à l'occasion, se limiter à recevoir les revenus de location ainsi qu'à assumer le risque commercial et les autres obligations. En tout temps au cours de cette période, un client pourrait exiger l'exécution de l'une

fixing an engine, for example. Where, because a rental business is fortunate enough to experience no mechanical breakdowns or accidents during a period of time, it “passively” accepts rental revenue and assumes business risk and obligations, it does not necessarily follow that it is not carrying on a business during that period. Holding otherwise would imply that rental businesses are “intermittent”, that is, that they carry on a business only when something goes wrong in the operations. Such a proposition is unacceptable.

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

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

The fact that no new business was created during the period of Leasing and the Bank’s involvement in the Partnership does not negate the effect of the existing business that was continued during this time. The existence of a valid partnership does not depend on the creation of a new business. It is common that partnerships are formed when two

des obligations prévues au contrat, par exemple, la réparation d’un moteur. Lorsque, parce qu’elle a la chance de ne pas avoir d’ennuis ou d’accidents de nature mécanique au cours d’une certaine période, une entreprise de location accepte «passivement» les revenus de location ainsi que les risques et les obligations de nature commerciale, il ne s’ensuit pas pour autant qu’elle n’exploite pas une entreprise au cours de cette période. Toute autre conclusion laisserait implicitement supposer que les entreprises de location sont «intermittentes», c’est-à-dire qu’elles n’exploitent une entreprise que dans le cas où quelque chose ne va pas dans les opérations. Une telle proposition est inacceptable.

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

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

Le fait qu’aucune nouvelle activité commerciale n’ait été entreprise pendant la période où Leasing et la Banque ont participé à la Société n’annule pas les effets de l’entreprise déjà existante, dont l’exploitation s’est poursuivie pendant cet intervalle. L’existence d’une société en nom collectif valide ne dépend pas de l’exploitation de nouvelles acti-

31

32

33

parties agree to carry on the existing business of one of them, while the other contributes capital.

vités commerciales. Il est courant qu'une société en nom collectif soit formée par deux parties qui conviennent d'exploiter l'entreprise de l'une d'entre elles, tandis que l'autre fait un apport de capital.

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

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

35 If any of the negotiations that Central was involved in had resulted in a decision by Central's subsidiaries who were members of the Partnership during the relevant period to follow through with the transaction, under the Partnership Agreement, the Partnership would have been bound by these agreements. By entering the Partnership Agreement, Leasing and the Bank recognized that any partner had the authority to bind the firm.

Si, à la suite des négociations auxquelles Central a participé, les filiales de Central qui étaient membres de la Société pendant la période pertinente avaient décidé de donner suite à l'opération, la Société aurait, en vertu du contrat de société, été liée par ces accords. En signant le contrat de société, Leasing et la Banque reconnaissent que tout associé avait le pouvoir de lier la firme.

36 It is also relevant that during the brief term that Leasing and the Bank were parties to the Partnership Agreement, they held themselves out as partners. Various supporting documents, including correspondence with third parties, tax returns, financial statements and assignments of leases effected during this period, are consistent with the

Il est également significatif que, pendant la courte période où elles ont été parties au contrat de société, Leasing et la Banque se sont présentées comme des associés. Divers documents à l'appui, comme de la correspondance avec des tiers, des déclarations de revenus, des états financiers et des cessions de baux datant de cette période sont com-

carrying on of a business in common. While this alone would not have the effect of validating the Partnership, because holding out affects liability as against third parties and not the essential validity of the arrangement (s. 15, *Partnerships Act*), it is nonetheless evidence of the parties' intention to carry on business in common under the Partnership.

Bowman J.T.C.C. was correct in emphasizing that the members of the Partnership could not hold themselves out to third parties as not being partners. In the Partnership Agreement, art. 3.02 sets out the liability of the partners. It provides in part: "[s]ubject to Article XI, the Partners shall, as between themselves, be liable for the obligations, liabilities and losses of the Partnership in the same proportion as their respective Interests." The Partnership was involved in the leasing of aircraft. If, during the period in which Leasing and the Bank were members of the Partnership, liability of the lessor was engaged because of an event involving a leased aircraft, Leasing and the Bank could not have denied that they were members of the Partnership and, according to art. 3.02, would have been liable for 99 percent of the loss incurred by the lessee.

The Bank and Leasing conducted themselves as partners for the duration of their memberships in the Partnership. Throughout that period, they were subject to all of the rights and obligations of partners and carried on the business of leasing in common with the other partners. There is no evidence to show that the leasing business carried on as defined in *Hickman, supra*, was not carried on by Leasing and the Central subsidiaries.

(c) Was the Business Carried On in Common with a View to Profit?

The Court of Appeal held that the parties intended to conduct a sale of assets through a device they chose to call a partnership. This intention did not include a view to profit and in fact "the idea to share profits was an afterthought when the parties originally put the deal together"

patibles avec l'exploitation d'une entreprise en commun. Même si le fait de se présenter comme un associé n'a pas à lui seul pour effet de valider la Société, étant donné qu'il a une incidence sur la responsabilité vis-à-vis des tiers et non sur la validité fondamentale de l'arrangement (art. 15 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*), il atteste néanmoins l'intention des parties d'exploiter une entreprise en commun dans le cadre de la Société.

Le juge Bowman a à juste titre souligné que les membres de la Société ne pouvaient pas dire aux tiers qu'ils n'étaient pas des associés. L'article 3.02 du contrat de société précise la responsabilité des associés. Il prévoit notamment que, [TRADUCTION] «[s]ous réserve de l'article XI, les associés sont responsables entre eux, des obligations, dettes et pertes de la Société dans une proportion égale à leur participation respective». La Société faisait la location d'aéronefs. Si, au cours de la période pendant laquelle Leasing et la Banque ont fait partie de la Société, la responsabilité du bailleur avait été engagée par suite d'un événement se rapportant à un aéronef loué, Leasing et la Banque n'auraient pu nier qu'elles étaient membres de la Société, de sorte que, suivant l'art. 3.02, elles auraient été tenues responsables de 99 pour cent de la perte subie par le preneur à bail.

La Banque et Leasing se sont comportées comme des associés pendant la durée de leur participation à la Société. Tout au long de cette période, elles ont eu les droits et les obligations d'un associé et elles ont exploité l'entreprise de crédit-bail en commun avec les autres associés. Il n'y a aucune preuve indiquant que l'entreprise de location exploitée au sens de l'arrêt *Hickman*, précité, n'a pas été exploitée par Leasing et les filiales de Central.

c) L'entreprise était-elle exploitée en commun en vue de réaliser un bénéfice?

La Cour d'appel a conclu que les parties avaient eu l'intention de vendre des éléments d'actif en recourant à un mécanisme qu'elles ont choisi d'appeler une société en nom collectif. Leur intention n'englobait pas la réalisation d'un bénéfice et, dans les faits, «l'idée de partager les bénéfices est venue

37

38

39

(p. 731). This characterization by the Court of Appeal ignores the fact that the Partnership Agreement provided for the distribution of the profits from the leasing business being operated by the Partnership and that the Partnership continued to carry on the business operated for profit by Leasing. There is no evidence of any expectation other than that profits would continue to be generated during the predetermined term of Leasing's involvement in the Partnership. The Court of Appeal also relied heavily on the fact that Leasing was not legally entitled to a share of the profits of the first fiscal year because its partnership interest had already been transferred to the Bank by the time the year end was triggered on December 27, 1986. This, however, is irrelevant to the determination of the issue.

après coup lorsque que les parties ont initialement élaboré l'accord» (p. 731). Cette affirmation de la Cour d'appel ne tient pas compte du fait que le contrat de société prévoyait la répartition des bénéfices tirés de l'entreprise de crédit-bail exploitée par la Société et que celle-ci a continué l'entreprise exploitée dans un but lucratif par Leasing. Il n'y a aucune preuve qu'on attendait autre chose que la poursuite de la réalisation de bénéfices pendant la durée prévue de la participation de Leasing à la Société. De plus, la Cour d'appel s'est beaucoup appuyée sur le fait que Leasing n'avait pas légalement droit à une quote-part des bénéfices réalisés pendant le premier exercice, étant donné que sa participation dans la Société avait déjà été transférée à la Banque au moment de la clôture de l'exercice le 27 décembre 1986. Cet élément n'est toutefois pas pertinent pour trancher la question en litige.

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

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

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

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

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

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

41 These provisions clearly contemplate the distribution of profits in accordance with a partner's interest in the Partnership. Profit was accumulated by the Partnership during the period of Leasing's membership in that partnership and that profit was distributed. Leasing received a cheque dated February 4, 1987 for \$130,726 that was described in a financial statement dated January 11, 1988 as a 99 percent share of partnership income for the period December 24 to December 27, 1986.

Ces stipulations prévoient clairement la répartition des bénéfices en fonction de la participation de l'associé dans la Société. Cette dernière a accumulé un bénéfice au cours de la période où Leasing en faisait partie, et ce bénéfice a été distribué. Leasing a reçu un chèque de 130 726 \$ daté du 4 février 1987, somme qui a été décrite dans des états financiers en date du 11 janvier 1988, comme correspondant à 99 pour cent du bénéfice de la Société pour la période allant du 24 au 27

Because Leasing had already transferred its partnership interest to the Bank by December 27, 1986, it was not entitled to receive the partnership income under the Partnership Agreement as it was no longer a partner at year end. This however, does not change the fact that a generation of profit and profit sharing was contemplated and effected under the Partnership Agreement. Whether the entitlement belonged to Leasing or to the Bank at the end of the year is of no consequence. The important consideration is that the 99 percent partnership interest owned initially by Leasing and then the Bank carried with it a right to share in the profits of business carried on by the Partnership.

It is not disputed that the ultimate objective of the series of transactions entered into by the parties and in particular the Partnership was to duplicate the tax consequences of the original share transaction with Central. The Bank's main intention and by extension, Leasing's main intention was to get rid of its leasing assets for the purpose of winding up. As *Bowman J.T.C.C.* held, at p. 2151:

One thing is clear. Notwithstanding the pious assertions of a number of witnesses that they intended to enter into a partnership with the other parties, [the Bank's] and [Leasing's] intention was patently not to go into the leasing business in partnership with [Central]. . . . The whole object of the exercise was precisely the opposite — to get out of that business. The partnership was merely a means to that end.

Simply because the parties had the overriding intention of creating a partnership for one purpose does not, however, negate the fact that profit-making and profit-sharing was an ancillary purpose. This is sufficient to satisfy the definition in s. 2 of the *Partnerships Act* in the circumstances of this case. At pp. 10-11, *Lindley & Banks on Partnership* makes the following observation:

. . . if a partnership is formed with some other predominant motive [other than the acquisition of profit], e.g., tax avoidance, but there is also a real, albeit ancillary, profit element, it may be permissible to infer that the business is being carried on "with a view of profit." If,

décembre 1986. Comme elle avait déjà transféré sa participation dans la Société à la Banque le 27 décembre 1986 et n'était donc plus un associé à la clôture de l'exercice, Leasing n'avait pas droit à sa quote-part du bénéfice de la Société en vertu du contrat de société. Cela ne change cependant rien au fait que la réalisation et le partage d'un bénéfice étaient prévus et se sont concrétisés sous le régime du contrat de société. Que le droit à une quote-part du bénéfice ait appartenu à Leasing ou à la Banque à la clôture de l'exercice importe peu. L'élément déterminant est que la participation de 99 pour cent détenue initialement par Leasing, puis par la Banque, donnait droit à une partie du bénéfice de l'entreprise exploitée par la Société.

Nul ne conteste que l'objectif ultime de la série d'opérations effectuées par les parties et en particulier la Société était de reproduire les conséquences fiscales de l'opération initiale avec Central relativement aux actions. L'objectif principal de la Banque et, par conséquent, de Leasing était de se départir de ses éléments d'actif de crédit-bail en vue de la liquidation. Comme a conclu le juge *Bowman*, à la p. 2151:

Une chose est claire: malgré les pieuses affirmations de plusieurs témoins qui affirment qu'ils avaient l'intention de former une société avec d'autres personnes, la [Banque] et [Leasing] n'avaient de toute évidence pas l'intention de se lancer dans une entreprise de crédit-bail en société avec [Central] [. . .] Le but visé par ce plan était précisément le contraire: se retirer de cette entreprise. La société était uniquement un moyen de parvenir à cette fin.

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

[TRADUCTION] . . . lorsqu'une société est constituée dans quelque autre but dominant [autre qu'un but lucratif], notamment pour éviter l'impôt, mais qu'il existe aussi un élément véritable, bien qu'accessoire, de profit, il est possible d'en conclure que l'entreprise est exploitée

42

43

however, it could be shown that the sole reason for the creation of a partnership was to give a particular partner the “benefit” of, say, a tax loss, when there was no contemplation in the parties’ minds that a profit . . . would be derived from carrying on the relevant business, the partnership could not in any real sense be said to have been formed “with a view of profit.”

«dans le but de réaliser un bénéfice». Cependant, lorsqu’il peut être établi que l’unique raison pour laquelle une société est mise sur pied est de conférer à un associé l’«avantage», par exemple, d’une perte fiscale, alors que les parties n’envisagent nullement qu’un bénéfice [. . .] puisse être tiré de l’exploitation de l’entreprise en cause, la société ne peut véritablement être considérée comme ayant été créée «dans le but de réaliser un bénéfice».

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

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

45 The respondent argues that intending to constitute a valid partnership is not the same thing as intending to carry on business in common with a view to profit. I agree. The parties in the present case, however, set up a valid partnership within the meaning of s. 2 of the *Partnerships Act*. They had the intention to and did carry on business in common with a view to profit. This conclusion is not based simply on the parties’ subjective statements as to intention. It is based on the objective evidence derived from the Partnership Agreement entered into by the parties. As Millett L.J. held in *Orion Finance, supra*, at p. 85:

L’intimée prétend que l’intention de constituer une société en nom collectif valide n’équivaut pas à l’intention d’exploiter une entreprise en commun dans le but de réaliser un bénéfice. Je suis d’accord. Toutefois, en l’espèce, les parties ont établi une société en nom collectif valide au sens de l’art. 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*. Elles entendaient exploiter et elles ont effectivement exploité une entreprise en commun dans le but de réaliser un bénéfice. Cette conclusion ne s’appuie pas simplement sur les déclarations subjectives des parties quant à leur intention. Elle est fondée sur l’élément de preuve objectif que constitue le contrat de société intervenu entre les parties. Comme a conclu le lord juge Millett dans *Orion Finance*, précité, à la p. 85:

The question is not what the transaction is but whether it is in truth what it purports to be. Unless the documents taken as a whole compel a different conclusion, the transaction which they embody should be categorised in conformity with the intention which the parties have expressed in them.

[TRADUCTION] La question n’est pas de savoir en quoi consiste l’opération, mais plutôt si elle correspond véritablement à ce qu’elle est censée être. À moins que les documents considérés dans leur ensemble ne commandent une autre conclusion, l’opération qu’ils constatent devrait être qualifiée conformément à l’intention qu’y ont exprimée les parties.

46 I do not see anything in the documentation that is inconsistent with the intention of the parties to create a partnership within the meaning of the *Partnerships Act*.

Je ne vois rien dans la documentation qui soit incompatible avec l’intention des parties de créer une société en nom collectif au sens de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*.

(d) Duration of the Partnership

In the present case, the Partnership Agreement provided for a fixed term of membership for Leasing and the Bank in the Partnership. It also provided that the Partnership would continue indefinitely after Leasing and the Bank were no longer members (Article XI, Initial Transactions). There is no authority for the proposition that a valid partnership cannot be formed for fixed or relatively short and predetermined periods, nor is there authority for the proposition that a person cannot be a member of a partnership for a single transaction. The respondent recognized that there is no set minimum period of time required for a partnership to exist and accepted that a partnership may be formed for a predetermined period. The respondent argues, however, that a partnership, being a relationship that “subsists” and that pertains to the “carrying on” of a business in common with others, has a temporal quality. In the present case, the respondent argues, no business was carried on between December 24, 1986 and December 26, 1986, the period that Leasing was a member of the Partnership.

The duration of Leasing’s membership in the Partnership is not relevant in this case. I found above that business was carried on in common with a view to profit through the leasing activities of the Partnership between December 24 and December 27. This satisfies the definition of partnership under the *Partnerships Act*. It is not necessary for Leasing to show that it carried on business over a long period of time in the Partnership. The *Partnerships Act* does not limit the ability of a person to enter into a partnership for a single transaction. As long as the parties do not create what amounts to an empty shell that does not in fact carry on business, the fact that the partnership was created for a single transaction is of no consequence.

Section 85(1) of the *Income Tax Act* is a rollover provision for corporations similar to the provision for partnerships contained in s. 97(2). Corpora-

d) La durée de la Société

Dans la présente affaire, le contrat de société précisait la durée de la participation de Leasing et de la Banque à la Société. Il prévoyait également que celle-ci continuerait d’exister pendant une période indéterminée lorsque Leasing et la Banque cesseraient d’en faire partie (article XI — Opérations initiales). Il n’y a aucun texte étayant la proposition voulant qu’une société en nom collectif valide ne puisse être créée pour une durée donnée ou pour une période relativement courte et déterminée à l’avance. Rien n’étaye non plus la proposition voulant qu’une personne ne puisse être membre d’une société en nom collectif pour une seule opération. L’intimée a reconnu que l’existence d’une société en nom collectif n’est assujettie à aucune durée minimale et qu’une telle entité peut être mise sur pied pour une durée déterminée à l’avance. Elle fait cependant valoir qu’une société en nom collectif étant une relation qui «existe» entre des personnes qui «exploitent» une entreprise en commun, elle a un aspect temporel. En l’espèce, l’intimée soutient qu’aucune entreprise n’a été exploitée du 24 au 26 décembre 1986, soit la période pendant laquelle Leasing a fait partie de la Société.

La durée de la participation de Leasing à la Société n’est pas pertinente dans le présent cas. J’ai conclu précédemment qu’une entreprise avait été exploitée en commun en vue de réaliser un bénéfice grâce aux activités de crédit-bail exercées par la Société du 24 au 27 décembre. Cette situation respecte la définition de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*. Il n’est pas nécessaire que Leasing prouve qu’elle a exploité une entreprise pendant une longue période au sein de la Société. La *Loi sur les sociétés en nom collectif* n’empêche pas une personne de faire partie d’une société en nom collectif pour une seule opération. Tant que les parties ne créent pas l’équivalent d’une coquille vide qui n’exploite dans les faits aucune entreprise, le fait que la société en nom collectif ait été créée pour une seule opération est sans conséquence.

Le paragraphe 85(1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, qui permet aux corporations de procéder à des transferts libres d’impôt, est une disposition

47

48

49

tions are frequently created for the single purpose of deferring tax liability by using s. 85(1) of the *Income Tax Act*. As long as the corporation is validly formed, there is no requirement that the taxpayer demonstrate that the corporation was formed for anything other than the single purpose of deferring tax liability. Similarly, as long as the definition in s. 2 of the *Partnerships Act* is satisfied, a person is permitted to create a partnership for the purpose of using s. 97(2) of the *Income Tax Act*. It is recognized that the definition of a partnership requires that business actually be carried on and that there is no such requirement for a corporation. However, that does not detract from the principle that a person should be permitted to create a partnership for a single transaction.

analogue au par. 97(2), qui s'applique aux sociétés en nom collectif. Il arrive fréquemment que des corporations soient créées dans le seul but de reporter l'impôt à payer grâce au par. 85(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Dans la mesure où la corporation est valablement constituée, le contribuable n'est pas tenu de prouver que la corporation a été créée à une autre fin que le report de l'impôt. De même, dans la mesure où la définition de l'art. 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* est respectée, une personne peut créer une telle société dans le but de se prévaloir du par. 97(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il est reconnu que la définition de société en nom collectif exige qu'une entreprise soit véritablement exploitée, mais que cette exigence ne s'applique pas dans le cas des corporations. Toutefois, le principe demeure qu'une personne devrait être autorisée à créer une société en nom collectif aux fins d'une opération unique.

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

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

51 A taxpayer who fully complies with the provisions of the *Income Tax Act* ought not to be denied the benefit of such provisions simply because the transaction was motivated for tax planning purposes. In *Stubart Investments*, *supra*, this Court unanimously rejected the "business purpose test" and affirmed the proposition that it is permissible for a taxpayer to take advantage of the terms of the *Income Tax Act* by structuring a transaction that is solely motivated by the desire to minimize taxation. Similarly, in *Canada v. Antosko*, [1994]

Le contribuable qui se conforme à tous égards aux dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne devrait pas se voir refuser le bénéfice de ces dispositions simplement parce que l'opération en cause était motivée par des considérations de planification fiscale. Dans *Stubart Investments*, précité, notre Cour a rejeté à l'unanimité le «critère de l'objet commercial» et confirmé qu'un contribuable peut se prévaloir des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour monter une opération dont l'unique objet est de réduire l'impôt à payer.

2 S.C.R. 312, Iacobucci J., for a unanimous Court, found, at p. 328:

In this appeal, despite conceding that these factual elements are present, the respondent is asking the Court to examine and evaluate the transaction in and of itself, and to conclude that the transaction is somehow outside the scope of the section in issue. In the absence of evidence that the transaction was a sham or an abuse of the provisions of the Act, it is not the role of the court to determine whether the transaction in question is one which renders the taxpayer deserving of a deduction. If the terms of the section are met, the taxpayer may rely on it, and it is the option of Parliament specifically to preclude further reliance in such situations.

Iacobucci J. went on to say, at p. 330:

This transaction was obviously not a sham. The terms of the section were met in a manner that was not artificial. Where the words of the section are not ambiguous, it is not for this Court to find that the appellants should be disentitled to a deduction because they do not deserve a “windfall”, as the respondent contends. In the absence of a situation of ambiguity, such that the Court must look to the results of a transaction to assist in ascertaining the intent of Parliament, a normative assessment of the consequences of the application of a given provision is within the ambit of the legislature, not the courts.

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

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

De même, dans *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312, le juge Iacobucci, qui a rendu le jugement unanime de notre Cour, a tiré la conclusion suivante à la p. 328:

En l'espèce, même si elle concède que ces éléments factuels sont présents, l'intimée demande à la Cour d'examiner et d'évaluer l'opération elle-même et de conclure qu'elle est d'une manière ou d'une autre hors de la portée de la disposition en question. En l'absence d'une preuve que l'opération est un trompe-l'œil ou qu'elle représente un abus des dispositions de la Loi, il n'appartient pas à un tribunal de déterminer si elle rend le contribuable admissible à une déduction. Si les conditions de l'article sont remplies, le contribuable peut l'invoquer et il est loisible au législateur de lui interdire expressément de les invoquer à l'avenir dans de telles situations.

Il a ajouté ce qui suit, à la p. 330:

De toute évidence, l'opération ici en cause n'était pas un trompe-l'œil. Les conditions de la disposition ont été remplies d'une manière qui n'était pas artificielle. En l'absence d'ambiguïté des termes de la disposition, il n'appartient pas à notre Cour de conclure que les appelants devraient se voir refuser une déduction parce qu'ils ne méritent pas une «aubaine», comme l'intimée le soutient. En l'absence d'une ambiguïté qui forcerait le tribunal à examiner les résultats de l'opération pour déterminer l'intention du législateur, l'évaluation normative des conséquences de l'application d'une disposition donnée relève du législateur et non des tribunaux.

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

En l'espèce, la réalité juridique et commerciale est que Leasing entendait créer et a effectivement créé avec Central une société en nom collectif au sens de l'art. 2 de la *Loi sur les sociétés en nom*

52

53

by ignoring the substance of a legally effective transaction.

2. *If Leasing was a member of a valid partnership within the meaning of s. 2 of the Partnerships Act, was the partnership rendered invalid by s. 174(2)(i) of the Bank Act, by s. 34 of the Partnerships Act, or by the common law doctrines of illegality or ultra vires?*

54 Section 174(2)(i) of the *Bank Act* states that a bank “shall not, directly or indirectly . . . acquire or hold an interest in Canada in, or otherwise invest or participate in Canada in, a partnership”. There is no dispute that the entry into a partnership constitutes a breach by the Bank of s. 174(2)(i) of the *Bank Act*. The Bank therefore contravened the *Bank Act* by indirectly investing or participating in a partnership. The dispute concerns the effect of ss. 18(1) and 20(1) of the *Bank Act*, the applicability of the *ultra vires* doctrine, the effect of the doctrine of illegality and the effect of s. 34 of the *Partnerships Act*.

(a) *Ultra Vires*

55 The *ultra vires* doctrine was developed by the courts in the mid-19th century to restrict the legal capacity of corporations created under the *Companies Act* and its successor statutes. The doctrine provided that a corporation had the legal capacity to perform only those acts authorized by its articles. Any acts not authorized by the articles were void for want of legal capacity (*Ashbury Railway Carriage and Iron Co. v. Riche* (1875), L.R. 7 H.L. 653).

56 The doctrine was meant to limit the scope of activities of a corporation in order to protect the interests of its creditors and shareholders. It came to be recognized that the doctrine produced inconvenience and occasional hardship for the public who were expected to take notice of all limitations on the corporation’s capacity as revealed through

collectif. La Cour d’appel a commis une erreur en ne tenant pas compte de l’essence d’une opération opposable en droit.

2. *Si Leasing faisait partie d’une société en nom collectif valide au sens de l’art. 2 de la Loi sur les sociétés en nom collectif, cette société était-elle invalidée par l’effet de l’al. 174(2)i) de la Loi sur les banques, de l’art. 34 de la Loi sur les sociétés en nom collectif ou des théories de l’illégalité ou de l’excès de pouvoir en common law?*

Aux termes de l’al. 174(2)i) de la *Loi sur les banques*, une Banque «ne peut, directement ou indirectement [. . .] acquérir ou détenir une participation, au Canada, dans une société de personnes [société en nom collectif]». Il ne fait aucun doute que la participation de la Banque à une société en nom collectif contrevient à l’al. 174(2)i) de cette loi. La Banque a donc contrevenu à la *Loi sur les banques* en participant indirectement à une telle société. Le litige porte sur l’effet des par. 18(1) et 20(1) de la *Loi sur les banques*, l’applicabilité de la théorie de l’excès de pouvoir ainsi que l’effet de la théorie de l’illégalité et de l’art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*.

a) *L’excès de pouvoir*

La théorie de l’excès de pouvoir (ou de l’*ultra vires*) a été élaborée par les tribunaux au milieu du 19^e siècle afin de restreindre la capacité juridique des personnes morales constituées sous le régime de la *Companies Act* et des lois qui lui ont succédé. Selon cette théorie, la capacité juridique d’une personne morale se limitait aux seuls actes prévus par ses statuts. Tout acte non autorisé par ceux-ci était frappé de nullité pour cause d’absence de capacité juridique (*Ashbury Railway Carriage and Iron Co. c. Riche* (1875), L.R. 7 H.L. 653).

La théorie visait à restreindre l’étendue des activités des personnes morales afin de protéger les intérêts de ses créanciers et de ses actionnaires. On a fini par constater que cette théorie était source d’inconvénients et, à l’occasion, de préjudice pour le public, étant donné qu’on attendait de ce dernier qu’il s’informe des limitations de la capacité de la

public documents. The doctrine was characterized by Iacobucci J. in *Communities Economic Development Fund v. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 S.C.R. 388, at p. 406, as “a protection to no one and a trap for the unwary”.

In 1974, the *Canada Business Corporations Act*, S.C. 1974-75-76, c. 33 (“CBCA”), abolished the *ultra vires* doctrine in the context of Canadian corporations by attributing to corporations the capacity of a natural person. Section 15(1) of the CBCA provided that “[a] corporation has the capacity and, subject to this Act, the rights, powers and privileges of a natural person”. The CBCA also provides at s. 16(3) that “[n]o act of a corporation, including any transfer of property to or by a corporation, is invalid by reason only that the act or transfer is contrary to its articles or this Act”.

In 1980, the *Bank Act* was amended to provide, in s. 18(1), that “[a] bank has the capacity and, subject to this Act, the rights, powers and privileges of a natural person”. Section 20(1) states that “[n]o act of a bank, including any transfer of property to or by a bank, is invalid by reason only that the act or transfer is contrary to this Act”. These amendments parallel the amendments to corporations Acts and their aim is also to abolish the *ultra vires* doctrine. As a result of s. 18(1), banks were given the legal capacity to perform any act, even if it would constitute an offence under the *Bank Act*. M. H. Ogilvie, *Canadian Banking Law* (1991), states, at p. 35:

When a bank engages in any conduct — including the transfer of property to or by a bank — which is contrary to the *Bank Act*, the conduct is not invalid, rather merely contrary to the Act. At common law, when a company had been found to have engaged in an *ultra vires* transaction, the legal effect was to render that transaction void and unenforceable. Since 1980, that is no longer the case in relation to transactions with banking corporations. Legal rights and duties created in transactions prohibited to banks by the Act and conferred on third

personne morale inscrites dans les documents publics. Dans *Fonds de développement économique local c. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 R.C.S. 388, à la p. 406, le juge Iacobucci a dit de cette théorie qu’elle «n’assurait plus la protection de qui que ce soit et constituait un piège pour la personne imprudente».

En 1974, la *Loi sur les corporations commerciales canadiennes*, S.C. 1974-75-76, ch. 33 («LCCC»), a aboli la théorie de l’excès de pouvoir relativement aux corporations canadiennes en reconnaissant à celles-ci la capacité d’une personne physique. Selon le par. 15(1) de la LCCC, «une corporation a les droits, pouvoirs et privilèges d’une personne physique ayant sa pleine capacité». Le paragraphe 16(3) de cette loi dispose également que «[n]ul acte d’une corporation, y compris le transfert de biens à une corporation ou par les soins de celle-ci, n’est nul pour le seul motif que cet acte ou ce transfert est contraire à ses statuts ou à la présente loi».

En 1980, la *Loi sur les banques* a été modifiée pour indiquer, au par. 18(1), que «[l]a banque a, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, la capacité d’une personne physique». Le paragraphe 20(1) indique que «[l]es actes de la banque, y compris les transferts de biens, ne sont pas nuls du seul fait qu’ils sont contraires à la présente loi». Ces modifications correspondent à celles apportées aux lois régissant les personnes morales et elles visent elles aussi à abolir la théorie de l’excès de pouvoir. Par suite de l’adoption du par. 18(1), les banques ont la capacité juridique d’accomplir tout acte, même s’il s’agit d’une infraction prévue par la *Loi sur les banques*. Dans l’ouvrage intitulé *Canadian Banking Law* (1991), M. H. Ogilvie dit ce qui suit à la p. 35:

[TRADUCTION] Lorsqu’une banque accomplit un acte — y compris le transfert de biens à une banque ou par une banque — contraire à la *Loi sur les banques*, l’acte n’est pas invalide, mais simplement contraire à cette loi. En common law, lorsqu’il était jugé qu’une société avait effectué une opération outrepassant ses pouvoirs, l’opération était nulle et il était impossible d’en demander l’exécution aux tribunaux. Depuis 1980, ce n’est plus le cas en ce qui concerne les opérations auxquelles les entreprises bancaires sont parties. Les droits et les obli-

57

58

parties are valid and no longer subject to disturbance by judicial avoidance of the original prohibited transaction. Rather, the bank is subject to the penalties set out in the *Bank Act*, and probably also those existing in the general law, for engaging in prohibited actions.

⁵⁹ *Crawford and Falconbridge, Banking and Bills of Exchange* (8th ed. 1986), vol. 1, states a similar principle, at p. 94:

It will be noted that the *Bank Act* bestows on the banks the capacity of a natural person, without limitation or qualification. The reference to the other provisions of the Act qualifies only the rights, powers and privileges of the banks. In other words, the banks now have the legal capacity to perform any act, even though it may constitute an offence under the *Bank Act* or some other law. Like man, in Milton's view, they have been created capable of standing, but free to fall. A good illustration of this is provided by sub-s. 174(2), which prohibits the banks from engaging in the activities therein described. A violation of one of those prohibitions by a bank would not result in the transaction involved being void — or even necessarily voidable. . . . It would, however, subject the bank, and possibly also the directors, to the penalties set out in sub-s. 174(17) to (20) and sub-s. 54(2) respectively.

⁶⁰ The doctrine of *ultra vires* has been abolished with respect to banks. Banks now have the capacity of a natural person. The Court of Appeal came to the wrong conclusion in this regard because it misapplied the *Canadian Pickles* case by relying on it to hold that the *ultra vires* doctrine is not abolished, but merely curtailed by s. 18(1) of the *Bank Act*. The Court of Appeal erred by failing to recognize the distinction between the statutory provisions in *Canadian Pickles* and the relevant provisions of the *Bank Act*.

⁶¹ In *Canadian Pickles*, this Court held that the doctrine of *ultra vires* has been abolished for corporations incorporated under most business corporations legislation. The Court held, however, that the doctrine was still alive with respect to the

gations juridiques des tiers découlant d'une opération interdite par la loi à une banque sont valides et ne sont plus susceptibles d'être troublés par l'annulation judiciaire de l'opération initiale prohibée. La banque s'expose plutôt aux peines prévues par la *Loi sur les banques* et probablement aussi à celles prévues par le droit en général à l'égard des actes prohibés.

Un principe analogue est énoncé dans *Crawford and Falconbridge, Banking and Bills of Exchange* (8^e éd. 1986), vol. 1, à la p. 94:

[TRADUCTION] Il convient de signaler que la *Loi sur les banques* confère aux banques la capacité d'une personne physique, sans réserves ou restrictions. Le renvoi aux autres dispositions de la loi limite seulement les droits, les pouvoirs et les privilèges des banques. En d'autres termes, les banques ont désormais la capacité juridique d'accomplir tout acte, même s'il peut s'agir d'une infraction à la *Loi sur les banques* ou à quelque autre loi. À l'instar de l'homme de Milton, les banques sont créées capables de se tenir debout mais libres de tomber. Le paragraphe 174(2) constitue un bon exemple. Il interdit aux banques d'exercer les activités qui y sont énumérées. Le non-respect de l'une ou l'autre de ces interdictions par une banque ne rend pas l'opération nulle — ni même nécessairement annulable [. . .] Il expose cependant la banque, et peut-être également ses administrateurs, aux sanctions prévues aux par. 174(17) à (20) et 54(2) respectivement.

La théorie de l'excès de pouvoir a été abolie à l'égard des banques. Ces dernières ont désormais la capacité juridique d'une personne physique. La Cour d'appel a tiré une conclusion erronée à cet égard, parce qu'elle a mal appliqué l'arrêt *Canadian Pickles* en l'invoquant pour affirmer que la théorie de l'excès de pouvoir n'a pas été abolie, mais simplement restreinte, quant à son application, par le par. 18(1) de la *Loi sur les banques*. La Cour d'appel a commis une erreur en ne tenant pas compte de la différence entre les dispositions législatives en cause dans l'affaire *Canadian Pickles* et les dispositions pertinentes de la *Loi sur les banques*.

Dans l'arrêt *Canadian Pickles*, notre Cour a statué que la théorie de l'excès de pouvoir a été abolie vis-à-vis des personnes morales constituées en vertu de la plupart des lois régissant les sociétés par actions. Cependant, elle a conclu que la théorie

Communities Economic Development Fund of Manitoba. The Court stated that the doctrine continues to apply to corporations created by special Act for public purposes. At pp. 406-7, Iacobucci J. held:

However, in spite of the general trend towards abolition of the doctrine of *ultra vires*, the limited aspects of the doctrine, as seen from the above review, may be present with respect to corporations created by special act for public purposes. Not only is there a long line of cases supporting the principle, but one may argue that this protects the public interest because a company created for a specific purpose by an act of a legislature ought not to have the power to do things not in furtherance of that purpose. Of course, it is open to the legislature to rebut this presumption because, for example, the legislature may provide for other remedies short of invalidity for acts contrary to the statute.

Banks are not analogous to the Economic Development Fund described in the *Canadian Pickles* case. The Bank was not created by a special Act for public purposes. It was incorporated under a general Act of Parliament to engage in the ordinary commercial business of banking. Parliament has provided for other remedies short of invalidity for acts of banks that are contrary to the statute. The *Bank Act* contains penalties for breaches and, pursuant to s. 246 of the Act, the Inspector General of Banks is empowered to “take charge on the premises of the assets of the bank or any portion thereof, if the need should arise, for the purposes of satisfying himself that the provisions of this Act . . . are being duly observed”.

The Bank, by virtue of its capacity, rights, powers and privileges, had the capacity to participate in a partnership. The prohibition in s. 174(2)(i) of the *Bank Act* does not make partnerships *ultra vires* the Bank. The questions remain, however, whether the Bank’s participation in the Partnership is void on the basis of the doctrine of illegality or by virtue of s. 34 of the *Partnerships Act*.

s’applique encore en ce qui concerne le Fonds de développement économique local du Manitoba. Notre Cour a déclaré que la théorie continue de s’appliquer à l’égard des sociétés créées par une loi spéciale à des fins publiques. Le juge Iacobucci a dit ce qui suit, aux pp. 406 et 407:

Toutefois, malgré la tendance générale vers l’abolition de la théorie de l’*ultra vires*, ses aspects restreints, qui ressortent de l’analyse qui précède, peuvent s’appliquer aux sociétés constituées par une loi spéciale à des fins publiques. Il existe non seulement un important courant de jurisprudence à l’appui du principe, mais encore il est possible de soutenir que cela protège l’intérêt public puisqu’une société constituée à une fin précise par une loi du législateur ne devrait pas pouvoir faire des choses qui ne servent pas à réaliser cette fin. Il est loisible, bien entendu, au législateur de réfuter cette présomption puisque, par exemple, il peut prévoir d’autres recours qui ne vont pas jusqu’à invalider les actes contraires à la loi en question.

Les banques ne sont pas dans une situation analogue à celle du Fonds de développement économique décrit dans *Canadian Pickles*. En l’espèce, la Banque n’a pas été créée par une loi spéciale à des fins publiques. Elle a été constituée sous le régime d’une loi fédérale d’application générale pour exercer les activités commerciales habituelles d’un établissement bancaire. Sans aller jusqu’à l’invalidation des actes contraires à la loi commis par les banques, le législateur a néanmoins prévu certains redressements. En effet, la *Loi sur les banques* établit certaines peines en cas d’infraction et, aux termes de l’art. 246, l’Inspecteur général des banques peut «prendre en charge sur place la totalité ou une partie des éléments d’actif de la banque, afin de s’assurer de l’observation par celle-ci des dispositions de la présente loi».

En vertu de sa capacité, la Banque pouvait participer à une société en nom collectif. L’interdiction prévue à l’al. 174(2)(i) de la *Loi sur les banques* ne rend pas *ultra vires* la participation de la Banque à une telle société. Toutefois, il reste à se demander si la participation de la Banque à la Société est nulle soit en raison de la théorie de l’illégalité soit par l’effet de l’art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*.

62

63

(b) The Doctrine of Illegality

64

Under the doctrine of illegality, a contract prohibited by statute or for an illegal purpose will be declared void even if it conforms to all other requirements of a valid transaction. A classic case concerning statutory illegality is *Cope v. Rowlands* (1836), 2 M. & W. 149, 150 E.R. 707, where Parke B. held (at p. 710):

... where the contract which the plaintiff seeks to enforce, be it express or implied, is expressly or by implication forbidden by the common or statute law, no court will lend its assistance to give it effect. It is equally clear that a contract is void if prohibited by a statute, though the statute inflicts a penalty only, because such a penalty implies a prohibition.

65

It should follow, therefore, that the absolute prohibition of a contract by a statute renders the contract void and of no effect. However, as G. H. L. Fridman points out in *The Law of Contract in Canada* (3rd ed. 1994), at p. 348:

It might be thought . . . that the doctrine was clear and uncomplicated, that whenever a statute prohibited a certain course of conduct, or required a particular course of conduct, the failure to observe which resulted in a penalty of some kind, a contract which infringed the statutory prohibition or requirement would be illegal and therefore void. This situation is not as straightforward as that . . . in some instances a statute while involving illegality, in the sense of prescribing penalties for certain conduct, will not have the effect of rendering void a contract entered into in breach of the statute.

66

In fact, the rigidity of the doctrine of illegality first gave rise to exceptions which dealt with the return of property transferred under an illegal contract (Fridman, *supra*, at p. 424). This development was nevertheless considered insufficient. In *Sidmay Ltd. v. Wehltam Investments Ltd.* (1967), 61 D.L.R. (2d) 358 (Ont. C.A.), aff'd on other grounds, [1968] S.C.R. 828, Laskin J.A. (as he then was) held that the court must take into account the harmful effect on the parties for whose protection the law making the bargain illegal exists

b) La théorie de l'illégalité

Suivant la théorie de l'illégalité, un contrat qui est prohibé par la loi ou dont l'objet est illégal sera déclaré nul même s'il respecte par ailleurs toutes les autres conditions de validité applicables. L'un des arrêts classiques en matière d'illégalité découlant de la loi est *Cope c. Rowlands* (1836), 2 M. & W. 149, 150 E.R. 707, où le juge Parke a tiré les conclusions suivantes (à la p. 710):

[TRADUCTION] . . . si le contrat exprès ou tacite dont le demandeur sollicite l'exécution est explicitement ou implicitement interdit par la common law ou par un texte législatif, aucun tribunal n'accordera son aide pour lui donner effet. Il est également clair qu'un contrat est nul s'il est prohibé par une loi, même si cette loi n'inflige qu'une peine, parce que pareille peine implique une interdiction.

Il devrait donc s'ensuivre que l'interdiction absolue prévue par une loi à l'égard d'un contrat a pour effet de rendre un tel contrat nul et sans effet. Toutefois, comme le souligne G. H. L. Fridman dans *The Law of Contract in Canada* (3^e éd. 1994), à la p. 348:

[TRADUCTION] On pourrait penser [. . .] que la théorie est claire et simple, c'est-à-dire que chaque fois qu'une loi interdit un comportement donné ou exige un comportement en particulier, et qu'une peine d'une nature ou d'une autre est prévue en cas d'inobservation, le contrat qui ne respecte pas l'interdiction ou la condition prévue par la loi serait tenu pour illégal et, par conséquent, nul. La situation n'est toutefois pas aussi claire. [. . .] dans certains cas, une loi impliquant l'illégalité, dans la mesure où elle fixe des peines à l'égard de certains comportements, n'aura pas pour effet d'invalider un contrat conclu en violation des dispositions de la loi.

En fait, la rigidité de la théorie de l'illégalité a tout d'abord donné lieu à des exceptions concernant la restitution des biens transférés en vertu d'un contrat illégal (Fridman, *op. cit.*, à la p. 424). Cette évolution a néanmoins été jugée insuffisante. Dans l'arrêt *Sidmay Ltd. c. Wehltam Investments Ltd.* (1967), 61 D.L.R. (2d) 358 (C.A. Ont.), conf. pour d'autres motifs dans [1968] R.C.S. 828, le juge Laskin (plus tard Juge en chef du Canada) a conclu que la cour doit tenir compte de l'effet préjudiciable sur les parties censées être protégées par

before deciding to enforce or rescind the bargain. This approach was also adopted by Krever J. (as he then was) in *Royal Bank of Canada v. Grobman* (1977), 18 O.R. (2d) 636 (H.C.), at pp. 652-53.

The doctrine of illegality was recently examined by the Federal Court of Appeal in *Still v. Minister of National Revenue* (1997), 221 N.R. 127. Robertson J.A. noted at the outset that the doctrine of illegality is divided into two categories: common law illegality and statutory illegality. With regard to statutory illegality, he noted that the classic approach affirmed in *Neider v. Carda of Peace River District Ltd.*, [1972] S.C.R. 678, had given rise to many avoidance techniques in the courts, particularly where the illegality resulted from the performance of the contract rather than its formation. On the issue of formation, Robertson J.A. was prepared to expand the modern approach to illegality further, stating, at p. 139, that “a finding of illegality is dependent, not only on the purpose underlying the statutory prohibition, but also on the remedy being sought and the consequences which flow from a finding that a contract is unenforceable”.

The Court of Appeal held that not all findings of invalidity are prohibited by s. 20(1) of the *Bank Act*. This approach is supported by Crawford and Falconbridge, *supra*, and Ogilvie, *supra*. Crawford and Falconbridge state, at p. 97:

But it should be noted that s. 20 refers to invalidity “by reason only” of acts in contravention. That leaves open the possibility that vestiges of the common law sanctions upon unlawful conduct might still apply. For example, the modern approach of the courts could not be relied upon to validate or enforce an agreement consciously and deliberately entered into in violation of the *Bank Act*. . . .

The appellant’s position is that s. 20(1) of the *Bank Act* has the effect of eliminating the continued application of the doctrine of illegality. A con-

la loi qui rend le marché illégal avant de prononcer l’applicabilité ou la nullité du marché. Ce point de vue a été repris par le juge Krever (maintenant juge à la Cour d’appel) dans *Royal Bank of Canada c. Grobman* (1977), 18 O.R. (2d) 636 (H.C.), aux pp. 652 et 653.

La Cour d’appel fédérale s’est récemment penchée sur la théorie de l’illégalité dans *Still c. Ministre du Revenu national* (1997), 221 N.R. 127. Dès le départ, le juge Robertson a signalé que la théorie de l’illégalité comporte deux catégories: l’illégalité en commun law et l’illégalité d’origine législative. En ce qui concerne la seconde, il a fait remarquer que la démarche classique confirmée dans l’arrêt *Neider c. Carda de Rivière-la-Paix Ltée*, [1972] R.C.S. 678, a donné lieu à l’application de nombreuses techniques d’annulation par les tribunaux, en particulier lorsque l’illégalité découlait de l’exécution du contrat plutôt que de la formation de celui-ci. Au sujet de la formation, le juge Robertson s’est dit disposé à élargir la portée de l’approche moderne en matière d’illégalité et il a affirmé, à la p. 139, qu’«une conclusion d’illégalité est fonction non seulement de l’objet de l’interdiction, mais aussi de la réparation demandée et des conséquences de la conclusion qu’un contrat n’est pas susceptible d’exécution».

La Cour d’appel a statué que le par. 20(1) de la *Loi sur les banques* n’interdit pas toute conclusion d’invalidité. Ce point de vue est partagé par Crawford et Falconbridge, *op. cit.*, ainsi que par Ogilvie, *op. cit.* Les premiers affirment ce qui suit, à la p. 97:

[TRADUCTION] Toutefois, il convient de signaler que l’art. 20 mentionne l’invalidité «du seul fait» d’actes contraires à la loi. Reste la possibilité que des vestiges des sanctions prévues en commun law à l’égard d’un comportement illégal puissent toujours s’appliquer. Par exemple, l’approche moderne adoptée par les tribunaux ne pourrait être invoquée pour valider ou faire respecter un accord conclu en contravention de la *Loi sur les banques*, et ce en toute connaissance de cause et de propos délibéré . . .

La thèse de l’appelante est que le par. 20(1) de la *Loi sur les banques* a pour effet d’éliminer le maintien de l’application de la théorie de l’illéga-

67

68

69

struction of s. 20(1) that completely ousts the Court's jurisdiction to find an act of the bank invalid would impose a requirement that a court recognize all acts as valid, no matter how egregious the illegality. The respondent argues that to find that no act done by a bank that is contrary to the *Bank Act* is invalid is to render the prohibitions set out in s. 174(2) of the Act meaningless. In answer to this, the appellant submits that the proper effect to be given to the prohibitions in the *Bank Act* is that the penalties set out in the *Bank Act* amount to a mere licence fee for doing what the *Bank Act* prohibits.

lité. Une interprétation de cette disposition qui aurait pour effet d'écartier entièrement la compétence de la Cour de déclarer invalide un acte de la banque obligerait les tribunaux à reconnaître la validité de tout acte, quelle que soit l'énormité de l'illégalité. L'intimée prétend que le fait de conclure qu'aucun acte accompli par une banque contrairement à la *Loi sur les banques* n'est invalide enlève toute raison d'être aux interdictions prévues au par. 174(2) de la Loi. En réponse à cet argument, l'appelante affirme que l'effet qui doit être reconnu aux interdictions établies par la *Loi sur les banques* est que les peines fixées à leur égard par cette loi constituent de simples droits de permis payables pour faire ce que la loi interdit.

70

The consequence of prohibiting certain transactions under the *Bank Act* can be disastrous for third parties who may be unaware of the limitations on a bank's rights. The consequences are the same as those identified by courts and Law Reform Commissions which criticized the rigid application of a declaration of invalidity under the doctrine of illegality as it relates to statutory prohibitions. I agree with the Court of Appeal, however, that s. 20(1) on its face does not limit all findings of invalidity. Section 20(1) states that no act of a bank is invalid by reason only that the act is contrary to the Act. This section serves, in particular, to relieve the hardship for unsuspecting third parties of the effects of a rigid application of the doctrine of illegality but does not eliminate the doctrine entirely. A. R. Manzer, in an annotation to this section in *The Bank Act Annotated* (1993), at p. 29, states:

L'interdiction de certaines opérations par la *Loi sur les banques* peut avoir des conséquences désastreuses pour les tiers qui ne connaissent pas les limites aux droits d'une banque. Ces conséquences sont celles qu'ont dégagées les tribunaux et les commissions de réforme du droit, qui ont critiqué l'application rigide de la déclaration d'invalidité en vertu de la théorie de l'illégalité dans le cas des interdictions prévues par les lois. Toutefois, je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que, à première vue, le par. 20(1) ne fait pas obstacle à toute déclaration de nullité. Selon cette disposition, les actes d'une banque ne sont pas nuls du seul fait qu'ils sont contraires à la loi. Elle permet en particulier d'épargner aux tiers non avertis les effets préjudiciables de la stricte application de la théorie de l'illégalité, mais elle n'écarte pas cette doctrine complètement. Dans une annotation accompagnant cette disposition, A. R. Manzer affirme ce qui suit dans *The Bank Act Annotated* (1993), à la p. 29:

This provision is for the benefit of third parties dealing with a bank by preventing actions of the bank from being declared null and void and consequently of no effect, only because they are contrary to the bank's incorporating instrument or the *Bank Act*.

[TRADUCTION] Cette disposition s'applique au bénéfice des tiers qui font affaire avec une banque en empêchant que certains actes de cette dernière soient déclarés nuls et, par conséquent, sans effet du seul fait qu'ils sont contraires à l'acte constitutif de la banque ou à la *Loi sur les banques*.

71

There is no conflict between the doctrine of *ultra vires* and a finding that s. 20(1) does not eliminate all findings of illegality. The apparent conflict between the doctrine of illegality and the doctrine of *ultra vires* must be addressed by refer-

Il n'y a pas de conflit entre la théorie de l'excès de pouvoir et la conclusion selon laquelle le par. 20(1) ne fait pas obstacle à toute constatation d'illégalité. Le conflit apparent entre la théorie de l'illégalité et la théorie de l'excès de pouvoir doit

ring to the foundations of those doctrines. It is not the capacity of the bank to enter into a partnership that is limited by a finding of invalidity. Rather, it is the right of the bank to participate in certain activities that may be limited. The distinction between capacity under the *ultra vires* doctrine and illegality was explained by F. W. Wegenast in *The Law of Canadian Companies* (1979), at pp. 136-37, where he stated:

It must be borne in mind also that the entire absence of the *ultra vires* rule would not mean that there were no limitations on the legal rights of a corporation. Just as a natural person is capable of doing things that are unlawful, so the capacity of a corporation may be broader than its rights. It has been said that "*ultra vires* and illegality represent totally different ideas," although a prohibition may be in such form that it renders the prohibited act both illegal and *ultra vires*. But an act which is *ultra vires* is not necessarily either *malum in se* or *malum prohibitum*. On the other hand, although it may be true, generally speaking, that a corporate act expressly forbidden by statute is *ultra vires*, it is also clear that an act may be illegal without being *ultra vires*, and remedies are available to enforce the legal limitations of corporations without invoking the plea of *ultra vires*. In many cases, indeed, it would be quite immaterial whether the question were raised as one of right or of capacity. Thus in the case of a shareholder seeking an injunction to restrain the company from any particular act it would be a sufficient ground to say that the company had not the right to do the act, without saying that it was not capable. The same could be said as regards action on behalf of the Crown by way of *scire facias* or otherwise. [Emphasis in original.]

Section 20(1) is a saving provision. It is not a provision allowing a bank to do what it is prohibited from doing. Since it is a saving provision, the same principles that guide the modern doctrine of illegality should guide a finding of invalidity under the *Bank Act*. In the present case, a declaration that the bank's participation in the Partnership is prohibited does not harm any third party. The bank deliberately contravened the *Bank Act* and it appears from the evidence that it did so with the knowledge of the other partners. However, a find-

être examiné en se reportant à leurs fondements respectifs. Ce n'est pas la capacité de la banque de former une société en nom collectif qui est restreinte par une conclusion de nullité. C'est plutôt le droit de la banque de participer à certaines activités qui peut être limité. La distinction entre la capacité suivant la théorie de l'excès de pouvoir et la théorie de l'illégalité a été expliquée par F. W. Wege-nast dans *The Law of Canadian Companies* (1979), où il a dit ceci, aux pp. 136 et 137:

[TRADUCTION] Il faut également se rappeler que l'absence complète de la règle de l'excès de pouvoir ne voudrait pas dire que les droits d'une personne morale sont illimités. Au même titre qu'une personne physique est capable d'accomplir des actes qui sont illégaux, la capacité d'une personne morale peut être plus étendue que ses droits. On a prétendu que «l'excès de pouvoir et l'illégalité étaient deux choses totalement différentes», bien qu'une interdiction puisse prendre une forme qui rende l'acte prohibé à la fois illégal et *ultra vires*. Or, l'acte qui est *ultra vires* n'est pas nécessairement non plus *malum in se* ou *malum prohibitum*. Par contre, bien qu'il puisse être vrai, de façon générale, que l'acte accompli par une personne morale et qui est expressément interdit par la loi est *ultra vires*, il appert également qu'un acte peut être illégal sans être *ultra vires*, et qu'il existe des recours permettant de faire respecter les restrictions apportées par la loi aux pouvoirs d'une personne morale sans plaider l'*ultra vires*. Dans de nombreux cas, en effet, il importe peu de savoir s'il s'agit d'une question de droit ou de capacité. Ainsi, dans le cas de l'actionnaire qui demande une injonction pour empêcher la société d'accomplir un acte en particulier, il suffirait d'établir que la société n'avait pas le droit d'accomplir l'acte, sans nier sa capacité de le faire. Il en irait de même pour l'action intentée au nom du ministère public par voie de *scire facias* ou autrement. [En italique dans l'original.]

Le paragraphe 20(1) est une disposition d'exception. Il n'est pas une disposition autorisant les banques à faire ce qui leur est interdit de faire. Comme il s'agit d'une disposition d'exception, les mêmes principes qui sous-tendent la théorie moderne de l'illégalité devraient mener à une conclusion de nullité en vertu de la *Loi sur les banques*. Dans la présente affaire, une déclaration portant que la participation de la Banque à la Société est interdite ne cause aucun préjudice à des tiers. La Banque a délibérément contrevenu à la

ing of invalidity on the basis of illegality in the present case would deprive s. 20(1) of any effect. The doctrine of illegality would be triggered by the prohibition set out in s. 174(2)(i) of the *Bank Act*. To find that the Partnership is invalid on this basis alone amounts to a finding on invalidity by reason only of an act in contravention of the statute.

Loi sur les banques, et il ressort de la preuve que les autres associés le savaient. Cependant, en l'espèce, conclure à la nullité en invoquant l'illégalité priverait le par. 20(1) de tout effet. L'application de la théorie de l'illégalité serait déclenchée par l'interdiction prévue à l'al. 174(2)(i) de la *Loi sur les banques*. Conclure que la Société est invalide sur ce seul fondement revient à conclure à la nullité du seul fait d'un acte contraire à la loi.

73 It does not follow, however, as the appellant argued, that the prohibitions set out in the *Bank Act* amount to a licensing scheme. These are clear restrictions on the Bank's right to enter into transactions. Section 20(1), in this context, precludes a finding of invalidity that is based only on a breach of the statute. There are other remedies, in the *Bank Act* in particular, to enforce the prohibitions set out in the *Bank Act*. For example, pursuant to s. 246 of the *Bank Act*, the Inspector General of Banks is empowered to "take charge on the premises of the assets of the bank or any portion thereof, if the need should arise, for the purposes of satisfying himself that the provisions of this Act . . . are being duly observed".

Cependant, il ne s'ensuit pas, comme a prétendu l'appelante, que les prohibitions prévues à la *Loi sur les banques* équivalent à un régime de délivrance de permis. Elles constituent des limites claires au droit des banques d'effectuer des opérations. Dans ce contexte, le par. 20(1) fait obstacle à toute constatation de nullité qui serait fondée seulement sur une violation de la loi. Il existe d'autres recours, en particulier dans la *Loi sur les banques*, permettant de faire respecter les prohibitions prévues par cette loi. Par exemple, aux termes de l'art. 246 de la *Loi sur les banques*, l'inspecteur général des banques peut «prendre en charge sur place la totalité ou une partie des éléments d'actif de la banque, afin de s'assurer de l'observation par celle-ci des dispositions de la présente loi».

74 Although I accept that s. 20(1) is not a complete bar to the application of the doctrine of illegality in the appropriate case, I do not think that it applies in the present circumstances. I will now examine the application of s. 34 of the *Partnerships Act* on the validity of the partnership created on December 24, 1986.

Même si je reconnais que le par. 20(1) ne fait pas entièrement obstacle à l'application de la théorie de l'illégalité dans les cas qui s'y prêtent, je ne crois pas que celle-ci s'applique dans les circonstances de la présente espèce. Je vais maintenant examiner la validité de la société en nom collectif créée le 24 décembre 1986 au regard de l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*.

(c) The Partnerships Act

c) La Loi sur les sociétés en nom collectif

75 The Court of Appeal held that s. 34 of the *Partnerships Act* expressly dissolved any partnership that may have been created in the present case because s. 174(2)(i) of the *Bank Act* made it unlawful within the meaning of s. 34 for members of the firm to carry on the Partnership. Section 34 provides:

La Cour d'appel a statué que l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* a expressément eu pour effet de dissoudre toute société en nom collectif qui a pu être créée en l'espèce, parce que l'al. 174(2)(i) de la *Loi sur les banques* rendait illégale, au sens de l'art. 34, l'exploitation de l'entreprise par les membres de la firme dans le cadre de la Société. Voici le texte de l'art. 34:

34. A partnership is in every case dissolved by the happening of any event that makes it unlawful for the business of the firm to be carried on or for the members of the firm to carry it on in partnership.

The appellant argues that the Court of Appeal erred because the penalty imposed by s. 174(16) of the *Bank Act* represents what has been described as “the price of a licence for doing what the statute apparently forbids.” Therefore, it does not compel the conclusion that either the Bank or Leasing was incapable of becoming a member of a valid partnership or that the Partnership was automatically dissolved after its formation on the basis of unlawfulness, pursuant to s. 34.

Both the Court of Appeal and the appellant rely on *Lindley & Banks on Partnership, supra*, at p. 135, where it states:

... although a statute may appear to prohibit certain activities and impose a penalty for failure to observe its provisions, it does not follow that conduct which would attract the penalty is necessarily illegal. If the statute can genuinely be classed as prohibitory, as will be the case if the penalty is imposed for the protection of the public, then such conduct will be illegal. *Per contra* if, on a true construction of the statute, the penalty merely represents, as Lord Lindley put it, “the price of a licence for doing what the statute apparently forbids.”

The penalty provision in the *Bank Act* dealing with the participation in a Canadian partnership contrary to s. 174(2)(i) is contained in s. 174(16). It reads as follows:

174. . . .

(16) A bank that contravenes any of paragraphs (2)(a), (c), (f), (h), (i) or (j) is guilty of an offence and liable on summary conviction to a fine not exceeding five hundred dollars in respect of each contravention.

It is argued that s. 34 of the *Partnerships Act* and s. 20(1) of the *Bank Act* are in conflict because s. 20(1) ensures that all acts done contrary to the

[TRANSDUCTION]

34. Une société en nom collectif est dissoute dans tous les cas où se produit un événement qui rend illégale soit l’exploitation de l’entreprise de la firme, soit son exploitation par les membres de la firme dans le cadre d’une société en nom collectif.

L’appelante soutient que la Cour d’appel a commis une erreur, car la peine prévue au par. 174(16) de la *Loi sur les banques* correspond à ce qu’on a assimilé au [TRANSDUCTION] «prix d’un permis autorisant l’accomplissement de ce que la loi semble interdire.» Il ne s’ensuivrait donc pas que la Banque ou Leasing était incapable de devenir membre d’une société de personnes valide ou que la Société a automatiquement été dissoute après sa formation, pour cause d’illégalité, conformément à l’art. 34.

La Cour d’appel et l’appelante invoquent l’ouvrage intitulé *Lindley & Banks on Partnership, op. cit.*, où l’on dit ceci, à la p. 135:

[TRANSDUCTION] . . . bien qu’une loi puisse sembler interdire certaines activités et fixer une sanction en cas de défaut d’observer ses dispositions, il ne s’ensuit pas qu’une conduite qui donnerait lieu à l’application de la sanction est nécessairement illégale. Si la loi peut vraiment être qualifiée de prohibitive, comme c’est le cas si la peine est infligée pour la protection du public, alors la conduite en question est illégale. Ce sera le contraire si selon l’interprétation appropriée de la loi, la peine représente simplement, comme l’a dit lord Lindley, «le prix d’un permis autorisant l’accomplissement de ce que la loi semble interdire.»

Le paragraphe 174(16) de la *Loi sur les banques* fixe la sanction à infliger en cas de participation à une société en nom collectif canadienne contrairement à l’al. 174(2)(i). Voici le texte du par. 174(16):

174. . . .

(16) La banque qui contrevient aux alinéas (2)a), c), f), h), i) ou j) commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, une amende maximale de cinq cents dollars pour chaque contravention.

On prétend que l’art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* et le par. 20(1) de la *Loi sur les banques* sont incompatibles parce que le

76

77

78

79

Bank Act are not invalid by reason only of a contravention of the statute. The effect of s. 20(1), it is argued, is that no acts done contrary to the *Bank Act* are unlawful. By paying the “licence fee” set out in s. 174(2) of the *Bank Act*, a bank is permitted to enter into a partnership. For s. 34 of the *Partnerships Act* to then render the participation of a bank in a partnership unlawful is contrary to the *Bank Act* as it prohibits what the *Bank Act* allows. What is argued, in effect, is that the *Bank Act*, as a federal statute, must prevail over the *Partnerships Act*, which is a provincial statute.

par. 20(1) fait en sorte que les actes accomplis en contravention de la *Loi sur les banques* ne sont pas nuls du seul fait qu’il sont contraires à la loi. En conséquence, plaide-t-on, l’effet du par. 20(1) est qu’aucun acte contraire à la *Loi sur les banques* n’est illégal. Moyennant le paiement des «droits de permis» fixés au par. 174(2) de la *Loi sur les banques*, une banque est autorisée à devenir membre d’une société en nom collectif. Le fait que l’art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* rende ensuite illégale la participation d’une banque à une société en nom collectif est contraire à la *Loi sur les banques* en ce que la première prohibe ce que la seconde autorise. En fait, l’argument est le suivant: la *Loi sur les banques*, en tant que loi fédérale, doit l’emporter sur la *Loi sur les sociétés en nom collectif*, une loi provinciale.

80 The wording of the penalty provision contained in s. 174(16) makes it clear that the prohibitions contained in s. 174(2) do not amount to a regulatory scheme providing that licence fees be paid for what the *Bank Act* prohibits. To interpret the section in this manner ignores the clear wording of the *Bank Act*. Section 174(16) labels a contravention of the Act an “offence” subject to “summary conviction” and sets out what amounts to a fine. Moreover, even if the combination of ss. 18(1) and 20(1) serves to preserve the validity of the transaction that is prohibited by the Act, the action is no less “unlawful” within the meaning of s. 34 of the *Partnerships Act* because it is an action that is contrary to the clear wording of the *Bank Act*.

Il ressort clairement du texte qui crée la sanction au par. 174(16) que les prohibitions établies au par. 174(2) n’équivalent pas à un régime de réglementation fixant des droits de permis autorisant l’accomplissement de ce que la *Loi sur les banques* interdit. Donner une telle interprétation à la disposition, c’est faire abstraction du texte clair de cette loi. Le paragraphe 174(16) qualifie les contraventions à la loi d’«infraction» punissable sur «déclaration de culpabilité par procédure sommaire» et il fixe le montant de l’amende maximale. En outre, même si l’effet conjugué des par. 18(1) et 20(1) permet de sauvegarder la validité de l’opération interdite par la loi, cet acte n’en est pas moins «illéga[l]» au sens de l’art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*, puisqu’il est contraire au texte clair de la *Loi sur les banques*.

81 As I do not accept that the penalties outlined in s. 174(16) represent a licence fee for doing what the *Bank Act* clearly prohibits in s. 174(2), I do not find that s. 20(1) of the *Bank Act* and s. 34 of the *Partnerships Act* are in conflict. The effect of s. 34 of the *Partnerships Act* is clear: the unlawfully formed partnership is dissolved *ab initio*. The stipulation in s. 20(1) of the *Bank Act*, that no act of a bank is invalid by reason only of a contravention of that Act, is of no consequence; the act is not invalid by reason only of the prohibition in s. 174(2)(i), but rather by reason of the effect of

Comme je ne souscris pas à l’argument que les peines prévues au par. 174(16) constituent des droits de permis autorisant l’accomplissement de ce que la *Loi sur les banques* interdit clairement au par. 174(2), je n’estime pas que le par. 20(1) de la *Loi sur les banques* et l’art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* sont incompatibles. L’effet de l’art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* est clair: les sociétés en nom collectif illégalement formées sont dissoutes *ab initio*. Le passage du par. 20(1) de la *Loi sur les banques* qui indique que les actes d’une banque ne sont pas

the contravention on the validity of the partnership under another statute, the *Partnerships Act*. Payment of the penalties set out in s. 174(16) of the *Bank Act* does not render lawful what the *Bank Act* prohibits.

The respondent submits that s. 34 of the *Partnerships Act* should be construed to render invalid any partnership entered into by the Bank or its subsidiary. It can be argued, however, that the effect of dissolving the Partnership under s. 34 of the *Partnerships Act*, when Leasing became a partner, is to make Leasing subject to the prohibitions in the *Bank Act*. If Leasing were subject to the prohibitions in the *Bank Act*, it would be unlawful for it, as a partner, to carry on the business of the Partnership and would therefore be contrary to s. 34 of the *Partnerships Act*. The argument is that the Bank is subject to the prohibitions and penalties set out in the *Bank Act*, but that Leasing's activities are not made unlawful because of the Bank's breach of the statute. To hold otherwise would amount to lifting the corporate veil to determine who are the investors who hold shares in a corporate partner and to determine if the investor has been involved in any unlawful activity.

I do not accept that a finding that the Partnership is unlawful under s. 34 necessitates a finding that Leasing is subject to the prohibitions in the *Bank Act*. Section 34 of the *Partnerships Act* states that a partnership is dissolved upon the happening of an event that makes it unlawful "for the business of the firm to be carried on or for the members of the firm to carry it on in partnership" (emphasis added). The prohibitions in the *Bank Act* clearly make it unlawful for a bank to "indirectly" participate in a partnership. Any indirect participation by a bank, i.e., participation through a subsidiary company, makes the carrying on of business in the

nuls du seul fait qu'ils sont contraires à cette loi est sans conséquence; l'acte n'est pas nul du seul fait qu'il est interdit à l'al. 174(2)i), mais plutôt en raison de l'effet de la contravention sur la validité de la société en nom collectif au regard d'une autre loi, en l'occurrence la *Loi sur les sociétés en nom collectif*. Le paiement des amendes prévues au par. 174(16) de la *Loi sur les banques* ne rend pas légal l'acte que cette loi interdit.

L'intimée soutient que l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* devrait être interprété de manière à invalider toute société en nom collectif à laquelle la Banque ou sa filiale auraient participé. Toutefois, il est possible de prétendre que l'effet de la dissolution de la Société par l'effet de l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*, lorsque Leasing est devenu un associé, a été d'assujettir cette dernière aux interdictions prévues par la *Loi sur les banques*. Si Leasing était assujettie à ces interdictions, il serait illégal pour elle, en tant qu'associé, d'exploiter l'entreprise de la Société et elle contreviendrait en conséquence à l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*. On avance l'argument que la Banque est assujettie aux interdictions et aux peines prévues par la *Loi sur les banques*, mais que la violation de cette loi par la Banque ne rend pas les activités de Leasing illégales. Conclure autrement équivaudrait à lever le voile corporatif afin de découvrir qui sont les investisseurs qui détiennent des actions d'une personne morale associée et de déterminer si un investisseur a été impliqué dans quelque activité illégale.

Je n'accepte pas que la conclusion selon laquelle la Société est illégale au sens de l'art. 34 emporte nécessairement la conclusion que Leasing est assujettie aux interdictions prévues par la *Loi sur les banques*. L'article 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* indique qu'une société en nom collectif est dissoute dans les cas où se produit un événement qui rend illégale «soit l'exploitation de l'entreprise de la firme, soit son exploitation par les membres de la firme dans le cadre d'une société en nom collectif» (je souligne). Les interdictions prévues par la *Loi sur les banques* indiquent clairement qu'il est illégal pour une banque

82

83

partnership “unlawful” within the meaning of s. 34 of the *Partnerships Act*.

de participer «indirectement» à une société en nom collectif. Toute participation indirecte d’une banque, c.-à-d. sa participation par l’entremise d’une filiale, rend l’exploitation de l’entreprise dans le cadre d’une société en nom collectif «illé-gale» au sens de l’art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*.

84 With regard to the second part of s. 34, under the reasoning that it cannot be unlawful for Leasing to be a member of the Partnership because it is not subject to the prohibitions of the *Bank Act*, the unlawful event must have occurred when the Bank, which is clearly subject to the *Bank Act*, became a partner on December 27, 1986. The Partnership would therefore have been dissolved on December 27, 1986. I do not accept, however, that the “unlawful” event under s. 34 of the *Partnerships Act* occurred only when the Bank directly became involved in the Partnership on December 27, 1986. In my view, Leasing’s participation in the Partnership on December 24, 1986 can still be considered “unlawful” within the meaning of s. 34 of the *Partnerships Act* by reason of the public policy component of the common law doctrine of illegality.

En ce qui a trait à la seconde partie de l’art. 34, suivant le raisonnement voulant que la participation de Leasing à la Société ne puisse être illégale parce qu’elle n’est pas assujettie aux interdictions prévues par la *Loi sur les banques*, l’événement illégal doit être survenu lorsque la Banque, qui est clairement assujettie à la *Loi sur les banques*, est devenue un associé le 27 décembre 1986. La Société aurait donc été dissoute le 27 décembre 1986. Cependant, je n’accepte pas l’argument suivant lequel l’événement «illéga[1]» au sens de l’art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* serait survenu uniquement lorsque la Banque a participé directement à la Société le 27 décembre 1986. À mon avis, la participation de Leasing à la Société le 24 décembre 1986 peut encore être considérée «illé-gale» au sens de l’art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* en raison du volet ordre public de la théorie de l’illégalité en common law.

85 The public policy component of the common law doctrine of illegality was not specifically pleaded in the present case; however, the respondent did plead that the Partnership was rendered invalid by s. 34 of the *Partnerships Act* because of the Bank’s or Leasing’s involvement in the Partnership. Moreover, as Krever J. (as he then was) set out in *Menard v. Genereux* (1982), 39 O.R. (2d) 55 (H.C.), at p. 64:

Le volet ordre public de la théorie de l’illégalité en common law n’a pas été expressément plaidé en l’espèce. Toutefois, l’intimée a bel et bien plaidé que l’art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* rendait la Société illégale en raison de la participation à celle-ci de la Banque ou de Leasing. Qui plus est, le juge Krever (maintenant juge de la Cour d’appel), a dit ceci dans *Menard c. Genereux* (1982), 39 O.R. (2d) 55 (H.C.), à la p. 64:

It is, however, well established that whether or not they are pleaded, if facts are shown in the course of a trial which may render an agreement unenforceable by reason of illegality or public policy a court must take these facts into consideration and, depending on the circumstances, act upon them if necessary by refusing to lend its assistance to a party seeking to enforce his or her rights by relying on the agreement.

[TRADUCTION] Il est cependant bien établi que si, dans le cours d’un procès, il est mis au jour des faits — allégués ou non — qui pourraient rendre un accord inexécutable pour cause d’illégalité ou pour des motifs d’ordre public, le tribunal doit prendre ces faits en considération et, selon les circonstances, les invoquer au besoin pour refuser son assistance à une partie qui cherche à faire respecter ses droits en plaidant l’accord.

86 I have discussed the doctrine of illegality as applied to contracts prohibited by statute. The

J’ai analysé la théorie de l’illégalité dans son application aux contrats interdits par la loi. La

common law doctrine of illegality and its effect on the validity of a contract must also be considered with regard to acts contrary to public policy. The development of the law in this area can be traced to *Holman v. Johnson* (1775), 1 Cowp. 341, 98 E.R. 1120, where Lord Mansfield stated, at p. 1121:

The principle of public policy is this; ex dolo malo non oritur actio. No Court will lend its aid to a man who founds his cause of action upon an immoral or an illegal act. If, from the plaintiff's own stating or otherwise, the cause of action appears to arise ex turpi causâ, or the transgression of a positive law of this country, there the Court says he has no right to be assisted. It is upon that ground the Court goes; not for the sake of the defendant, but because they will not lend their aid to such a plaintiff.

Since *Holman*, the courts have examined many transactions which involve what the courts considered to be immoral or illegal acts. The public policy in the present case is similar to the public policy recognized in the case law where the courts have refused to uphold a contract to commit a crime. To enforce a contract of this type is to recognize that it is valid to agree to circumvent the law for economic gain. As *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract* (13th ed. 1996), explains, at p. 375: "An allied rule of public policy is that no person shall be allowed to benefit from his own crime."

While it may not be strictly contrary to the *Bank Act* for Leasing to enter into a partnership, the parties to the agreements are, in effect, asking that they be permitted to benefit from a deliberate breach of the provisions of the *Bank Act*. In this case, it is clear that, by virtue of s. 174 of the *Bank Act*, the Bank is prohibited from directly or indirectly participating in a partnership. The parties to the Master Agreement and the Partnership Agreement were aware of this prohibition, but proceeded to enter into the Partnership with this knowledge. It is worth reiterating that Leasing declined to give the representations and warranties regarding quali-

théorie de l'illégalité en common law et son effet sur la validité d'un contrat doivent également être examinés en ce qui a trait aux actes contraires à l'ordre public. L'élaboration du droit sur cette question remonte à l'arrêt *Holman c. Johnson* (1775), 1 Cowp. 341, 98 E.R. 1120, dans lequel lord Mansfield a déclaré ceci, à la p. 1121:

[TRADUCTION] Le principe de l'ordre public est le suivant; ex dolo malo non oritur actio. Aucun tribunal ne prêtera son assistance à la personne qui fonde sa cause d'action sur un acte illégal ou immoral. Si, de l'aveu même du demandeur ou suivant quelque autre source, la cause d'action semble reposer sur un fondement immoral ou sur la transgression du droit positif du pays, le tribunal dit alors que le demandeur n'a droit à aucune assistance. Voilà le motif sur lequel le tribunal se fonde; non pas pour le bénéfice du défendeur, mais parce qu'il ne prêtera pas son assistance à pareil demandeur.

Depuis l'arrêt *Holman*, les tribunaux ont examiné de nombreuses opérations mettant en cause des actes qu'ils considéraient immoraux ou illégaux. La situation d'ordre public soulevée par le présent cas est similaire à celle reconnue dans les décisions où les tribunaux ont refusé de confirmer la validité d'un contrat visant la perpétration d'un crime. Forcer l'exécution d'un tel contrat serait reconnaître qu'il est légitime de convenir de contourner la loi dans le but de tirer un avantage financier. Comme on l'explique dans *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract* (13^e éd. 1996), à la p. 375: [TRADUCTION] «Suivant une règle connexe à l'ordre public, nul n'est autorisé à profiter d'un crime qu'il a commis».

Bien qu'il ne soit pas strictement contraire à la *Loi sur les banques* pour Leasing de participer à une société en nom collectif, les parties à l'accord demandent dans les faits qu'on leur permette de profiter d'une violation délibérée des dispositions de la *Loi sur les banques*. En l'espèce, il est clair que, en raison de l'art. 174 de la *Loi sur les banques*, il est interdit à la Banque de participer directement ou indirectement à une société en nom collectif. Les parties à l'accord principal et au contrat de société connaissaient cette interdiction, mais ont néanmoins formé la Société en toute connaissance de cause. Il convient de rappeler que

87

88

fication to carry on the business of the Partnership that had been requested of all proposed members.

Leasing a refusé de faire les déclarations et de donner les garanties relatives à sa qualification pour exploiter l'entreprise de la Société, déclarations et garanties requises de tous les futurs associés.

89 The Bank negotiated the terms of the Master Agreement and set up a transaction that it hoped would allow it to circumvent the terms of the *Bank Act* and avoid the consequences of the dissolution section in s. 34 of the *Partnerships Act*. To find that the Partnership is dissolved when the Bank directly becomes involved on December 27, 1986 but not when Leasing, acting for the Bank, became involved in the Partnership on December 24, 1986 is to give effect to a transaction that offends public policy. To sanction the participation of Leasing in the Partnership is to sanction the agreement to circumvent the provisions and penalties of the *Bank Act* and the *Partnerships Act*.

La Banque a négocié les modalités de l'accord principal et a monté une opération qui, espérait-elle, lui permettrait de contourner les dispositions de la *Loi sur les banques* et d'éviter les conséquences de la partie de l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* qui a trait à la dissolution. Conclure que la Société a été dissoute lorsque la Banque y a participé directement le 27 décembre 1986, mais non lorsque Leasing, agissant pour la Banque, a participé à la Société le 24 décembre 1986, revient à donner effet à une opération portant atteinte à l'ordre public. Avaliser la participation de Leasing à la Société revient à avaliser l'accord conclu pour contourner les dispositions de la *Loi sur les banques* et de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* et éluder leurs sanctions.

90 Is the finding that the transaction offends public policy sufficient to label the transaction illegal? As noted earlier, *Still, supra*, sets out the modern approach to this area of the law. At p. 138, Robertson J.A. explains the differences between the classical model of illegality and the modern approach. He states that the modern approach to illegality recognizes that a contract will not be considered void *ab initio* simply because it is prohibited. Under the modern approach, the contract can be declared illegal, and relief may be granted as an exception, or the contract can be held not to be illegal, and therefore enforceable. Enforceability of a contract depends upon an assessment of the purpose and objects of the prohibition, in the context of the case.

Est-ce que la conclusion selon laquelle l'opération porte atteinte à l'ordre public est suffisante pour permettre de qualifier l'opération d'illégale? Comme il a été souligné plus tôt, l'approche moderne en ce qui a trait à ce domaine du droit a été exposée dans *Still*, précité. À la p. 138 de cet arrêt, le juge Robertson explique les différences entre la théorie classique de l'illégalité et l'approche moderne. Il affirme que l'approche moderne en matière d'illégalité reconnaît qu'un contrat ne sera pas considéré nul *ab initio* simplement parce qu'il est interdit. Suivant cette approche, le contrat peut soit être déclaré illégal, auquel cas une réparation peut être accordée à titre exceptionnel, soit ne pas être déclaré illégal et, par conséquent, être exécutable. Le caractère exécutable d'un contrat dépend de l'appréciation qui est faite des objectifs de l'interdiction, compte tenu du contexte de l'affaire.

91 Similarly, C. Boyle and D. R. Percy, eds., in *Contracts: Cases and Commentaries* (5th ed. 1994), state, at p. 719:

De même, C. Boyle et D. R. Percy, dir., *Contracts: Cases and Commentaries* (5^e éd. 1994), affirment ce qui suit, à la p. 719:

One way of conceptualizing this area might be to focus on the instances where public or communitarian concerns override the contracting parties' interests in order-

[TRADUCTION] Une façon de conceptualiser cette question pourrait être de s'attacher aux cas où des considérations d'ordre public ou communautaire l'emportent sur

ing their private affairs as they choose. . . . This approach is well-expressed in the early case of *Maddox v. Fuller* (1937), 173 So. 12 at 16: “The true test . . . is whether the public interest is injuriously affected in such substantial manner that private rights and interests should yield to those of the public.”

Boyle and Percy go on to state that “[o]n the other hand, it is possible to see the enforcement of certain contracts as reflecting public policy concerns just as much as the non-enforcement of other contracts”. The proper question therefore, in my view, is whether it is in the interests of public policy to recognize the validity of the Partnership or whether it is in the interests of public policy to refuse to give effect to the transaction. In all of the circumstances, I conclude that it is contrary to public policy to allow the parties to the transaction to benefit from their deliberate breach of the prohibitions set out in the *Bank Act*. No third party will be harmed by the refusal to give effect to the transaction. All of the parties to the Master Agreement and the Partnership Agreement were aware that they were assisting the Bank in breaching the statute. The only hardship that may result from a finding that the formation of the Partnership on December 24, 1986 is illegal at common law on the grounds of public policy is that Leasing will not benefit from the deferred tax payment under s. 97(2) of the *Income Tax Act*.

Even though I have found that Leasing’s participation in the Partnership is illegal on the ground of public policy, it is not necessary in this case to consider the effect of a finding of illegality at common law and the possible remedies set out in G. H. Treitel, *The Law of Contract* (9th ed. 1995), at pp. 438-66; *Cheshire, Fifoot and Furmston’s Law of Contract, supra*, at pp. 385-406. The result of a finding that Leasing’s participation in the Partnership is contrary to public policy is that it is “unlawful” within the meaning of s. 34 of the *Partnerships Act* and that the Partnership is dissolved.

In closing on this issue, I wish to add that a finding that the Bank was prohibited from participating in the Partnership, directly or indirectly, therefore

l’intérêt des parties contractantes à arranger leurs affaires privées à leur gré. [. . .] Cette approche a été bien exprimée dans le vieil arrêt *Maddox c. Fuller* (1937), 173 So. 12, à la p. 16: «Le véritable critère [. . .] consiste à se demander si l’ordre public subit un tort à ce point substantiel que les droits et les intérêts privés devraient céder devant ceux du public.»

Boyle et Percy ajoutent que, [TRADUCTION] «[p]ar contre, il est possible de considérer que l’exécution de certains contrats répond tout autant à des préoccupations d’ordre public que la non-exécution de certains autres contrats». Par conséquent, la question qu’il faut se poser à mon avis est de savoir s’il convient, pour des raisons d’ordre public, de reconnaître la validité de la Société ou de refuser de lui donner effet. Compte tenu de toutes les circonstances, je conclus qu’il est contraire à l’ordre public de permettre aux parties à l’opération de profiter de leur violation délibérée des interdictions prévues par la *Loi sur les banques*. Aucun tiers ne subira de préjudice du refus de donner effet à l’opération. Toutes les parties à l’accord principal et au contrat de société savaient qu’elles aidaient la Banque à violer la loi. Le seul préjudice susceptible de résulter de la conclusion que la formation de la Société le 24 décembre 1986 était illégale en vertu de la common law pour des raisons d’ordre public est que Leasing ne profitera pas du report d’impôt prévu au par. 97(2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*.

Même si j’ai conclu que la participation de Leasing à la Société est illégale pour des raisons d’ordre public, il n’est pas nécessaire en l’espèce d’examiner l’effet d’une conclusion d’illégalité en common law ainsi que les redressements possibles exposés dans G. H. Treitel, *The Law of Contract* (9^e éd. 1995), aux pp. 438 à 466; *Cheshire, Fifoot and Furmston’s Law of Contract, op. cit.*, aux pp. 385 à 406. Le résultat de la conclusion que la participation de Leasing à la Société est contraire à l’ordre public est qu’il s’agit d’un acte «illégal[]» au sens de l’art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* et que la Société est dissoute.

En terminant sur cette question, je tiens à ajouter que la conclusion qu’il était interdit à la Banque de participer à la Société, directement ou indirecte-

92

93

94

rendering the transaction invalid, does not render invalid the participation of the other parties in the Partnership. The other two subsidiaries of Central (693396 and CCMI) were valid participants in the Partnership and in my view created a valid partnership at law between themselves on December 24, 1986. After Leasing and subsequently the Bank are removed from the Partnership, it continued as a valid entity. This proposition is supported by *Hudgell Yeates & Co. v. Watson*, [1978] 2 All E.R. 363 (C.A.). In that case, a partnership was dissolved by operation of s. 34 of the *Partnership Act 1890*, the same provision as that contained in the Ontario *Partnerships Act*, because one member of a law firm's practising certificate lapsed without the knowledge of the other partners. The partnership, however, was reconstituted as a partnership between the remaining partners.

3. *Was Leasing liable for recapture under s. 13 of the Income Tax Act as the person that disposed of its depreciable assets to the Central subsidiary?*

95

Having found that Leasing was not a member of a valid partnership and could not take advantage of s. 97(2) of the *Income Tax Act*, I must determine whether Leasing is liable for recapture of capital cost allowance as the vendor of the leasing assets. Since the transaction entered into by the parties did not involve the transfer of a partnership interest, it follows that what was transferred from the Continental group to the Central group was leasing assets. Leasing claims that a finding that the property that was transferred to Central was leasing assets, rather than an interest in a partnership, does not make Leasing the vendor of those assets and, therefore, liable for the recapture of capital cost allowance. The Court of Appeal, after finding that no valid partnership existed, did not make an express finding that Leasing sold the leasing assets to Central. It simply attributed the recapture to Leasing and upheld the Crown's reassessment. Bowman J.T.C.C. did not make a finding on this issue because once he found that a valid partner-

ment, conclusion qui a pour effet d'invalider l'opération, n'invalide pas la participation des autres associés à la Société. Les deux autres filiales de Central (693396 et CCMI) ont valablement participé à la Société et, à mon avis, ces dernières ont créé entre elles une société en nom collectif valide en droit le 24 décembre 1986. Après le retrait de Leasing, puis de la Banque, la Société est demeurée une entité valide. Cette proposition est étayée par l'arrêt *Hudgell Yeates & Co. c. Watson*, [1978] 2 All E.R. 363 (C.A.). Dans cette affaire, une société en nom collectif a été dissoute par application de l'art. 34 de la *Partnership Act 1890*, soit la même disposition que celle de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* de l'Ontario, parce que le permis d'exercice d'un membre d'un cabinet d'avocats avait expiré à l'insu des autres associés. Toutefois, la société avait été reconstituée en société en nom collectif formée des associés restants.

3. *Leasing était-elle tenue de payer de l'impôt relativement à la récupération de l'amortissement en vertu de l'art. 13 de la Loi de l'impôt sur le revenu en tant que personne ayant disposé de ses biens amortissables en faveur de la filiale de Central?*

Comme j'ai conclu que Leasing n'était pas membre d'une société en nom collectif et qu'elle ne pouvait se prévaloir du par. 97(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, je dois déterminer si elle est tenue au paiement de l'impôt à l'égard de la récupération de la déduction pour amortissement en tant que vendeur des éléments d'actif de crédit-bail. Étant donné que l'opération intervenue entre les parties n'englobait pas le transfert d'une participation dans une société en nom collectif, il s'ensuit que ce qui a été transféré par le groupe Continental au groupe Central ce sont les éléments d'actif de crédit-bail. Leasing prétend que le fait de conclure que ce qui a été transféré à Central ce sont les éléments d'actif de crédit-bail et non une participation dans une société en nom collectif ne fait pas d'elle le vendeur de ces éléments d'actif et ne la rend pas, de ce fait, responsable à l'égard de la récupération de la déduction pour amortissement. Après être arrivée à la conclusion qu'aucune société en nom collectif valide n'avait existé, la

ship had been formed, it was not necessary to determine who would have disposed of the assets if no partnership had been formed.

Leasing argues that it was the Bank that disposed of the leasing assets and on that basis, it is not liable for the recapture of capital cost allowance. Leasing stressed that the original transaction with Central was to be a sale of the shares in Leasing and that the Bank would have been the vendor, given that it was the sole shareholder in the company. While this may be true, I do not think that it follows that the Bank was the vendor of the leasing assets.

Having found that the substance of the transaction was a sale of assets, the conveyance of those assets occurred when Leasing signed the Master Agreement on December 23, 1986. The s. 97(2) election showed all three of the Central subsidiaries as transferees under the conveyance of assets, not just the two subsidiaries that signed the December 24, 1986 Partnership Agreement. The three Central subsidiaries appeared to have a *bona fide* intention to carry on business in common with each other and there was no legal prohibition to prevent them from forming a partnership between themselves under the name Central Capital Leasing. The failure of Leasing ever to be a member of a valid partnership with any of them did not prevent the assets from being acquired by the Central subsidiaries and being held by them under the name Central Capital Leasing. Once the partnership scheme is collapsed *vis-à-vis* Leasing, what is left is a sale of Leasing's assets to Central's subsidiaries on December 24, 1986.

Leasing argues that the sale of the assets effectively took place on December 29, 1986, two days

Cour d'appel n'a pas conclu expressément que Leasing avait vendu les éléments d'actif de crédit-bail à Central. Elle a simplement attribué la récupération de la déduction pour amortissement à Leasing et confirmé la nouvelle cotisation. Le juge Bowman n'a tiré aucune conclusion à cet égard, puisque, comme il avait jugé qu'une société en nom collectif valide avait été formée, il n'était pas nécessaire qu'il décide qui aurait disposé des éléments d'actif si aucune société n'avait été formée.

Leasing soutient que c'est la Banque qui a disposé des éléments d'actif de crédit-bail et que, pour cette raison, elle n'a aucune obligation à l'égard de la récupération de la déduction pour amortissement. Elle souligne que l'opération initiale envisagée était la vente de ses actions à Central et que la Banque aurait été le vendeur, étant donné qu'elle était l'unique actionnaire de l'entreprise. Même si cela est vrai, je ne crois pas qu'il s'ensuive que la Banque ait été le vendeur des éléments d'actif de crédit-bail.

J'estime que l'objet de l'opération était la vente des éléments d'actif et que ceux-ci ont été transférés lorsque Leasing a apposé sa signature à l'accord principal le 23 décembre 1986. Il ressort du choix effectué en application du par. 97(2) que les trois filiales de Central, et non seulement les deux qui ont signé le contrat de société le 24 décembre 1986, sont des cessionnaires dans le cadre du transfert des éléments d'actif. Les trois filiales de Central semblent avoir eu l'intention véritable d'exploiter une entreprise en commun, et aucune interdiction légale ne les empêchait de former ensemble une société en nom collectif appelée Central Capital Leasing. Le fait que Leasing n'ait jamais été membre d'une société en nom collectif valide avec l'une ou l'autre d'entre elles n'a pas empêché les filiales de Central de faire l'acquisition des éléments d'actif et de les détenir sous la dénomination Central Capital Leasing. Après l'effondrement de la société en nom collectif en ce qui concerne Leasing, ce qui subsiste est la vente des éléments d'actif de Leasing aux filiales de Central le 24 décembre 1986.

Leasing affirme que la vente des éléments d'actif a eu lieu dans les faits le 29 décembre 1986,

96

97

98

after the purported transfer of the 99 percent partnership interest from Leasing to the Bank. In other words, it is argued that the transfer from Leasing to the Bank on December 27, 1986 would in reality have been a transfer of the leasing assets if the partnership was invalid and would have made the Bank the owner of the assets on the date they were transferred to Central.

⁹⁹ Section 13 of the *Income Tax Act* imposes the tax liability for recapture of capital cost allowance on the person who owned depreciable assets and disposed of those assets. The only person that can be liable for the recapture is Leasing because, as owner of the assets on December 24, 1986, Leasing transferred those assets to what it hoped to be a valid partnership. The Bank was not a party to the transfer.

¹⁰⁰ What the appellant seeks to do is to characterize the Bank as having acquired Leasing's assets when the 99 percent partnership interest was transferred to it on December 27, 1986. This would make the Bank the vendor of the assets which disposed of them to Central on December 29, 1986. To adopt this approach would require the invalid partnership interest that was transferred to the Bank by Leasing to be converted to a transfer of assets. This approach is flawed because, by December 29, 1986, Leasing was no longer the owner of the assets. The fact that the Partnership was not a valid one *vis-à-vis* Leasing and that consequently the s. 97(2) rollover was ineffective does not negate the consequence that the assets were transferred on December 24, 1986.

¹⁰¹ The proceeds of the sale of the assets were paid to the Bank on December 29, 1986 in the form of notes and debentures from Central. This, however, does not change the fact that Leasing was the vendor of those assets on December 24, 1986 and was entitled to the proceeds of the disposition. Income

deux jours après le prétendu transfert à la Banque de la participation de 99 pour cent de Leasing dans la société en nom collectif. En d'autres termes, on prétend que le transfert intervenu entre Leasing et la Banque le 27 décembre 1986 aurait en réalité été un transfert des éléments d'actif de crédit-bail, dans la mesure où la société en nom collectif était invalide, et qu'il aurait fait de la Banque le propriétaire des éléments d'actif à la date de leur transfert à Central.

L'article 13 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit que la personne qui possédait des biens amortissables et qui en a disposé est tenue de payer l'impôt à l'égard de la récupération de la déduction pour amortissement. La seule personne qui puisse être tenue à cette obligation est Leasing puisque, en tant que propriétaire des éléments d'actif le 24 décembre 1986, elle a transféré ces biens à une entité qui, espérait-elle, était une société en nom collectif valide. La Banque n'a pas été partie au transfert.

Ce que l'appelante désire, c'est que la Banque soit considérée comme ayant acquis les éléments d'actif de Leasing lorsque la participation de 99 pour cent dans la société en nom collectif lui a été transférée le 27 décembre 1986. Il en résulterait que la Banque est le vendeur qui a disposé des éléments d'actif en faveur de Central le 29 décembre 1986. Pour retenir ce point de vue, il faudrait assimiler à un transfert d'éléments d'actif le transfert par Leasing à la Banque de sa participation dans la société en nom collectif invalide. Or, ce point de vue est lacunaire étant donné que, le 29 décembre 1986, Leasing n'était plus propriétaire des éléments d'actif. Le fait que la Société n'était pas valide en ce qui concerne Leasing et que, en conséquence, le transfert libre d'impôt effectué en vertu du par. 97(2) était sans effet, n'empêche pas que les éléments d'actif ont été transférés le 24 décembre 1986.

Le produit de la vente des éléments d'actif a été versé à la Banque le 29 décembre 1986 sous la forme de billets et de débentures de Central. Cela ne change cependant rien au fait que Leasing était le vendeur de ces éléments d'actif le 24 décembre 1986 et avait droit au produit de la disposition.

tax principles require that taxpayers be taxed on amounts that are receivable. The transfer of the “partnership interest” from Leasing to the Bank could arguably be characterized as a transfer of the proceeds that Leasing was to receive from the sale of its assets to Central subsidiaries. However, even characterized in this way, Leasing is liable for the recapture of capital cost allowance as the vendor of the assets. Subsection 56(4) of the *Income Tax Act* requires that where a taxpayer transfers rights to income that should have been included as income for the taxation year because the amount would have been receivable in that year, the taxpayer will be taxed on that income.

VII. Conclusion

Although the parties in this case set up a valid partnership within the meaning of s. 2 of the *Partnerships Act*, the participation of Leasing in that partnership was void by virtue of s. 34 of the *Partnerships Act*. The collapse of the partnership scheme *vis-à-vis* Leasing, however, does not change the fact that Leasing’s assets were transferred to Central’s subsidiaries on December 24, 1986. Because these assets were not transferred to a partnership pursuant to s. 97(2) of the *Income Tax Act*, Leasing cannot take advantage of that provision and is therefore liable for the recapture of capital cost allowance on its depreciable assets pursuant to s. 13 of the *Income Tax Act*. I would dismiss the appeal with costs.

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

MCLACHLIN J. — My colleague Justice Bastarache concludes that the Continental Bank Leasing Corporation (“Leasing”) cannot take advantage of s. 97(2) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, as amended, because its participation in the

Suivant les principes de l’impôt sur le revenu, les contribuables sont imposés sur les sommes qui leur sont dues. Il serait possible de prétendre que le transfert par Leasing à la Banque de la «participation dans la société en nom collectif» peut être qualifié de transfert du produit que Leasing devait toucher par suite de la vente de ses éléments d’actif aux filiales de Central. Cependant, même suivant cette qualification, Leasing est tenue au paiement de l’impôt à l’égard de la récupération de la déduction pour amortissement en tant que vendeur des biens. Suivant le par. 56(4) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, lorsqu’un contribuable transfère le droit à une somme qui aurait dû être incluse dans son revenu pour l’année d’imposition visée du fait que cette somme aurait été à recevoir au cours de l’année en question, ce contribuable est tenu de payer de l’impôt sur ce revenu.

VII. La conclusion

Même si, en l’espèce, les parties ont établi une société en nom collectif valide au sens de l’art. 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*, la participation de Leasing à cette société était nulle en raison de l’art. 34 de cette loi. La dissolution de la société en nom collectif en ce qui concerne Leasing ne change cependant rien au fait que les éléments d’actif de Leasing ont été transférés aux filiales de Central le 24 décembre 1986. Ces biens n’ayant pas été transférés à une société en nom collectif pour l’application du par. 97(2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, Leasing ne peut se prévaloir de cette disposition et doit donc inclure dans son revenu, conformément à l’art. 13 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, le montant de la déduction pour amortissement à l’égard de ses biens amortissables. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

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

LE JUGE MCLACHLIN — Mon collègue le juge Bastarache conclut que Continental Bank Leasing Corporation («Leasing») ne peut tirer avantage du par. 97(2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, et ses modifications, étant

partnership was void by virtue of the *Partnerships Act*, R.S.O. 1980, c. 370. While I agree with all other aspects of his reasons, I respectfully differ on this point and consequently on the disposition of this appeal.

donné que sa participation dans la société en nom collectif était frappée de nullité en vertu de la *Partnerships Act*, R.S.O. 1980, ch. 370, (ci-après la «*Loi sur les sociétés en nom collectif*»). Bien que je souscrive à tous les autres aspects de ses motifs, je dois respectueusement exprimer mon désaccord avec lui sur ce point et, par conséquent, sur l'issue du présent pourvoi.

104 The partnership in question was formed between Leasing and two wholly owned subsidiaries of Central Capital Leasing, 693396 Ontario Limited ("693396") and Central Capital Management Inc. ("CCMI"), on December 24, 1986. The trial judge found that it was a real and binding partnership. The partners would not have been able to tell a third party that they were not partners. On this basis, he found the arrangements set up to reduce tax were valid and held that Leasing was entitled to take advantage of s. 97(2) of the *Income Tax Act*.

La société en nom collectif en cause a été formée le 24 décembre 1986 par Leasing et deux filiales en propriété exclusive de Central Capital Leasing: 693396 Ontario Limited («693396») et Central Capital Management Inc. («CCMI»). Le juge de première instance a conclu qu'il s'agissait d'une véritable société en nom collectif liant les parties. En effet, les membres de la société n'auraient pas pu dire à des tiers qu'ils n'étaient pas associés. Sur ce fondement, il a conclu que les arrangements pris en vue de réduire l'impôt payable étaient valides et que Leasing avait le droit de tirer avantage du par. 97(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

105 The respondent on appeal argued that the partnership was not valid by reason of the combined operation of s. 174(2) of the *Bank Act*, R.S.C., 1985, c. B-1, and s. 34 of the Ontario *Partnerships Act*. The *Bank Act* states:

En appel, l'intimée a plaidé que la société en nom collectif n'était pas valide en raison de l'effet conjugué du par. 174(2) de la *Loi sur les banques*, L.R.C. (1985), ch. B-1, et de l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* de l'Ontario. La *Loi sur les banques* dispose ainsi, à l'al. 174(2)i):

174. . . .

174. . . .

(2) Except as authorized by or under this Act and in accordance with such terms and conditions, if any, as are prescribed by the regulations, a bank shall not, directly or indirectly,

(2) Sauf dans les conditions prévues par la présente loi ou ses textes d'application, et conformément aux modalités fixées par règlement, la banque ne peut, directement ou indirectement:

. . . .

. . . .

(i) acquire or hold an interest in Canada in, or otherwise invest or participate in Canada in, a partnership or limited partnership. . . .

i) acquérir ou détenir une participation, au Canada, dans une société de personnes ou dans une société en commandite ou autrement participer à une telle société . . .

The *Partnerships Act* states:

La *Loi sur les sociétés en nom collectif* dispose ainsi, à l'art. 34:

[TRANSLATION]

34. A partnership is in every case dissolved by the happening of any event that makes it unlawful for the

34. Une société en nom collectif est dissoute dans tous les cas où se produit un événement qui rend illégale

business of the firm to be carried on or for the members of the firm to carry it on in partnership.

The reasoning underlying the respondent's argument appears to be as follows:

1. Section 174 of the federal *Bank Act* prohibits the Continental Bank of Canada (the "Bank") from acquiring or holding an interest, or otherwise investing or participating in, a partnership or limited partnership in Canada.
2. The Bank violated this provision when its wholly owned subsidiary, Leasing, entered into a partnership with 693396 and CCMI.
3. Section 34 of the Ontario *Partnerships Act* provides that a partnership is "dissolved" by the happening of any event that makes it unlawful for the business of the firm to be carried on or for the members of the firm to carry it on in partnership.
4. The partnership formed initially by Leasing and the two other corporations was dissolved under s. 34 because of the operation of s. 174 of the *Bank Act* either (a) because s. 174 made the partnership's business unlawful; or (b) because s. 174 made it unlawful for the members of the firm to carry it on in partnership.
5. This effect prevails despite s. 20(1) of the *Bank Act*, which provides that "[n]o act of a bank, including any transfer of property to or by a bank, is invalid by reason only that the act or transfer is contrary to this Act".

In my view, steps 4 and 5 of the argument are not made out.

The first question is whether s. 34 of the *Partnerships Act* is attracted because the Bank's invest-

soit l'exploitation de l'entreprise de la firme, soit son exploitation par les membres de la firme dans le cadre d'une société en nom collectif.

Le raisonnement qui sous-tend l'argument de l'intimée paraît être le suivant:

1. L'article 174 de la *Loi sur les banques*, loi fédérale, interdit à la Banque Continentale du Canada (la «Banque») d'acquérir ou de détenir une participation dans une société de personnes — ou société en nom collectif — ou dans une société en commandite, ou de participer autrement à une telle société au Canada.
2. La Banque a violé cette disposition lorsque Leasing, sa filiale en propriété exclusive, a formé une société en nom collectif avec 693396 et CCMI.
3. L'article 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* de l'Ontario prévoit que la société en nom collectif est «dissoute» dans tous les cas où se produit un événement qui rend illégale soit l'exploitation de l'entreprise de la firme, soit son exploitation par les membres de la firme dans le cadre d'une société en nom collectif.
4. La société en nom collectif formée initialement par Leasing et les deux autres sociétés mentionnées a été dissoute au sens de l'art. 34 par l'effet de l'art. 174 de la *Loi sur les banques*, soit a) parce que l'art. 174 rendait illégale l'exploitation de l'entreprise de la société en nom collectif, soit b) parce que l'art. 174 rendait illégale l'exploitation par les membres de la firme de l'entreprise de celle-ci dans le cadre d'une société en nom collectif.
5. Cet effet subsiste malgré le par. 20(1) de la *Loi sur les banques* qui indique que «[I]es actes de la banque, y compris les transferts de biens, ne sont pas nuls du seul fait qu'ils sont contraires à la présente loi».

À mon avis, le bien-fondé des quatrième et cinquième points de l'argumentation n'a pas été établi.

La première question est de savoir si l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* s'applique

106

107

108

ment in a partner (Leasing) makes it unlawful for the business of the partnership to be carried on. If an investor holds shares in a corporate partner in a partnership when the law says it should not, is the business of the partnership thereby rendered illegal? I think not. The partnership must be distinguished from those who may invest in or support the partners that make it up. The investors are behind the scenes. They do not incur liability for partnership obligations. The law looks only to the partners to satisfy any liability that the partnership may incur. An investor may supply money to a partner which the partner then uses to carry on lawful business. The fact that the law says that the investor should not have supplied the money does not render the partnership business unlawful.

parce que le fait que la Banque a investi dans un associé (Leasing) de la société en nom collectif aurait rendu illégale l'exploitation de l'entreprise de celle-ci. Le fait qu'un investisseur possède des actions d'une société actionnaire d'une société en nom collectif, malgré que la loi dise qu'il ne devrait pas le faire, rend-il illégale l'exploitation de l'entreprise de la société en nom collectif? Je ne le pense pas. Une distinction doit être faite entre la société en nom collectif et les parties qui investissent dans les associés la composant ou qui les appuient autrement. Les investisseurs agissent en coulisse et n'engagent pas leur responsabilité à l'égard des obligations de la société en nom collectif. En vertu de la loi, seuls les associés sont tenus des obligations de la société. Un investisseur peut fournir à un associé des fonds que ce dernier utilise ensuite pour exploiter une entreprise légale. Le fait que, suivant la loi, l'investisseur n'aurait pas dû fournir ces fonds ne rend pas illégale l'entreprise de la société en nom collectif.

109 This is precisely the situation in the case at bar. Prior to December 27, 1986, the Bank was not a partner. It merely held shares in one of the partners, Leasing, which was a separate and legally distinct corporation. The *Bank Act* says that the Bank should not have held shares in Leasing if Leasing was a partner in a partnership. But this does not render illegal the business that Leasing carried on in the partnership. Leasing was a distinct and separate entity from the Bank, as was the partnership it entered into. The fallacy in the argument of the respondent is that it treats the Bank as if it were a partner in the partnership. But, prior to December 27th, it was not a partner. Leasing was the partner. And Leasing did not violate s. 174 of the *Bank Act*. Indeed, Leasing could not violate s. 174 of the *Bank Act*, because it was not a bank.

C'est précisément la situation en l'espèce. Avant le 27 décembre 1986, la Banque n'était pas un associé au sein de la société en nom collectif. Elle détenait simplement des actions de l'un des associés, en l'occurrence Leasing, une personne morale distincte sur le plan juridique. Selon la *Loi sur les banques*, la Banque ne devait pas détenir d'actions de Leasing si celle-ci faisait partie d'une société en nom collectif. Toutefois, cela ne rend pas illégale l'entreprise exploitée par Leasing dans le cadre de la société en nom collectif. Leasing était une entité distincte de la Banque, tout comme la société en nom collectif dont elle faisait partie. L'erreur dans l'argumentation de l'intimée est qu'elle traite la Banque comme si elle était un des associés de la société en nom collectif. Mais, avant le 27 décembre 1986, ce n'était pas le cas. C'est Leasing qui était l'associé. Et Leasing n'a pas violé l'art. 174 de la *Loi sur les banques*. De fait, Leasing ne pouvait pas violer l'art. 174 de la *Loi sur les banques*, puisqu'elle n'était pas une banque.

110 The next question is whether s. 34 of the *Partnerships Act* is attracted because s. 174 of the *Bank Act* made it unlawful for Leasing to be a partner in the firm. The same point disposes of this question.

La question suivante consiste à se demander si l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* s'applique parce que, en vertu de l'art. 174 de la *Loi sur les banques*, il aurait été illégal pour Lea-

Leasing was a separate corporation from the Bank. It had its own identity. It was not a bank. So s. 174 does not touch it. There is nothing in s. 174 of the *Bank Act* that made it unlawful for Leasing to be a member of the partnership.

If these observations are correct, then, prior to December 27th, s. 174 did not make it unlawful for the partnership to carry on its business, or for Leasing to be a partner. It made it unlawful for the Bank to invest in Leasing, but that is an entirely different thing. It does not affect the legality of the partnership's business or of Leasing's participation in the partnership.

It follows that the partnership was not dissolved under s. 34 of the *Partnerships Act* because the Bank should not have held shares in one of the partners. To suggest that partnerships could be dissolved simply because a behind-the-scenes investor or supporter of one of the partners was legally prohibited from investing in the partnership is to assert a proposition novel to the law. In determining who may be partners and what the lawful business of the partnership is, the law looks to the partnership and the partners, not those who invest or hold shares in the partners. Where the partner is a corporation, as here, the general rule that the law does not pierce the corporate veil reinforces this conclusion: *Salomon v. A. Salomon and Co.*, [1897] A.C. 22 (H.L.). Were it otherwise, one would never know whether a partnership is valid without investigating all those who may own shares or financially support the partners. This would make it difficult if not impossible to do business with partnerships with any sense of security. In the case at bar, the consequence of holding the partnership void is to defeat a transaction aimed at minimizing tax. However, in other cases it might

sing d'être un des associés de la firme. Le même raisonnement permet de trancher cette question. Leasing était une personne morale distincte de la Banque. Elle avait sa propre identité. Elle n'était pas une banque. Par conséquent, elle n'est pas visée par l'art. 174. L'article 174 de la *Loi sur les banques* n'a pas pour effet de rendre illégale la participation de Leasing dans la société en nom collectif.

Si ces observations sont exactes, alors, avant le 27 décembre 1986, l'art. 174 ne rendait pas illégale l'exploitation par la société en nom collectif de son entreprise, ou la participation de Leasing en tant qu'associé. Suivant cet article, il était illégal pour la Banque d'investir dans Leasing, mais il s'agit d'une toute autre question. Cet article n'a aucune incidence sur la légalité de l'entreprise de la société en nom collectif ni sur la participation de Leasing dans la société.

Il s'ensuit que la société en nom collectif n'a pas été dissoute par l'effet de l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* parce que la Banque n'aurait pas dû détenir des actions de l'un des associés de celle-ci. Prétendre qu'une société en nom collectif peut être dissoute simplement parce qu'une partie qui, en coulisse, investit dans l'un de ses associés ou l'appuie d'une autre façon n'était pas autorisée par la loi à le faire est un argument nouveau en droit. Pour déterminer qui peut être associé d'une société en nom collectif et quelle est l'entreprise légale d'une telle société, le droit considère la société en cause et ses associés, et non les parties qui investissent dans ces derniers ou détiennent des actions de ceux-ci. Lorsque l'associé en cause est une personne morale, comme c'est le cas en l'espèce, la règle générale selon laquelle le droit ne lève pas le voile corporatif renforce cette conclusion: *Salomon c. A. Salomon and Co.*, [1897] A.C. 22 (H.L.). S'il en était autrement, il serait impossible de savoir si la société en nom collectif est valide sans identifier tous ceux qui possèdent des actions des associés de cette société ou qui les soutiennent financièrement de quelque autre façon. Il serait alors difficile, voire impossible de faire affaire avec des sociétés en nom collectif tout en ayant un quelconque sentiment de sécurité. En

111

112

affect innocent third parties relying on the partnership.

l'espèce, conclure à la nullité du contrat de société en nom collectif aurait pour conséquence d'annuler une opération visant à réduire l'impôt à payer. Cependant, dans d'autres cas, une telle conclusion pourrait avoir des répercussions sur des tiers de bonne foi qui se fient à la société en nom collectif.

113 A further consequence of holding that an unlawful investment voids a partnership entered into by an investee is that the legal status of partnerships would vary with the shareholders in corporate partners. If a bank holds shares in a corporate partner, the partnership would be void. But if the bank sells those shares to a non-bank (and who is to know?) is the partnership reconstituted? The only sensible rule is what I apprehend to be the legal rule — that the validity of a partnership depends on its members, not on who may hold shares in them.

Une autre conséquence de la conclusion qu'un investissement illégal a pour effet d'invalider une société en nom collectif dont est partie le bénéficiaire de l'investissement est que le statut juridique des sociétés en nom collectif varierait en fonction de l'identité des actionnaires des sociétés qui en sont les associés. Ainsi, si une banque détient des actions d'une société associée de la société en nom collectif, celle-ci serait frappée de nullité. Cependant, si la banque vend ces actions à une entité autre qu'une banque (et qui le saurait?), la société en nom collectif est-elle reconstituée? La seule règle raisonnable est celle qui, à mon avis, constitue la règle de droit — savoir que la validité de la société en nom collectif dépend de l'identité de ses membres et non des actionnaires de ceux-ci.

114 This brings me to Bastarache J.'s argument that Leasing's participation in the partnership on December 24, 1986 can be considered unlawful within the meaning of s. 34 of the *Partnerships Act* by reason of the public policy component of the common law doctrine of illegality. This argument posits that, despite the fact that Leasing's participation in the partnership does not contravene the provisions of the *Bank Act*, it should be considered illegal for public policy reasons, namely because "[t]o sanction the participation of Leasing in the Partnership is to sanction the agreement to circumvent the provisions and penalties of the *Bank Act* and the *Partnerships Act*" (para. 89). In essence, Bastarache J. equates his conclusion that Leasing's participation in the partnership is "illegal" under the doctrine of illegality with a finding that that participation is also "unlawful" under s. 34 of the *Partnerships Act*. In my view, the equation is not warranted.

Cela m'amène à l'argument du juge Bastarache selon lequel la participation de Leasing dans la société en nom collectif le 24 décembre 1986 peut être considérée illégale au sens de l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* en raison du volet ordre public de la doctrine de l'illégalité en common law. Cet argument postule que, malgré le fait que la participation de Leasing dans la société en nom collectif ne contrevienne pas aux dispositions de la *Loi sur les banques*, cette participation devrait être considérée illégale pour des raisons d'ordre public, soit parce que «[a]valiser la participation de Leasing à la Société revient à avaliser l'accord conclu pour contourner les dispositions de la *Loi sur les banques* et de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* et éluder leurs sanctions» (par. 89). Essentiellement, le juge Bastarache assimile sa conclusion que la participation de Leasing à la société en nom collectif est «illégale» au regard de la doctrine de l'illégalité à la conclusion que cette participation est également «illégale» au sens de l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*. À mon avis, cette assimilation n'est pas justifiée.

I will not repeat the historical foundations for the doctrine of illegality, which have been ably summarized by my colleague, Bastarache J. I simply note that the meaning of the term “illegal” within the context of the doctrine of illegality does not always mean “unlawful” in the traditional sense of being “contrary to, prohibited, or unauthorized by law” (*Black’s Law Dictionary* (6th ed. 1990)). The need to exercise caution in the use of the term “illegal” in this area was underlined by C. Boyle and D. R. Percy, eds., in *Contracts: Cases and Commentaries* (5th ed. 1994), at p. 721:

A word of warning is necessary with respect to terminology. It will be evident already that the expressions “illegal” and “contrary to public policy” are used somewhat loosely and interchangeably. The approach of the British Columbia Law Reform Commission may be helpful. After recognizing that the word “illegal” is not always entirely appropriate, the Commission stated in its *Report on Illegal Transactions* (1983), at 2:

The term “illegal” is used as a convenient shorthand expression, signifying that the transaction so designated is one which a court will decline to enforce on the ground that it infringes some public policy, or the terms or object of an enactment. [Emphasis added.]

The fact that the court determines that a contract is void or unenforceable for public policy reasons under the doctrine of illegality does not render either the contract itself or the subject of the contract unlawful. As noted by G. H. Treitel in *The Law of Contract* (9th ed. 1995), at p. 399: “Such contracts are often called ‘illegal.’ It is sometimes said that they are only ‘void’ or ‘unenforceable’; but these statements only emphasise that no specific legal wrong is involved. So long as this point is borne in mind, no harm is done by using the traditional terminology in which these contracts are ‘illegal.’” (Emphasis added.)

It follows that a finding that Leasing’s participation in the partnership should be void or unenforceable for public policy reasons under the doc-

Je ne répéterai pas les fondements historiques de la doctrine de l’illégalité, qui ont été très bien résumés par mon collègue le juge Bastarache, je dirai simplement que, dans le contexte de la doctrine de l’illégalité, le mot anglais «*illegal*» («illégal») ne correspond pas toujours au sens traditionnel du mot anglais «*unlawful*», savoir: [TRADUCTION] «contraire au droit, prohibé ou non autorisé par celui-ci» (*Black’s Law Dictionary* (6^e éd. 1990)). C. Boyle et D. R. Percy, dir., ont souligné la nécessité de faire montre de prudence dans l’utilisation du mot «*illegal*» dans ce domaine, dans *Contracts: Cases and Commentaries* (5^e éd. 1994), à la p. 721:

[TRADUCTION] Une mise en garde s’impose sur le plan terminologique. On n’a pas manqué de constater que les termes «*illegal*» et «*contrary to public policy*» [«contraire à l’ordre public»] sont utilisés l’un pour l’autre et de façon assez libre. Le point de vue de la Commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique à cet égard peut être utile. Après avoir reconnu que le mot «*illegal*» n’est pas toujours tout à fait approprié, la Commission a déclaré ceci dans son *Report on Illegal Transactions* (1983), à [la p.] 2:

Le mot «*illegal*» est utilisé pour exprimer de façon concise et pratique que l’opération qualifiée de la sorte est une opération dont les tribunaux refuseront d’ordonner l’exécution pour le motif qu’elle enfreint l’ordre public ou encore les termes ou l’objet d’un texte de loi. [Je souligne.]

Le fait qu’un tribunal statue qu’un contrat est, en application de la doctrine de l’illégalité, nul ou inexécutable pour des raisons d’ordre public ne rend pas «*unlawful*» le contrat lui-même ou son objet. Comme l’a souligné G. H. Treitel dans *The Law of Contract* (9^e éd. 1995), à la p. 399: [TRADUCTION] «De tels contrats sont souvent qualifiés d’«*illegal*.» On dit parfois qu’ils ne sont que “nuls” ou “inexécutables”; mais ces affirmations ne font que souligner qu’aucun tort juridique particulier n’est en jeu. Tant qu’on n’oublie pas ce point, il n’y a aucun problème à utiliser la terminologie traditionnelle et à qualifier ces contrats d’«*illegal*.” (Je souligne.)

Il s’ensuit que la conclusion que, par application de la doctrine de l’illégalité, la participation de Leasing dans la société en nom collectif devrait

115

116

117

trine of illegality does not necessarily mean that its participation was illegal or unlawful in the traditional sense of either term. As a result, s. 34 of the *Partnerships Act* is not attracted.

118 This is sufficient to dispose of the argument that s. 34 of the Ontario *Partnerships Act* rendered the partnership between Leasing and its partners void. However, the question remains whether Leasing's participation in the partnership should be deemed unenforceable as a result of the application of public policy principles under the doctrine of illegality, quite apart from s. 34 of the *Partnerships Act*. In my opinion, this question must be determined in the negative. Contrary to my colleague, I find that public policy requires that breaches of the *Bank Act* should not lead to the invalidation of contracts and other transactions. There is a good reason for this; to unravel commercial transactions on the basis that a corporate actor breached a statute is to introduce uncertainty into the affairs of individuals and businesses. This is especially true where the transactions at issue involve a subsidiary of the corporate actor.

119 More importantly, s. 20(1) of the *Bank Act* clearly states that "[n]o act of a bank . . . is invalid by reason only that the act or transfer is contrary to this Act". Section 20(1) thus supports the view that Parliament never intended breaches of the *Bank Act* to render bank transactions, including investments in other corporations, like Leasing, null and void. This supports the argument that Parliament intended to create an offence punishable by fines, not to invalidate otherwise lawful transactions and that the doctrine of illegality should have no application in the case at bar.

120 I conclude that the partnership between Leasing, 693396 and CCMI was valid between December 24th and December 27th. It follows that the election under s. 97(2) of the *Income Tax Act* was also

être nulle ou inexécutable pour des raisons d'ordre public ne signifie pas nécessairement que sa participation était «*illegal*» ou «*unlawful*» au sens traditionnel de ces mots. Par conséquent, l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* n'entre pas en jeu.

Cela suffit pour écarter l'argument que l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* de l'Ontario a eu pour effet de frapper de nullité la société formée par Leasing et ses associés. Toutefois, il reste la question de savoir si la participation de Leasing à la société en nom collectif devrait être jugée inexécutable par suite de l'application de principes fondés sur l'ordre public, en vertu de la doctrine de l'illégalité, indépendamment de l'art. 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*. À mon avis, cette question doit recevoir une réponse négative. Contrairement à mon collègue, je conclus que l'ordre public commande que les contraventions à la *Loi sur les Banques* n'entraînent pas l'invalidation de contrats et autres opérations. Il y a une bonne raison à cela. Défaire des opérations commerciales parce qu'une personne morale y participant a violé une loi introduirait de l'incertitude dans les affaires des particuliers et des entreprises. Cela est particulièrement vrai lorsque les opérations litigieuses mettent en jeu une filiale de la personne morale en cause.

Fait plus important encore, aux termes du par. 20(1) de la *Loi sur les banques*, «[l]es actes de la banque [. . .] ne sont pas nuls du seul fait qu'ils sont contraires à la présente loi». Le paragraphe 20(1) étaye donc le point de vue selon lequel le législateur fédéral n'a jamais voulu que les violations de la *Loi sur les banques* entraînent la nullité des opérations des banques, y compris leurs investissements dans d'autres personnes morales, telle Leasing. Cela étaye l'argument que le législateur fédéral entendait non pas invalider des opérations par ailleurs légales mais plutôt créer une infraction punissable par des amendes, et que la doctrine de l'illégalité ne s'applique pas en l'espèce.

Je conclus que la société en nom collectif formée par Leasing, 693396 et CCMI était valide entre les 24 et 27 décembre 1986. Il s'ensuit que le choix fait en vertu du par. 97(2) de la *Loi de l'im-*

valid. It is not necessary, for the purposes of this first appeal, to consider the transfer of Leasing's partnership interest to the Bank. That transfer and the subsequent transfer of the Bank's partnership interest to 693396 and 693397 Ontario Ltd. are the subjects of the second appeal. I would allow this appeal with costs and refer the assessment back to the Minister of National Revenue for reconsideration and reassessment in accordance with these reasons.

Appeal allowed with costs, L'HEUREUX-DUBÉ and BASTARACHE JJ. dissenting.

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

Solicitor for the respondent: George Thomson, Toronto.

Solicitors for the intervener: McCarthy Tétrault, Toronto.

pôt sur le revenu était lui aussi valide. Il n'est pas nécessaire, pour les fins de ce premier pourvoi, d'examiner le transfert à la Banque de la participation de Leasing dans la société en nom collectif. Ce transfert et le transfert subséquent à 693396 et 693397 Ontario Ltd. de la participation de la Banque dans la société en nom collectif font l'objet du second pourvoi. Je suis d'avis d'accueillir le présent pourvoi avec dépens et de renvoyer la cotisation au ministre du Revenu national pour réexamen et établissement d'une nouvelle cotisation en conformité avec les présents motifs.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et BASTARACHE sont dissidents.

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

Procureur de l'intimée: George Thomson, Toronto.

Procureurs de l'intervenante: McCarthy Tétrault, Toronto.