

**Stubart Investments Limited Appellant;**

and

**Her Majesty The Queen Respondent.**

File No.: 16623.

1983: November 23 and 24; 1984: June 7.

Present: Ritchie, Beetz, Estey, McIntyre and Wilson JJ.

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL**

*Taxation — Income tax — Tax reduction scheme — Subsidiary G eligible for loss carry-forward — Subsidiary S's assets transferred to subsidiary G — Business managed by subsidiary S but profits transferred to subsidiary G — Whether or not subsidiary S can avail itself of subsidiary G's loss carry-forward — Income Tax Act, R.S.C 1952, c. 148, s. 137, now 1970-71-72 (Can.), chap. 63 as amended, s. 245.*

Appellant's sister subsidiary, Grover Cast Stone Co., incurred substantial losses recognized under the *Income Tax Act* for the purpose of the Act's carry-forward provisions. Effective January 1966, appellant sold its assets to Grover and, concurrent with the agreement of purchase and sale, Grover appointed appellant by a separate agreement as its agent to carry on business for and to the account of Grover. Appellant then carried on the business on Grover's behalf and, at the end of the fiscal years for 1966, 1967 and 1968, paid the net income realized from the business over to Grover. Grover, in turn, reported that amount in its corporate tax return. National Revenue reassessed appellant, set aside the entry transferring the net income to Grover and charged it back to appellant's taxable income. Appellant appealed this reassessment but the Tax Appeal Board, the Federal Court (Trial Division) and the Federal Court of Appeal all upheld it. At issue is whether a corporate taxpayer with the avowed purpose of reducing its taxes can establish an arrangement whereby future profits are routed through a sister subsidiary in order to avail itself of the latter corporation's loss carry-forward. Two subsidiary issues dealt with whether or not the transaction was a sham, and whether or not it was incomplete. The Crown advanced no argument based on s. 137 of the *Income Tax Act*.

*Held:* The appeal should be allowed.

*Per* Beetz, Estey and McIntyre JJ.: A transaction cannot be disregarded for tax purposes solely on the

**Stubart Investments Limited Appelante;**

et

**Sa Majesté La Reine Intimée.**

<sup>a</sup> N° du greffe: 16623.

1983: 23 et 24 novembre; 1984: 7 juin.

Présents: Les juges Ritchie, Beetz, Estey, McIntyre et b Wilson.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE**

*Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Plan de réduction d'impôt — Filiale G bénéficiant du report des pertes — Actif de la filiale S transféré à la filiale G — Affaires gérées par la filiale S, mais transfert des profits à la filiale G — La filiale S peut-elle se prévaloir du report des pertes de la filiale G? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, art. 137, actuellement 1970-71-72 (Can.), chap. 63 et modifications, art. 245.*

La filiale-soeur de l'appelante, Grover Cast Stone Co. a subi des pertes importantes auxquelles s'appliquent les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sur les reports. En janvier 1966, l'appelante a vendu son actif à Grover et, en même temps que la convention d'achat-vente mais dans une entente distincte, Grover a fait de l'appelante sa mandataire pour exploiter l'entreprise pour son compte, ce que l'appelante a fait. À la fin des années financières 1966, 1967, et 1968, l'appelante a versé à Grover le revenu net tiré de l'entreprise. Grover a alors déclaré ce montant dans sa déclaration de revenu des sociétés. Le ministère du Revenu national a établi une nouvelle cotisation pour l'appelante, a annulé l'écriture transférant le revenu net à Grover et l'a ajouté au revenu imposable de l'appelante. L'appelante a interjeté une appel de cette nouvelle cotisation, mais la Commission de révision de l'impôt, la Division de première instance de la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale l'ont confirmée. La question en l'espèce est de savoir si dans le but avoué de réduire ses impôts, une société peut conclure une entente par laquelle les futurs profits sont passés à une filiale-soeur dans le but de se prévaloir du report des pertes de cette dernière. Deux questions subsidiaires traitent du point de savoir si l'opération était fictive et si elle était incomplète. Le substitut du procureur général n'a présenté aucun argument fondé sur l'art. 137 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

*Les juges Beetz, Estey et McIntyre: Une opération ne peut pas être écartée à des fins fiscales seulement parce*

basis that it was entered into by a taxpayer without an independent or *bona fide* business purpose. Guidelines for a court faced with this interpretative issue could be discerned. Where the facts reveal no *bona fide* business purpose for the transaction, s. 137 may be found to be applicable depending on all the circumstances of the case. Where s. 137 does not apply, the older rule of strict interpretation of a taxation statute as modified by the courts in recent years prevails but will not assist the taxpayer where the transaction is (a) legally ineffective or incomplete or (b) a sham within the classical definition. The formal validity of the transaction may also be insufficient where (a) the setting in the Act of the benefit or allowance sought clearly indicates a legislative intention to restrict that benefit to rights accrued prior to the arrangement adopted by the taxpayer for tax purposes; (b) the provisions necessarily relate to an identified business function; (c) the "object and spirit" of the benefit or allowance sought is defeated by the procedures blatantly adopted by the taxpayer to synthesize a tax saving device, even though the transactions might not meet the level of "artificiality" in s. 137. Otherwise, where the substance of the Act, when the clause in question is contextually construed, is clear and unambiguous and there is no prohibition in the Act which embraces the taxpayer, the taxpayer shall be free to avail himself of the beneficial provision in question.

The transaction here was not a sham. It was not constructed to create a false impression and the appearance created by the documentation was the reality. The concept of a sham transaction does not extend to include either a transaction that might be reversed or an otherwise valid transaction entered into between parties not at arm's length.

The sale and transfer of the business was complete in law. Arguments to the contrary which were based on information filed under *The Corporations Information Act*, the absence of duplicate licensing, and the party issuing T-4 slips, had no consequence in law concerning the completeness of the sale. There was no commitment or enforceable agreement to reverse the sale.

*Per* Ritchie and Wilson JJ.: The transaction was effectual and not a sham because it created the legal relations between the parties which the parties intended to create. The business purpose test is a distinct test from that of sham but is inapplicable because of its incompatibility with the longstanding principle that a person might order his affairs so as to attract the least

qu'elle a été effectuée par un contribuable sans fin commerciale véritable ou indépendante. On peut néanmoins dégager des règles à suivre par les tribunaux confrontés par cette question d'interprétation. Lorsque les faits révèlent que l'opération n'a aucune fin commerciale véritable, on pourra juger que l'art. 137 est applicable, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire. Si l'art. 137 ne s'applique pas, la vieille règle de l'interprétation stricte des lois fiscales, telle que les cours l'ont modifiée au cours des dernières années, prévaut, mais elle ne sera d'aucun secours pour le contribuable si l'opération est a) sans effet juridique ou incomplète ou b) fictive selon la définition classique. La validité formelle de l'opération peut également être insuffisante a) si dans la Loi, le cadre du bénéfice ou de la déduction cherché indique clairement que le législateur a eu l'intention de limiter ce bénéfice aux droits acquis avant l'arrangement adopté par le contribuable à des fins fiscales, b) si les dispositions se rapportent nécessairement à une fonction commerciale précise, c) si «l'objet et l'économie» du bénéfice ou de la déduction cherché sont mis en échec par des procédures adoptées de façon flagrante par le contribuable pour synthétiser un mécanisme de dégrèvement, même si les opérations n'atteignent peut-être pas le degré d'«artifice» prévu à l'art. 137. Autrement, lorsque le fond de la Loi est claire et sans ambiguïté, quand la clause en question est interprétée dans son contexte, et qu'aucune interdiction de la Loi ne vise le contribuable, ce dernier est libre de se prévaloir de la disposition avantageuse en question.

f L'opération en l'espèce n'est pas fictive. Elle n'a pas été agencée pour créer une impression fausse et l'apparence créée par les documents est la réalité. La notion d'opération fictive ne s'étend pas pour inclure une opération qui pourrait être annulée ou une opération par ailleurs valide que des parties ayant un lien de dépendance ont effectué.

h La vente et le transfert de l'entreprise étaient complets en droit. Les arguments au contraire fondés sur les renseignements produits conformément à *The Corporations Information Act*, sur l'absence de double licence et sur la partie délivrant des reçus T-4, n'ont aucune conséquence juridique sur le caractère complet de la vente. Il n'existe aucun engagement ni aucune entente exécutoire d'annuler la vente.

i j Les juges Ritchie et Wilson: L'opération peut produire un effet et ne pas être fictive parce qu'elle crée entre les parties les relations juridiques que ces dernières voulaient créer. Le critère de la fin commerciale est un critère distinct de celui de l'opération fictive, mais il est inapplicable car il est incompatible avec le principe ancien qu'une personne peut organiser ses affaires pour

tax liability—a principle too deeply entrenched in Canadian law to be rejected in the absence of clear statutory authority. No such authority was advanced here.

*Gregory v. Helvering, Commissioner of Internal Revenue*, 293 U.S. 465 (1934); *Knetsch v. United States*, 364 U.S. 361 (1960); *Cridland v. Commissioner of Taxation (Cth)* (1978), 52 A.L.J.R. 96; *Dominion Bridge Co. v. The Queen*, 75 DTC 5150; *Lagacé v. Minister of National Revenue*, [1968] 2 Ex. C.R. 98; *Minister of National Revenue v. Leon*, [1977] 1 F.C. 249; *Massey-Ferguson Ltd. v. The Queen*, [1977] 1 F.C. 760, considered; *W.T. Ramsay Ltd. v. Inland Revenue Commissioners*, [1981] 2 W.L.R. 449; *Commissioners of Inland Revenue v. Burmah Oil Co.*, [1981] T.R. 535; *Furniss (Inspector of Taxes) v. Dawson*, [1984] 1 All E.R. 530, distinguished; *Atinco Paper Products Ltd. v. The Queen*, [1978] CTC 566; *Rose v. Minister of National Revenue*, [1973] F.C. 65; *Bradford (Borough of) v. Pickles*, [1895] A.C. 587; *Inland Revenue Commissioners v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1; *Kocin v. United States*, 187 F.2d 707 (1951); *Goldstein v. Commissioner of Internal Revenue*, 364 F.2d 734 (1966); *Berkey v. Third Avenue Railway Co.*, 244 N.Y. 84 (1926); *Singer v. Magnavox Co.*, 380 A.2d 969 (1977); *Greenberg v. Commissioners of Inland Revenue* (1971), 47 T.C. 240; *Richardson Terminals Ltd. v. Minister of National Revenue*, 71 DTC 5028; *FA and AB Ltd. v. Lupton (Inspector of Taxes)*, [1971] 3 All E.R. 948; *Inland Revenue Commissioners v. Brebner*, [1967] 1 All E.R. 779; *The Queen v. Esskay Farms Ltd.*, 76 DTC 6010; *Produits LDG Products Inc. v. The Queen*, 76 DTC 6344; *The Queen v. Alberta and Southern Gas Co.*, [1978] 1 F.C. 454; *Snook v. London and West Riding Investments, Ltd.*, [1967] 1 All E.R. 518; *Minister of National Revenue v. Cameron*, [1974] S.C.R. 1062; *Foreign Power Securities Corp. v. Minister of National Revenue*, 66 DTC 5012; *Levene v. Inland Revenue Commissioners*, [1928] A.C. 217; *Partington v. Attorney-General* (1869), L.R. 4 H.L. 100; *The King v. Crabbs*, [1934] S.C.R. 523; *Lumbers v. Minister of National Revenue* (1943), 2 DTC 631, aff'd [1944] S.C.R. 167; *W.A. Sheaffer Pen Co. v. Minister of National Revenue*, [1953] Ex. C.R. 251; *Ransom v. Higgs* (1974), 50 Tax Cas. 1; *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 408; *Minister of National Revenue v. Shields*, [1963] Ex. C.R. 91, referred to.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal dismissing an appeal from a judgment of the Federal Court (Trial Division), 81 DTC 5120, dismissing an appeal from a judgment of the

payer le moins d'impôt possible, principe trop profondément ancré dans le droit canadien pour être rejeté à défaut d'un énoncé législatif clair. Or on n'en a fait valoir aucun en l'espèce.

- a Jurisprudence: arrêts examinés: *Gregory v. Helvering, Commissioner of Internal Revenue*, 293 U.S. 465 (1934); *Knetsch v. United States*, 364 U.S. 361 (1960); *Cridland v. Commissioner of Taxation (Cth)* (1978), 52 A.L.J.R. 96; *Dominion Bridge Co. c. La Reine*, 75 DTC 5150; *Lagacé v. Minister of National Revenue*, [1968] 2 R.C. de l'É. 98; *Ministre du Revenu national c. Leon*, [1977] 1 C.F. 249; *Massey-Ferguson Ltd. c. La Reine*, [1977] 1 C.F. 760; distinction faite avec les arrêts: *W.T. Ramsay Ltd. v. Inland Revenue Commissioners*, [1981] 2 W.L.R. 449; *Commissioners of Inland Revenue v. Burmah Oil Co.*, [1981] T.R. 535; *Furniss (Inspector of Taxes) v. Dawson*, [1984] 1 All E.R. 530; arrêts mentionnés: *Atinco Paper Products Ltd. c. La Reine*, [1978] CTC 566; *Rose c. Ministre du Revenu national*, [1973] C.F. 65; *Bradford (Borough of) v. Pickles*, [1895] A.C. 587; *Inland Revenue Commissioners v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1; *Kocin v. United States*, 187 F.2d 707 (1951); *Goldstein v. Commissioner of Internal Revenue*, 364 F.2d 734 (1966); *Berkey v. Third Avenue Railway Co.*, 244 N.Y. 84 (1926); *Singer v. Magnavox Co.*, 380 A.2d 969 (1977); *Greenberg v. Commissioners of Inland Revenue* (1971), 47 T.C. 240; *Richardson Terminals Ltd. c. Ministre du Revenu national*, 71 DTC 5028; *FA and AB Ltd. v. Lupton (Inspector of Taxes)*, [1971] 3 All E.R. 948; *Inland Revenue Commissioners v. Brebner*, [1967] 1 All E.R. 779; *La Reine c. Esskay Farms Ltd.*, 76 DTC 6010; *Produits LDG Products Inc. c. La Reine*, 76 DTC 6344; *La Reine c. Alberta and Southern Gas Co.*, [1978] 1 C.F. 454; *Snook v. London & West Riding Investments, Ltd.*, [1967] 1 All E.R. 518; *Ministre du Revenu national c. Cameron*, [1974] R.C.S. 1062; *Foreign Power Securities Corp. v. Minister of National Revenue*, 66 DTC 5012; *Levene v. Inland Revenue Commissioners*, [1928] A.C. 217; *Partington v. Attorney-General* (1869), L.R. 4 H.L. 100; *The King v. Crabbs*, [1934] R.C.S. 523; *Lumbers v. Minister of National Revenue* (1943), 2 D.T.C. 631, aff'd [1944] R.C.S. 167; *W.A. Sheaffer Pen Co. v. Minister of National Revenue*, [1953] R.C. de l'É. 251; *Ransom v. Higgs* (1974), 50 Tax Cas. 1; *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C. de l'É. 408; *Minister of National Revenue v. Shields*, [1963] R.C. de l'É. 91.
- j POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale qui a rejeté un appel d'un jugement de la Division de première instance de la Cour fédérale, 81 DTC 5120, qui avait rejeté un appel d'un

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale qui a rejeté un appel d'un jugement de la Division de première instance de la Cour fédérale, 81 DTC 5120, qui avait rejeté un appel d'un

Tax Appeal Board dismissing an appeal from the Department of National Revenue reassessments. Appeal allowed.

*P. B. C. Pepper, Q.C.*, and *M. J. Penman*, for the appellant.

*William Hobson, Q.C.*, *Jagg Gill*, and *Susan Van der Hout*, for the respondent.

The reasons of Ritchie and Wilson JJ. were delivered by

**WILSON J.**—I agree with my colleague Mr. Justice Estey that the transaction involved in this appeal was an effectual transaction and that it was not a sham. Indeed, I cannot see how a sham can be said to result where parties intend to create certain legal relations (in this case the purchase and sale of a business and a nominee arrangement to operate it) and are successful in creating those legal relations.

As I understand it, a sham transaction as applied in Canadian tax cases is one that does not have the legal consequences that it purports on its face to have. For example, in *Susan Hosier Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex.C.R. 408, Mr. Justice Gibson found a purported employees' pension plan to be a mere "simulate" that was "masquerading" as a pension plan; the actions of the taxpayers in question "never established a pension plan, nor any relationship of trustee, *cestui que trust*, nor any other legal or equitable rights or obligations in any of the parties and none of the parties intended at any material time that there should be any" (pp. 420-21). In *Minister of National Revenue v. Shields*, [1963] Ex.C.R. 91, Mr. Justice Cameron held that an alleged partnership agreement between the taxpayer and his son was "not a reality, but a mere simulate agreement" (p. 114); the parties never intended that it should give rise to a partnership and in law it did not do so. And in *Minister of National Revenue v. Cameron*, [1974] S.C.R. 1062, Mr. Justice Martland declined to find a contract for services between an employer and a company incorporated by his former employees to be a sham because "the legal rights and obligations which it created were exactly those which the

jugement de la Commission d'appel de l'impôt rejetant un appel des nouvelles cotisations du ministère du Revenu national. Pourvoi accueilli.

*a P. B. C. Pepper, c.r.*, et *M. J. Penman*, pour l'appelante.

*William Hobson, c.r.*, *Jagg Gill*, et *Susan Van der Hout*, pour l'intimée.

*b Version française des motifs des juges Ritchie et Wilson rendu par*

**LE JUGE WILSON**—Je partage l'avis de mon collègue le juge Estey que l'opération visée par le présent pourvoi est une opération valide et non un trompe-l'oeil. À la vérité, je ne puis voir comment on peut soutenir qu'il y a un trompe-l'oeil quand les parties ont voulu créer des rapports juridiques (en l'espèce, la vente d'une entreprise et une désignation de mandataire pour l'exploiter) et ont réussi à créer ces rapports juridiques.

**f Selon moi, une opération qui constitue un trompe-l'oeil en droit fiscal canadien est une opération qui n'a pas les effets juridiques qu'elle semble avoir à première vue. Par exemple, dans l'arrêt *Susan Hosier Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C. de l'É. 408, le juge Gibson a conclu qu'un présumé régime de pension pour les employés n'était qu'un «simulacre» qui se présentait comme un régime de pension; les actes du contribuable en cause [TRADUCTION] «n'ont jamais créé de régime de pension, ni aucun rapport de fiduciaire, de *cestui que trust*, ni aucun droit ou obligation en droit ou en *equity* entre les parties et que jamais les parties n'avaient eu l'intention qu'il en existe (pp. 420 et 421). Dans l'arrêt *Minister of National Revenue v. Shields*, [1963] R.C. de l'É. 91, le juge Cameron a conclu qu'une convention de société intervenue entre un contribuable et son fils n'était [TRADUCTION] «pas réelle, mais une simple simulation de convention» (p. 114); les parties n'ont jamais eu l'intention qu'il existe une société entre elles et elle n'existe pas en droit. De même, dans l'arrêt *Ministre du Revenu national c. Cameron*, [1974] R.C.S. 1062, le juge Martland a refusé de conclure qu'un contrat de services intervenu entre un employeur et une société commerciale formée par ses anciens employés était un trompe-l'oeil parce que «les obligations et les droits**

parties intended" (p. 1069).

I am also of the view that the business purpose test and the sham test are two distinct tests. A transaction may be effectual and not in any sense a sham (as in this case) but may have no business purpose other than the tax purpose. The question then is whether the Minister is entitled to ignore it on that ground alone. If he is, then a massive inroad is made into Lord Tomlin's dictum that "Every man is entitled if he can to order his affairs so as that the tax attaching under the appropriate Acts is less than it otherwise would be": *Inland Revenue Commissioners v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1, at p. 19. Indeed, it seems to me that the business purpose test is a complete rejection of Lord Tomlin's principle.

The appellant would clearly be liable to pay tax on the income from the flavourings business if the business purpose test is part of our law since it is freely admitted that the saving of tax for the Finlayson conglomerate was the sole motivation for the transaction. In my opinion, the Federal Court of Appeal in *Minister of National Revenue v. Leon*, [1977] 1 F.C. 249, characterized a transaction which had no business purpose other than the tax purpose as a sham and was in error in so doing. I do not view that case as introducing the business purpose test as a test distinct from that of sham into our law and, indeed, if it is to be so viewed, I do not think it should be followed. I think Lord Tomlin's principle is far too deeply entrenched in our tax law for the courts to reject it in the absence of clear statutory authority. No such authority has been put to us in this case.

For these reasons I concur in my colleague's disposition of the appeal.

The judgment of Beetz, Estey and McIntyre JJ. was delivered by

**ESTEY J.**—The issue in this case is whether a corporate taxpayer, with the avowed purpose of

légaux qu'elle a créés étaient exactement ceux que les parties avaient l'intention de créer» (p. 1069).

Je suis aussi d'avis que le critère de l'objet commercial et celui du trompe-l'oeil sont deux critères distincts. Une opération peut être valide sans être un trompe-l'oeil de quelque façon (comme en l'espèce), mais elle peut n'avoir d'autre objet commercial qu'un objet fiscal. La question est donc de savoir si le Ministre a le droit de ne pas en tenir compte pour ce seul motif. Dans l'affirmative, c'est une énorme brèche dans l'opinion incidente de lord Tomlin: [TRADUCTION] «Tout homme a le droit, s'il le peut, de diriger ses affaires de façon que son assujettissement aux impôts prescrits par les lois soit moindre qu'il ne le serait autrement», *Inland Revenue Commissioners v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1, à la p. 19. En réalité, il me semble que le critère de l'objet commercial constitue un rejet total du principe énoncé par lord Tomlin.

L'appelante serait manifestement tenue de payer l'impôt sur le revenu de l'entreprise d'aromatisants si le critère de l'objet commercial faisait partie de notre droit puisqu'il est tout à fait reconnu que, pour le groupe Finlayson, l'économie d'impôt était le seul motif de l'opération. La Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt *Ministre du Revenu national c. Leon*, [1977] 1 C.F. 249, a qualifié de trompe-l'oeil une opération qui n'avait pas d'autre objet commercial que l'objet fiscal et, à mon avis, elle a eu tort de le faire. Je ne considère pas que cet arrêt-là introduit dans notre droit le critère de l'objet commercial en tant que critère distinct de celui du trompe-l'oeil; s'il faut le considérer dans ce sens, je ne crois pas qu'il faille le suivre. Je crois que le principe exprimé par lord Tomlin est beaucoup trop ancré dans notre droit pour que les tribunaux puissent l'écartier en l'absence de disposition législative expresse. On ne nous a signalé aucun texte ayant cette portée, en l'espèce.

Pour ces motifs, je souscris à l'avis de mon collègue sur la façon de disposer du pourvoi.

Version française du jugement des juges Beetz, Estey et McIntyre rendu par

**LE JUGE ESTEY**—La question soulevée en l'espèce est de savoir si un contribuable peut, dans le

reducing its taxes, can establish an arrangement whereby future profits are routed through a sister subsidiary in order to avail itself of the latter corporation's loss carry-forward.

The facts are, for a tax proceeding, quite straightforward. The holding company, Finlayson Enterprises Limited, referred to for convenience hereafter as the 'parent company', incorporated the appellant in 1951. In 1962, the appellant purchased the assets of Stuart Brothers Company Limited which carried on the business of manufacturing and selling food flavourings and related products (sometimes for brevity referred to as 'the business'). The appellant, at the time of this purchase, changed its original name to Stuart Brothers Limited in order to take advantage of the value of that name and the associated goodwill in the market. In 1969, the appellant again changed its name to the present name, Stubart Investments Limited.

The parent company, amongst its other subsidiaries, owned all of the shares of Grover Cast Stone Co. Ltd. (hereinafter referred to as 'Grover') which carried on the business of manufacturing and selling precast concrete products. By 1965, Grover had incurred substantial losses which were recognized as losses under the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, now 1970-71-72 (Can.), c. 63, as amended, for the purpose of the carry-forward provisions under the Act. In 1966, the tax advisers of the parent company established a plan whereby the assets of the appellant would be sold to Grover with effect January 1, 1966. Concurrent with the agreement of purchase and sale of these assets, Grover would appoint, by a separate agreement, the appellant as its agent to carry on the business for and to the account of Grover.

The contract of purchase and sale of the assets and business of the appellant to Grover was completed by the registration, pursuant to the laws of the Province of Quebec, of a transfer of the real estate in the City of Montreal; registration of trade mark assignments in the Trade Marks Office in Ottawa; registration of a registered user agreement in Ottawa whereby Grover appointed the appellant as the registered user of the trade marks purchased by Grover from the appellant; regis-

but avoué de réduire ses impôts, s'organiser de façon que ses profits futurs soient versés à une filiale pour profiter du report des pertes de cette dernière société.

<sup>a</sup> Les faits sont relativement simples pour une affaire d'impôt. La société de gestion Finlayson Enterprises Limited, ci-après appelée la «société mère», a constitué l'appelante en société en 1951. <sup>b</sup> En 1962, l'appelante a acquis l'actif de Stuart Brothers Company Limited qui fabriquait et vendait des aromatisants alimentaires et des produits connexes (parfois désignée, par souci de concision, comme «l'entreprise»). À l'époque de cette acquisition, l'appelante avait changé sa première raison sociale pour celle de Stuart Brothers Limited de manière à profiter de la valeur de ce nom et de l'achalandage qui s'y rattachait sur le marché. En 1969, l'appelante a de nouveau changé sa raison sociale pour adopter son nom actuel: Stubart Investments Limited.

<sup>c</sup> Parmi ses autres filiales, la société mère détenait toutes les actions de Grover Cast Stone Co. Ltd. (ci-après appelée «Grover») qui fabriquait et vendait des produits de béton précoûlé. En 1965, Grover avait subi des pertes considérables, reconnues comme telles en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, chap. 148, maintenant 1970-71-72 (Can.), chap. 63 et modifications, pour les fins des dispositions de la Loi relatives au report des pertes. En 1966, les conseillers fiscaux de la société mère ont établi un plan en vertu duquel l'appelante vendrait son actif à Grover à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1966. Simultanément à la vente de l'actif et par une entente distincte, Grover constituerait l'appelante sa mandataire pour exploiter l'entreprise en son nom.

<sup>i</sup> Le contrat de vente de l'actif et de l'entreprise de l'appelante à Grover a été finalisé par l'enregistrement, conformément aux lois de la province de Québec, d'une cession de l'immeuble situé à Montréal, par l'enregistrement des cessions des marques de commerce au registre des marques de commerce à Ottawa, par l'enregistrement à Ottawa d'une entente d'utilisation par laquelle Grover désignait l'appelante comme usager inscrit des marques de commerce que Grover avait achetées à

tion of a debenture given by Grover to the appellant as security for the unpaid purchase price for the assets so purchased and sold; amendment of the Letters Patent of Grover under the laws of the Province of Quebec so as to authorize and qualify Grover as purchaser of these assets to perform the contract of purchase; registration under the laws of the Province of Quebec of a Trust Deed of Hypothec, Mortgage and Pledge in favour of Canada Permanent Trust Company whereunder the latter company issued a debenture secured against Grover's Quebec assets, including real estate; passage of a Resolution by the Board of Directors of Grover authorizing the guaranty by Grover of the parent company's indebtedness to the Bank of Nova Scotia in the amount of one million dollars, which indebtedness had formerly been guaranteed by the appellant under a debenture charging the assets of the appellant; the issue by Grover of a debenture in favour of the Bank of Nova Scotia in replacement of the debenture theretofore issued by the appellant and held by the said bank (all of which documents were registered in appropriate public registry offices in the Province of Quebec); and by establishing in the appellant's records a separate set of books and accounts in which were recorded the entries relating to the conduct of the business thereafter carried on by the appellant for the account of Grover.

After this agreement of purchase and sale had been so performed and closed, the appellant proceeded to carry on the business on behalf of Grover, and at the end of each of the fiscal years 1966, 1967 and 1968, the appellant paid over to Grover the net income realized from the business. Grover, in turn, reported this income under the *Income Tax Act* in its corporate tax returns for these three years. The Department of National Revenue subsequently reassessed the appellant, setting aside the entry transferring the net income to Grover, and charging such net income back to the taxable income of the appellant. It is from these assessments that this appeal was taken.

The Tax Appeal Board rejected the appeal on the ground that the transaction in question was a sham. It would appear that the Tax Appeal Board

l'appelante, par l'enregistrement d'une débenture consentie par Grover à l'appelante comme sûreté du prix de vente impayée de l'actif ainsi acquis, par la modification des lettres patentes de Grover *a* en vertu des lois de la province de Québec pour l'autoriser et l'habiliter à se porter acquéreur de cet actif par le contrat d'achat, par l'enregistrement en vertu des lois de la province de Québec d'un acte de fiducie, d'hypothèque et de nantissement en faveur de Canada Permanent Trust Company, par lequel cette dernière société émettait une débenture garantie par l'actif de Grover au Québec, et comprenant l'immeuble, par l'adoption *b* par le conseil d'administration de Grover d'une résolution qui autorisait la garantie par Grover de la dette d'un million de dollars de la société mère à la Banque de la Nouvelle-Écosse, laquelle dette avait déjà été garantie par l'appelante en vertu *c* d'une débenture qui engageait son actif, par l'émission par Grover d'une débenture à la Banque de la Nouvelle-Écosse pour remplacer la débenture déjà émise par l'appelante à cette Banque (tous ces documents ont été enregistrés dans les bureaux *d* d'enregistrement publics pertinents de la province de Québec), et par l'adoption dans la comptabilité *e* de l'appelante d'une comptabilité distincte pour les écritures relatives aux opérations de l'entreprise exploitée par la suite par l'appelante pour le compte de Grover.

Après la conclusion et la signature de ce contrat de vente, l'appelante a exploité l'entreprise pour le *g* compte de Grover et, à la fin de chacune des années financières 1966, 1967 et 1968, l'appelante a payé à Grover le profit net tiré de l'exploitation de l'entreprise. Grover, quant à elle, a inclus ces revenus conformément à la *Loi de l'impôt sur le *h* revenu* dans ses déclarations d'impôt sur le revenu des sociétés pour les mêmes années. Le ministère du Revenu national a alors établi de nouvelles cotisations pour l'appelante par lesquelles il rejette les inscriptions qui transfèrent le revenu net à Grover et rétablit ce revenu comme revenu imposable de l'appelante. Le présent pourvoi vise ces nouvelles cotisations.

*j* La Commission de révision de l'impôt a rejeté l'appel pour le motif que l'opération en cause constitue un trompe-l'oeil. La Commission de révi-

(as it was then named) reached this conclusion largely because (in the words of then Chairman, His Honour Judge K.A. Flanigan):

... in the Finlayson group of companies there were sufficient common directors and officers in Stuart Brothers Limited and in Grover to reverse those overt acts at any time that it suited them.

The Trial Division of the Federal Court [78 DTC 6414] dismissed the appeal because testimony tendered on behalf of the appellant revealed that:

When the tax loss on Grover has been fully utilized the business carried on by Stuart Brothers will be sold by Grover to Stuart Brothers.

Grant D.J. considered this to be "an obligation on the part of Grover to reconvey the assets to Stubart [the appellant] when the Grover [tax] loss had been absorbed . . ."

The Federal Court of Appeal [81 DTC 5120] dismissed the appeal by the appellant on the basis that the sale between the appellant and Grover was incomplete. The Court found it unnecessary to determine that the transaction was a sham. Indeed, the Court, speaking through Urie J., stated, with reference to the avowed purpose of the transaction:

It was admitted that the transactions were entered into for the purpose of utilizing the tax losses accumulated by Grover. That it itself is not a reprehensible, let alone an illegal, act since every person is entitled to organize his affairs in such a manner as to minimize or eliminate taxes so long as he does so within the limitations imposed by the law.

In the view of the Federal Court of Appeal, however, the transaction was incomplete because no part of the inter-company purchase price was referable to goodwill; the three licences required to carry on the business under the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 99, remained in the name of the vendor, the appellant; the information returns filed under *The Corporations Information Act*, R.S.O. 1960, c. 72, as amended, by Grover described its business as "the manufacture and sale of precast concrete products" without mention of the food

sion de l'impôt (c'est ainsi qu'elle s'appelait alors) semble être arrivée à cette conclusion surtout parce que (selon les termes de son président à l'époque M. le juge K.A. Flanigan):

*a* ... dans le groupe de compagnies Finlayson il y avait assez d'administrateurs et de dirigeants faisant partie à la fois des compagnies Stuart Brothers Limited et Grover pour inverser ces actes manifestes au moment qui leur conviendrait.

*b* La Division de première instance de la Cour fédérale [78 DTC 6414] a rejeté l'appel parce que le témoignage produit par l'appelante établissait que:

*c* [TRADUCTION] Lorsqu'on aura employé entièrement la perte fiscale à la charge de Grover, celle-ci vendra à Stuart Brothers l'entreprise exploitée par cette dernière.

*d* Le juge suppléant Grant a estimé qu'il y avait là une [TRADUCTION] «obligation de Grover de transférer de nouveau les éléments d'actif à Stubart [l'appelante] quand la perte subie par la première nommée aura servi à réduire l'impôt. . .»

*e* La Cour d'appel fédérale [81 DTC 5120] a rejeté l'appel interjeté par l'appelante parce que la vente intervenue entre l'appelante et Grover était incomplète. La Cour a conclu qu'il n'était pas nécessaire de déterminer si l'opération était un trompe-l'oeil. Voici ce que dit la Cour, dont le juge Urie a rédigé les motifs, quant au but avoué de l'opération:

L'appelante a admis avoir conclu ces transactions dans le but d'utiliser les pertes fiscales accumulées par Grover. Cela ne constitue en soi rien de répréhensible, et encore moins rien d'illégal, puisque toute personne a le droit d'arranger ses affaires de manière à réduire au minimum ou à supprimer ses impôts, tant qu'elle respecte les limites que fixe la loi.

*f* Toutefois, de l'avis de la Cour d'appel fédérale, l'opération était incomplète parce qu'aucune portion du prix de l'achat intervenu entre les sociétés n'avait trait à l'achalandage; les trois licences requises pour exploiter l'entreprise en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*, S.R.C. 1952, chap. 99, sont restées au nom de la venderesse appelante; dans les rapports de renseignements produits en application de *The Corporations Information Act*, R.S.O. 1960, chap. 72 et modifications, Grover décrit son entreprise comme «la fabrication et la

flavouring business; the vendor-appellant continued to show its name on the business premises where the business was carried on; the appellant continued to pay water services and business taxes with reference to those premises; the appellant filed T-4 slips with the Department of National Revenue for the employees of the business; and no notice was sent out to trade creditors, lessors, employees, customers and suppliers of the change of ownership in this business. In relying upon one of its earlier decisions, the Court (*per Urie J. in Atinco Paper Products Ltd. v. The Queen*, [1978] CTC 566, at pp. 577-78) considered its obligation:

... to ensure that everything which appears to have been done, in fact, has been done in accordance with applicable law. ... If the transaction can withstand that scrutiny, then it will, of course, be supported. If it cannot, it will fall. That is what happened here.

The Court then concluded that the appellant had failed to "show that the transaction was in all respects a complete, real transaction".

No section of the Act was isolated by the Attorney General of Canada as clearly authorizing the assessments which gave rise to these proceedings. Assuming for the moment there is no sham, the respondent asks the Court to find, without express statutory basis, that no transaction is valid in the income tax computation process that has not been entered into by the taxpayer for a valid business purpose. The respondent asserts that by definition, an independent business purpose does not include tax reduction for its own sake.

The Attorney General of Canada submits that, in any case, the Federal Court of Appeal was correct in holding that the purported transfer was incomplete and can thus be disregarded for tax purposes as an ineffectual transaction. The principal authorities upon which the Department relies for this latter proposition are *Atinco, supra*, and *Rose v. Minister of National Revenue*, [1973] F.C. 65 (F.C.A.).

In 1951, the Act was amended to prohibit the consolidation of separate corporate operations in

vente de produits de béton précoulé» sans mention de l'entreprise d'aromatisants alimentaires; la vendeuse appelante a continué d'afficher son nom sur ses locaux commerciaux; l'appelante a continué

- a* de payer les taxes d'affaires et d'eau relatives à ces locaux; l'appelante a produit auprès du ministère du Revenu national des formulaires T-4 pour les employés de l'entreprise; aucun avis du changement de propriété de l'entreprise n'a été transmis
- b* aux créanciers commerciaux, aux locataires, aux employés, aux clients et aux fournisseurs. S'appuyant sur une de ses décisions antérieures, la Cour d'appel a examiné son obligation (le juge *Urie* dans *Atinco Paper Products Ltd. c. La Reine*, [1978] CTC 566, aux pp. 577 et 578):

... de s'assurer qu'ils [les gestes d'un contribuable] sont, de fait, conformes à la loi applicable ... Si la transaction résiste à cet examen minutieux, alors la

- d* Cour peut, bien entendu, y faire droit; sinon elle doit échouer. C'est cette dernière conclusion qui s'impose en l'espèce.

La Cour a ensuite conclu que l'appelante n'avait pas «prouvé que la transaction constitue à tous égards une transaction complète et véritable».

- f* Le procureur général du Canada n'a invoqué aucun article précis de la Loi qui autoriserait manifestement les cotisations visées en l'espèce. Si on accepte pour le moment l'hypothèse qu'il n'y a pas de trompe-l'oeil, l'intimée demande à la Cour de conclure, sans fondement législatif exprès, qu'aucune transaction n'est valide dans le cadre du calcul de l'impôt si elle n'a pas été conclue par le contribuable pour un motif commercial valide. L'intimée fait valoir que, par définition, un motif commercial distinct ne comprend pas la diminution de l'impôt comme tel.
- g*

- h* Le procureur général du Canada soutient que de toute façon la Cour d'appel fédérale a eu raison de conclure que la prétendue cession est incomplète et peut donc être considérée pour fins d'impôt comme inexiste. Les principales décisions que le Ministère invoque à l'appui de cette prétention sont les arrêts *Atinco*, précité, et *Rose c. Ministre du Revenu national*, [1973] C.F. 65 (C.A.F.)

- j* En 1951, on a modifié la Loi pour interdire l'intégration d'opérations sociales distinctes aux

reporting income under the *Income Tax Act, supra*. The result of this amendment was that a corporate proprietor carrying on business through more than one corporate vehicle loses the right an individual proprietor enjoys of blending profitable and unprofitable operations so as to pay income tax only on the resultant net incomes. After 1951 management of a corporate group could not directly merge, blend or meld the operations in two or more subsidiary corporations for the purpose of reducing the tax payable by the corporate group as a whole. In contrast, an individual proprietor with an equally diverse commercial undertaking can do so because only one taxable entity is involved.

The simple question, therefore, is whether a corporate group can avail itself of a tax loss in one of the family subsidiaries by rerouting the income from another corporate member into that subsidiary. Clearly, the corporation can do so by buying assets from any business, corporate or unincorporate, and putting these profit-generating assets into a company with an accepted loss position. The purchase of the shares of another company which has a loss carry-forward might prevent its utilization by the purchaser. With that we are not here concerned. If the taxpayer can expand an existing business to create earnings to make use of a loss carry-forward, then one must find some prohibition in the Act to say that the purchase of such additional assets may not come through a non-arm's length transaction; apart from s. 137 which has not been relied upon by the respondent here. To this consideration I will return.

The main issue is as already set forth, but there are two subsidiary issues.

1. 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

fins de la déclaration du revenu en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée. Cette modification a eu pour conséquence de priver une société commerciale, qui exploite une entreprise par l'entremise de plusieurs sociétés commerciales, du droit que possède un particulier d'amalgamer des opérations profitables et des opérations déficitaires de manière à ne payer l'impôt que sur le revenu total net. Après 1951, la direction d'un groupe de sociétés ne pouvait directement intégrer, combiner ou amalgamer les opérations de deux ou plusieurs sociétés filiales dans le but de réduire l'impôt payable par l'ensemble du groupe de sociétés. Par contre, un particulier également propriétaire de diverses entreprises commerciales peut le faire parce qu'un seul contribuable est en cause.

La question se réduit donc à savoir si un groupe de sociétés peut se prévaloir de la perte récupérable de l'une des filiales du groupe en faisant en sorte que le revenu d'une autre société membre devienne celui de cette filiale. Manifestement, la société peut le faire en acquérant l'actif de toute entreprise, constituée en société ou non, et en assignant cet actif génératrice de revenus à une société placée dans une situation déficitaire. L'acquisition des actions d'une autre société qui a un report de pertes pourrait empêcher son utilisation par l'acquéreur. Ce n'est pas ce dont il s'agit en l'espèce. Si le contribuable peut transformer une entreprise existante de manière à générer des revenus et utiliser le report de pertes, alors il faut trouver dans la Loi une interdiction autre que celle de l'art. 137, que l'intimée n'a pas invoqué en l'espèce, pour conclure que l'acquisition du nouvel actif ne peut pas résulter d'une opération faite par des parties liées. Je reviendrai à cette question plus loin.

La question principale est celle que j'ai déjà énoncée, mais il y a deux questions subsidiaires.

1. Le trompe-l'oeil: 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

reality quite different from the disguised reality. The Court of Appeal here found it unnecessary to determine whether or not the transaction was a sham. The Court also found that the taxpayer announced its purpose from the outset, entered into legally binding contracts of implementation, registered several closing documents in public registries in the provincial registries of Ontario and Quebec, and in federal registries in Ottawa, and entered into an enforceable security arrangement between Grover and the Bank of Nova Scotia. It was further determined by the Court of Appeal that every step required to create legally binding relationships with reference to transfer of the corporate assets of the appellant, including its trade marks, and to the retirement of its indebtedness to the Bank of Nova Scotia, was taken by the appellant. Grover, it was found, had performed all essential acts to place absolute beneficial ownership of the assets in Grover, including trade marks, and Grover did everything necessary to assume the indebtedness of the appellant to the Bank of Nova Scotia. The Court of Appeal found no element of deceit present.

2. The application of s. 137 of the *Income Tax Act, supra*, (s. 245 in the new Act): This is an anti-tax avoidance section which states that no "disbursement" which "artificially" reduces the income of a taxpayer shall be taken into account in determining tax liability. The section provides in part as follows:

**137.** (1) In computing income for the purposes of this Act, no deduction may be made in respect of a disbursement or expense made or incurred in respect of a transaction or operation that, if allowed, would unduly or artificially reduce the income.

While it is at least arguable that this section covers the "disbursement" by the appellant of the profits earned for the account of Grover in the operation of the business, the Attorney General of Canada expressly, in response to a question from the Court during the hearing of the appeal, said that the Crown was not relying upon s. 137. Clearly the cheque transferring the profit from the appellant to Grover at the end of the year is a disbursement, and it is a disbursement the deduction of which

sert à masquer. En l'espèce, la Cour d'appel a conclu qu'il n'était pas nécessaire de décider si l'opération était un trompe-l'oeil. Elle a aussi conclu que le contribuable a annoncé son intention dès le début, signé des contrats de mise en oeuvre en bonne et due forme, enregistré plusieurs actes officiels dans des registres publics provinciaux de l'Ontario et du Québec et des registres fédéraux à Ottawa, signé une convention de garantie exécutoire intervenue entre Grover et la Banque de la Nouvelle-Écosse. La Cour d'appel a aussi conclu que l'appelante a pris toutes les mesures nécessaires pour établir des liens juridiques exécutoires quant au transport des biens sociaux de l'appelante, notamment de ses marques de commerce, et quant à l'annulation de sa dette envers la Banque de la Nouvelle-Écosse. On a conclu que Grover a accompli tous les actes essentiels pour obtenir la propriété des biens, notamment des marques de commerce, et qu'elle a fait tout ce qui était nécessaire pour prendre en charge de la dette de l'appelante envers la Banque de la Nouvelle-Écosse. La Cour d'appel a conclu à l'absence de tout élément de tromperie.

2. L'application de l'art. 137 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée (art. 245 de la nouvelle loi): il s'agit d'un article qui vise l'évitement de l'impôt et qui décrète qu'aucun «débours» qui réduirait l'impôt d'un contribuable «de façon factice» ne doit entrer dans le calcul de l'impôt. Voici le premier paragraphe de l'article:

**137.** (1) Dans le calcul du revenu aux fins de la présente loi, aucune déduction ne peut être faite à l'égard d'un débours fait ou d'une dépense faite ou engagée, relativement à une affaire ou opération qui, si elle était permise, réduirait indûment ou de façon factice le revenu.

Bien qu'on puisse au moins plaider que cet article s'applique au «débours» que l'appelante fait des profits gagnés pour le compte de Grover dans l'exploitation de l'entreprise, le procureur général du Canada a dit expressément, en réponse à une question de la Cour à l'audition du pourvoi, que Sa Majesté n'invoquait pas l'art. 137. Manifestement le chèque par lequel l'appelante a transféré les profits à Grover à la fin de chaque année est un débours dont la déduction réduit à néant le revenu

leaves no taxable income in the appellant from the business. The Crown does not advance this argument in this appeal presumably in the hope that the tax liability of the appellant will be founded on the "genuine business purpose" principle or the "abuse of rights" principle which are said to form part of the taxation principles in the laws of the United Kingdom and the United States and elsewhere, and which the respondent submits are equally applicable in the interpretation of the *Income Tax Act of Canada, supra*.

Returning then to the main issues in this appeal, the respondent asserts the right to tax here on two bases:

- A. The transfer is, in any event, incomplete, and therefore should be disregarded and the transferor and transferee taxed according to their respective positions as though this transaction had not taken place.
- B. Canadian cases have already established the principle recently stated in the United Kingdom in *Ramsay v. Inland Revenue Commissioners, infra*, in *Commissioners of Inland Revenue v. Burmah Oil Company, infra*, and in *Furniss (Inspector of Taxes) v. Dawson, infra*, namely, that a transaction without a valid business purpose is not to be taken into account in the computation of liability for tax under the *Income Tax Act*.

#### A. Incomplete Transaction

It is acknowledged that the transferor, the appellant, and the transferee, Grover, completed thirty legal steps in the transfer of the business to Grover. These included the contract of purchase and sale, the implementing documentation all of which has been enumerated above. The purchase price for the business was paid by the assumption by Grover of the secured indebtedness of the appellant to the Bank and by the issuance of secured notes. The respondent did not question the appellant's assertion that the Bank of Nova Scotia, on the default of Grover, would have had the clear right in law to recover from the transferred assets the unpaid balance of the debt assumed by Grover on the purchase of the business from the appellant.

imposable de l'appelante à l'égard de l'entreprise. Sa Majesté ne plaide pas cet argument en l'espèce probablement dans l'espoir de voir que l'assujettissement à l'impôt de l'appelante sera fondé sur le principe «de l'objet commercial véritable» ou sur le principe de «abus de droit» qui, selon l'intimée, font partie des principes de droit fiscal du Royaume-Uni et des États-Unis et d'ailleurs et qui, selon l'intimée, sont également applicables à l'interprétation de la *Loi de l'impôt sur le revenu du Canada*, précitée.

Quant à la question principale du présent pourvoi, l'intimée fonde le droit de prélever un impôt sur deux arguments:

- A. La cession est, de toute façon, incomplète et doit, en conséquence, être écartée et la cédante et la cessionnaire imposées selon leur situation respective si l'opération n'avait pas eu lieu.
- B. La jurisprudence canadienne a déjà confirmé le principe énoncé dernièrement au Royaume-Uni dans l'arrêt *Ramsay v. Inland Revenue Commissioners, infra*, *Commissioners of Inland Revenue v. Burmah Oil Company, infra*, et *Furniss (Inspector of Taxes) v. Dawson, infra*, c'est-à-dire qu'on ne doit pas tenir compte d'une opération sans but commercial véritable dans le calcul de l'impôt en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

#### g A. Une opération incomplète

Il est reconnu que la cédante, l'appelante, et la cessionnaire, Grover, ont accompli trente actes juridiques pour céder l'entreprise à Grover. Ces actes comprennent le contrat de vente, et les actes accessoires, tous énumérés plus haut. Grover a payé le prix d'achat de l'entreprise en se chargeant de la dette garantie de l'appelante envers la banque et en délivrant des billets garantis. L'intimée n'a pas contesté l'affirmation de l'appelante selon laquelle la Banque de la Nouvelle-Écosse aurait clairement eu le droit, advenant inexécution par Grover, de recouvrer à même l'actif cédé le solde impayé de la dette prise en charge par Grover lors de l'achat de l'entreprise de l'appelante.

Nevertheless, the Crown says that the following matters were not attended to in relation to the transfer of assets between the parties to the contract and that, therefore, the contract of purchase and sale was not completed:

(i) In filing its annual return for the years 1966 to 1968 under *The Corporations Information Act, supra*, that is, in the years after the sale, Grover answered the question: "Generally the undertaking that the corporation is actually carrying on," as follows: "manufacture and sales of precast concrete products". No mention is there made of the business of the appellant which had been acquired by Grover. It is, of course, at least arguable that the question invited the answer given because, by a contract with the appellant entered into at the time of the purchase of the assets and referred to by all parties as the "nominee agreement", Grover had appointed the appellant as its agent to carry on the business in trust for and to the account of Grover. The appellant stated in answer to the same question that its business was the "manufacture and sale of essential flavourings and oils". In filing its income tax return for the same years, Grover completed the tax form as follows: "Nature of business—manufacture of Pre-cast Concrete Products and Food Flavours". Both forms appear to have been correctly completed by both companies, and nothing misleading or incomplete results therefrom. In any event, this step has nothing to do with the implementation of the agreement of purchase and sale, and not by the remotest argument could it be said to have reversed the closing of the transaction of purchase and sale or in any way made it less than complete from a legal viewpoint.

(ii) The appellant, in the conduct of the business prior to the sale in 1966, held licences under the *Excise Act, supra*, s. 10, of which provides:

**10.** No person, unless thereunto licensed, shall carry on any business or trade subject to excise or use any utensil, machinery or apparatus suitable for carrying on any such trade or business, ...

Sa Majesté affirme néanmoins, qu'on n'a pas réglé les questions suivantes relatives à la cession de l'actif intervenue entre les parties contractantes et qu'en conséquence le contrat de vente est incomplet:

i) dans ses déclarations annuelles pour les années 1966 à 1968 en application de *The Corporations Information Act*, précitée, c.-à-d. pour les années qui ont suivi la cession, Grover a répondu à la question [TRADUCTION] «nature générale de l'entreprise exploitée par la société» comme ceci: [TRADUCTION] «fabrication et ventes de produits de béton précoulé». Nulle mention n'a été faite de l'entreprise de l'appelante acquise par Grover. Bien sûr, au moins on peut bien plaider que la question suggérait la réponse donnée puisque, par un contrat conclu avec l'appelante au moment de l'achat de l'actif et désigné par toutes les parties comme la «convention de délégation», Grover avait désigné l'appelante comme sa mandataire pour exploiter l'entreprise, en fiducie, pour son compte. À la même question, l'appelante a répondu que son entreprise consistait à [TRADUCTION] «fabriquer et vendre des essences et aromatisants». Dans ses déclarations d'impôt produites pour les mêmes années, Grover a rempli la formule d'impôt comme ceci: [TRADUCTION] «nature de l'entreprise—fabrication de produits de béton précoulé et d'aromatisants alimentaires». Les deux formules semblent avoir été remplies correctement par les deux sociétés et rien d'incomplet ou de trompeur n'en ressort. De toute façon, cette démarche n'a rien à voir avec la réalisation de la promesse de vente et ne peut, même de façon très fortuite, avoir empêché la conclusion de la vente proprement dite ou l'avoir rendue incomplète de quelque façon du point de vue juridique.

ii) L'appelante détenait, pour les fins de son entreprise, avant la cession de 1966, des licences en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*, précitée, art. 10, qui décrète:

**10.** A moins d'avoir obtenu une licence à cette fin, nul ne peut exercer une industrie ou un commerce assujetti (*sic*) à l'accise, ni employer aucun ustensile, mécanisme ou appareil propre à exercer cette industrie ou ce commerce, ...

The appellant held such a licence at the time of the transfer of its business to Grover. The appellant continued to hold such a licence for the asserted reason that the appellant, as the nominee of Grover, continued to carry on the business which entailed the use of the equipment requiring the licence. Arguably, the statute might require that a licence be held by both Grover and the appellant. The fact that the appellant held the licence or the fact that Grover didn't take out a duplicate licence would, in my respectful view of the statute, have no impact whatever on whether or not the appellant has completed the transfer of its assets to Grover. There is no relationship in law advanced by the respondent to explain how the failure to have two licences, or the holding of one licence by the nominee appellant, would somehow invalidate, or at least render imperfect, the transfer of assets and assumption of liabilities so completely documented and properly registered as set out above.

(iii) In its factum, the Crown makes reference to the fact that T-4 slips were completed by the appellant under the *Income Tax Act* of Canada for the employees engaged in the conduct of the business. In this Court, no oral argument was advanced on this ground. In the Federal Court of Appeal, Urie J. remarked upon the significance of this fact as follows:

There is further disclosed in the evidence a number of instances from which it might be concluded that not only did Stuart carry on the flavourings business in fact but represented that it was so doing. Just a few examples of many support this view . . . The appellant was shown as the employer of the employees in the flavourings business in the "Return of Remuneration Paid" filed with the Department of National Revenue and in the T-4 slips issued to employees.

The workers were employed by the appellant in the course of carrying on the business "for the account of Grover". The *Income Tax Act* requires the employer to deduct from wages and salaries at source the applicable taxes and to remit the moneys so withheld to the Minister of National Revenue. The *Income Tax Act* also requires the person making the deductions to issue evidence of such deductions to the employees so that credit may be claimed for

L'appelante était titulaire d'une telle licence au moment de la cession de son entreprise à Grover. L'appelante a continué de détenir cette licence pour le motif, selon elle, qu'à titre de déléguataire de Grover, elle a continué d'exploiter l'entreprise pour laquelle il fallait utiliser l'appareillage exigeant la licence. On pourrait soutenir que la loi exigeait que Grover et l'appelante toutes deux aient une licence. Le fait que l'appelante ait été titulaire de la licence ou celui que Grover n'en ait pas demandé un double n'a aucune conséquence, selon mon interprétation de la loi, sur la question de savoir si l'appelante a complété la cession de son actif à Grover. L'intimée n'a proposé aucun lien juridique qui expliquerait pourquoi l'omission de détenir deux licences ou le fait que l'appelante déléguataire ait détenue une seule licence invaliderait ou rendrait au moins imparfaites de quelque façon la cession de l'actif et la prise en charge des obligations si solidement documentées et dûment enregistrées comme en fait foi l'énumération qui précède.

iii) Dans son mémoire, Sa Majesté mentionne que l'appelante a préparé les reçus T-4 conformément à la *Loi de l'impôt sur le revenu* du Canada pour les employés de l'entreprise. En cette Cour, ce moyen n'a pas été plaidé. En Cour d'appel fédérale, le juge Urie a commenté l'importance de ce fait comme ceci:

Plusieurs éléments de preuve permettent en outre de conclure non seulement que Stuart exploitait l'entreprise d'aromatiseurs, mais que Stuart se présentait comme tel. Qu'il suffise d'en donner quelques exemples parmi tant d'autres. . . La «déclaration de la rémunération versée», produite auprès du ministère du Revenu national, et les reçus T-4 remis aux employés, indiquent que l'appelante est l'employeur des employés de l'entreprise d'aromatiseurs.

L'appelante employait les travailleurs dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise «pour le compte de Grover». La *Loi de l'impôt sur le revenu* exige que l'employeur déduise à la source l'impôt applicable et remette les sommes ainsi retenues au ministre du Revenu national. La *Loi de l'impôt sur le revenu* exige également que la personne qui fait ces déductions délivre une attestation de ces déductions pour permettre aux employés de réclamer un crédit pour les sommes

taxes withheld. *Vide Income Tax Act, supra*, s. 47, as amended to 1968. It is clear from an examination of the transfer documents and the documents of implementation of the transfer agreement, and particularly the nominee agreement, that the parties to these agreements intended that the appellant would carry on the business for the account of Grover, and profit derived therefrom would accrue to Grover. The parties so performed these agreements. The appellant, in doing so, also acted in compliance with the tax statute in withholding taxes from, and issuing T-4 slips to, employees. I can see no consequence at law of the type claimed in the Crown's factum which would in any way indicate that the contract of purchase and sale of this business was somehow rendered incomplete by the performance by the appellant of its statutory obligation under the tax statute.

(iv) Perhaps related to the submission that the sale in question was incomplete and thus is to be disregarded for tax purposes, is the finding in at least two of the courts below that, by reason of the relationship between the parties, the business would be returned to the appellant when Grover's tax loss was fully spent. The Federal Court Trial Division referred to the sale in these words:

... such an obligation on the part of Grover to reconvey the assets to Stuart when the Grover loss had been absorbed in reducing the Stuart income tax, when coupled with the facts set out in the Judgment appealed from, is convincing evidence that the directors of both companies never contemplated the transaction as a transfer of the Stuart assets nor a genuine sale.

This reference is apparently to the memo of the solicitor for the appellant company to which reference has already been made, and which stated in part that when the tax loss has been fully utilized, "the business carried on by Stuart Brothers will be sold by Grover to Stuart Brothers". There is nothing in the record which amounts to an enforceable agreement or undertaking to reverse the sale, or even a commitment by an officer of either the appellant or Grover to do so. In the event, no such transfer occurred as

retenues. Voir *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, art. 47 et modifications jusqu'en 1968. Il est manifeste d'après l'examen des pièces relatives à la cession et des pièces qui y donnent effet, plus particulièrement de la convention de délégation, que les parties ont voulu que l'appelante exploite l'entreprise pour le compte de Grover et que les profits qui en découleraient appartiennent à Grover. Les parties ont donc exécuté ces conventions. Ce faisant, l'appelante s'est aussi conformée à la législation fiscale en retenant les impôts des employés et en leur délivrant des reçus T-4. En droit, je ne puis voir aucune conséquence juridique du genre de celles avancées dans le mémoire de Sa Majesté qui rendrait de quelque façon le contrat de vente de l'entreprise incomplet parce que l'appelante a rempli les obligations fixées par la loi de l'impôt.

iv) La prétention que la vente en cause est incomplète et devrait être écartée pour les fins de l'impôt peut se rattacher à la conclusion d'au moins deux des cours d'instance inférieure selon lesquelles, à cause des rapports entre les parties, l'entreprise serait rétrocédée à l'appelante lorsque la perte récupérable de Grover aura complètement été utilisée. La Division de première instance de la Cour fédérale parle de la vente dans les termes suivants:

... l'obligation de Grover de transférer de nouveau les éléments d'actif à Stuart quand la perte subie par la première nommée aurait servi à réduire l'impôt sur le revenu de Stuart, cette obligation, considérée de concert avec les faits énoncés dans le jugement attaqué, constitue une preuve convaincante que les administrateurs des deux compagnies n'ont jamais envisagé l'opération comme un transfert des éléments d'actif de Stuart ni comme une vente véritable.

Il s'agit apparemment d'une allusion à la note de l'avocat de la société appelante dont j'ai déjà parlé et qui mentionne, entre autres choses, que lorsque la perte récupérable aura été complètement utilisée [TRADUCTION] «celle-ci [Grover] vendra à Stuart Brothers l'entreprise exploitée par cette dernière». Il n'y a rien au dossier qui équivaille à une convention ou engagement exécutoire de revendre l'entreprise ni même un engagement de la part des administrateurs de l'appelante ou de Grover de le faire. De toute

the business was sold by Grover to an independent third party.

In 1969, Grover sold the business to a stranger. The sale included all assets and goodwill. The appellant was not a party vendor to the contract, nor did the lengthy agreement stipulate any participation by the appellant in the closing documents. The purchaser paid in excess of two million dollars for the business and took conveyances and assignments only from Grover as the vendor. Both the parent, Finlayson Enterprises Limited, and the appellant joined in the agreement as third parties "in order to induce the purchaser to enter into the agreement" and "to be bound by all of the indemnities, warranties, representations and agreements made herein", and to agree to change the corporate name of Stuart Brothers Limited. All the assignments and conveyances delivered on closing in 1968 were executed by Grover alone in favour of the "purchaser" whose name in the closing documents, unlike the contract, was Givaudan Limited. In fact, the appellant, as already stated, did change its name, and the purchaser, by a new incorporation or a change of name of an existing corporation, adopted the corporate name Givaudan Stuart Brothers Limited. Like the appellant in 1962 and Grover in 1966, the purchaser in 1968 adopted a name incorporating 'Stuart', obviously in order to facilitate the retention of the goodwill attaching to that name in the market. Faced with this commercial reality, it is difficult to see how the transaction between Grover and the appellant was incomplete.

At the time of the 1966 sale to Grover, Grover wished to continue the use of the name of the appellant in connection with the business for a second reason. There were serious claims outstanding in the courts against Grover in an action brought in connection with its cement business, and the testimony in the record reveals that it was desirable "to make the transfer as inconspicuous as possible" in order not to encourage Grover's adversaries in continuing the

façon cette cession n'a pas eu lieu et Grover a vendu l'entreprise à un tiers.

En 1969, Grover a vendu l'entreprise à un tiers. La vente visait tous les éléments d'actif et l'achalandage. L'appelante n'était pas partie au contrat à titre de venderesse et la longue promesse de vente ne stipulait aucune intervention de l'appelante à la signature des documents qui devaient réaliser la vente proprement dite. L'acquéreur a payé l'entreprise plus de deux millions de dollars et a reçu les actes de cession et de transports de Grover seule à titre de venderesse. Aussi bien la société mère, Finlayson Enterprises Limited, que l'appelante sont intervenues à la convention à titre de tiers [TRADUCTION] «pour amener l'acquéreur à conclure le marché» et [TRADUCTION] «pour être liées par toutes les indemnités, garanties, déclarations et conventions contenues aux présentes», et pour consentir à modifier la raison sociale de Stuart Brothers Limited. Tous les actes de cession et de transports signés en 1968 l'ont été par Grover seule en faveur de l'«acheteur» dont le nom dans les documents définitifs, par opposition au contrat, est Givaudan Limited. En réalité, comme je l'ai déjà signalé, l'appelante a changé son nom et l'acheteuse, par une nouvelle constitution en société ou un changement de nom de la société existante a pris la raison sociale de Givaudan Stuart Brothers Limited. Comme l'appelante en 1962 et Grover en 1966, l'acheteuse a, en 1968, choisi une appellation qui comportait le nom «Stuart», manifestement dans le but de retenir l'achalandage qui s'attache à ce nom sur le marché. Compte tenu de cette réalité commerciale, il est difficile de voir comment l'opération entre Grover et l'appelante était incomplète.

Au moment de la vente à Grover en 1966, cette dernière a voulu continuer d'utiliser le nom de l'appelante en rapport avec l'entreprise pour une seconde raison. Grover faisait face à de graves réclamations dans une action reliée à son entreprise de béton et les témoignages au dossier révèlent qu'on voulait [TRADUCTION] «rendre la cession la plus discrète possible» de manière à ne pas encourager les adversaires de Grover à poursuivre le litige [TRADUCTION] «aussi longtemps

litigation, "so long as it was legally binding". This litigation was ultimately settled.

In my view, these facts and circumstances all lead inexorably to the conclusion that the transfer and sale of the business by the appellant to Grover in 1966 was, in law, fully complete. Grover became the owner of the business, and the appellant operated the business on behalf of and for the account of Grover.

#### B. Business Purpose Test

What then is the law in Canada as regards the right of a taxpayer to order his affairs so as to reduce his tax liability without breaching any express term in the statute? Historically, the judicial response is found in *Bradford (Borough of) v. Pickles*, [1895] A.C. 587, where it was stated:

If it was a lawful act, however ill the motive might be, he had a right to do it. If it was an unlawful act, however good his motive might be, he would have no right to do it. [Per Lord Halsbury L.C., at p. 594.]

No use of property, which would be legal if due to a proper motive, can become illegal because it is prompted by a motive which is improper or even malicious. [Per Lord Watson, at p. 598.]

In the field of taxation itself the traditional position was re-echoed in *Inland Revenue Commissioners v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1, at pp. 19-20, where it was stated:

Every man is entitled if he can to order his affairs so as that the tax attaching under the appropriate Acts is less than it otherwise would be. If he succeeds in ordering them so as to secure this result, then, however unappreciative the Commissioners of Inland Revenue or his fellow taxpayers may be of his ingenuity, he cannot be compelled to pay an increased tax.

In the courts of the United States a different philosophy was developed in the oft-cited judgment in *Gregory v. Helvering, Commissioner of Internal Revenue*, 293 U.S. 465 (1934). The United States Supreme Court considered the *Revenue Act* of 1928, which, at least in 1934, contained no clause of a type generally referred to as an "anti-tax avoidance provision". The Court, in setting aside a plan of reorganization carried out by the taxpayer, did so by asserting that the

qu'elle était valide». Un règlement est finalement intervenu.

À mon avis, ces faits amènent inexorablement la conclusion que la cession et la vente de l'entreprise par l'appelante à Grover en 1966 était tout à fait complète en droit. Grover est devenue propriétaire de l'entreprise et l'appelante l'a exploitée pour le compte de celle-ci.

b

#### B. Le critère de l'objet commercial

Qu'en est-il alors, en droit canadien, du droit du contribuable d'organiser ses affaires de manière à réduire ses impôts sans violer de disposition expresse de la loi? Historiquement, la réponse des tribunaux se trouve dans l'arrêt *Bradford (Borough of) v. Pickles*, [1895] A.C. 587, où l'on dit:

[TRADUCTION] S'il s'agit d'un acte légal, quel que mauvais qu'en soit le motif, il a le droit de l'accomplir. S'il s'agit d'un acte illégal, quel que louable que puisse être son motif, il n'a pas le droit de l'accomplir. [Le lord chancelier Halsbury, à la p. 594.]

Aucun usage d'un bien qui serait légal s'il était fait pour un motif bien fondé ne peut devenir illégal parce qu'il est inspiré par un motif mal fondé ou même délictueux. [Lord Watson, à la p. 598.]

f Dans le domaine de la fiscalité elle-même, le principe traditionnel a été répété dans l'arrêt *Inland Revenue Commissioners v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1, aux pp. 19 et 20 où l'on dit:

[TRADUCTION] Tout homme a le droit, s'il le peut, de diriger ses affaires de façon que son assujettissement aux impôts prescrits par les lois soit moindre qu'il ne le serait autrement. S'il réussit à obtenir ce résultat, alors, même si le perceuteur ou les autres contribuables n'apprécient guère son ingéniosité, on ne peut pas l'obliger à payer plus d'impôt.

Les tribunaux américaines ont élaboré une philosophie différente dans la décision souvent citée *Gregory v. Helvering, Commissioner of Internal Revenue*, 293 U.S. 465 (1934). La Cour suprême des États-Unis analysait la *Revenue Act* de 1928 qui, jusqu'à 1934 du moins, ne comportait pas de disposition du genre généralement appellée «disposition relative à l'évitement de l'impôt». Écartant un plan de réorganisation mené par le contribuable, la Cour a affirmé que les principes applicables

j

proper principles applicable in construing a taxation statute required such a result. Justice Sutherland, in giving the opinion of the Court, stated at pp. 469-70.

When subdivision (B) speaks of a transfer of assets by one corporation to another, it means a transfer made "in pursuance of a plan of reorganization" of corporate business; and not a transfer of assets by one corporation to another in pursuance of a plan having no relation to the business of either, as plainly is the case here. Putting aside, then, the question of motive in respect of taxation altogether, and fixing the character of the proceeding by what actually occurred, what do we find? Simply an operation having no business or corporate purpose—a mere device which put on the form of a corporate reorganization as a disguise for concealing its real character, and the sole object and accomplishment of which was the consummation of a preconceived plan, not to reorganize a business or any part of a business, but to transfer a parcel of corporate shares to the petitioner.

à l'interprétation d'une loi fiscale exigeaient un tel résultat. Le juge Sutherland, qui a rédigé l'opinion de la Cour, dit aux pp. 469 et 470:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Lorsque la partie (B) parle d'une cession d'actif d'une compagnie à une autre, elle veut dire une cession faite «en application d'un plan de réorganisations d'une société commerciale et non une cession d'actif d'une compagnie à une autre en application d'un plan sans lien avec le commerce ni de l'une ni l'autre compagnie comme c'est manifestement le cas en l'espèce. Si on écarte alors toute la question du motif fiscal et si on juge la nature de la procédure par ce qui s'est réellement passé, que peut-on conclure? Unique-  
<sup>b</sup> ment à une opération qui n'a pas de motif commercial ou d'affaires—un simple stratagème qui revêt la forme d'une réorganisation sociale dans le but de masquer sa véritable nature et dont le seul but et le seul effet sont d'amener la réalisation du plan élaboré et non de réorganiser une entreprise ou une partie quelconque d'une entreprise, mais de transporter un bloc d'actions de la compagnie au requérant.

The whole undertaking, though conducted according to the terms of subdivision (B), was in fact an elaborate and devious form of conveyance masquerading as a corporate reorganization, and nothing else. The rule which excludes from consideration the motive of tax avoidance is not pertinent to the situation, because the transaction upon its face lies outside the plain intent of the statute. To hold otherwise would be to exalt artifice above reality and to deprive the statutory provision in question of all serious purpose.

The taxpayer was improperly invoking a tax allowance authorized by the legislature. By an improper application of the legislative measure, the taxpayer gains no rights to the claimed benefit which would otherwise be obtainable under the statute. The element of sham crept into the language of the court and it is not clear whether, absent this element, the result would be the same. This is not the case with which we are faced. The Act is silent on the subject; and there are general provisions in the Act dealing with artificial transactions.

The same taxation philosophy was espoused by the Supreme Court of the United States in 1960 in *Knetsch v. United States*, 364 U.S. 361 (1960),

<sup>e</sup> Bien que toute l'entreprise ait été menée conformément aux dispositions de la partie (B), elle constituait en réalité une forme compliquée et détournée de cession déguisée en une réorganisation sociale et rien d'autre. La règle selon laquelle il ne faut pas tenir compte du motif qui sous-tend l'évitement de l'impôt ne s'applique pas ici parce que l'opération est manifestement hors de l'intention claire du législateur. Conclure le contraire équivaudrait à préférer l'artifice à la réalité et à priver la disposition législative en cause de toute portée véritable.

<sup>g</sup> <sup>f</sup> Le contribuable demandait sans droit un dégrèvement fiscal autorisé par le législateur. Une mauvaise application de la disposition législative ne donne pas au contribuable droit à l'avantage demandé, avantage par ailleurs existant en vertu de la loi. L'élément de trompe-l'oeil s'est glissé dans l'expression employée par la cour et on ne sait pas si, en l'absence de cet élément, le résultat aurait été le même. Ce n'est pas le cas en l'espèce. La Loi est muette sur le sujet et elle comprend des dispositions générales relativement aux opérations factices.

<sup>j</sup> La Cour suprême des États-Unis a, en 1960, adopté la même philosophie fiscale dans l'arrêt *Knetsch v. United States*, 364 U.S. 361 (1960),

where the Court concluded that the transaction was a sham which created no indebtedness within the meaning of the then version of the *Internal Revenue Code*. Mr. Justice Brennan, for the majority, concluded that the taxpayer could not rely upon formal documents "without regard to whether the transactions created a true obligation to pay interest" (at p. 367). The Court was there construing an amendment which was said to have been enacted to "close a loophole" in respect of interest deductions. The word "sham" is used in a confusing sense, and at p. 369 in his judgment, Justice Brennan appears to extend his conclusion to cover a factual situation where "actual indebtedness" arose by reason of the transaction in question. Justice Douglas, on behalf of himself and two other justices, dissented, stating that the facts revealed that the clear and simple intention of the taxpayer was to qualify, by means of the asserted transaction, for a deduction for interest paid. He concluded: "Yet as long as the transaction itself is not hocus-pocus, the interest charges incident to completing it would seem to be deductible . . ." (at p. 370). Of interest in considering the issues raised in this appeal are the later observations of Justice Douglas at p. 371:

Tax avoidance is a dominating motive behind scores of transactions. It is plainly present here. Will the Service that calls this transaction a "sham" today not press for collection of taxes arising out of the surrender of the annuity contract? I think it should, for I do not believe any part of the transaction was a "sham." To disallow the "interest" deduction because the annuity device was devoid of commercial substance is to draw a line which will affect a host of situations not now before us and which, with all deference, I do not think we can maintain when other cases reach here. The remedy is legislative. Evils or abuses can be particularized by Congress.

Where the taxpayer is a corporation created in the course of the execution of a tax avoidance plan, a different result may flow. There is considerable literature on this subject in the United States which is fairly represented by the following excerpt from *A U.S. View Through the Corporate Veil*, (Jan., 1978), Tax Management International

dans lequel elle a conclu que l'opération était un trompe-l'oeil qui ne créait pas de dette au sens du *Internal Revenue Code* alors en vigueur. M. le juge Brennan, au nom de la majorité, a conclu que a le contribuable ne pouvait pas invoquer de documents en bonne et due forme [TRADUCTION] «sans vérifier si les opérations créaient une obligation réelle de payer un intérêt» (à la p. 367). La Cour interprétrait alors une modification qui était censée b viser à [TRADUCTION] «fermer une échappatoire» à l'égard des déductions d'intérêts. Le mot «trompe-l'oeil» est employé de façon ambiguë et, à la p. 369 de ses motifs, le juge Brennan paraît étendre la portée de sa conclusion de manière qu'elle s'applique à une situation de fait où un «endettement réel» découle de l'opération en cause. Le juge Douglas aux motifs duquel deux autres juges ont souscrit est dissident et affirme que les c faits ont révélé que le contribuable avait l'intention claire et simple de bénéficier, au moyen de l'opération mentionnée, d'une déduction pour intérêts versés. Il conclut: [TRADUCTION] «Donc pour autant que la transaction elle-même n'est pas illusoire, les frais d'intérêt relatifs à son exécution paraissent déductibles . . .» (à la p. 370). Il y a lieu de souligner, dans l'analyse de la question posée par le présent pourvoi, les observations suivantes du juge Douglas à la p. 371:

f [TRADUCTION] L'évitement de l'impôt est le motif principal de nombre d'opérations. On le retrouve de toute évidence ici. Le service qui traite aujourd'hui cette opération de «trompe-l'oeil» ne demandera-t-il pas le g prélèvement d'impôts découlant de la cession du contrat d'annuité? J'estime qu'il le devrait, parce que je crois qu'aucune partie de l'opération n'est un trompe-l'oeil. Refuser la déduction d'*«intérêt»* parce que le régime d'annuité n'avait pas de fondement commercial, c'est faire un choix qui touchera un grand nombre de situations futures et que, avec égards, je ne pense pas que nous puissions confirmer quand d'autres affaires nous seront soumises. Le redressement est du domaine législatif. Le Congrès peut définir les maux ou abus.

i Lorsque le contribuable est une société commerciale constituée au cours de l'exécution du plan d'évitement de l'impôt, le résultat peut être différent. On trouve aux États-Unis beaucoup d'articles sur ce sujet qui sont bien résumés par l'extrait suivant d'un article intitulé *A U.S. View Through the Corporate Veil* (Janvier 1978), Tax Manage-

Journal 3, at p. 7, by the authors Baker and Killingsworth:

Where it appears that the principal purpose of forming a corporation—or multiple corporations—is to circumvent the purpose of a statute, the corporate entity will usually be ignored.

*Vide Kocin v. United States*, 187 F.2d 707 (1951); *Goldstein v. Commissioner of Internal Revenue*, 364 F.2d 734 (1966); Cardozo J. in *Berkey v. Third Avenue Railway Co.*, 244 N.Y. 84 (1926), at p. 95; and *Singer v. Magnavox Co.*, 380 A.2d 969 (1977). Two conditions bear upon the adoption of this approach to the interpretation of a taxing statute: first, the taxpayer is either a creature of, or comes into being because of, a tax avoidance program; and secondly, the absence from the tax statute of a general denial of recognition of artificial transactions. Thus, when examining the United States scene it is well to remember that the *Internal Revenue Code* and its predecessor statutes did not include an anti-tax avoidance provision in the nature of s. 137 of the pre-1972 Canadian *Income Tax Act*.

The situation in Australia sheds further light on the problem of applying the proper interpretative approach to a taxing statute. The Australian tax statute contains a more rigorous anti-tax avoidance provision than our s. 137, and which at the time of the *Cridland* case, *infra*, provided as follows:

**260.** Every contract, agreement, or arrangement made or entered into, orally or in writing, whether before or after the commencement of this Act, shall so far as it has or purports to have the purpose or effect of in any way, directly or indirectly—

- (a) altering the incidence of any income tax;
- (b) relieving any person from liability to pay any income tax or make any return;
- (c) defeating, evading, or avoiding any duty or liability imposed on any person by this Act; or
- (d) preventing the operation of this Act in any respect,

be absolutely void, as against the Commissioner, or in regard to any proceeding under this Act, but without

ment International Journal 3, à la p. 7, de Baker et Killingsworth:

[TRADUCTION] Lorsqu'il appert que le but principal de la constitution d'une société commerciale—ou de plusieurs sociétés commerciales—est de contourner l'objet d'une loi, on ne tient ordinairement pas compte de la personne morale.

Voir *Kocin v. United States*, 187 F.2d 707 (1951); *Goldstein v. Commissioner of Internal Revenue*, 364 F.2d 734 (1966); le juge Cardozo dans *Berkey v. Third Avenue Railway Co.*, 244 N.Y. 84 (1926), à la p. 95; et *Singer v. Magnavox Co.*, 380 A.2d 969 (1977). L'adoption de ce mode d'interprétation d'une loi fiscale dépend de deux conditions: premièrement, le contribuable est le fruit d'un plan d'évitement de l'impôt ou est créé à cette fin et, deuxièmement, l'absence dans la loi fiscale d'une disposition générale permettant de ne pas tenir compte des opérations factices. Donc, en analysant la situation aux États-Unis, il faut bien se rappeler que l'*Internal Revenue Code* et les lois qui l'ont précédé ne comportaient pas de disposition visant l'évitement de l'impôt semblable à celle de l'art. 137 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en vigueur au Canada avant 1972.

La situation qui prévaut en Australie jette plus de lumière sur le problème de l'application du bon mode d'interprétation d'une loi fiscale. La loi fiscale australienne comporte une disposition contre l'évitement de l'impôt plus rigoureuse que notre art. 137. À l'époque de l'affaire *Cridland*, *infra*, elle était ainsi conçue:

[TRADUCTION] **260.** Tout contrat, entente ou convention oral ou écrit intervenu avant ou depuis l'entrée en vigueur de la présente loi, pour autant qu'il a ou prétend avoir l'effet direct ou indirect

- a) de modifier l'incidence de l'impôt sur le revenu;
- b) de soustraire une personne à l'obligation de payer un impôt sur le revenu ou de produire une déclaration;
- c) de contourner, d'éviter ou d'éviter tout devoir ou assujettissement imposé à quiconque dans la présente loi; ou
- d) d'écartier l'application de la présente loi d'une manière quelconque,

sera absolument nul à l'égard du commissaire ou à l'égard de toute procédure prise en vertu de la présente

prejudice to such validity as it may have in any other respect or for any other purpose.

In *Cridland v. Commissioner of Taxation (Cth)* (1978), 52 A.L.J.R. 96, the High Court of Australia considered the application of s. 260 of the *Income Tax Assessment Act 1936* (Cth), as amended. The taxpayer, a university student, had participated in a tax minimization scheme which was designed to make available to the participants income averaging opportunities. In order to take advantage of the averaging provision, a taxpayer had to be registered as an income beneficiary of trusts which authorized the trustee to carry on the business of a primary producer. An elaborate scheme was devised by the trustee in this case, and a number of trusts were established in the execution of this plan. Literally thousands of participants were involved in the scheme, all of whom, including the taxpayer Cridland, paid a nominal sum as the purchase price of an "income unit". A distribution of trust income was effected. However, the 'income' paid out to the beneficiaries was negligible (\$1.00). Two factors were clear. The taxpayer, as a party to the trust arrangement, had technically come within the statutory language entitling him to the income averaging provisions. Secondly, the taxpayer had entered into the transaction deliberately with a view to minimizing his tax burden. In allowing the taxpayer's appeal against assessments made by the Commissioner of Taxation, the High Court of Australia, *per* Mason J., held as follows (at pp. 98-99):

... the taxpayer is entitled to create a situation by entry into a transaction which will attract tax consequences for which the Act makes specific provision and ... the validity of the transaction is not affected by s. 260 merely because the tax consequences which it attracts are advantageous to the taxpayer and he enters into the transaction deliberately with a view to gaining that advantage.

The transactions into which the appellant entered in the present case by acquiring income units in the trust funds in question were not, I should have thought, transactions ordinarily entered into by university students. Nor could they be accounted as ordinary family or business dealings. They were explicable only by refer-

loi, mais sans préjudice de la validité qu'il peut avoir à tous autres égards et à toute autre fin.

Dans l'arrêt *Cridland v. Commissioner of Taxation (Cth)* (1978), 52 A.L.J.R. 96, la Haute Cour d'Australie a étudié l'application de l'art. 260 de l'*Income Tax Assessment Act 1936* (Cth), et modifications. Le contribuable, qui était étudiant à l'université, avait pris part à un plan de réduction de l'impôt qui visait à faire profiter les participants de l'avantage de l'étalement du revenu. Pour tirer avantage de la disposition d'étalement, le contribuable devait être inscrit à titre de bénéficiaire du revenu de fiducies qui autorisaient le fiduciaire à exploiter l'entreprise d'un producteur initial. Dans ce cas, le fiduciaire avait institué un système compliqué et établi plusieurs fiducies en exécution de ce plan. Le système comptait littéralement des milliers de participants qui tous, y compris le contribuable Cridland, avaient payé une somme nominale pour l'achat d'une «unité de revenu». Il y a eu distribution du revenu de la fiducie. Cependant le «revenu» versé aux bénéficiaires était minime (1 \$). Deux caractéristiques en ressortaient clairement. Le contribuable, en tant que participant à la convention de la fiducie, relevait en principe des dispositions de la Loi lui permettant de se prévaloir des dispositions d'étalement du revenu. En second lieu, le contribuable avait participé à l'opération dans le but exprès de diminuer son fardeau fiscal. En accueillant l'appel interjeté par le contribuable contre les cotisations du Commissioner of Taxation, la Haute Cour d'Australie, dans des motifs rédigés par le juge Mason, a conclu ce qui suit (aux pp. 98 et 99):

[TRADUCTION] ... le contribuable a le droit de faire naître une situation en participant à une opération qui aura des conséquences fiscales expressément prévues dans la loi et ... l'article 260 ne touche pas à la validité de l'opération simplement parce que les conséquences fiscales qui en découlent sont avantageuses pour le contribuable et que ce dernier a participé à l'opération dans le but exprès de profiter de cet avantage.

Les opérations auxquelles l'appelant a participé en l'espèce, en achetant des unités de revenu des fonds fiduciaires en cause ne sont pas, à ce que je crois, des opérations que des étudiants d'université concluent ordinairement. On ne peut les considérer non plus comme des opérations ordinaires d'affaires ou de famille. Elles

ence to a desire to attract the averaging provisions of the statute and the taxation advantage which they conferred. But these considerations cannot, in light of the recent authorities, prevail over the circumstance that the appellant has entered into transactions to which the specific provisions of the Act apply, thereby producing the legal consequences which they express.

Accordingly, it is my view that s. 260 has no application to this case.

The presence of a provision of general application to control avoidance schemes looms large in the judicial approach to the taxpayer's right to adjust his sails to the winds of taxation unless he thereby navigates into legislatively forbidden waters. The legislature has provided the standards of unacceptable avoidance procedures, and there being no other limit imposed by the Act, the Court found itself under no duty, nor indeed possessed of any authority, to legislate new limits. Where, as in this appeal, the Act expressly permits the application of accumulated losses to reduce taxes on current and future earnings, the tax collector must demonstrate a statutory bar to succeed.

In the United Kingdom there is some evidence that the courts are moving from the principles enunciated in the older cases mentioned above to something approaching the United States *bona fide* business purpose rule.

In *W.T. Ramsay Ltd. v. Inland Revenue Commissioners*, [1981] 2 W.L.R. 449, the House of Lords considered whether losses created under two separate tax avoidance schemes were artificial and should consequently be treated as fiscal nullities for tax purposes. Their Lordships were urged to accept this conclusion despite the fact that the individual transactions which gave rise to the losses were genuinely carried through and were exactly what they purported to be. Although the details of each scheme were dissimilar, the net results and overall concepts were identical. In each case, an allowable capital loss and an equivalent non-taxable gain were created. The taxpayers intended to use the synthesized capital loss to

s'expliquent uniquement par la volonté de se prévaloir des dispositions d'étalement prévues dans la loi et de l'avantage fiscal qu'elles confèrent. Ces considérations ne peuvent cependant pas, étant donné la jurisprudence récente, l'emporter sur le fait que l'appelant s'est engagé dans des opérations auxquelles les dispositions expresses de la Loi s'appliquent et qui par conséquent produisent les effets juridiques qu'elles expriment.

En conséquence, à mon avis, l'art. 260 n'a pas d'application à l'espèce.

La présence d'une disposition d'application générale pour régir les plans d'évitement de l'impôt a une grande importance dans l'évaluation judiciaire du droit du contribuable d'ajuster ses voiles sur les vents de l'impôt pourvu qu'en le faisant, il ne s'aventure pas dans des eaux défendues. Le législateur a défini des normes de procédures d'évitement inacceptables et, puisque la Loi n'impose pas d'autre limite, la Cour a conclu qu'elle n'a elle-même ni le devoir, ni même la compétence d'imposer de nouvelles limites. Lorsque, comme dans le présent pourvoi, la Loi permet expressément d'appliquer les pertes accumulées pour réduire l'impôt sur les revenus présents et futurs, le percepteur doit faire la preuve d'une interdiction prévue dans la Loi pour avoir gain de cause.

Il y a des indications qu'au Royaume-Uni, après avoir adopté les principes énoncés dans les arrêts anciens déjà cités les tribunaux se dirigent vers une règle qui ressemble à la règle de l'objet commercial véritable adoptée aux États-Unis.

Dans l'arrêt *W.T. Ramsay Ltd. v. Inland Revenue Commissioners*, [1981] 2 W.L.R. 449, la Chambre des lords a examiné si des pertes créées en vertu de deux plans distincts d'évitement de l'impôt étaient factices et devaient être, en conséquence, considérées comme nulles du point de vue fiscal. Leurs Seigneuries ont été invitées à accepter cette conclusion malgré le fait que les opérations particulières qui avaient donné lieu aux pertes avaient réellement eu lieu et étaient exactement ce qu'elles paraissaient être. Bien qu'il y eût des différences de détails entre chacun des plans, le résultat net et l'idée générale en étaient les mêmes. Dans chacun des cas, il y avait création d'une perte de capital déductible et d'un gain exempté équiva-

offset a previously realized taxable gain. When the individual transactions were viewed as a whole, it was clear that the gain and loss produced by this plan were meant to be self cancelling. In reviewing the facts, Lord Wilberforce concluded that the schemes were pure tax avoidance mechanisms and that the transactions had no independent commercial purpose. The House of Lords dismissed both appeals and held that the taxpayers were to be assessed without regard to the loss described above. Lord Wilberforce, at p. 459, offered the following reasons:

The capital gains tax was created to operate in the real world, not that of make-belief. As I said in *Aberdeen Construction Group Ltd. v. Inland Revenue Commissioners* [1978] A.C. 885, it is a tax on gains (or I might have added gains less losses), it is not a tax on arithmetical differences. To say that a loss (or gain) which appears to arise at one stage in an indivisible process, and which is intended to be and is cancelled out by a later stage, so that at the end of what was bought as, and planned as, a single continuous operation, is not such a loss (or gain) as the legislation is dealing with, is in my opinion well and indeed essentially within the judicial function.

That is, the momentary, theoretical existence of an accounting quantity which does not survive the whole transaction has no existence in the taxing process. It may be that a fleeting existence is reality in the discipline of particle physics but not in the law of taxation unless it is specifically so enacted. Lord Fraser of Tullybelton, at p. 469, wrote to the same effect:

Each of the appellants purchased a complete prearranged scheme, designed to produce a loss which would match the gain previously made and which would be allowable as a deduction for corporation tax (capital gains tax) purposes. In these circumstances the court is entitled and bound to consider the scheme as a whole: see *Inland Revenue Commissioners v. Plummer* [1980] A.C. 896, 908 and *Chinn v. Hochstrasser* [1981] 2 W.L.R. 14. The essential feature of both schemes was that, when they were completely carried out, they did not result in any actual loss to the taxpayer. The apparently magic result of creating a tax loss that would not be a real loss was to be brought about by arranging that

lent. Les contribuables visaient à utiliser la perte de capital artificielle pour compenser un gain imposable déjà réalisé. Lorsqu'on considérait les opérations dans leur ensemble, il était clair qu'on visait à ce que le gain et la perte produits par ce plan s'annulent l'un l'autre. Après avoir analysé les faits, lord Wilberforce a conclu que les plans étaient de purs mécanismes d'évitement de l'impôt et que les opérations n'avaient pas d'objet commercial distinct. La Chambre des lords a rejeté les deux appels et conclu que les contribuables devaient être cotisés sans tenir compte de la perte ci-dessus mentionnée. Lord Wilberforce énonce les motifs suivants, à la p. 459:

[TRADUCTION] L'impôt sur les gains de capital a été institué pour s'appliquer dans un monde réel et non dans un monde fictif. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Aberdeen Construction Group Ltd. v. Inland Revenue Commissioners* [1978] A.C. 885, il s'agit d'un impôt sur les gains (j'aurais pu ajouter sur les gains moins les pertes), il ne s'agit pas d'un impôt sur des différences mathématiques. À mon avis, dire qu'une perte (ou un gain) qui paraît découler d'une étape d'un processus indivisible et qui vise à être annulée et est effectivement annulée par une étape ultérieure, de sorte qu'en fin de compte ce qui a été élaboré et planifié comme une seule et même opération ne constitue pas une perte (ou un gain) envisagée par la loi, relève éminemment de la fonction judiciaire.

Il s'agit de l'existence théorique et momentanée d'une entité comptable qui ne survit pas à l'ensemble de l'opération et n'a pas de réalité dans le processus fiscal. Il se peut qu'une existence éphémère soit une réalité en physique nucléaire, mais non en droit fiscal à moins que la loi ne le dise expressément. Lord Fraser of Tullybelton écrit dans le même sens à la p. 469:

[TRADUCTION] Chacun des appellants a acquis un plan préétabli et complet, conçu pour engendrer une perte qui équivaudrait à un gain déjà fait et déductible pour fins d'impôt des sociétés (impôt sur les gains de capital). Dans ces circonstances, la cour a le droit et le devoir de considérer le régime comme un tout: voir *Inland Revenue Commissioners v. Plummer* [1980] A.C. 896, 908 et *Chinn v. Hochstrasser* [1981] 2 W.L.R. 14. L'élément essentiel des deux plans est que, une fois complétés, ils n'ont pas donné lieu à une perte réelle pour le contribuable. La création apparemment magique d'une perte fiscale qui ne serait pas une perte réelle devait découler de l'organisation du plan de manière qu'il comporte une

the scheme included a loss which was allowable for tax purposes and a matching gain which was not chargeable.

The House of Lords was faced with another complex tax avoidance plan in *Commissioners of Inland Revenue v. Burmah Oil Co.*, [1981] T.R. 535, where, as a result of an intricate series of intra-corporate loans and reorganizations, a substantial loss was realized by the parent company, Burmah Oil. Based on *Ramsay*, *supra*, the appellant in *Burmah Oil* argued for the first time in the United Kingdom that the transaction should be disregarded as artificial. The appeal was allowed on the ground that, like the transaction in *Ramsay*, when this scheme was carried through to completion, there was neither a real loss, nor a loss in the sense contemplated by the legislation (*per* Lord Fraser of Tullybelton, at p. 541). In the reasons for judgment rendered by Lord Diplock, the significance of the *Ramsay* case was discussed (at p. 536):

It would be disingenuous to suggest, and dangerous on the part of those who advise on elaborate tax-avoidance schemes to assume, that *Ramsay's* case did not mark a significant change in the approach adopted by this House in its judicial role to a pre-ordained series of transactions (whether or not they include the achievement of a legitimate commercial end) into which there are inserted steps that have no commercial purpose apart from the avoidance of a liability to tax which in the absence of those particular steps would have been payable. The difference is in approach. It does not necessitate the over-ruling of any earlier decisions of this House; but it does involve recognising that Lord Tomlin's oft-quoted dictum in *Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster*, 'Every man is entitled if he can to order his affairs so as that the tax attaching under the appropriate Acts is less than it otherwise would be', tells us little or nothing as to what methods of ordering one's affairs will be recognised by the courts as effective to lessen the tax that would attach to them if business transactions were conducted in a straightforward way. The *Duke of Westminster's* case was about a simple transaction entered into between two real persons each with a mind of his own, the Duke and his gardener—even though in the nineteen-thirties and at a time of high unemployment there might be reason to expect that the mind of the gardener would manifest some degree of subservience to that of the Duke. The kinds of tax-avoidance schemes that have occupied the attention of the courts in recent years, however, involve

perte déductible pour fins d'impôt et un gain correspondant qui ne soit pas imposable.

La Chambre des lords a dû analyser un autre plan complexe d'évitement de l'impôt dans l'arrêt *Commissioners of Inland Revenue v. Burmah Oil Co.*, [1981] T.R. 535, dans lequel, par une série compliquée de prêts et de réorganisations internes, la société mère, Burmah Oil, a subi une perte considérable. Invoquant l'arrêt *Ramsay*, précité, l'appelant dans l'affaire *Burmah Oil* a soutenu, pour la première fois au Royaume-Uni, que l'opération devrait être écartée parce que factice. L'appel a été accueilli pour le motif que, comme l'opération dans l'affaire *Ramsay*, une fois le plan complété, il n'y avait ni perte réelle ni perte au sens prévu par la loi (lord Fraser of Tullybelton, à la p. 541). Dans ses motifs de jugement, lord Diplock aborde la portée de l'arrêt *Ramsay* (à la p. 536):

[TRADUCTION] Il serait malhonnête de prétendre et dangereux de la part de ceux qui conseillent d'avoir recours à des plans compliqués d'évitement de l'impôt de présumer que l'arrêt *Ramsay* n'a pas marqué un changement important dans la façon dont cette Chambre aborde son rôle judiciaire à l'égard de chaînes d'opérations préconçues (que celles-ci comportent ou non la réalisation d'objets commerciaux légitimes) dont certaines étapes n'ont pas d'autre objet commercial que d'éviter l'assujettissement à l'impôt autrement payable en l'absence de ces étapes précises. Il s'agit d'une façon de voir différente. Elle n'exige pas qu'on infirme des décisions antérieures de cette Chambre, mais qu'on reconnaissse que l'opinion incidente souvent citée de lord Tomlin dans *Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster*, «tout homme a le droit, s'il le peut, de diriger ses affaires de façon que son assujettissement aux impôts prescrits par les lois soit moindre qu'il ne le serait autrement», ne nous dit rien ou presque rien sur le mode d'organisation de ses affaires que les tribunaux reconnaîtront comme diminuant validement l'impôt qui serait autrement payable si les opérations avaient été faites de façon directe. L'arrêt *Duke of Westminster* visait une opération simple intervenue entre deux personnes physiques ayant chacune son intention propre, le duc et son jardinier—quoique dans les années trente et à une période de grand chômage, on pût raisonnablement s'attendre à ce que la volonté du jardinier manifestât un certain degré de servilité envers celle du duc. Les types de plans d'évitement de l'impôt soumis à l'analyse des

inter-connected transactions between artificial persons, limited companies, without minds of their own but directed by a single master-mind. In *Ramsay* the master-mind was the deviser and vendor of the tax-avoidance scheme; in the instant case it was Burmah, the parent company of the wholly-owned subsidiary companies between which the pre-ordained series of transactions took place.

There are features about that case and its disposition that must be noted when considering its application in our law. The transaction created an accounting result which was then applied to reduce taxes otherwise exigible. The taxpayer did more than rearrange its affairs to avail itself of a statutory tax allowance. It was not, in my view, the non-arm's length ideas radiating out from a central control of the corporate group that was fatal. It was the synthetic nature of the gain and the loss which rendered it unrecognizable in the eyes of the taxation program adopted by the legislature.

Secondly, and more importantly, the doctrines developing in *Ramsay* and *Burmah, supra*, reflect the role of the court in a regime where the legislature has enunciated taxing edicts in a detailed manner but has not super-imposed thereon a general guideline for the elimination of mechanisms designed and established only to deflect the plain purpose of the taxing provision. The role that the judiciary must play in such a regime to control tax avoidance was recognised by Lord Reid, who, in *Greenberg v. Commissioners of Inland Revenue* (1971), 47 T.C. 240, at p. 272, stated:

We seem to have travelled a long way from the general and salutary rule that the subject is not to be taxed except by plain words. But I must recognise that plain words are seldom adequate to anticipate and forestall the multiplicity of ingenious schemes which are constantly being devised to evade taxation. Parliament is very properly determined to prevent this kind of tax evasion, and if the Courts find it impossible to give very wide meanings to general phrases the only alternative may be for Parliament to do as some other countries have done and introduce legislation of a more sweeping character, which will put the ordinary well-intentioned person at much greater risk than is created by a wide

tribunaux depuis quelques années comportent des opérations intimement liées faites entre des personnes morales, des sociétés à responsabilité limitée, sans volonté propre, mais dirigées par un seul maître d'oeuvre. Dans l'arrêt *Ramsay*, le maître d'oeuvre était l'instigateur et vendeur du plan d'évitement de l'impôt; en l'espèce c'est Burmah, la société mère des filiales en propriété exclusive entre lesquelles la chaîne d'opérations préconçues s'est déroulée.

*b* Des aspects de cette affaire et de son résultat demandent à être signalés dans l'analyse de son application à notre droit. L'opération donnait lieu à un résultat comptable qui était par la suite utilisé pour diminuer l'impôt autrement payable. Le contribuable a fait plus que réorganiser ses affaires pour se prévaloir de la déduction d'impôt prévue dans la loi. À mon avis, ce n'est pas le lien entre les idées conçues par le centre de contrôle du groupe de sociétés qui a été déterminant. C'est la nature artificielle du gain et de la perte qui les ont rendues étrangères au régime d'imposition établi par le législateur.

*e* Puis, plus important encore, les concepts formés dans les arrêts *Ramsay* et *Burmah*, précités, sont une manifestation du rôle de la cour dans un régime en vertu duquel le législateur a énoncé des règles d'imposition de manière détaillée mais n'y a pas superposé de directives générales quant à l'élimination de mécanismes conçus et établis dans le seul but de contourner l'objet manifeste de la disposition fiscale. Lord Reid a reconnu le rôle que les tribunaux doivent jouer dans un tel régime pour contrôler l'évitement de l'impôt en disant dans l'arrêt *Greenberg v. Commissioners of Inland Revenue* (1971), 47 T.C. 240, à la p. 272:

*h* [TRADUCTION] Il semble que nous avons beaucoup évolué à partir de la règle générale et salutaire qu'il ne peut y avoir d'imposition du sujet sans un texte précis. Mais je dois reconnaître qu'un texte précis suffit rarement à prévoir et prévenir la multiplicité de plans ingénieux constamment mis sur pied pour éviter l'impôt. Le Parlement est, à juste titre, déterminé à empêcher cette sorte d'évasion fiscale et, si les tribunaux jugent impossible de donner une interprétation très large à des dispositions générales, la seule autre solution offerte au Parlement sera de faire comme dans certains autres pays et d'adopter des dispositions de nature plus radicale qui feront courir aux contribuables ordinaires qui n'ont pas

interpretation of such provisions as those which we are considering.

Here the appellant has bound itself contractually to pay over the net profits of the business to Grover. Grover was already entitled to set off future earnings against a loss position recognized as valid by the administrators of the *Income Tax Act*. The earnings of Grover, under these valid arrangements, were gains realized in the market place and were recognized as such by the terms of the Act. The application of the accumulated losses of Grover to reduce tax attributable to these gains is not denied by any provision in the Act. The tax administrators do not invoke s. 137. Parliament has nowhere else in the Act expressed an interest in the appellant's accounting and corporate practices in question. At issue is the role and function of a court in these circumstances.

The examination of tax avoidance schemes continued in the House of Lords in *Furniss (Inspector of Taxes) v. Dawson*, [1984] 1 All E.R. 530, then unreported and forwarded to the Court by the respondent after the hearing of this appeal. The appellant takes the view that this case has no relevance to this appeal. The Court found the taxpayers taxable for a gain technically realized in a company interposed between the taxpayers and a third party purchaser to whom the taxpayers had agreed, prior to the creation of the interposed entity, to sell certain shares. The object of the plan was to defer rather than to avoid the imposition of capital gains tax otherwise payable by the taxpayers on the sale of their shares had they sold these shares directly to the third party purchaser. The Court disregarded the existence of the intermediate company which had been brought into being solely for the purpose of selling the shares to the third party purchaser. The taxpayers, in the simplest analysis of this plan, had merely established the new company to perform as agent for the taxpayers the sale agreement already reached between the taxpayers and the purchaser. The explanation of the result reached in the judgment of Lord Fraser of Tullybelton, at p. 532, was based on the decision in *Ramsay, supra*:

de mauvaises intentions un risque beaucoup plus grand que celui que présente une interprétation large des dispositions en cause en l'espèce.

a En l'espèce, l'appelante s'est engagée par contrat à verser à Grover les profits nets de l'entreprise. Grover avait déjà le droit de réduire ses revenus futurs à cause de ses pertes reconnues comme valides par les agents du fisc. En vertu de b ces arrangements valides, les revenus de Grover étaient des gains faits dans le commerce et reconnus comme tels par les dispositions de la Loi. L'application des pertes accumulées par Grover à la réduction de l'impôt découlant de ces revenus n'est interdite par aucune disposition de la Loi. Les agents du fisc n'invoquent pas l'art. 137. Nulle part ailleurs dans la Loi, le Parlement n'a visé expressément la comptabilité de l'appelante et ses pratiques commerciales en question. Ce qui est en cause, c'est le rôle d'une cour dans ces circonstances.

La Chambre des lords a encore examiné des e plans d'évitement de l'impôt dans l'arrêt *Furniss (Inspector of Taxes) v. Dawson*, [1984] 1 All E.R. 530, alors inédit et que l'intimée nous a communiqué après l'audition de ce pourvoi. L'appelante soutient que cet arrêt-là n'a pas d'incidence sur le présent pourvoi. La Cour a conclu que les contribuables devaient l'impôt pour un gain fait en réalité par une société interposée entre les contribuables et un tiers acquéreur à qui les contribuables avaient convenu, avant la création de la société interposée, de vendre certaines actions. Le plan visait plutôt à reporter qu'à éviter l'imposition des gains de capital auquel les contribuables auraient été soumis en raison de la vente de leurs f actions s'ils les avaient vendues directement au tiers acquéreur. La Cour n'a pas tenu compte que l'existence de la société intermédiaire créée dans le seul but de vendre les actions aux tiers acquéreurs. g Les contribuables, selon l'analyse la plus simple de ce plan, avaient simplement créé la nouvelle société pour effectuer, à titre de mandataire des contribuables, la vente déjà conclue entre les contribuables et l'acquéreur. L'explication du résultat h atteint dans le jugement de lord Fraser of Tullybelton, à la p. 532, est fondé sur l'affaire *Ramsay*, précitée:

The true principle of the decision in *Ramsay* was that the fiscal consequences of a preordained series of transactions, intended to operate as such, are generally to be ascertained by considering the result of the series as a whole, and not by dissecting the scheme and considering each individual transaction separately.

[TRADUCTION] Le véritable principe de la décision dans l'affaire *Ramsay* était que les conséquences fiscales d'une chaîne préétablie d'opérations conçues dans l'intention d'atteindre l'effet visé, s'évaluent en fonction du résultat de l'ensemble des opérations et non par une dissection du plan et une analyse distincte de chaque opération particulière.

Lord Brightman, on the other hand, interpreted *Ramsay* and *Burmah, supra*, as producing a principle of law comparable to that pronounced in *Helvering, supra*, in the United States Supreme Court. The transaction is to be set aside for tax purposes if the "composite transaction", otherwise acceptable, has inserted into it steps "which have no commercial (business) purpose apart from the avoidance of a liability to tax, not 'no business effect'". Lord Brightman concluded that if the transaction consists of a series of transactions or a composite transaction and is accompanied by or includes steps which have no business purpose, then the result is taxation. In that circumstance, the Court looks to the end result. His Lordship acknowledged, however, that "Precisely how the end result will be taxed will depend on the terms of the taxing statute sought to be applied." The agreement under which the tax liability would ordinarily arise had already been reached between seller and buyer before the intermediate entity was created. Its injection into the sale added nothing to the legal relationship of the parties. It simply became the agent of the vendor-taxpayer. Without any need for new principles of taxation, tax liability arose in the vendor upon completion of the sale. It is significant that no provision of the British tax statute is referred to by the House of Lords. In the view of some Canadian authors, *Ramsay, supra*, does not represent a repudiation of *Duke of Westminster, supra*. See Ward and Cullity, *Abuse of Rights and the Business Purpose Test as Applied to Taxing Statutes* (1981), 29 Can. Tax J. 451, at pp. 465-56. Other academic commentators, however, view the recent decisions of the House of Lords as establishing a step transaction doctrine which "places a severe limitation on the *Westminster* principle . . ." See: Vern Krishna, *Step Transactions: An Emerging Doctrine or an Extension of the Business Purpose Test?*, Canadian

<sup>b</sup> D'autre part lord Brightman a interprété les arrêts *Ramsay* et *Burmah*, précités, comme l'énoncé d'un principe de droit comparable au principe énoncé dans l'arrêt *Helvering*, précité, par la Cour suprême des États-Unis. Il faut annuler l'opération pour fins fiscales si «l'opération composite», quoique acceptable dans son ensemble, comporte des étapes [TRADUCTION] «qui n'ont pas d'*objet* commercial (ou d'affaires) sauf celui d'éviter l'assujettissement à l'impôt, non pas des étapes qui n'ont pas «d'*effet* commercial». Lord Brightman a conclu que, si l'opération consiste en une chaîne d'opérations ou en une opération composite et si elle s'accompagne de mesures ou en comporte qui n'ont pas d'*objet* commercial, alors il y a imposition. Dans ces circonstances, la cour considère le résultat définitif. Sa Seigneurie reconnaît cependant que [TRADUCTION] «la façon précise dont le résultat définitif est imposé dépend du texte de la loi fiscale à appliquer». La convention qui aurait normalement donné lieu à l'assujettissement à l'impôt était déjà intervenue entre le vendeur et l'acquéreur avant la constitution de l'entité intermédiaire. Son apparition dans la vente n'a rien ajouté aux rapports juridiques des parties. Elle est simplement devenue mandataire du contribuable vendeur. Sans qu'on ait besoin de nouveaux principes fiscaux, le vendeur devenait assujetti à l'impôt dès l'achèvement de la vente. Il est significatif que la Chambre des lords ne mentionne aucune disposition de la loi fiscale britannique. De l'avis de certains auteurs canadiens, l'arrêt *Ramsay*, précité, n'équivaut pas à l'infirmerie de l'arrêt *Duke of Westminster*, précité. Voir Ward et Cullity, *Abuse of Rights and the Business Purpose Test as Applied to Taxing Statutes* (1981), 29 Can. Tax J. 451, aux pp. 465 et 466. D'autres auteurs sont cependant d'avis que les arrêts récents de la Chambre des lords établissent une doctrine d'opérations par étape qui [TRADUCTION] «limite de

Current Tax, vol. 1, no. 4, (April, 1984), p. C15 at p. C19.

This approach to the liability of a taxpayer in the circumstances of the appeal before this Court takes us back full circle to the terms of the statute itself. The policy of the Act is to allow the recipient of the payment in question, Grover, to offset income against prior losses. The taxpayer in *Furniss, supra*, was accorded no right by the Act which was available prior to the implementation or arrangement designed and adopted to offset or defer any taxes which might arise. It must be borne in mind that the United Kingdom tax statute, like the *Internal Revenue Code* of the United States under which the *Helvering* case, *supra*, was decided, contains no clause similar to our s. 137. Each of the English and American statutes had specific provisions barring dividend stripping, bond washing, land transactions and the like, but no general provision barring artificial transactions appears in the statutes. *Vide P. Whiteman and D. Milne, Whiteman and Wheatcroft on Income Tax* (2nd ed. 1976), at pp. 11 and 804; Ward and Cullity, *Abuse of Rights and the Business Purpose Test as Applied to Taxing Statutes*, *supra*, at p. 463. The United States Code contains such specific provisions as s. 269 dealing with the acquisition of a deduction, allowance or credit designed to frustrate a clearly isolated particular abuse. See Merten's *Law of Federal Income Tax*, vol. 7, chap. 38, pp. 181-84 and pp. 208 et seq. It may well be that each of the three House of Lords decisions, *supra*, can be simply distinguished on the basis that in each case, a plan was adopted whereby the taxpayer took affirmative action to create the 'loss' or 'gain' by a procedure not otherwise required in the ordinary course of business; or that the taxpayer designed an accounting holding tank to delay artificially the receipt by the vendor of the proceeds of sale under an agreement for sale reached directly between the true parties to the transaction before the accounting scheme was established. Here the appellant was legally bound to pay a defined amount to another company which held a valid right of allowance under the

façon importante le principe formulé dans l'arrêt *Westminster . . .* » Voir Vern Krishna: *Step Transactions: An Emerging Doctrine or an Extension of the Business Purpose Test?*, Canadian Current Tax, vol. 1, n° 4, (avril 1984), p. C15, à la p. C19.

Cette façon de voir l'assujettissement du contribuable dans les circonstances du présent pourvoi nous ramène au point de départ, c.-à-d. au texte de la Loi elle-même. Le principe directeur de la Loi consiste à permettre à la personne qui reçoit le paiement en cause, Grover, de défalquer le revenu de pertes antérieures. Dans l'affaire *Furniss*, précitée, la Loi n'accordait au contribuable aucun droit avant l'exécution du plan arrêté et adopté pour diminuer ou reporter quelque impôt que ce soit. Il faut se rappeler que la loi fiscale du Royaume-Uni, comme l'*Internal Revenue Code* des États-Unis en vertu duquel l'affaire *Helvering*, précitée, a été décidée, ne comporte aucun article semblable à notre art. 137. Tant la loi britannique que la loi américaine ont toutes deux des dispositions expresses interdisant le dépouillement des dividendes, la dilution des obligations et les opérations immobilières et autres opérations semblables, mais elles ne comportent pas de disposition générale interdisant des opérations factices. Voir P. Whiteman et D. Milne, *Whiteman and Wheatcroft on Income Tax* (2<sup>e</sup> éd. 1976), aux pp. 11 et 804; Ward et Cullity, *Abuse of Rights and the Business Purpose Test as Applied to Taxing Statutes*, précité, à la p. 463. Le Code américain comporte des dispositions précises comme l'art. 269 qui vise l'acquisition d'une déduction, d'une allocation ou d'un crédit et qui tend à empêcher un abus précis et manifestement isolé. Voir Merten, *Law of Federal Income Tax*, vol. 7, chap. 38, pp. 181 à 184 et pp. 208 et suiv. Il se peut bien que chacun des trois arrêts précités de la Chambre des lords se distingue simplement de l'espèce présente parce que dans chacun on a adopté un plan par lequel le contribuable a fait exprès de créer la «perte» ou le «gain» par un processus inutile dans le cours ordinaire des affaires ou parce que le contribuable a créé une réserve comptable pour retarder de façon factice le versement au vendeur du produit d'une vente intervenue en vertu d'une convention faite directement entre les parties véritables à l'opération avant l'établissement du stratagème comptable. En l'espèce, l'ap-

*Income Tax Act* against tax liability which would otherwise arise upon the receipt of *bona fide* future earnings. It is not the taxability of the receipt which is in issue; it is the right of the appellant payor to deduct the amount from its income account and thereby free itself from taxation on the amount so paid out to Grover. There is nothing in the *Income Tax Act* of Canada which expressly prevents the appellant from obligating itself to pay over the sum in question. Section 137 might arguably apply on the grounds that the transaction falls within the reach of the expression "artificial transaction" but the taxing authority has not advanced this position in support of the tax claim here made. However, there remains the larger issue as to whether Canadian law recognizes, as a principle of interpretation, that the conduct of the taxpayer, not dictated by a genuine commercial or business purpose, and being designed wholly for the avoidance of tax otherwise impacting under the statute, can be set aside on the basis of *Furniss, supra*, or *Helvering, supra*, as though the transaction were, in fact and in law, a "sham".

The scene in Canada is less clear and has not, until this appeal, reached this Court. The first reference to 'a business purpose' concept appears to be in the Exchequer Court in *Lagacé v. Minister of National Revenue*, [1968] 2 Ex. C.R. 98, where President Jackett (as he then was) referred to a series of contrived conveyances as not representing a "*bona fide* business transaction". Later, at p. 101, he noted that the taxpayer had neglected to establish that each party was bound in "an actual *bona fide* contract that was in fact negotiated . . . at the time of the negotiation of the business bargain." The court found that the profit resulted from the taxpayer's "own business transactions" and was taxable in respect of such transactions. The court proceeded along the same lines as the House of Lords did in *Furniss, supra*, namely the profits arose by reason of transactions made by the taxpayer, and the interposition of legal entities after the deal had been made did not separate the profits from the taxpayer. *Lagacé* was cited by the

pelante était juridiquement tenue de payer un montant déterminé à une autre société qui jouissait d'un droit valide à une déduction en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à l'égard d'un assujettissement à l'impôt auquel elle aurait été soumise sur réception de revenus futurs vérifiables. Ce n'est pas le caractère imposable de la recette qui est contestée; c'est le droit de l'appelante qui a payé le montant de déduire celui-ci de son revenu et donc de ne pas avoir à payer d'impôt sur le montant ainsi versé à Grover. Il n'y a rien dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* du Canada qui empêche expressément l'appelante de s'obliger à payer la somme en cause. On pourrait soutenir que l'art. 137 s'applique parce que l'opération relève de la définition d'«opérations factices», mais les autorités fiscales n'ont pas invoqué cet argument pour justifier la cotisation en l'espèce. Toutefois, il reste à déterminer la question plus générale de savoir si le droit canadien reconnaît, à titre de principe d'interprétation, que la conduite du contribuable qui n'est pas motivée par un véritable objet commercial, mais vise uniquement à diminuer l'impôt autrement payable en vertu de la Loi, peut être écartée en application des arrêts *Furniss* ou *Helvering*, précités, parce que l'opération, en fait et en droit, constitue un trompe-l'œil.

La situation au Canada est moins claire et n'a pas, jusqu'au présent pourvoi, été soumise à cette Cour. La première mention du concept d'«objet commercial» se trouve dans l'arrêt *Lagacé v. Minister of National Revenue*, [1968] 2 R.C. de l'É. 98, où le président Jackett (alors juge puiné) parle d'une série de cessions artificielles qui ne constituent pas [TRADUCTION] «une opération commerciale véritable». Plus loin, à la p. 101, il souligne que le contribuable a négligé de prouver que chacune des parties était tenue en vertu [TRADUCTION] «d'un contrat réel conclu de bonne foi . . . à l'époque de la négociation de l'opération commerciale.» La cour a conclu que le profit découlait des [TRADUCTION] «opérations commerciales propres» du contribuable et qu'en conséquence il était imposable à l'égard de ces opérations. La cour a appliqué le même raisonnement que la Chambre des lords dans l'arrêt *Furniss*, précité, savoir que les profits découlaient d'opérations faites par le contribuable et que l'interposi-

same court in *Richardson Terminals Ltd. v. Minister of National Revenue*, 71 DTC 5028, where, after a series of factual findings, the trial court found that the taxpayer had simply not followed the plan prescribed by its advisers for the transfer of a business to a loss company, and had simply attempted to transfer the net income from that business. The transferee company, the court found, neither in fact nor in law carried on the business in question in its own right. The appeal court, in oral reasons, reached the same conclusion (72 DTC 6431). While *Lagacé* was also quoted in *Dominion Bridge Co. v. The Queen*, 75 DTC 5150, Décaray J., in the Federal Court (Trial Division), found that the transactions between the parent company and its subsidiary, designed to transfer the profits of the parent to an off-shore subsidiary, were "a sham" (p. 5155) "to camouflage and hide" (p. 5154) the parent company's operations. The court then concluded that the operations in question "were those of the Appellant [taxpayer]" (p. 5154) and the profits were properly assessed to the parent company. Again, in that case, the court found that the fixing of prices by the parent for purchases by it from the subsidiary was a device to transfer income from the taxpayer to its agent, the subsidiary, in a closed, inter-company sales transaction in which the agent subsidiary in fact performed no function. The business in question was that of the parent; the subsidiary was simply its purchasing department; and by this device the parent divested itself of its income arising from the transactions in question. The court, at p. 5158, then adopted the remarks of Lord Morris of Borth-Y-Gest in *FA & AB Ltd. v. Lupton (Inspector of Taxes)*, [1971] 3 All E.R. 948, at p. 953:

- a* tion de personnes juridiques après la conclusion du marché ne rendait pas les profits étrangers au contribuable. La même cour cite l'arrêt *Lagacé* dans l'affaire *Richardson Terminals Ltd. c. Ministre du Revenu national*, 71 DTC 5028, dans laquelle la Division de première instance a conclu, après avoir fait de nombreuses constatations de fait, que le contribuable n'avait tout simplement pas suivi le plan proposé par ses conseillers pour transférer une entreprise à une société déficitaire et avait simplement tenté de transférer le revenu net de cette entreprise. La cour a conclu que la société cessionnaire n'avait, ni en fait ni en droit, exploité l'entreprise en cause en tant que telle. La Cour d'appel, dans des motifs rendus à l'audience, est arrivée à la même conclusion (72 DTC 6431). Tout en citant l'arrêt *Lagacé* dans l'affaire *Dominion Bridge Co. c. La Reine*, 75 DTC 5150, le juge *b* Décaray, de la Division de la première instance de la Cour fédérale, a conclu que les opérations intervenues entre la société mère et sa filiale qui visaient à céder les profits de la société mère à une filiale internationale étaient «un trompe-l'oeil» (p. 5155) «pour camoufler et cacher» (p. 5154) les opérations de la société mère. La cour a donc conclu que les opérations en cause «étaient celles de la [contribuable] appelante» (p. 5154) et que les profits avaient été valablement imposés entre les mains de la société mère. Encore là, la cour a conclu que la fixation des prix par la société mère pour les achats faits par elle à sa filiale constituaient un moyen de transférer le revenu de la contribuable à sa mandataire, la filiale, dans une opération fermée de ventes entre sociétés dans laquelle la filiale mandataire ne remplissait aucun rôle réel. L'exploitation en cause était celle de la société mère, la filiale n'était que son service *c* *d* *e* *f* *g* *h* *i*
- d'achats et par ce moyen la société mère se départissait du revenu provenant des opérations en cause. À la page 5158, la cour a fait sienne les observations de lord Morris of Borth-Y-Gest dans l'arrêt *FA & AB Ltd. v. Lupton (Inspector of Taxes)*, [1971] 3 All E.R. 948, à la p. 953:

These are paraded by their admirers as possessing the guise and the garb of trading transactions. Others think of the analogy of a wolf in sheep's clothing with the Revenue as the prey.

[TRADUCTION] Elles sont vantées par des admirateurs comme possédant toutes les apparences d'opérations commerciales. D'autres comparent ces opérations plutôt à un loup travesti en mouton, avec, comme proie, l'administration fiscale.

The Federal Court of Appeal in 77 DTC 5367 held that there was no reason to interfere with the findings of fact made by the trial judge. The concept of "bona fide business purpose" played no part in the final outcome. Rather, this case falls into the 'sham' category.

It was in *Minister of National Revenue v. Leon*, [1977] 1 F.C. 249, that the Federal Court of Appeal may have incorporated the *bona fide* business purpose test into Canadian tax law. By a complex of management companies created by a group of brothers, each of whom owned all the shares of their respective management companies, the profits of a furniture business were routed through several corporate screens and eventually reached the original owners of the business after minimal taxation. In carrying out this plan, the brothers disregarded the advice of their accountants in which the true nature of the plan was discussed, and some of the documents were found to have been back-dated. The trial judge concluded that none of the companies had any employees (except the sole shareholder brother), no business facilities of any kind, and that the sole purpose of the interposition of the management companies was to reduce the brothers' taxes in the future. Heald J., in reviewing the evidence, stated, at p. 258:

Thus, the interposition of the management companies between the employer and the employee was a sham, pure and simple, the sole purpose of which was to avoid payment of tax.

In the course of reaching this conclusion, the Court of Appeal propounded the following rule (at p. 256):

It is the agreement or transaction in question to which the Court must look. If the agreement or transaction lacks a *bona fide* business purpose, it is a sham.

The Federal Court of Appeal in so phrasing the rule has mixed the older 'sham' doctrine with the *bona fide* business purpose test, and has brought forth a hybrid rule. The judgment was met with immediate critical response from the taxation authors. T.E. McDonnell, *Canadian Tax Foundation: Twenty-ninth Tax Conference Report*, 1977, stated, at p. 90, that the court "... seemed to have

La Cour d'appel fédérale dans l'arrêt publié à 77 DTC 5367 a conclu qu'il n'y avait aucune raison de modifier les conclusions du juge de première instance quant aux faits. Le concept d'«objet commercial véritable» n'a pas eu d'influence sur le résultat définitif. Cette affaire appartient plutôt à la catégorie des «trompe-l'oeil».

C'est dans l'arrêt *Ministre du Revenu national c. Leon*, [1977] 1 C.F. 249, que la Cour d'appel fédérale a probablement introduit le critère de l'objet commercial véritable dans le droit fiscal canadien. Grâce à un ensemble de sociétés de gestion créées par un groupe de frères, dont chacun était propriétaire de toutes les actions de sa société de gestion, les profits d'une entreprise de meubles passaient par plusieurs sociétés filtres et finissaient par être versés aux propriétaires originaires de l'entreprise après une imposition minime. Dans l'exécution de ce plan, les frères n'ont pas tenu compte des conseils de leurs comptables qui portaient sur la nature véritable du plan et certaines des pièces avaient été antidatées. Le juge de première instance a conclu qu'aucune des sociétés n'avait d'employé (excepté celui des frères qui en était le seul actionnaire), aucun équipement commercial quel qu'il soit et que le seul but de l'interposition des sociétés de gestion était de diminuer l'impôt futur de chacun des frères. Le juge Heald analyse la preuve ainsi, à la p. 258:

Ainsi, l'intervention des compagnies de gestion entre l'employeur et l'employé constituait purement et simplement un trompe-l'oeil avec pour seul but la réduction de l'impôt payable.

Pour arriver à ce résultat, la Cour d'appel a énoncé la règle suivante, à la p. 256:

<sup>h</sup> La Cour doit examiner l'entente ou l'opération en question. Si elles ne poursuivent pas une fin commerciale authentique, il s'agit alors d'un trompe-l'oeil.

En formulant ainsi la règle, la Cour d'appel fédérale a confondu l'ancienne règle de la doctrine du «trompe-l'oeil» avec le critère de l'objet commercial véritable et a donné naissance à une règle hybride. L'arrêt a provoqué une réaction critique immédiate des auteurs de droit fiscal. T.E. McDonnell, *Association canadienne d'étude fiscale, vingt-neuvième conférence fiscale*, 1977,

made a quantum jump in statutory interpretation and added an entirely new concept to the tax jurisprudence". For like comments, see *Current Cases* (1976), 24 Can. Tax J. 468, and O'Keefe, *The Business Purpose Test—Who Needs It?* (1977), 25 Can. Tax J. 139.

The statement of Heald J., *supra*, was not essential to the conclusion reached by the court. The interposition of the management company did not, in law, establish anything but a simple agency relationship between the taxpayer and the bare incorporation so established. The company itself had no business, and indeed no business facilities. The services were entirely personal and were at all times destined for delivery to the original, ongoing furniture business, owned in the first instance by the sole shareholders of the management companies. Nothing was changed by reason of the incorporation of the nest of wholly-owned management companies. The Federal Court, in enunciating the rule, *supra*, cut across the United States *bona fide* business principle which sharply distinguishes between transactions which fail because they are shams in the sense of a deception, and those which fail because they lack an independent business purpose.

The Federal Court of Appeal shortly thereafter appears to have drawn back from the *Leon* proposition when Urie J. wrote (*Massey-Ferguson Ltd. v. The Queen*, [1977] 1 F.C. 760, at p. 772):

I am not at all sure that I would have agreed with the broad principles relating to a finding of sham as enunciated in that case [*Leon*], and, I think, that the principle so stated should perhaps be confined to the facts of that case.

This was another case of an interposed corporation. However, the parent company taxpayer, wishing to make an inter-company interest-free loan to an operating second-tier subsidiary, did so by loaning the money, at least in an accounting sense, through a first-tier subsidiary which was engaged in the business of financing members of

dit à la p. 90 que la Cour [TRADUCTION] « ... semble avoir fait un saut quantique dans l'interprétation législative et ajouté un concept entièrement nouveau au droit fiscal». On trouve des commentaires dans le même sens dans *Current Cases* (1976), 24 Can. Tax J. 468, et O'Keefe, *The Business Purpose Test—Who Needs It?* (1977), 25 Can. Tax J. 139.

<sup>b</sup> L'énoncé du juge Heald, précité, n'était pas essentiel à la conclusion tirée par la cour. L'interposition de la société de gestion ne faisait rien de plus, en droit, qu'établir une relation de mandataire entre le contribuable et la société nominale ainsi constituée. La société elle-même n'exploitait pas d'entreprise et même pas d'équipement commercial. Les services étaient tout à fait personnels et rendus à la première entreprise de meubles, <sup>c</sup> propriété dès le début des actionnaires uniques des sociétés de gestion. La constitution du groupe de sociétés de gestion à propriétaires uniques n'avait rien changé. En énonçant la règle précitée, la Cour fédérale va à l'encontre du principe de l'objet commercial véritable appliqué aux États-Unis qui distingue nettement entre les opérations qui ne comptent pas parce qu'elles sont un trompe-l'œil, c'est-à-dire une tromperie, et celles qui ne comptent pas parce qu'elles manquent d'objet commercial distinct.

<sup>d</sup> Peu de temps après, la Cour d'appel fédérale semble avoir écarté le principe énoncé dans l'arrêt *Leon* dans l'arrêt *Massey-Ferguson Ltd. c. La Reine* [1977] 1 C.F. 760 où le juge Urie dit à la p. 772:

<sup>e</sup> Je ne suis pas du tout sûr que j'aurais souscrit aux principes généraux énoncés dans cet arrêt [*Leon*] relativement à l'existence d'un «trompe-l'œil». Je pense qu'il faut les limiter aux faits qui lui sont propres.

<sup>f</sup> Il s'agit d'un autre cas de société interposée. Toutefois, la société mère contribuable, qui voulait faire un prêt sans intérêt entre sociétés à une filiale active de deuxième niveau, l'a fait en prêtant l'argent, du moins du point de vue comptable, par l'entremise d'une filiale de premier niveau qui s'occupait du financement du groupe de sociétés

the parent company's corporate group. The issue was whether deemed interest would be attributed to the parent company because the loan, in substance, was made from the parent to the second-tier subsidiary. By the terms of the statute, the attribution of deemed interest would be required where the loan was from the parent to the second-tier subsidiary, whereas a loan by the parent to the first-tier subsidiary or by the first-tier to the second-tier subsidiary did not attract such a consequence. The Federal Court of Appeal found the legal form of the loan to be of controlling importance. In so doing, the Court of Appeal returned the definition of sham to its former condition but did not necessarily turn its back on the 'independent business purpose' concept.

The Court of Appeal in *Massey-Ferguson, supra*, concluded that the underlying decision, that is to lend money to the second-tier subsidiary, was not taken solely for tax purposes, nor was the use of the first-tier company entirely divorced from the business practices of the parent company. Consequently, it could not be said that the interposition by the parent of the first subsidiary was done only to reduce taxes. Furthermore, the interposed company had an independent reason for its existence in contrast to the management companies in *Leon, supra*, which were created solely for the purpose of executing the plan in question. The position of the Court of Appeal is made unclear, however, by its reference, after concluding that neither the use of the intermediate company nor its business was a sham, to *Inland Revenue Commissioners v. Brebner*, [1967] 1 All E.R. 779, where Lord Upjohn enunciated the principle, at p. 784:

... when the question of carrying out a genuine commercial transaction, as this was, is considered, the fact that there are two ways of carrying it out,—one by paying the maximum amount of tax, the other by paying no, or much less, tax—it would be quite wrong as a *necessary* consequence to draw the inference that in adopting the latter course one of the main objects is for the purposes of the section, avoidance of tax. No commercial man in his senses is going to carry out commercial transactions except on the footing of paying the smallest amount of tax involved.

auquel la société mère appartenait. Il s'agissait de décider si les intérêts présumés devraient être attribués à la société mère parce que le prêt était fait en substance de la société mère à la filiale du second niveau. Selon le texte de la loi, il fallait faire une attribution des intérêts présumés si le prêt était fait de la société mère à la filiale du second niveau alors qu'un prêt fait par la société mère à la filiale du premier niveau ou par la filiale du premier niveau à la filiale de second niveau n'entraînait pas cette conséquence. La Cour d'appel fédérale a conclu que la forme juridique du prêt était déterminante. Ce faisant, la Cour d'appel est revenue à sa première définition de trompe-l'œil, mais n'a pas nécessairement répudié le concept d'«objet commercial distinct».

Dans l'arrêt *Massey-Ferguson*, précité, la Cour d'appel a conclu que la décision sous-jacente, c'est-à-dire celle de prêter de l'argent à la filiale du second niveau, n'avait pas été prise en fonction de considérations fiscales seulement, pas plus que l'utilisation de la société du premier niveau complètement distincte des usages commerciaux de la société mère. En conséquence on ne pouvait conclure que l'interposition par la société mère de la filiale du premier niveau avait eu lieu uniquement pour réduire l'impôt. De plus, la société interposée avait une raison indépendante d'exister par opposition aux sociétés de gestion dans l'affaire *Leon*, précitée, qui n'avaient été créées que dans le but de réaliser le plan en cause. La position de la Cour d'appel est cependant obscurcie par la mention qu'elle fait, après avoir conclu que ni l'utilisation de la société intermédiaire ni ses opérations n'étaient un trompe-l'œil, de l'arrêt *Inland Revenue Commissioners v. Brebner*, [1967] 1 All E.R. 779, dans lequel lord Upjohn énonce le principe suivant à la p. 784:

[TRADUCTION] ... lorsqu'on étudie la question de mener une véritable transaction commerciale, comme c'était le cas en l'espèce, le fait qu'il y ait deux façons de la mener, l'une en payant le maximum d'impôt, l'autre en n'en payant pas ou bien moins, il serait tout à fait faux de conclure, comme conséquence *nécessaire*, qu'en adoptant la seconde méthode, l'un des principaux objectifs était, aux fins de cet article, de frauder l'impôt. Tout homme d'affaires de bon sens ne conclura de transactions commerciales qu'en décidant au départ de payer le moins d'impôt possible.

The effect of the interworking of all these considerations or rules may be that a court must apply a taxing statute so as to bar the claim of entitlement to an allowance, deduction or other advantage or benefit where the taxpayer created entities or rights and obligations in order to revise the character, under the statute, of the income or earnings already achieved by the taxpayer. The claim would not necessarily be barred, however, where the new alignment of the taxpayer's affairs is adopted only to reduce or avoid taxation of earnings or income thereafter arising independently from the establishment of the arrangements in question.

Before returning to the immediate issue in this appeal, the state of the tax law under s. 137, *supra*, as it has evolved in Canada should be briefly examined. Although this section is not invoked by the respondent in this appeal, it is relevant to note that to date the section has not been interpreted so as to incorporate "the *bona fide* business purpose test". Cattanach J., in the Federal Court (Trial Division) (*The Queen v. Esskay Farms Ltd.*, 76 DTC 6010, at p. 6018), after finding that the transaction in question was not a sham, determined that a tax advantage was not a benefit under s. 137(2):

What the defendant has done has been to order its affairs as to attract a lesser tax at a subsequent time as it is entitled to do. . . . The defendant has effected a tax advantage to itself as is its right and accordingly it is incongruous that that advantage should be construed as a "benefit" to the defendant within the meaning of section 137(2).

Notwithstanding that the taxpayer there deferred and reduced taxes otherwise payable on the sale of his land by interposing an independent trust company between himself and the purchaser, and by contract with the trust company delayed his receipt of the proceeds of sale over a period of years commencing several years after the sale, the proceeds of sale were not found to be taxable income. There was no purpose in all these arrangements other than the lessening of the impact of taxation on the transaction. No "independent business purpose test" emerged, and s. 137 was found to be inapplicable. *Vide also* Pratte J. in *Produits*

Il peut découler de la combinaison de toutes ces considérations ou règles qu'une cour doit appliquer une loi fiscale de manière à refuser au contribuable de se prévaloir d'une allocation, déduction ou autre avantage ou bénéfice lorsqu'il a créé des entités ou des droits et obligations de manière à modifier le caractère juridique du revenu ou des gains qu'il a déjà réalisés. Par contre, on ne lui refuserait pas nécessairement lorsque le contribuable a procédé à une réorganisation de ses affaires pour éviter ou réduire l'imposition des gains ou revenu réalisé par la suite, indépendamment de la mise en place des arrangements en cause.

c

Avant de revenir à la question directement soulevée par le présent pourvoi, il y a lieu d'examiner brièvement l'état du droit fiscal en vertu de l'art.

d 137, précité, et son évolution au Canada. Bien que l'intimée n'invoque pas cet article en l'espèce, il y a lieu de souligner qu'à ce jour aucune interprétation de l'article n'inclut «le critère de l'objet commercial véritable». Le juge Cattanach de la Division de première instance de la Cour fédérale après avoir conclu (*La Reine c. Esskay Farms Ltd.*, 76 DTC 6010, à la p. 6018) que l'opération en cause n'était pas un trompe-l'oeil, a statué qu'un avantage fiscal n'était pas un bénéfice aux termes de l'art. 137(2):

g La défenderesse n'a fait qu'arranger ses affaires de façon à payer moins d'impôt à un époque ultérieure, ce qui est parfaitement légal . . . La défenderesse a fait en sorte d'obtenir un bénéfice fiscal, comme elle avait le droit de le faire, et il serait absurde de considérer ce bénéfice comme un «avantage» conféré à la défenderesse au sens du paragraphe 137(2).

i Malgré que la contribuable, dans cette affaire-là, ait reporté et diminué l'impôt qu'elle aurait autrement payé sur la vente de son bien-fonds en interposant une société de fiducie indépendante entre elle et l'acquéreur, et, par convention avec la société de fiducie, ait retardé l'encaissement des recettes de la vente sur une période de plusieurs années à compter de plusieurs années après la vente, les recettes de la vente n'ont pas été considérées comme un revenu imposable. Ces arrangements n'avaient d'autre objet que de diminuer le fardeau fiscal qui frappait l'opération. Il n'a pas été question de «critère de l'objet commercial dis-

*LDG Products Inc. v. The Queen*, 76 DTC 6344 (F.C.A.), at p. 6349:

There is nothing reprehensible in seeking to take advantage of a benefit allowed by the law. If a taxpayer has made an expenditure which, according to the Act, he may deduct when calculating his income, I do not see how the reason which prompted him to act can in itself make this expenditure non-deductible. I therefore believe that in the case at bar, there is no reason to apply s 137 (1).

To the same effect is *The Queen v. Alberta and Southern Gas Co.*, [1978] 1 F.C. 454, at pp. 462-63, where Jackett C.J. stated:

... a transaction that clearly falls within the object and spirit of [a given section of the Act] cannot be said to unduly or artificially reduce income merely because the taxpayer was influenced in deciding to enter into it by tax considerations.

The courts, in applying s. 137, and in applying general principles of statutory interpretation, seem, thus far at least, to have fallen short of adopting the "bona fide business purpose test". The *Richardson* case, *supra*, like the *Atinco* and *Rose* cases, *supra*, falls into the category of incomplete or legally ineffective transactions. The allowance or benefits sought by the taxpayer in those cases were simply not available by the procedures adopted by the taxpayer. *Leon*, *supra*, at its highest, is a modification of the sham test, but it seems to have been isolated on its factual base by *Massey-Ferguson*, *supra*.

In light of this general background, a further subsidiary question must be considered: Is the transaction affected as to tax consequences where the vendor and purchaser are not at arm's length? There are, of course, many pragmatic and philosophical answers. In considering this issue, one must take cognizance of the many examples in the Act and its application by the Department which belie the distinction. For example, inter-spousal loans, which effectively allow income splitting with the consequential tax reduction, are approved under the present Act. See Interpretation Bulletin IT-258R2, Department of National Revenue. There are other examples, including the transfer of

tinct» et l'art. 137 a été jugé inapplicable. Voir aussi le juge Pratte dans *Produits LDG Products Inc. c. La Reine*, 76 DTC 6344 (C.A.F.), à la p. 6349:

- a Il n'y a rien de répréhensible à vouloir profiter d'un avantage que permet la loi. Si un contribuable a effectué une dépense que, suivant la loi, il peut déduire dans le calcul de son revenu, je ne vois pas comment le seul motif qui l'a poussé à agir puisse rendre cette dépense non déductible. Je crois donc que, en l'espèce, il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 137(1).

Dans l'arrêt *La Reine c. Alberta and Southern Gas Co.*, [1978] 1 C.F. 454, aux pp. 462 et 463, le juge en chef Jackett énonce la même idée:

... on ne peut dire ... qu'une affaire qui rencontre l'objet et l'économie [d'un article donné de la Loi] réduit indûment ou de façon factice le revenu simplement parce que le contribuable a été alléché par les avantages fiscaux lorsqu'il s'est lancé dans cette affaire.

En appliquant l'art. 137 et les principes généraux d'interprétation des lois, les tribunaux semblent donc avoir jusqu'ici refusé d'appliquer le «critère de l'objet commercial véritable». L'arrêt *Richardson*, précité, comme les arrêts *Atinco* et *Rose*, précités, tombe dans la catégorie des opérations incomplètes ou juridiquement sans effet. La déduction ou les bénéfices recherchés par le contribuable dans ces affaires n'étaient tout simplement pas réalisés par les procédures adoptées par le contribuable. L'arrêt *Leon*, précité, est tout au plus une variante du critère du trompe-l'oeil, mais l'arrêt *Massey-Ferguson*, précité, semble l'avoir isolé en fonction de ses données de fait.

Dans ce contexte, il faut analyser une autre question subsidiaire: les effets fiscaux de l'opération sont-ils modifiés si le vendeur et l'acquéreur sont liés? Il y a, cela va de soi, plusieurs réponses en pratique et en principe. Pour analyser cette question, il faut prendre connaissance des nombreux exemples contenus dans la Loi et de l'application que le Ministère en fait et qui nient la distinction. Par exemple, la présente loi approuve les prêts entre époux qui permettent le fractionnement réel des revenus et la réduction de l'impôt qui s'ensuit. Voir le bulletin d'interprétation IT-258R2 du ministère du Revenu national. Il y a d'autres exemples, notamment la transformation de surplus

invested surpluses by a corporation from bonds to stocks where the corporation moves from deficit to profit on its commercial operations. In neither of these examples is there any *bona fide* business purpose for the transfer or exchange of assets, both being done exclusively or avowedly to reduce or eliminate taxation.

Other sections of the *Income Tax Act* enable a corporation or its shareholders to reduce income upon the distribution of accumulated surplus, as for example under s. 85 of the old Act. By conforming with the terms of the statute, this income, which, when otherwise withdrawn by the shareholders would be taxable at full personal rates, can be transferred to the shareholders at reduced rates, even "artificially" reduced tax rates when one considers the artifice prescribed by Parliament in these sections.

There are many other examples in the Act of tax reduction devices, most of which, by axiom, are founded upon non-arm's length relationships. The taxpayer may acquire the marital deduction *in toto* for the entire calendar year by marrying on December 31 instead of January 1 in the following year. If the choice is made solely for tax reasons, surely the taxpayer's entitlement is not thereby placed in jeopardy. The same applies to persons who deliberately avail themselves of registered home ownership savings plans whether or not the taxpayer does so because of the tax deduction or because of a long-term, *bona fide* intent to establish a fund to be used to purchase a home; and to businesses combining by way of joint venture rather than by minority shareholding in a project. Motive would nowhere appear to be a precondition of eligibility. The same applies to the decision of a taxpayer to incorporate or to carry on business in partnership with a corporation. Whether or not these choices are made solely on the basis of tax advantage, whenever the *Income Tax Act* prescribes different tax rates for different forms of

investis par une société d'obligations en actions lorsque les opérations commerciales de la société passent d'une situation déficitaire à une situation profitable. Ni dans l'un ni dans l'autre de ces exemples, il n'existe d'objet commercial véritable au transfert ou à la transformation de l'actif, les deux opérations étant faites exclusivement ou manifestement pour réduire ou éliminer l'impôt.

D'autres articles de la *Loi de l'impôt sur le revenu* permettent à une société ou à ses actionnaires de réduire l'impôt lors de la distribution de surplus accumulés, par exemple l'art. 85 de l'ancienne loi. En se conformant au texte de loi, ce revenu que l'actionnaire retirerait autrement et qui serait imposable au taux maximum de l'impôt personnel, peut être versé aux actionnaires à des taux réduits, même à des taux réduits «factice-ment» si l'on considère l'artifice prescrit par le législateur dans ces articles.

La Loi comporte bien d'autres exemples de mécanismes de réduction de l'impôt, dont la plupart, par définition, se fondent sur des rapports entre des personnes liées. Le contribuable peut se prévaloir de la totalité de l'exemption de personne mariée pour toute l'année civile en se mariant le 31 décembre plutôt que le 1<sup>er</sup> janvier de l'année suivante. Si le choix est fait uniquement pour des motifs fiscaux, le droit du contribuable n'en est pas pour autant mis en péril. La même chose s'applique aux personnes qui se prévalent des régimes enregistrés d'épargne-logement, que le contribuable le fasse à cause de la réduction d'impôt ou à cause d'une intention véritable et permanente d'accumuler des sommes en vue d'acquérir une propriété. Prenons également l'exemple d'entreprises qui se lancent dans un projet par voie de coparticipation plutôt que par voie de participation minoritaire. La motivation n'apparaît nulle part comme une condition préalable à l'admissibilité. La même chose s'applique à la décision d'un contribuable de se constituer en société commerciale ou d'exploiter une entreprise en association avec une société commerciale. Que ces choix soient faits uniquement en fonction de l'avantage fiscal ou non, chaque fois que la *Loi de l'impôt sur le revenu* prescrit des taux d'imposition différents pour différentes formes d'entreprises, le contribuable est certaine-

business, the taxpayer must surely be free to choose whichever mode fits his plans.

As earlier indicated, two of the lower courts found the transaction to have been a sham, and therefore not determinative of the taxation consequences under the *Income Tax Act, supra*. The Federal Court of Appeal found it unnecessary to determine whether or not the term 'sham', in the circumstances of the case, is properly applicable to the transaction, but in reaching this conclusion it was observed that "the evidence certainly points in that direction".

The element of sham was long ago defined by the courts and was restated in *Snook v. London & West Riding Investments, Ltd.*, [1967] 1 All E.R. 518. Lord Diplock, at p. 528, found that no sham was there present because no acts had been taken:

... which are intended by them to give to third parties or to the court the appearance of creating between the parties legal rights and obligations different from the actual legal rights and obligations (if any) which the parties intend to create.

This definition was adopted by this Court in *Minister of National Revenue v. Cameron*, [1974] S.C.R. 1062, at p. 1068 per Martland J.

With respect to the courts below, it seems to me that there may have been an unwitting confusion between the incomplete transaction test and the sham test. Earlier I have enumerated the many public registrations effected by the parties in the course of this transaction. The documents establishing and executing the arrangement between the parties were all in the records of the parties available for examination by the authorities. There has been no suggestion of backdating or buttressing the documentation after the event. The transaction and the form in which it was cast by the parties and their legal and accounting advisers cannot be said to have been so constructed as to create a false impression in the eyes of a third party, specifically the taxing authority. The appearance created by the documentation is precisely the reality. Obligations created in the documents were legal obligations in the sense that they were fully

ment libre de choisir le mode d'opération qui convient le mieux à ses plans.

Comme je l'ai déjà mentionné, deux des tribunaux d'instance inférieure ont conclu que l'opération était un trompe-l'oeil et qu'elle n'était donc pas déterminante quant aux conséquences fiscales en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée. La Cour d'appel fédérale a conclu qu'il était inutile de déterminer si le terme «trompe-l'oeil», dans les circonstances de l'espèce, s'applique réellement à l'opération, mais, en arrivant à cette conclusion, elle a signalé que «c'est certainement à cette conclusion que nous amène la preuve».

Les tribunaux ont donné il y a longtemps une définition du trompe-l'oeil qui a été reformulée dans l'arrêt *Snook v. London & West Riding Investments, Ltd.*, [1967] 1 All E.R. 518. Lord Diplock a conclu à la p. 528 qu'il n'y avait pas de trompe-l'oeil parce que les parties n'avaient rien fait:

[TRADUCTION] ... dans l'intention de faire croire à des tiers ou à la cour qu'ils créent entre les parties des obligations et droits légaux différents des obligations et droits légaux réels (s'il en est) que les parties ont l'intention de créer.

C'est la définition adoptée par le juge Martland en cette Cour dans l'arrêt *Ministre du Revenu national c. Cameron*, [1974] R.C.S. 1062, à la p. 1068.

Avec égards pour les cours d'instance inférieure, il me semble y avoir eu une confusion involontaire entre le critère de l'opération incomplète et celui du trompe-l'oeil. J'ai déjà mentionné les nombreux enregistrements publics que les parties ont faits pour réaliser de cette opération. Les documents qui déterminent et donnent effet à la convention intervenue entre les parties se trouvaient tous présents dans les archives des parties et les autorités pouvaient en prendre connaissance. Il n'a pas été question de documents antidatés ou de falsification de documents après les événements. On ne peut soutenir que l'opération elle-même et la forme dans laquelle les parties, leurs conseillers juridiques et comptables l'ont réalisée l'ont été de manière à créer une fausse impression pour les tiers, notamment les autorités fiscales. L'apparence créée par les documents correspond précisément à la réalité. Les obligations prévues dans les

enforceable at law. The courts have thus far not extended the concept of sham to a transaction otherwise valid but entered into between parties not at arm's length. The reversibility of the transaction by reason of common ownership likewise has never been found, in any case drawn to the Court's attention, to be an element qualifying or disqualifying the transaction as a sham. If the factual possibility of reversibility were a test as to the legal effect of a transaction under the 'sham' doctrine, a retail store's sales policy of guaranteed return of goods found to be unsatisfactory ("Goods satisfactory or money refunded") would render a transaction incomplete, unenforceable and a sham, whether or not the goods were ever returned to the vendor. In fact, of course, we know the transaction was not reversed but was indeed relied upon by the third party purchaser of the assets and undertaking of Grover. There is, in short, a total absence of the element of deceit, which is the heart and core of a sham. The parties, by their agreement, accomplish their announced purpose. The transaction was presented by the taxpayer to the tax authority for a determination of the tax consequence according to the law. I find no basis for the application in these circumstances of the doctrine of sham as it has developed in the case law of this country.

Returning then to the issue of interpretation now before this Court, there are certain broad characteristics of tax statute construction which can be discerned in the authorities here and in similar jurisdictions abroad. The most obvious is the fact that in some jurisdictions, such as Canada and Australia, the legislature has responded to the need for overall regulation to forestall blatant practices designed to defeat the Revenue. These anti-tax avoidance provisions may reflect the rising importance and cost of government in the community, the concomitant higher rates of taxation in modern times, and hence the greater stake in the avoidance contests between the taxpayer and the state. The arrival of these provisions in the statute may also have heralded the extension of the

documents étaient des obligations juridiques dans le sens qu'elles étaient absolument exécutoires en droit. Les tribunaux n'ont pas encore jusqu'ici étendu le concept du trompe-l'oeil à une opération valide par ailleurs, mais conclue par des parties liées. De même la possibilité d'annuler l'opération parce que les propriétaires sont communs n'a jamais été considérée, dans aucune des affaires signalées à l'attention de la Cour, comme un élément qui permet de retenir ou non l'opération parce qu'il s'agirait d'un trompe-l'oeil. Si la possibilité réelle d'annuler l'opération était un critère de sa portée juridique en vertu de la doctrine du «trompe-l'oeil», la politique de vente au détail qui garantit la reprise des marchandises dont le client n'est pas satisfait («satisfaction garantie ou argent remis») rendrait l'opération incomplète, inexécutable et en ferait un trompe-l'oeil, indépendamment du fait que les marchandises aient été retournées au vendeur ou non. Bien sûr, nous savons maintenant que l'opération n'a pas été annulée, mais qu'elle a été considérée valable par un tiers acquéreur de l'actif et de l'entreprise de Grover. En bref, il y a absence totale de l'élément de tromperie qui est au coeur même du trompe-l'oeil. Par leur convention, les parties ont fait ce qu'elles avaient dit vouloir faire. Le contribuable a soumis l'opération aux autorités fiscales pour en faire déterminer les conséquences fiscales en droit. Dans ces circonstances, rien ne justifie à mon avis d'appliquer la doctrine du trompe-l'oeil qui découle de la jurisprudence de ce pays.

Je reviens donc à la question d'interprétation soumise à cette Cour. Il y a des caractéristiques générales de l'interprétation des lois fiscales qu'on peut dégager des sources de droit canadiennes et des ressorts étrangers comparables. La caractéristique la plus évidente est le fait que, dans certains de ces ressorts, comme le Canada et l'Australie, le législateur a réagi devant la nécessité d'avoir une réglementation générale pour combattre les pratiques flagrantes d'évasion fiscale. Ces dispositions relatives à l'évitement de l'impôt reflètent peut-être l'augmentation de l'importance et du coût du gouvernement dans la société, des taux plus élevés d'impôt de nos jours et, en conséquence, des enjeux plus grands des affrontements relatifs à l'évitement de l'impôt entre les contribuables et l'État. L'inser-

*Income Tax Act* from a mere tool for the carving of the cost of government out of the community, to an instrument of economic and fiscal policy for the regulation of commerce and industry of the country through fiscal intervention by government. Whatever the source or explanation, measures such as s. 137 are instructions from Parliament to the community on the individual member's liability for taxes, expressed in general terms. This instruction is, like the balance of the Act, introduced as well for the guidance of the courts in applying the scheme of the Act throughout the country. The courts may, of course, develop, in their interpretation of s. 137, doctrines such as the *bona fide* business purpose test; or a step-by-step transaction rule for the classification of taxpayers' activities which fall within the ban of such a general tax avoidance provision.

In jurisdictions such as the United States and the United Kingdom, such doctrines have developed in the courts, usually in the guise of canons of construction of the tax statutes. These have included the business purpose test, step-by-step transactions analysis, substance over form, and expanded sham rules. Whether the development be by legislative measure or judicial action, the result is a process of balancing the taxpayer's freedom to carry on his commercial and social affairs however he may choose, and the state interest in revenue, equity in the raising of the revenue, and economic planning. In Canada the sham concept is at least a judicial measure for the control of tax abuse without specific legislative direction. The judicial classification of an ineffective transaction is another. In the United States, these doctrines have expanded to include the business purpose test. The United States tax code is, as we have seen, replete with benefits in the form of special relief from general tax measures, but the problem is whether the *bona fide* business purpose test will, in a given circumstance, descend upon the taxpayer *ex post facto*. See *Surrey et al., Federal Income Taxation, Cases and Materials* (Foundation Press, 1973), at p. 644. In sharp contrast is the approach of Noël J., as he then was, in *Foreign Power Securities Corp. v.*

tion de ces dispositions législatives a peut-être aussi signifié la transformation de la *Loi de l'impôt sur le revenu* de simple outil de prélèvement sur la société des dépenses gouvernementales en un *a* instrument de politique économique et fiscale pour réglementer le commerce et l'industrie du pays par l'intervention fiscale du gouvernement. Quelle qu'en soit l'origine ou la raison, des mesures comme l'art. 137 sont des directives adressées par *b* le législateur à la société quant à la responsabilité fiscale de chacun exprimée en termes généraux. Cette disposition, comme le reste de la Loi, a aussi été adoptée pour guider les tribunaux dans l'application de l'économie de la Loi partout au pays. Les tribunaux peuvent, bien entendu, élaborer par leur interprétation de l'art. 137, des doctrines comme celle du critère de l'objet commercial véritable ou une règle d'analyse des opérations étape par étape *c* *d* pour catégoriser les activités des contribuables visés par l'interdiction énoncée dans cette disposition générale relative à l'évitement de l'impôt.

Dans des pays comme les États-Unis et le *e* Royaume-Uni, de telles doctrines sont issues des tribunaux, généralement sous la forme de règles d'interprétation des lois fiscales. Elles peuvent comporter le critère de l'objet commercial, l'analyse des opérations étape par étape, la règle du fond par opposition à celle de la forme et des règles élargies quant au trompe-l'oeil. Que les règles découlent de mesures législatives ou de décisions judiciaires, le résultat consiste à rechercher *f* l'équilibre entre la liberté du contribuable de mener ses affaires sociales et commerciales comme il l'entend et l'intérêt de l'État à la recette fiscale, l'équité dans le prélèvement des impôts et la planification économique. Au Canada, le concept du *g* trompe-l'oeil est, à tout le moins, une mesure judiciaire de contrôle des abus fiscaux sans directive législative précise. La classification judiciaire d'une opération inefficace en est une autre. Aux États-Unis, ces doctrines se sont étendues et englobent le critère de l'objet commercial. Comme nous l'avons vu, le code fiscal des États-Unis abonde de bénéfices sous forme d'exemptions spéciales des mesures fiscales générales, mais la question est de savoir si le critère de l'objet commercial véritable, *i* dans un cas donné, s'applique au contribuable *ex post facto*. Voir *Surrey et al., Federal Income*

*Minister of National Revenue*, 66 DTC 5012, at p. 5027, where he stated:

There is indeed no provision in the *Income Tax Act* which provides that, where it appears that the main purpose or one of the purposes for which any transaction or transactions was or were effected was the avoidance or reduction of liability to income tax, the Court may, if it thinks fit, direct that such adjustments shall be made as respects liability to income tax as it considers appropriate so as to counteract the avoidance or reduction of liability to income tax which would otherwise be effected by the transaction or transactions.

Perhaps the high water mark in the opposition to the introduction of a business purpose test is found in the reasoning of the learned authors, Ward and Cullity, *supra*, who stated, at pp. 473-74, in answer to the question: can it be a legitimate business purpose of a transaction to minimize or postpone taxes?:

If taxes are minimized or postponed, more capital will be available to run the business and more profit will result. Surely, in the penultimate decade of the twentieth century it would be naive to suggest that businessmen can, or should, conduct and manage their business affairs without regard to the incidence of taxation or that they are not, or should not, be attracted to transactions or investments or forms of doing business that provide reduced burdens of taxation.

I would therefore reject the proposition that a transaction may be disregarded for tax purposes solely on the basis that it was entered into by a taxpayer without an independent or *bona fide* business purpose. A strict business purpose test in certain circumstances would run counter to the apparent legislative intent which, in the modern taxing statutes, may have a dual aspect. Income tax legislation, such as the federal Act in our country, is no longer a simple device to raise revenue to meet the cost of governing the community. Income taxation is also employed by government to attain selected economic policy objectives. Thus, the statute is a mix of fiscal and economic policy. The economic policy element of the Act sometimes takes the form of an inducement to the

*Taxation, Cases and Materials* (Foundation Press, 1973) à la p. 644. La position du juge Noël, plus tard juge en chef adjoint, dans l'affaire *Foreign Power Securities Corp. v. Minister of National Revenue*, 66 DTC 5012, à la p. 5027, contraste fortement avec ce point de vue. Il y dit:

[TRADUCTION] En fait, la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne comporte aucune disposition prévoyant que, lorsqu'il appert que le but principal ou l'un des buts pour lesquels b on a effectué une ou plusieurs opérations était d'éviter ou de réduire l'assujettissement à l'impôt sur le revenu, la Cour peut, si elle le juge à propos, ordonner d'apporter les rajustements qu'elle estime appropriés concernant l'assujettissement à l'impôt sur le revenu de façon à neutraliser la suppression ou la réduction de cet assujettissement que, par ailleurs, ces opérations réaliseraient.

Le point culminant de l'opposition à l'adoption d'un critère fondé sur l'objet commercial se trouve d probablement dans le raisonnement des auteurs Ward and Cullity, précités, qui disent, aux pp. 473 et 474, en réponse à la question de savoir si une opération peut avoir pour but commercial légitime de diminuer ou de reporter les impôts:

[TRADUCTION] S'il y a diminution ou report des impôts, on aura plus de capital pour exploiter l'entreprise et il en découlera des profits accrus. Au cours de l'avant-dernière décennie du vingtième siècle, il serait à coup sûr naïf de penser que les hommes d'affaires peuvent ou même doivent exploiter leur entreprise sans tenir compte de l'incidence fiscale et qu'ils ne sont, ni ne devraient être, intéressés à des opérations, des investissements ou des manières de faire affaire qui amènent une réduction du fardeau fiscal.

g Je suis donc d'avis de rejeter la proposition selon laquelle il est possible d'écartier une opération du point de vue fiscal uniquement parce que le contribuable l'a faite sans but commercial distinct ou véritable. Un critère strict d'objet commercial pourrait, dans certaines circonstances, aller à l'encontre de l'intention apparente du législateur qui, dans les lois fiscales modernes, peut viser deux objets. La législation en matière d'impôt sur le revenu, comme la loi fédérale de notre pays, n'est plus uniquement un simple moyen de prélever des revenus pour faire face aux dépenses gouvernementales. Le gouvernement utilise les prélèvements d'impôt pour réaliser certains objectifs déterminés de politique économique. Ainsi, la Loi est à la fois un outil de politique économique et de

taxpayer to undertake or redirect a specific activity. Without the inducement offered by the statute, the activity may not be undertaken by the taxpayer for whom the induced action would otherwise have no *bona fide* business purpose. Thus, by imposing a positive requirement that there be such a *bona fide* business purpose, a taxpayer might be barred from undertaking the very activity Parliament wishes to encourage. At minimum, a business purpose requirement might inhibit the taxpayer from undertaking the specified activity which Parliament has invited in order to attain economic and perhaps social policy goals. Examples of such incentives I have already enumerated.

Indeed, where Parliament is successful and a taxpayer is induced to act in a certain manner by virtue of incentives prescribed in the legislation, it is at least arguable that the taxpayer was attracted to these incentives for the valid business purpose of reducing his cash outlay for taxes to conserve his resources for other business activities. It seems more appropriate to turn to an interpretation test which would provide a means of applying the Act so as to affect only the conduct of a taxpayer which has the designed effect of defeating the expressed intention of Parliament. In short, the tax statute, by this interpretative technique, is extended to reach conduct of the taxpayer which clearly falls within "the object and spirit" of the taxing provisions. Such an approach would promote rather than interfere with the administration of the *Income Tax Act, supra*, in both its aspects without interference with the granting and withdrawal, according to the economic climate, of tax incentives. The desired objective is a simple rule which will provide uniformity of application of the Act across the community, and at the same time, reduce the attraction of elaborate and intricate tax avoidance plans, and reduce the rewards to those best able to afford the services of the tax technicians.

In all this, one must keep in mind the rules of statutory interpretation, for many years called a

politique fiscale. L'élément de politique économique de la Loi prend quelquefois la forme d'une incitation du contribuable à s'engager dans une activité précise ou à la réorganiser. Sans l'incitation contenue dans la Loi, le contribuable ne s'engagerait peut-être pas dans cette activité et pour lui l'opération en cause n'aurait pas d'autre objet commercial véritable. Donc, en imposant une obligation concrète qu'il y ait un tel objet commercial véritable, on pourrait empêcher un contribuable d'entreprendre l'activité même que le législateur veut encourager. À tout le moins, l'obligation que constitue la présence d'un objet commercial pourrait empêcher le contribuable d'entreprendre l'activité précise à laquelle le législateur l'a invité pour atteindre des objectifs de politique économique et même sociale. J'ai déjà donné des exemples de ces incitations.

En réalité, lorsque le législateur réussit à amener le contribuable à agir d'une façon déterminée à cause d'incitations contenues dans la Loi, on peut au moins dire que le contribuable y a été amené pour le motif commercial valide de réduire ses paiements d'impôt dans le but de conserver ses ressources pour d'autres activités commerciales. Il paraît plus approprié d'avoir recours à un critère d'interprétation qui permettrait d'appliquer la Loi de manière à viser seulement la conduite du contribuable qui a comme effet intentionnel de contourner la volonté expresse du législateur. En bref, cette technique d'interprétation fait porter la législation fiscale sur la conduite du contribuable qui relève manifestement de l'objet et de l'esprit des dispositions fiscales. Une telle façon de voir aurait pour effet de faciliter l'administration de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, plutôt que de l'en traverser, sous ces deux aspects, sans gêner l'attribution ou le retrait, selon le climat économique, d'incitations fiscales. L'objectif recherché est une règle simple qui amènera l'uniformité d'application de la Loi dans la société et, par la même occasion, diminuera l'attrait de plans compliqués et subtiles d'évitement de l'impôt et diminuera les avantages pour ceux qui sont le plus en mesure de s'offrir les services de fiscalistes.

Dans tout cela, il ne faut pas oublier que, depuis longtemps, les règles d'interprétation des lois pres-

strict interpretation, whereby any ambiguities in the charging provisions of a tax statute were to be resolved in favour of the taxpayer; the taxing statute was classified as a penal statute. See Grover & Iacobucci, *Materials on Canadian Income Tax* (5th ed. 1983), pp. 62-65.

At one time, the House of Lords, as interpreted by Professor John Willis, had ruled that it was "not only legal but moral to dodge the Inland Revenue" ((1938), 16 Can. Bar Rev. 1, at p. 26), referring to *Levene v. Inland Revenue Commissioners*, [1928] A.C. 217, at p. 227. This was the high water mark reached in the application of Lord Cairns' pronouncement in *Partington v. Attorney-General* (1869), L.R. 4 H.L. 100, at p. 122—

I am not at all sure that, in a case of this kind—a fiscal case—form is not amply sufficient; because, as I understand the principle of all fiscal legislation, it is this: If the person sought to be taxed comes within the letter of the law he must be taxed, however great the hardship may appear to the judicial mind to be. On the other hand, if the Crown, seeking to recover the tax, cannot bring the subject within the letter of the law, the subject is free, however apparently within the spirit of the law the case might otherwise appear to be. In other words, if there be admissible, in any statute, what is called an equitable construction, certainly such a construction is not admissible in a taxing statute, where you simply adhere to the words of the statute.

—cited with approval in this Court in *The King v. Crabbs*, [1934] S.C.R. 523, at p. 525.

The converse was, of course, also true. Where the taxpayer sought to rely on a specific exemption or deduction provided in the statute, the strict rule required that the taxpayer's claim fall clearly within the exempting provision, and any doubt would there be resolved in favour of the Crown. See *Lumbers v. Minister of National Revenue* (1943), 2 DTC 631 (Ex.Ct.), affirmed [1944] S.C.R. 167; and *W.A. Sheaffer Pen Co. v. Minister of National Revenue*, [1953] Ex. C.R. 251. Indeed, the introduction of exemptions and allowances was the beginning of the end of the reign of the strict rule.

crivent une interprétation stricte et que toute ambiguïté des dispositions d'imposition doit être tranchée en faveur du contribuable; les lois fiscales ont été assimilées à des lois pénales. Voir: Grover & Iacobucci, *Materials on Canadian Income Tax* (5<sup>e</sup> éd. 1983), pp. 62 à 65.

À une certaine époque, la Chambre des lords, selon l'interprétation du professeur John Willis, avait décidé qu'il était [TRADUCTION] «non seulement permis, mais bien d'éviter de payer l'impôt» ((1938), 16 R. du B. Can. 1, à la p. 26), à propos de l'arrêt *Levene v. Inland Revenue Commissioners*, [1928] A.C. 217, à la p. 227. C'était le point culminant de l'application de la décision de lord Cairns dans l'affaire *Partington v. Attorney-General* (1869), L.R. 4 H.L. 100, à la p. 122:

[TRADUCTION] Je ne suis pas du tout certain que, dans un cas de ce genre — une affaire fiscale — la forme ne soit pas largement suffisante; en effet, selon moi, le principe à la base de toute mesure fiscale est le suivant: si la personne qu'on cherche à assujettir à la taxe tombe sous le coup de la lettre de la loi, elle doit y être assujettie, si dur que cela puisse paraître au juge. Par contre, si le fisc, en tentant de recouvrer la taxe, ne peut établir que la personne tombe sous le coup de la lettre de la loi, elle en est exempte, même si en apparence le cas peut sembler cadrer avec l'esprit de la loi. En d'autres termes, s'il est possible de donner à certaines lois une interprétation équitable, cela ne peut se faire dans le cas d'une loi fiscale où il faut simplement s'en tenir à la lettre.

Cet arrêt a été cité et approuvé dans l'arrêt de cette Cour *The King v. Crabbs*, [1934] R.C.S. 523, à la p. 525.

Évidemment, le contraire était également vrai. Lorsque le contribuable invoquait une exemption ou déduction expressément prévue dans la Loi, la règle d'interprétation stricte exigeait que la prétention du contribuable relève manifestement de la disposition d'exemption, et tout doute favorisait le gouvernement. Voir *Lumbers v. Minister of National Revenue* (1943), 2 DTC 631 (C. de l'É.) confirmé à [1944] R.C.S. 167 et *W.A. Sheaffer Pen Co. v. Minister of National Revenue*, [1953] R.C. de l'É. 251. En réalité, l'introduction des exemptions et déductions a marqué la fin du règne de l'application de la règle stricte.

Professor Willis, in his article, *supra*, accurately forecast the demise of the strict interpretation rule for the construction of taxing statutes. Gradually, the role of the tax statute in the community changed, as we have seen, and the application of strict construction to it receded. Courts today apply to this statute the plain meaning rule, but in a substantive sense so that if a taxpayer is within the spirit of the charge, he may be held liable. See *Whiteman and Wheatcroft, supra*, at p. 37.

While not directing his observations exclusively to taxing statutes, the learned author of *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87, E.A. Dreidger, put the modern rule succinctly:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

The question comes back to a determination of the proper role of the court in construing the *Income Tax Act* in circumstances such as these where the Crown relies on the general pattern of the Act and not upon any specific taxing provision. The Act is to be construed, of course, as a whole, including s. 137 but, for reasons already noted, without applying that section specifically to these assessments. The appellant stands to save taxes if its program is successful. The Crown loses revenue it might otherwise receive. At least in theory, the burden falls on other taxpayers to make up the lost revenue. Lord Simon of Glaisdale had this to say in not dissimilar circumstances (*Ransom v. Higgs* (1974), 50 Tax Cas. 1, at p. 94):

It may seem hard that a cunningly advised taxpayer should be able to avoid what appears to be his equitable share of the general fiscal burden and cast it on the shoulders of his fellow citizens. But for the Courts to try to stretch the law to meet hard cases (whether the hardship appears to bear on the individual taxpayer or on the general body of taxpayers as represented by the Inland Revenue) is not merely to make bad law but to run the risk of subverting the rule of law itself. Disagreeable as it may seem that some taxpayers should escape what might appear to be their fair share of the general burden of national expenditure, it would be far more disagreeable to substitute the rule of caprice for that of law.

Dans l'article précité, le professeur Willis prévoit fort justement l'abandon de la règle d'interprétation stricte des lois fiscales. Comme nous l'avons vu, le rôle des lois fiscales a changé dans la <sup>a</sup> société et l'application de l'interprétation stricte a diminué. Aujourd'hui, les tribunaux appliquent à cette loi la règle du sens ordinaire, mais en tenant compte du fond, de sorte que si l'activité du contribuable relève de l'esprit de la disposition fiscale, il <sup>b</sup> sera assujetti à l'impôt. Voir *Whiteman et Wheatcroft*, précité, à la p. 37.

Bien que les remarques E.A. Dreidger dans son ouvrage *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), à <sup>c</sup> la p. 87, ne visent pas uniquement les lois fiscales, il y énonce la règle moderne de façon brève:

[TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution: il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

La question revient à déterminer le juste rôle du tribunal dans l'interprétation de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans des circonstances comme celles de l'espèce, où Sa Majesté se fonde sur les dispositions générales de la Loi et non sur une disposition fiscale précise. Il faut bien sûr interpréter la Loi comme un tout, y compris l'art. 137, mais pour les <sup>f</sup> motifs que j'ai déjà énoncés, sans appliquer cet article expressément aux présentes cotisations. L'appelante économise de l'impôt si son plan réussit. Sa Majesté perd des revenus qu'elle aurait autrement reçus. En théorie au moins, il incombe aux autres contribuables de combler la perte de revenu. Lord Simon of Glaisdale a dit ce qui suit dans des circonstances semblables (*Ransom v. Higgs* (1974), 50 Tax Cas. 1, à la p. 94):

[TRADUCTION] Il peut sembler difficile qu'un contribuable adroïtement conseillé puisse éviter ce qui paraît sa juste part du fardeau fiscal général et la faire porter par ses concitoyens. Mais pour les tribunaux, chercher à étendre la loi pour faire face à ces cas difficiles (que les <sup>i</sup> difficultés paraissent reposer sur les épaules de chaque contribuable ou sur l'ensemble des contribuables représentés par le fisc), c'est non seulement faire du mauvais droit mais c'est aussi courir le risque de miner la règle de droit elle-même. Quelque déplaisant qu'il puisse <sup>j</sup> paraître que certains contribuables échappent à ce qui semblerait être leur part du fardeau des dépenses nationales, il serait beaucoup plus désagréable de substituer la règle de l'arbitraire à la règle de droit.

All this may reflect the tradition of annual amendments to the *Income Tax Act* when the government budget for the ensuing year is presented to Parliament for approval. Perhaps the facility of amendment to the *Income Tax Act* is one of the sources of the problem since the practice does not invite the courts to intervene when the legislature can readily do so.

Nonetheless, some guidelines can be discerned for the guidance of a court faced with this interpretative issue.

1. Where the facts reveal no *bona fide* business purpose for the transaction, s. 137 may be found to be applicable depending upon all the circumstances of the case. It has no application here.

2. In those circumstances where s. 137 does not apply, the older rule of strict construction of a taxation statute, as modified by the courts in recent years (*supra*), prevails but will not assist the taxpayer where:

- (a) the transaction is legally ineffective or incomplete; or,
- (b) the transaction is a sham within the classical definition.

3. Moreover, the formal validity of the transaction may also be insufficient where:

- (a) the setting in the Act of the allowance, deduction or benefit sought to be gained clearly indicates a legislative intent to restrict such benefits to rights accrued prior to the establishment of the arrangement adopted by a taxpayer purely for tax purposes;
- (b) the provisions of the Act necessarily relate to an identified business function. This idea has been expressed in articles on the subject in the United States:

The business purpose doctrine is an appropriate tool for testing the tax effectiveness of a transaction, where the language, nature and purposes of the provision of the tax law under construction indicate a function, pattern and design characteristic solely of business transactions.

Tout cela peut refléter la traditionnelle modification annuelle de la *Loi de l'impôt sur le revenu* lorsque le budget du gouvernement pour l'année qui vient est soumis à l'approbation du Parlement.

a Il se peut que la facilité avec laquelle on peut modifier la *Loi de l'impôt sur le revenu* soit une des sources du problème puisque cette pratique n'incite pas les tribunaux à intervenir vu que le législateur peut le faire facilement.

b Toutefois, on peut dégager des règles à l'usage des tribunaux qui doivent résoudre cette question d'interprétation.

c 1. Si les faits ne révèlent l'existence d'aucun objet commercial véritable dans l'opération, l'art. 137 peut s'appliquer, mais il faut tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce. Il ne s'applique pas en l'espèce.

d 2. Dans les circonstances où l'art. 137 ne s'applique pas, la règle ancienne d'interprétation stricte d'une disposition fiscale, modifiée de la façon susmentionnée par les tribunaux au cours des dernières années, prévaut, mais elle n'est pas utile au contribuable lorsque

- a) l'opération est juridiquement sans effet ou incomplète; ou
- b) l'opération est un trompe-l'oeil au sens de la définition classique.

e 3. En outre, la validité de l'opération quant à la forme peut également être insuffisante lorsque

f g a) l'inclusion dans la Loi de l'allocation, de la déduction ou de l'avantage recherché indique manifestement une intention du législateur de limiter ces avantages aux droits acquis avant que le contribuable ne s'organise à des fins purement fiscales;

h i b) les dispositions de la Loi ont nécessairement trait à une fonction commerciale déterminée. Cette idée a été reprise par certains articles sur le sujet aux États-Unis:

j [TRADUCTION] La doctrine de l'objet commercial est un bon outil pour sonder la portée fiscale d'une opération lorsque le texte, la nature et les objets de la disposition de droit fiscal à interpréter font état d'un rôle, d'un modèle et d'une conception qui caractérisent uniquement des opérations commerciales.

[Jerome R. Hellerstein, "Judicial Approaches to Tax Avoidance", *Canadian Tax Foundation, Eighteenth Annual Tax Conference Report*, 1964, p. 66.]

(c) 'the object and spirit' of the allowance or benefit provision is defeated by the procedures blatantly adopted by the taxpayer to synthesize a loss, delay or other tax saving device, although these actions may not attain the heights of 'artificiality' in s. 137. This may be illustrated where the taxpayer, in order to qualify for an 'allowance' or a 'benefit', takes steps which the terms of the allowance provisions of the Act may, when taken in isolation and read narrowly, be stretched to support. However, when the allowance provision is read in the context of the whole statute, and with the 'object and spirit' and purpose of the allowance provision in mind, the accounting result produced by the taxpayer's actions would not, by itself, avail him of the benefit of the allowance.

[Jerome R. Hellerstein, "Judicial Approaches to Tax Avoidance", *Canadian Tax Foundation, Eighteenth Annual Tax Conference Report*, 1964, p. 66.]

c) «l'objet et l'esprit» de la disposition qui accorde la déduction ou l'avantage sont mis en échec par le processus manifestement adopté par le contribuable pour créer une perte, un report ou tout autre mécanisme d'évitement de l'impôt, même si ces opérations n'atteignent pas le degré d'artifice prévu à l'art. 137. On peut donner l'exemple du contribuable qui, pour profiter d'une «déduction» ou d'un «avantage», prend des mesures que les termes des dispositions de dégrèvement peuvent, pris isolément et interprétés strictement, arriver à justifier. Toutefois, si l'on interprète la disposition de dégrèvement dans le contexte de l'ensemble de la Loi, en pensant à l'objet, à l'esprit et au but de cette disposition, le résultat comptable produit par les opérations du contribuable ne lui procurerait pas, par lui-même, l'avantage de la déduction.

These interpretative guidelines, modest though they may be, and which fall well short of the *bona fide* business purpose test advanced by the respondent, are in my view appropriate to reduce the action and reaction endlessly produced by complex, specific tax measures aimed at sophisticated business practices, and the inevitable, professionally-guided and equally specialized taxpayer reaction. Otherwise, where the substance of the Act, when the clause in question is contextually construed, is clear and unambiguous and there is no prohibition in the Act which embraces the taxpayer, the taxpayer shall be free to avail himself of the beneficial provision in question.

In this appeal, the appellant taxpayer has done nothing to contrive the accumulated and recognized loss carry-forward of Grover. Neither has the parent nor the affiliated company Grover done so. The immediate payment in issue, the transfer of yearly profits from the business, was made by the appellant under a clear, binding legal obligation so to do. Grover's right to apply the tax loss to the income so received from the business is techni-

Ces principes directeurs d'interprétation, si modestes soient-ils et bien en deçà du critère de l'objet commercial véritable proposé par l'intimée, suffisent, à mon avis, à atténuer l'effet incessant d'action et de réaction produit par des mesures fiscales complexes et précises qui visent des pratiques commerciales compliquées d'une part et la réaction inévitable, experte et tout aussi spécialisée du contribuable. Autrement, si le contenu de la Loi, lorsque la disposition en cause est interprétée dans son contexte, est clair et précis et que la Loi ne comporte pas d'interdiction qui vise le contribuable, celui-ci est libre de se prévaloir des dispositions avantageuses en cause.

Dans le présent pourvoi, la contribuable appelaute n'a rien fait pour inventer le report de pertes accumulées par Grover et reconnues comme telles. Ni la société mère, ni la filiale Grover ne l'ont fait. Le paiement immédiat en cause, c'est-à-dire le transfert des profits annuels de l'entreprise, était fait par l'appelante en vertu d'une obligation juridique claire et exécutoire. Le droit de Grover d'appliquer le report de pertes aux revenus de

cally not here in issue. If it were in issue, it is difficult to see why Grover could not have acquired production assets from any source, including non-arm's length sources as here, so as to produce earnings *in futuro* in order to take advantage of its deficit accumulations before their expiry under the provisions of the *Income Tax Act*. Neither the loss carry-forward provisions, nor any other provision of the Act, have been shown to reveal a parliamentary intent to bar the appellant from entering into such a binding transaction and to make the payments here in question. Once the tax loss concept is included in the statute, the revenue collector is exposed to the chance, if not the inevitability, of the reduction of future tax collections to the extent that a credit is granted for past losses.

I would therefore allow the appeal, and direct that the Notices of Re-assessment in question be vacated, with costs here and in the courts below to the appellant.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Fraser & Beatty,  
Toronto.*

*Solicitor for the respondent: R. Tassé, Ottawa.*

l'entreprise ainsi reçus n'est pas strictement en cause en l'espèce. S'il l'était, il serait difficile de voir pourquoi Grover n'aurait pas pu acquérir des biens de production de quiconque, notamment de personnes non liées à elle comme en l'espèce, de manière à produire des revenus dans l'avenir afin de tirer avantage de ses déficits accumulés dans les délais impartis conformément à la *Loi de l'impôt sur le revenu*. On ne nous a pas démontré que les dispositions relatives au report des pertes ou quelque autre disposition de la Loi révèlent l'intention du législateur d'empêcher l'appelante de conclure une telle opération et de faire les versements en cause. Dès que le concept de report des pertes est incorporé à la Loi, le percepteur s'expose aux risques, peut-être même à la certitude, de voir les rentrées futures d'impôt réduites jusqu'à concurrence du dégrèvement accordé pour pertes antérieures.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner l'annulation des avis de nouvelle cotisation en cause, avec dépens en faveur de l'appelante en cette Cour et dans toutes les cours d'instance inférieure.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Fraser & Beatty,  
Toronto.*

*Procureur de l'intimée: R. Tassé, Ottawa.*