

A-228-98

A-228-98

Her Majesty the Queen (*Appellant*)**Sa Majesté la Reine** (*appelante*)

v.

c.

Brelco Drilling Ltd. (formerly Trimac Limited)
(*Respondent*)**Brelco Drilling Ltd. (auparavant Trimac Limited)**
(*intimée*)**INDEXED AS: CANADA v. BRELCO DRILLING LTD. (C.A.)****RÉPERTORIÉ: CANADA c. BRELCO DRILLING LTD. (C.A.)**Court of Appeal, Isaac C.J., Linden and Sexton J.J.A.
—Calgary, January 25; Ottawa, May 11, 1999.Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Linden et
Sexton, J.C.A.—Calgary, 25 janvier; Ottawa, 11 mai
1999.

Income tax — Income calculation — Dividends — Appeal from T.C.C. decision to ignore losses, other liabilities of foreign subsidiaries in determining deemed “income earned or realized” under ITA, s. 55(2) — Taxpayer receiving cash dividend of \$32 million, including same in income — Dividend deemed to be proceeds of disposition under s. 55(2) — Unrealized gain in subsidiaries, foreign affiliates consolidated in parent company — Affiliates having both income, debt — Whether foreign affiliates reducing taxpayer’s “safe income” — Object of s. 55 to prevent capital gains stripping, double taxation — T.C.C. failing to determine amount of safe income on facts of case — S. 55(2) requiring net calculation of all amounts which could reasonably be attributed to anything other than income earned, realized by foreign affiliate.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Dividendes — Appel de la décision de la C.C.I. de ne pas tenir compte des pertes et autres charges de sociétés étrangères affiliées pour calculer le «revenu gagné ou réalisé» réputé aux termes de l’art. 55(2) de la LIR — La contribuable a reçu un dividende en espèces de 32 000 000 \$, et l’a inclus dans le calcul de son revenu — Le dividende est réputé être un produit de disposition en vertu de l’art. 55(2) — Les gains non réalisés de certaines sociétés affiliées et sociétés étrangères affiliées ont été consolidés au sein de la société mère — Les sociétés affiliées avaient à la fois des revenus et des dettes — Les sociétés affiliées étrangères diminuent-elles le «revenu sauf» de la contribuable? — L’objet de l’art. 55 est d’empêcher le dépeuplement de gains en capital et la double imposition — La C.C.I. n’a pas établi le revenu sauf en fonction des faits de l’affaire — L’art. 55(2) exige le calcul net de tous les montants qu’on pourrait raisonnablement attribuer à autre chose qu’à un revenu gagné ou réalisé par une société étrangère affiliée.

Construction of statutes — Meaning of Income Tax Act, s. 55(2) — Contextual, purposive approach should apply to statutory interpretation unless meaning of provision clear, plain — When no doubt as to meaning of legislation, no ambiguity in application to facts, statutory provision must be applied regardless of object, purpose — Act, s. 55 not having clear, plain meaning — Court bound to give sensible meaning to provision.

Interprétation des lois — Sens de l’art. 55(2) de la Loi de l’impôt sur le revenu — En matière d’interprétation des lois, il faut adopter une approche contextuelle qui tient compte de l’objectif visé, à moins que le sens de la disposition ne soit clair et net — Lorsqu’il n’y a aucun doute quant au sens d’une mesure législative ni aucune ambiguïté quant à son application aux faits, elle doit être appliquée indépendamment de l’objectif visé — L’art. 55 de la Loi n’a pas un sens clair et net — La Cour doit lui donner un sens raisonnable.

This was an appeal from a T.C.C. decision allowing the taxpayer’s appeal on the basis that there was no requirement to include the deficits of foreign affiliates in the calculation of its safe income. In November 1989, the respondent received a cash dividend of \$32 million from Tricil Ltd. (Tricil) in which it owned 50% of the shares, and included same in its income. Subsequently, it sold its shares in Tricil to Laidlaw Inc. Tricil was a Canadian company and a 100% shareholder of the U.S. resident corporation Tricil Inc. (Inc.) which, therefore, was a foreign affiliate of Tricil for the

Il s’agit d’un appel d’une décision de la C.C.I. qui a accueilli l’appel de la contribuable au motif que rien ne l’obligeait à tenir compte des pertes de sociétés étrangères affiliées dans le calcul de son revenu sauf. En novembre 1989, l’intimée a reçu un dividende en espèces de 32 000 000 \$ de Tricil Ltd. (Tricil), société dont elle détenait 50 p. 100 des actions, et elle a inclus cette somme dans ses revenus. Elle a par la suite vendu ses actions de Tricil à Laidlaw Inc. Tricil, une société canadienne, détenait 100 p. 100 des actions de Tricil Inc. (Inc.), société résidant

purposes of paragraphs 55(5)(d) and 93(1)(a) of the *Income Tax Act*. Inc. owned 100% of seven U.S. resident corporations, A, B, C, D, E, F, and G. The affiliates in question had both income and debts (losses). One of the purposes of the \$32 million dividend was to significantly reduce the taxable portion of the respondent's unrealized capital gain on its Tricil shares. The respondent accordingly applied subsection 55(2) of the Act to the dividends deeming them to be proceeds of disposition. In its 1989 taxation year the respondent designated \$25,735,216 of the dividends as separate dividends under paragraph 55(5)(f) on the basis that this was the portion of the unrealized capital gain on the respondent's Tricil shares which could reasonably be considered to be attributable to income earned or realized. The Minister reduced the safe income on hand available to the respondent to \$23,149,721 by offsetting the exempt deficits of corporations A, B, C, D, E, and Inc. against the exempt surpluses of corporations F and G. The Minister's decision was overruled by the Tax Court of Canada. The issue was whether the Tax Court Judge erred in holding that it was unnecessary for purposes of subsection 55(2) of the Act to consider the losses and other liabilities of foreign subsidiaries in determining the deemed "income earned or realized" under that provision.

Held (Sexton J.A. dissenting), the appeal should be allowed.

Per Linden J.A.: In interpreting the *Income Tax Act*, the Court should take a contextual and purposive approach unless the meaning of the provision is clear and plain. When there is neither any doubt as to the meaning of the legislation nor any ambiguity in its application to the facts then the statutory provision must be applied regardless of its object or purpose. There are, however, many sections of the *Income Tax Act* which are ambiguous or unclear. Among them, section 55 is ambiguous in many of its parts and is far from having a clear and plain meaning. Despite these complexities, the Court must do its utmost to give a sensible meaning to that provision.

Subsection 55(2) of the Act was enacted by Parliament to counter "capital gain strippings". In the absence of this provision, corporations could, without attracting any tax, realize capital gains from related corporations by having those corporations issue dividends. To avoid double taxation, subsection 55(2) does not apply to a dividend (or that portion of the dividend) which can reasonably be considered to be attributed to income earned by the corporation issuing the dividend. That income is referred to as "safe income" which must be income on hand. So long as the approach taken by the Minister in allocating safe income is reasonable, subsection 55(2) should apply. The reasoning of the

aux États-Unis, qui était ainsi une société étrangère affiliée de Tricil aux fins des alinéas 55(5)d) et 93(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Inc. était propriétaire à 100 p. 100 de sept sociétés résidant aux États-Unis, les sociétés A, B, C, D, E, F et G. Les sociétés affiliées en cause avaient des revenus et des dettes (pertes). Le dividende de 32 000 000 \$ avait notamment pour objet de diminuer sensiblement la part imposable du gain en capital non réalisé de l'intimée pour ses actions Tricil. L'intimée a donc appliqué le paragraphe 55(2) de la Loi aux dividendes en les considérant comme le produit de la disposition des actions. Dans son année d'imposition 1989, l'intimée a désigné la somme de 25 735 216 \$ comme dividende distinct conformément à l'alinéa 55(5)f), considérant qu'il s'agissait là de la partie du gain en capital non réalisé relatif aux actions Tricil, vendues par l'intimée, qu'il serait raisonnable de considérer comme étant attribuable à un revenu gagné ou réalisé. Le ministre a diminué le revenu sauf en mains que l'intimée pouvait utiliser à 23 149 721 \$ en opérant une compensation entre les déficits exonérés des sociétés A, B, C, D, E et Inc., et les surplus exonérés des sociétés F et G. La décision du ministre a été infirmée par la Cour canadienne de l'impôt. Il s'agit de savoir si le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur de droit en concluant qu'aux fins du paragraphe 55(2) de la Loi, il n'est pas nécessaire de tenir compte des pertes et autres charges de sociétés étrangères affiliées pour calculer le «revenu gagné ou réalisé» réputé aux termes de cette disposition.

Arrêt (le juge Sexton, J.C.A., dissident): l'appel est accueilli.

Le juge Linden, J.C.A.: En interprétant la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la Cour doit adopter une approche contextuelle qui tient compte de l'objet même du texte, à moins que le sens de la disposition en cause ne soit clair et net. Lorsqu'il n'y a aucun doute quant au sens d'une mesure législative ni aucune ambiguïté quant à son application aux faits, elle doit être appliquée indépendamment de son objet. Il y a de nombreux articles ambigus et peu clairs dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Parmi eux, l'article 55 est, à de nombreux endroits, ambigu, et son sens est loin d'être clair et net. Malgré ces complexités, la Cour doit faire de son mieux afin de donner à cette disposition un sens raisonnable.

Le paragraphe 55(2) de la Loi a été édicté par le législateur afin de contrecarrer le «dépouillement de gains en capital». Avant son adoption, les sociétés pouvaient, sans être imposées, réaliser des gains en capital provenant de sociétés qui leur étaient liées en s'arrangeant pour que ces sociétés leur versent des dividendes. Afin d'éviter la double imposition, le paragraphe 55(2) ne s'applique pas à un dividende (ou partie d'un dividende) qu'il serait raisonnable de considérer comme étant attribuable à un revenu gagné par la société versant le dividende. Ce revenu, appelé «revenu sauf», doit être un revenu en mains. Dans la mesure où, pour déterminer le revenu sauf, le ministre adopte une

Tax Court Judge, that there is no legal basis for requiring exempt deficits — or any other cost which reduces the safe income on hand — to be taken into account in determining “income earned or realized”, was therefore flawed. Subsection 55(2) requires a calculation of safe income on hand based on the facts of each case. Such a determination was not carried out herein. The Tax Court Judge was under an obligation to determine the true value of safe income on hand on the facts of this case, but he failed to do so. While concluding that the Tax Court Judge erred, the Court could not accept the appellant’s approach, that in this case all losses must be taken into account because they reduce the safe income of the intercorporate dividend. That reasoning was flawed inasmuch as it might not reflect the actual value of the safe dividends. In order to decide whether the calculation presented by Revenue Canada was reasonable, the Tax Court had to hear evidence as to which factors do or do not reduce safe income on hand. No such consideration of the evidence was undertaken.

Per Sexton J.A. (dissenting): The Tax Court Judge did not err in finding that, as a matter of law, exempt deficits of foreign affiliates should not be deducted from the exempt surpluses of other foreign affiliates so as to reduce the parent corporation’s safe income. There is no provision in the *Income Tax Act* requiring exempt deficits to be taken into account in determining “income earned or realized”. The safe income earned by the parent corporation cannot exceed its fair market value. However, the fact that some of its subsidiaries might have losses could be simply ignored by a purchaser. Absent a guarantee or actual payment by the parent of its subsidiary’s losses, it is difficult to conceive of an example in which the losses of foreign affiliates would affect the safe income of a parent. Moreover, the Minister has not demonstrated that the losses had any impact on the respondent’s safe income. If it was intended that deficits from one subsidiary should be offset against exempt surpluses of another it would have been clearly provided in the legislation. It was not. Thus, the Tax Court Judge correctly concluded that subsection 55(2) exhibited “reasonable uncertainty resulting from lack of explicitness which should be resolved in favour of the taxpayer”.

The reduction of the taxable capital gain by the exempt surplus of a foreign affiliate is based on the same rationale that underlies the tax-free treatment accorded to intercorporate dividends. Section 55 was designed to prevent a taxable capital gain from becoming a tax-free intercorporate dividend. One of the principal reasons Parliament chose in paragraph 55(5)(d) to deem the exempt

démarche raisonnable, le paragraphe 55(2) s’applique. Le raisonnement adopté par le juge de la Cour de l’impôt, selon lequel les textes n’imposent pas que l’on tienne compte, dans le calcul du «revenu gagné ou réalisé», de déficits exonérés ou de tout autre coût ayant pour effet de diminuer le revenu sauf en mains, était donc défectueux. Le paragraphe 55(2) exige que le calcul du revenu sauf en mains se fasse en fonction des faits de chaque affaire. L’on n’a pas procédé ainsi dans cette affaire. Le juge de la Cour de l’impôt était tenu de dire qu’elle était, au vu des faits, la valeur véritable du revenu sauf en mains, ce qu’il n’a pas fait. Même en considérant que le juge de la Cour de l’impôt avait commis une erreur, la Cour ne pouvait retenir l’approche développée par l’appelante selon laquelle il y a lieu en l’espèce de prendre en compte l’ensemble des pertes puisqu’elles diminuent le revenu sauf du dividende intersociétés. Ce raisonnement était défectueux car il risquait de ne pas refléter la valeur effective des dividendes saufs. Pour savoir si le calcul retenu par Revenue Canada était raisonnable, la Cour de l’impôt devait se fonder sur des témoignage quant aux facteurs qui ont pour effet de diminuer ou non le revenu sauf en mains. La preuve n’a pas fait l’objet d’un tel examen.

Le juge Sexton, J.C.A. (dissent): Le juge de la Cour de l’impôt n’a commis aucune erreur en concluant que, selon le droit applicable, les déficits exonérés de sociétés étrangères affiliées ne doivent pas être déduits des surplus exonérés d’autres sociétés étrangères affiliées afin de diminuer le revenu sauf de la société mère. La *Loi de l’impôt sur le revenu* ne contient aucune disposition qui exige que les déficits exonérés soient pris en compte lors du calcul du «revenu gagné ou réalisé». Le revenu sauf gagné par la société mère ne peut dépasser la juste valeur marchande de celle-ci. Cela dit, l’acheteur peut tout simplement ignorer le fait que certaines des sociétés affiliées auraient subi des pertes. En l’absence de garantie ou de remboursement effectif par la société mère des pertes de ses sociétés affiliées, il est difficile d’imaginer un cas où les pertes des sociétés étrangères affiliées affecteraient le revenu sauf de la société mère. De plus, le ministre n’a pas démontré que les pertes avaient eu une incidence sur le revenu sauf de l’intimée. Si le législateur avait voulu que puisse être opérée une compensation entre les déficits d’une société affiliée et les surplus exonérés d’une autre, le texte de loi l’aurait certainement prévu. Or ce n’est pas le cas. C’est donc avec raison que le juge de la Cour de l’impôt a conclu qu’il y a, au paragraphe 55(2), une «incertitude raisonnable découlant du manque de clarté de la loi qui doit jouer en faveur du contribuable».

L’idée de retrancher du gain en capital imposable le surplus exonéré d’une société étrangère affiliée se fonde sur la même raison que la non-imposition des dividendes intersociétés. L’article 55 a été conçu pour éviter qu’un gain en capital imposable ne devienne un dividende intersociétés non imposable. Une des principales raisons pour lesquelles le législateur a choisi, par le biais de l’alinéa 55(5)d, de

surplus of a foreign affiliate as its income earned for purposes of subsection 55(2) was to minimize double taxation. Allowing the taxpayer to treat the full exempt surplus as safe income on hand recognizes that any further tax on the exempt surplus amounts to double taxation. A fair interpretation of section 55 of the Act dictates that foreign affiliate surpluses should not be netted with foreign affiliate losses. This interpretation is based on sound policy, as it promotes an important object of the Act by minimizing double taxation. The Minister has not pleaded the facts necessary to sustain the reassessment. He did not plead any facts to establish that the losses in the foreign affiliates impacted the safe income of the parent corporation. By failing to do so, he was missing an ingredient essential to the validity of the reassessment. There was no evidence in the record and no suggestion that the losses or deficits of the subsidiaries A, B, C, D, E, and Inc. were guaranteed by the respondent. It was open to the Minister to plead the necessary facts at trial. He chose not to do so. It would be unfair to the taxpayer to now give the Minister a second opportunity to establish the validity of the reassessment.

considérer le surplus exonéré d'une société étrangère affiliée comme un revenu gagné aux fins du paragraphe 55(2), était d'éviter autant que possible la double imposition. Le fait que l'on permette au contribuable de considérer comme revenu sauf en mains l'intégralité du surplus exonéré montre que l'on reconnaît que toute autre imposition du surplus exonéré équivaut à une double imposition. Une interprétation équitable de l'article 55 de la Loi fait que les surplus provenant d'une société étrangère affiliée ne devraient pas être consolidés avec les pertes d'une autre société étrangère affiliée. Cette interprétation est fondée sur de solides motifs de politique fiscale, puisqu'elle contribue à un but important de la Loi en minimisant la double imposition. Le ministre n'a pas allégué les faits permettant de justifier la nouvelle cotisation. Il n'a pas invoqué de faits alléguant que les pertes des sociétés étrangères affiliées ont eu une incidence sur le revenu sauf de la société mère. En ne démontrant pas cela, il lui manque un élément essentiel à la validité de la nouvelle cotisation. Le dossier ne contenait aucun élément démontrant ou suggérant que les pertes ou déficits des sociétés affiliées A, B, C, D, E et Inc. ont fait, de la part de l'intimée, l'objet d'une garantie. Il était loisible au ministre de plaider les faits nécessaires lors de l'instruction. Il a choisi de ne pas le faire. Il serait injuste envers le contribuable d'accorder maintenant au ministre une deuxième occasion de démontrer le bien-fondé de la nouvelle cotisation.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Convention Between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital, being Schedule I of the *Canada-United States Tax Convention Act, 1984*, S.C. 1984, c. 20.
Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 55(3.1) (as am. by S.C. 1995, c. 3, s. 16), (3.2) (as am. *idem*), (4) (as am. *idem*).
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 55(2) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 25), (a) (as am. by S.C. 1984, c. 45, s. 15), (b) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 24), (c) (as am. *idem*), (3) (as am. *idem*; 1984, c. 45, s. 15), (4) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 24), (5) (as am. *idem*; 1988, c. 55, s. 33), 93(1)(a) (as am. by S.C. 1991, c. 49, s. 69), 112(1) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 71), (2) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 72), 113(1) (as am. *idem*, c. 26, s. 73), 138(6) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 68; 1980-81-82-83, c. 48, s. 79; 1988, c. 55, s. 125).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada v. Antosko, [1994] 2 S.C.R. 312; (1994), 94 DTC 6314; 168 N.R. 16; *Alberta (Treasury Branches)*

LOIS ET RÈGLEMENTS

Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, qui constitue l'annexe I de la *Loi de 1984 sur la Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts*, S.C. 1984, ch. 20.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 55(3.1) (mod. par L.C. 1995, ch. 3, art. 16), (3.2) (mod. *idem*), (4) (mod. *idem*).
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 55(2) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 25), a) (mod. par S.C. 1984, ch. 45, art. 15), b) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 24), c) (mod. *idem*), (3) (mod. *idem*; 1984, ch. 45, art. 15), (4) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 24), (5) (mod., *idem*; 1988, ch. 55, art. 33), 93(1)a) (mod. par L.C. 1991, ch. 49, art. 69), 112(1) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 71), (2) (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 72), 113(1) (mod. par S.C. 1985, ch. 45, art. 126, ann. III, art. 76), 138(6) (mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 68; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 79; 1988, ch. 55, art. 125).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Canada c. Antosko, [1994] 2 R.C.S. 312; (1994), 94 DTC 6314; 168 N.R. 16; *Alberta (Treasury Branches)*

v. M.N.R.; Toronto-Dominion Bank v. M.N.R., [1996] 1 S.C.R. 963; (1996), 184 A.R. 1; 133 D.L.R. (4th) 609; [1996] 5 W.W.R. 153; 38 Alta. L.R. (3d) 1; 39 C.B.R. (3d) 157; [1996] 1 C.T.C. 395; 96 DTC 6245; 196 N.R. 105; 11 P.P.S.A.C. (2d) 1; 122 W.A.C. 1; *Canada v. Nassau Walnut Investments Inc.*, [1997] 2 F.C. 279; [1998] 1 C.T.C. 33; (1996), 97 DTC 5051; 206 N.R. 386 (C.A.); *Canada v. Placer Dome Inc.*, [1997] 1 F.C. 780; [1997] 1 C.T.C. 72; (1996), 96 DTC 6562 (C.A.).

CONSIDERED:

Stuart Investments Ltd. v. The Queen, [1984] 1 S.C.R. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *J.F. Newton Ltd. v. Thorne Riddell* (1990), 50 B.L.R. 136; [1991] 2 C.T.C. 91; 91 DTC 5276 (B.C.S.C.); *Administration Gilles Leclair Inc. v. R.*, [1997] 3 C.T.C. 3053; (1996), 97 DTC 880 (T.C.C.); *del Valle (D.) v. M.N.R.*, [1986] 1 C.T.C. 2288; (1986), 86 DTC 1235 (T.C.C.).

REFERRED TO:

Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen, [1985] 2 S.C.R. 46; (1985), 21 D.L.R. (4th) 210; [1985] 2 C.T.C. 111; 85 DTC 5373; 60 N.R. 244; *Trico Industries Ltd. v. Canada*, [1994] 2 C.T.C. 2058; (1994), 94 DTC 1740 (T.C.C.); *Crown Forest Industries Ltd. v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 802; (1995), 125 D.L.R. (4th) 485; [1995] 2 C.T.C. 64; 95 DTC 5389; 97 F.T.R. 159; 183 N.R. 124.

AUTHORS CITED

- Arnold, Brian J. "Statutory Interpretation: Some Thoughts on Plain Meaning", in *Fiftieth Annual Tax Conference*, Toronto: Canadian Tax Foundation, 1998. (Publication forthcoming.)
- Brender, Mark D. "The Taxation of Corporate Reorganizations: Subsection 55(2): Part 2" (1997), 45 *Can. Tax J.* 806.
- Canadian Tax Reporter*, Don Mills (Ont.): CCH Canadian Ltd., para. 7986.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Hogg, Peter W. and J. E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.
- "Interpreting the *Income Tax Act*: Towards a Pragmatic Approach", 1999. (Unpublished paper.)
- Reed, Robert. "Section 55: A Review of Current Issues" in *Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1988.
- Richter, Kirsten. "The removal of accrued gains in capital stock holdings through use of 'safe income'" (1991), 39 *Can. Tax J.* 1349.

c. M.R.N.; Banque Toronto-Dominion c. M.R.N., [1996] 1 R.C.S. 963; (1996), 184 A.R. 1; 133 D.L.R. (4th) 609; [1996] 5 W.W.R. 153; 38 Alta. L.R. (3d) 1; 39 C.B.R. (3d) 157; [1996] 1 C.T.C. 395; 96 DTC 6245; 196 N.R. 105; 11 P.P.S.A.C. (2d) 1; 122 W.A.C. 1; *Canada c. Nassau Walnut Investments Inc.*, [1997] 2 C.F. 279; [1998] 1 C.T.C. 33; (1996), 97 DTC 5051; 206 N.R. 386 (C.A.); *Canada c. Placer Dome Inc.*, [1997] 1 C.F. 780; [1997] 1 C.T.C. 72; (1996), 96 DTC 6562 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Stuart Investments Ltd. c. La Reine, [1984] 1 R.C.S. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *J.F. Newton Ltd. v. Thorne Riddell* (1990), 50 B.L.R. 136; [1991] 2 C.T.C. 91; 91 DTC 5276 (C.S. C.-B.); *Administration Gilles Leclair Inc. c. R.*, [1997] 3 C.T.C. 3053; (1996), 97 DTC 880 (C.C.I.); *del Valle (D.) c. M.N.R.*, [1986] 1 C.T.C. 2288; (1986), 86 DTC 1235 (C.C.I.).

DÉCISIONS CITÉES:

Johns-Manville Canada Inc. c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 46; (1985), 21 D.L.R. (4th) 210; [1985] 2 C.T.C. 111; 85 DTC 5373; 60 N.R. 244; *Trico Industries Ltd. c. Canada*, [1994] 2 C.T.C. 2058; (1994), 94 DTC 1740 (C.C.I.); *Crown Forest Industries Ltd. c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 802; (1995), 125 D.L.R. (4th) 485; [1995] 2 C.T.C. 64; 95 DTC 5389; 97 F.T.R. 159; 183 N.R. 124.

DOCTRINE

- Arnold, Brian J. «Statutory Interpretation: Some Thoughts on Plain Meaning», dans *50^e Conférence annuelle sur la fiscalité*, Toronto: Association canadienne d'études fiscales, 1998. (En cours de publication.)
- Brender, Mark D. «The Taxation of Corporate Reorganizations: Subsection 55(2): Part 2» (1997), 45 *Rev. fisc. can.* 806.
- Canadian Tax Reporter*, Don Mills (Ont.): CCH Canadian Ltd., par. 7986.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Hogg, Peter W. et J. E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.
- «Interpreting the *Income Tax Act*: Towards a Pragmatic Approach», 1999. (Étude non publiée.)
- Reed, Robert. «Section 55: A Review of Current Issues» dans *Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1988.
- Richter, Kirsten. «The removal of accrued gains in capital stock holdings through use of "safe income"» (1991), 39 *Rev. fisc. can.* 1349.

Stikeman, H. Heward. *Canada Tax Service*, Vol. 5, Toronto: De Boo, at p. 55-125.

APPEAL from a decision of the Tax Court of Canada ([1998] 3 C.T.C. 2208; (1998), 98 DTC 1422) that it was unnecessary, for purposes of subsection 55(2) of the *Income Tax Act*, to consider the losses and other liabilities of foreign subsidiaries in determining the deemed “income earned or realized” under that provision. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Roger E. Taylor for appellant.
H. George McKenzie, Q.C., for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Felesky Flynn, Calgary, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LINDEN J.A.:

I. Introduction

[1] This appeal deals with one of the most complex sections of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, as amended (ITA). The issue is whether the Tax Court Judge [[1998] 3 C.T.C. 2208] erred in law when he held that it was unnecessary for purposes of subsection 55(2) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 24; c. 140, s. 25; 1984, c. 45, s. 15] of the ITA to consider the losses and other liabilities of foreign subsidiaries in determining the deemed “income earned or realized” pursuant to section 55 of the ITA.

II. Interpreting the *Income Tax Act*

[2] The Supreme Court of Canada has on many occasions discussed the proper way to interpret the *Income Tax Act*, stating that the Court should take a contextual and purposive approach to statutory

Stikeman, H. Heward. *Canada Tax Service*, vol. 5, Toronto: De Boo, à la p. 55-125.

APPEL interjeté contre une décision de la Cour canadienne de l'impôt ([1998] 3 C.T.C. 2208; (1998), 98 DTC 1422), selon laquelle il était inutile de tenir compte, aux fins du paragraphe 55(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des pertes et autres charges de sociétés affiliées étrangères en calculant le «revenu gagné réalisé» réputé aux termes de cette disposition. Appel accueilli.

ONT COMPARU:

Roger E. Taylor pour l'appelante.
H. George McKenzie, c.r., pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante.
Felesky Flynn, Calgary, pour l'intimée.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

LE JUGE LINDEN, J.C.A.:

I. Introduction

[1] Le présent appel a trait à l'une des dispositions les plus complexes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, modifiée (LIR). Il s'agit de savoir si le juge de la Cour de l'impôt [[1998] 3 C.T.C. 2208] a commis une erreur de droit quand il a conclu qu'aux fins du paragraphe 55(2) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 24; ch. 140, art. 25; 1984, ch. 45, art. 15] de la LIR, il n'est pas nécessaire de tenir compte des pertes et autres charges de sociétés étrangères affiliées pour calculer le «revenu gagné ou réalisé» réputé aux termes de l'article 55 de la LIR.

II. Interprétation de la *Loi de l'impôt sur le revenu*

[2] La Cour suprême du Canada a eu, à de nombreuses reprises, l'occasion de se pencher sur la manière dont il convient d'interpréter la *Loi de l'impôt sur le revenu*, affirmant qu'en matière d'interprétation des

interpretation unless the meaning of the provision is clear and plain. In the seminal case of *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*,¹ Estey J. relied on the following passage from E. A. Driedger:²

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.

[3] Despite occasional confusing and inconsistent statements in the jurisprudence, reading the words of the Act in their total context is still the proper approach to the ITA as long as the meaning is not “clear and plain”.³ In *Canada v. Antosko*, Iacobucci J. wrote for a unanimous Court that, if the meaning is “clear and plain”, that governs, but if it is not, context and purpose must be investigated:

While it is true that the courts must view discrete sections of the *Income Tax Act* in light of the other provisions of the Act and of the purpose of the legislation, and that they must analyze a given transaction in the context of economic and commercial reality, such techniques cannot alter the result where the words of the statute are clear and plain and where the legal and practical effect of the transaction is undisputed.⁴

[4] Unfortunately, though, it is rarely easy to ascertain the plain meaning of a provision of the ITA. As Mr. Justice Cory wrote, in *Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.; Toronto-Dominion Bank v. M.N.R.*, for the majority of the Supreme Court:

I accept the following comments on the *Antosko* case in P. W. Hogg and J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* . . . at pp. 453-454:

It would introduce intolerable uncertainty into the Income Tax Act if clear language in a detailed provision of the Act were to be qualified by unexpressed exceptions derived from a court’s view of the object and purpose of the provision . . . (The *Antosko* case) is simply a recognition that “object and purpose” can play only a limited role in the interpretation of a statute that is as precise and detailed as the Income Tax Act. When a provision is

lois, la Cour doit adopter une approche contextuelle qui tient compte de l’objet même du texte à moins que le sens de la disposition en cause ne soit clair et net. Dans l’arrêt faisant autorité, *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*¹, le juge Estey s’est appuyé sur ce passage tiré de l’ouvrage de E. A. Driedger²:

[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.

[3] Malgré les propos parfois déroutants ou contradictoires relevés dans la jurisprudence, l’interprétation des termes de la Loi pris dans leur contexte global est encore la bonne façon d’aborder la LIR, chaque fois que le sens des termes n’est pas «clair et net»³. Dans l’arrêt *Canada c. Antosko*, le juge Iacobucci a déclaré au nom d’une Cour unanime que, si le sens des mots est «clair et net», c’est lui qui s’impose, mais il convient, s’il n’en est pas ainsi, de se pencher sur le contexte des termes en question ainsi que sur l’objet même du texte:

Même si les tribunaux doivent examiner un article de la *Loi de l’impôt sur le revenu* à la lumière des autres dispositions de la Loi et de son objet, et qu’ils doivent analyser une opération donnée en fonction de la réalité économique et commerciale, ces techniques ne sauraient altérer le résultat lorsque les termes de la Loi sont clairs et nets et que l’effet juridique et pratique de l’opération est incontesté⁴.

[4] Malheureusement, il est rarement facile de saisir le sens précis d’une disposition de la LIR. Dans l’arrêt *Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.; Banque Toronto-Dominion c. M.R.N.*, le juge Cory a écrit au nom de la Cour suprême à la majorité:

J’accepte les commentaires suivants qui ont été faits à l’égard de l’arrêt *Antosko* dans l’ouvrage de P. W. Hogg et J. E. Magee, intitulé *Principles of Canadian Income Tax Law* [. . .] aux pp. 453 et 454:

[TRADUCTION] La Loi de l’impôt sur le revenu serait empreinte d’une incertitude intolérable si le libellé clair d’une disposition détaillée de la Loi était nuancé par des exceptions tacites tirées de la conception qu’un tribunal a de l’objet de la disposition [. . .] (L’arrêt *Antosko*) ne fait que reconnaître que «l’objet» ne peut jouer qu’un rôle limité dans l’interprétation d’une loi aussi précise et détaillée que la Loi de l’impôt sur le revenu. Lorsqu’une

couched in specific language that admits of no doubt or ambiguity in its application to the facts, then the provision must be applied regardless of its object and purpose. Only when the statutory language admits of some doubt or ambiguity in its application to the facts is it useful to resort to the object and purpose of the provision.

Thus, when there is neither any doubt as to the meaning of the legislation nor any ambiguity in its application to the facts then the statutory provision must be applied regardless of its object or purpose. I recognize that agile legal minds could probably find an ambiguity in as simple a request as “close the door please” and most certainly in even the shortest and clearest of the ten commandments. However, the very history of this case with the clear differences of opinion expressed as between the trial judges and the Court of Appeal of Alberta indicates that for able and experienced legal minds, neither the meaning of the legislation nor its application to the facts is clear. It would therefore seem to be appropriate to consider the object and purpose of the legislation. Even if the ambiguity were not apparent, it is significant that in order to determine the clear and plain meaning of the statute it is always appropriate to consider the “scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”.⁵ [Citation omitted.]

[5] The Supreme Court’s direction is unambiguous: while courts are not to alter the wording chosen by Parliament, there are many sections in this Act—which runs over 1000 pages of very small print—which are ambiguous or unclear. In those situations, courts cannot abdicate their role as interpreters of the law and must examine the context and purpose of the legislation in order to give a fair meaning to the provision in question, if they can do so.

III. ITA section 55

[6] Section 55, which contains some 4760 words, is ambiguous in many of its parts; to say that it has a “clear and plain meaning” is fanciful. The Tax Court Judge below described it in this manner:

In the case at bar, the Court was obliged to journey to areas where seasoned professionals recoil with more than feigned horror at even potential exposure to the legislative and regulatory morass respecting section 55 and the foreign affiliate Income Tax Regulations.⁶

disposition est rédigée dans des termes précis qui n’engendrent aucun doute ni aucune ambiguïté quant à son application aux faits, elle doit être appliquée nonobstant son objet. Ce n’est que lorsque le libellé de la loi engendre un certain doute ou une certaine ambiguïté, quant à son application aux faits, qu’il est utile de recourir à l’objet de la disposition.

En conséquence, lorsqu’il n’y a aucun doute quant au sens d’une mesure législative ni aucune ambiguïté quant à son application aux faits, elle doit être appliquée indépendamment de son objet. Je reconnais que des juristes habiles pourraient probablement déceler une ambiguïté dans une demande aussi simple que «fermez la porte, s’il vous plaît», et très certainement même dans le plus court et le plus clair des dix commandements. Cependant, l’historique même de la présente affaire, conjugué aux divergences évidentes d’opinions entre les juges de première instance et la Cour d’appel de l’Alberta, révèle que, pour des juristes doués et expérimentés, ni le sens de la mesure législative ni son application aux faits ne sont clairs. Il semblerait donc convenir d’examiner l’objet de la mesure législative. Même si l’ambiguïté n’était pas apparente, il importe de signaler qu’il convient toujours d’examiner «l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur» pour déterminer le sens manifeste et ordinaire de la loi en cause.⁵ [Référence omises.]

[5] Les directives de la Cour suprême sont claires: les tribunaux ne doivent pas modifier la formulation adoptée par le législateur, mais cette Loi—qui compte plus de 1 000 pages de texte imprimé en tous petits caractères—contient de nombreuses dispositions ambiguës ou peu claires. En pareil cas, les tribunaux ne peuvent pas renoncer à leur rôle d’interprètes de la loi et ils doivent examiner le contexte et l’objet du texte afin de donner à la disposition en cause un sens qui soit juste, s’ils peuvent le faire.

III. L’article 55 de la LIR

[6] L’article 55, qui compte quelque 5 000 mots est, à de nombreux endroits, ambigu, et on ne saurait prétendre que son sens est «clair et net». En première instance, le juge de la Cour de l’impôt l’a décrit en ces termes:

Dans l’affaire qui nous intéresse, la Cour a dû s’aventurer dans des domaines où des professionnels aguerris reculent avec une horreur qui est loin d’être feinte devant la simple possibilité d’être exposés au borbier législatif et réglementaire se rapportant à l’article 55 et aux dispositions du Règlement de l’impôt sur le revenu relatives aux filiales étrangères⁶.

[7] In another case,⁷ Finch J., of British Columbia Supreme Court complained of the difficulty of section 55, saying:

It surpasses my imagination that anyone considers language such as this to be capable of an intelligent understanding, or that such language is thought to be capable of application to the events of real life, such as the sale of a business.

[8] Despite these complexities, however, it is the task of this Court to do its utmost to give a sensible meaning to the provision. Subsection 55(2), the key provision in section 55, reads as follows:

55. . . .

(2) Where a corporation resident in Canada has after April 21, 1980 received a taxable dividend in respect of which it is entitled to a deduction under subsection 112(1) or 138(6) as part of a transaction or event or a series of transactions or events (other than as part of a series of transactions or events that commenced before April 22, 1980), one of the purposes of which (or, in the case of a dividend under subsection 84(3), one of the results of which) was to effect a significant reduction in the portion of the capital gain that, but for the dividend, would have been realized on a disposition at fair market value of any share of capital stock immediately before the dividend and that could reasonably be considered to be attributable to anything other than income earned or realized by any corporation after 1971 and before the transaction or event or the commencement of the series of transactions or events referred to in paragraph (3)(a), notwithstanding any other section of this Act, the amount of the dividend (other than the portion thereof, if any, subject to tax under Part IV that is not refunded as a consequence of the payment of a dividend to a corporation where the payment is part of the series of transactions or events)

(a) shall be deemed not to be a dividend received by the corporation;

(b) where a corporation has disposed of the share, shall be deemed to be proceeds of disposition of the share except to the extent that it is otherwise included in computing such proceeds; and

(c) where a corporation has not disposed of the share, shall be deemed to be a gain of the corporation for the year in which the dividend was received from the disposition of a capital property.

[9] This provision was enacted by Parliament to counter "capital gains stripping".⁸ In the absence of

[7] Dans une autre affaire⁷, le juge Finch de la Cour suprême de la Colombie-Britannique s'est plaint des difficultés que soulève l'article 55, s'exprimant en ces termes:

[TRANSCRIPTION] J'ai peine à imaginer comment l'on pourrait prétendre qu'un tel langage se prête à l'entendement, ou qu'il est susceptible de s'appliquer effectivement aux réalités de la vie quotidienne, par exemple à la vente d'une entreprise ou d'un commerce.

[8] Malgré ces complexités, la Cour doit faire de son mieux afin de donner à cette disposition un sens raisonnable. Dans l'article 55, la disposition la plus importante est le paragraphe 55(2), rédigé en ces termes:

55. [. . .]

(2) Lorsqu'une corporation résidant au Canada a reçu, après le 21 avril 1980, un dividende imposable à l'égard duquel elle a droit à une déduction en vertu du paragraphe 112(1) ou 138(6), comme partie d'une opération ou d'un événement ou d'une série d'opérations ou d'événements (sauf comme partie d'une série d'opérations ou d'événements qui ont commencé avant le 22 avril 1980) dont l'un des objets (ou, dans le cas d'un dividende visé au paragraphe 84(3), dont l'un des résultats) a été de diminuer sensiblement la partie du gain en capital qui, sans le dividende, aurait été réalisée lors d'une disposition d'une action du capital-actions à la juste valeur marchande, immédiatement avant le dividende et qui pourrait raisonnablement être considérée comme étant attribuable à quoi que ce soit qui n'est pas du revenu gagné ou réalisé par une corporation après 1971 et avant l'opération ou l'événement ou le début de la série d'opérations ou d'événements visés à l'alinéa (3)a), nonobstant tout autre article de la présente loi, le montant du dividende (à l'exclusion de la partie de celui-ci, si partie il y a, qui est assujettie à l'impôt en vertu de la Partie IV qui n'est pas remboursé en raison du paiement d'un dividende à une corporation lorsqu'un tel paiement fait partie de la série d'opérations ou d'événements)

a) est réputé ne pas être un dividende reçu par la corporation;

b) lorsqu'une corporation a disposé de l'action, est réputé être le produit de la disposition de l'action, sauf dans la mesure où il est inclus par ailleurs dans le calcul de ce produit; et

c) lorsqu'une corporation n'a pas disposé de l'action, est réputé être un gain de la corporation pour l'année au cours de laquelle le dividende a été reçu de la disposition d'un bien en immobilisation.

[9] Cette disposition a été édictée par le législateur afin de contrecarrer le «dépouillement de gains en

this provision, corporations could, without attracting any tax, realize capital gains from related corporations by having those corporations issue dividends. The operation of provisions such as section 113 [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 73] of the ITA avoided the tax payable on such dividends.⁹ In the past, corporations engaged in capital gains stripping, effectively realizing capital gains held by affiliates without attracting tax. Rather than avoiding double taxation, this technique circumvented taxation on amounts that had not been taxed at all. One practitioners' resource describes capital gains stripping with two examples:

For example, prior to the enactment of subsection 55(2), a corporation that desired to sell its shares in another corporation could first receive a tax-free dividend. It would then sell its shares at a price reduced by the amount of the dividend, thereby decreasing the capital gain which would otherwise have been realized had the sale been made without a dividend being declared. A seller might also avoid the realization of capital gains on other property it owned by transferring the property to the purchasing corporation using the subsection 85(1) election and receiving back preferred shares with a redemption price equal to the value of the transferred property but with a low paid-up capital. Most of the proceeds on a redemption of the shares would be deemed to be a tax-free dividend in the hands of the corporation.¹⁰

[10] In order to prevent capital gains stripping, subsection 55(2) attributes certain unrealized capital gains to the corporation receiving an otherwise tax-free dividend. Specifically, subsection 55(2) deems certain funds received as an otherwise tax-free dividend to be a capital gain. This Court has described the operation of subsection 55(2) as follows:

. . . if it can be shown that the entire amount of the dividend is attributable to or covered by safe income then subsection 55(2) is not applicable. If, however, a portion of the dividend or capital gain is attributable to something other than safe income, then the entire amount received by the corporation is deemed not to be a dividend.¹¹

capital»⁸. Avant son adoption, les sociétés pouvaient, sans être imposées, réaliser des gains en capital provenant de sociétés qui leur étaient liées en s'arrangeant pour que ces sociétés leur versent des dividendes. Des dispositions telles que l'article 113 [mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 73] de la LIR permettaient d'éviter que ces dividendes soient imposés⁹. Avant, les sociétés procédaient au dépouillement de certains gains en capital, réalisant en fait des gains en capital provenant de sociétés affiliées mais échappant à l'impôt. Cette manière de procéder était destinée non pas à éviter la double imposition mais à éviter tout impôt sur des sommes qui n'avaient pas été imposées au départ. On trouve, dans un manuel destiné aux praticiens, deux exemples permettant de décrire ce dépouillement de gains en capital:

[TRADUCTION] C'est ainsi que, avant l'adoption du paragraphe 55(2), une société qui entendait vendre les actions qu'elle détenait dans une autre société, pouvait d'abord toucher un dividende non imposable. Puis, elle vendait ses actions à un prix qu'elle amputait du montant du dividende, ce qui avait pour effet de réduire le gain en capital qui aurait été réalisé si la vente s'était faite sans déclaration de dividende. Un vendeur pouvait également éviter la réalisation de gains en capital provenant d'autres biens qu'il possédait en transférant la propriété à la société acheteuse en vertu du choix autorisé par le paragraphe 85(1) et en recevant en échange des actions privilégiées dont le prix de rachat était égal à la valeur des biens transférés mais avec un faible capital versé. Le gros du produit provenant du rachat des actions était réputé être un dividende non imposable aux mains de la société¹⁰.

[10] Afin d'empêcher le dépouillement des gains en capital, le paragraphe 55(2) attribue certains gains en capital non réalisés à la société touchant des dividendes par ailleurs libres d'impôt. Plus précisément, en raison du paragraphe 55(2), sont réputées gains en capital certaines sommes qu'une société touche au titre de dividendes par ailleurs libres d'impôt. Voici en quels termes la Cour a décrit le jeu du paragraphe 55(2):

[. . .] s'il peut être démontré que la totalité du dividende est attribuable à un revenu sauf ou fait intégralement partie de ce revenu, le paragraphe 55(2) n'est pas applicable. Toutefois, si une fraction du dividende ou du gain en capital est attribuable à autre chose qu'au revenu sauf, alors la totalité de la somme reçue par la société est réputée ne pas être un dividende¹¹.

[11] Thus in my view subsection 55(2) operates as follows:

(a) The taxpayer must be a corporation resident in Canada.

(b) The taxpayer must receive a taxable dividend for which certain deductions (subsections 112(1) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 71], (2) [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 72], or 138(6) [as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 68; 1980-81-82-83, c. 48, s. 79; 1988, c. 55, s. 125]) apply.

(c) The dividend must be received as part of a transaction or series of transactions.

(d) One of the purposes of the transaction must be to effect a significant reduction in capital gains which would be realized if the share had been sold by the recipient corporation just before the dividend.

(e) That portion of the capital gain which can reasonably be attributable to anything other than “income earned or realized” is attributed to the corporation as capital gain.¹²

[12] The key phrase from subsection 55(2) reads:

55. . . .

(2) Where a corporation resident in Canada has . . . received a taxable dividend . . . one of the purposes of which . . . was to effect a significant reduction in the portion of the capital gain that, but for the dividend, would have been realized on a disposition at fair market value of any share of capital stock immediately before the dividend and that could reasonably be considered to be attributable to anything other than income earned or realized by any corporation [Emphasis added.]

[13] Due to the operation of this phrase, to avoid double taxation, subsection 55(2) does not apply to a dividend (or that portion of the dividend) which can reasonably be considered to be attributed to income earned by the corporation issuing the dividend. That income is referred to colloquially as “safe income”.¹³ The more “safe income” held by the corporation issuing the dividend, the larger the tax-free dividend

[11] D’après moi, voici les conditions prévues par le paragraphe 55(2):

a) Le contribuable doit être une société résidant au Canada.

b) Le contribuable doit recevoir un dividende imposable à laquelle s’appliquent certaines déductions (les paragraphes 112(1) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 71], (2) [mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 72], ou 138(6) [mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 68; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 79; 1988, ch. 55, art. 125]).

c) Le dividende reçu doit s’inscrire dans le cadre d’une opération ou d’une série d’opérations.

d) Cette opération doit notamment avoir pour objet de diminuer sensiblement les gains en capital qui seraient réalisés si l’action avait été vendue par la société bénéficiaire juste avant l’attribution du dividende.

e) Cette partie du gain en capital qui peut raisonnablement être attribuée à autre chose qu’un «revenu gagné ou réalisé» est imputée à la société en tant que gain en capital¹².

[12] Les termes essentiels du paragraphe 55(2) sont les suivants:

55. [. . .]

(2) Lorsqu’une corporation résidant au Canada a reçu [. . .] un dividende imposable [. . .] dont l’un des objets [. . .] a été de diminuer sensiblement la partie du gain en capital qui, sans le dividende, aurait été réalisée lors d’une disposition d’une action du capital-actions à la juste valeur marchande immédiatement avant le dividende et qui pourrait raisonnablement être considérée comme étant attribuable à quoi que ce soit qui n’est pas du revenu gagné ou réalisé par une corporation [. . .] [Non souligné dans l’original.]

[13] En raison de cette formulation, et afin d’éviter la double imposition, le paragraphe 55(2) ne s’applique pas à un dividende (ou partie d’un dividende) qu’il serait raisonnable de considérer comme étant attribuable à un revenu gagné par la société versant le dividende. Ce revenu est familièrement appelé «revenu sauf» ou «revenu à l’abri»¹³. Plus le «revenu à l’abri» que détient la société attribuant le dividende est

which can be issued.

[14] Revenue Canada has adopted the position that, in order for income to be “safe,” it must be income on hand. In *Placer Dome, supra*, this Court expressly accepted Revenue Canada’s position that safe income must be income on hand. Robertson J.A. wrote for a unanimous panel that:

It is common ground that subsection 55(2) does not apply to dividends wholly attributable to income earned by Falconbridge after 1971 or what is referred to in tax circles as “safe income”. The amount that can be paid as a dividend without offending subsection 55(2) is colloquially referred to as a “safe dividend” and can be paid to the extent that there is safe income on hand immediately before the dividend is paid.¹⁴ [Emphasis added.]

[15] In *Walnut Investments, supra*, this Court expressly accepted Revenue Canada’s valuation of safe income. Robertson J.A. explained:

Subsection 55(2) applies if a dividend effects a significant reduction in a capital gain that could reasonably be considered to be attributable to anything other than safe income. Accordingly, assuming that the other requirements of that provision are satisfied, so long as the approach taken by the Minister in allocating safe income is reasonable, subsection 55(2) should apply regardless of whether the method chosen by [the appellant] could also be considered reasonable.¹⁵ [Emphasis added.]

[16] To avoid the operation of subsection 55(2) the taxpayer bears the onus “to establish the inapplicability of subsection 55(2) of the Act”.¹⁶ In other words, he must show that the dividends were paid out of “safe income,” which requires the calculation of funds on hand to pay the dividend. In this way, the matter is not unlike any other tax case: the Minister reassesses the taxpayer, and in doing so sets out a series of factual assumptions. It falls to the taxpayer to rebut those assumptions on the facts, or to show that the Minister’s assumptions do not bear the legal consequences contended for.

important, plus la société peut attribuer un gros dividende non imposable.

[14] Selon Revenu Canada, pour que ce revenu soit «sauf» il faut qu’il s’agisse d’un revenu «en mains». Dans l’affaire *Placer Dome*, précitée, la Cour a expressément retenu la thèse de Revenu Canada, selon laquelle un revenu sauf doit être un revenu «en mains». Se prononçant au nom d’une formation unanime de la Cour, le juge Robertson s’est exprimé en ces termes:

Il est acquis aux débats que le paragraphe 55(2) ne s’applique pas aux dividendes qui sont entièrement attribuables au revenu gagné par Falconbridge après 1971 ou à ce qu’on appelle dans les milieux fiscaux le «revenu à l’abri». La somme qui peut être versée sous forme de dividendes sans aller à l’encontre du paragraphe 55(2) est appelée familièrement «dividende à l’abri», et elle peut être payée dans la mesure où la société a un revenu sûr en mains immédiatement avant de verser le dividende¹⁴. [Non souligné dans l’original.]

[15] Dans l’arrêt *Walnut Investments*, précité, la Cour a expressément retenu la manière dont Revenu Canada avait évalué le «revenu sauf». Le juge Robertson s’est exprimé en ces termes au nom de la Cour d’appel:

Le paragraphe 55(2) s’applique lorsqu’un dividende a pour effet de réduire de façon significative un gain en capital qui pourrait raisonnablement être considéré comme étant attribuable à autre chose qu’au revenu sauf. Par conséquent, en supposant que les autres exigences de cette disposition sont réunies, et que la méthode adoptée par le ministre pour la répartition du revenu sauf est raisonnable, le paragraphe 55(2) devrait s’appliquer abstraction faite du caractère tout aussi raisonnable de la méthode choisie par Nassau¹⁵. [Non souligné dans l’original.]

[16] C’est au contribuable qui souhaite ne pas se voir appliquer le paragraphe 55(2) qu’il incombe «d’établir que le paragraphe 55(2) de la Loi ne s’applique pas»¹⁶, autrement dit, il doit démontrer que les dividendes versés avaient été prélevés sur un «revenu sauf», ce qui exige que l’on calcule le montant des fonds en mains sur lesquels a été prélevé le dividende. En cela, le cas ne diffère guère d’autres situations fiscales: le ministre établit une nouvelle cotisation du contribuable et, pour ce faire, énonce une série d’hypothèses factuelles. Il appartient alors au contribuable de réfuter ces hypothèses en s’appuyant lui-même sur les faits, ou bien de démontrer que les hypothèses du

[17] To assist with the interpretation of subsection 55(2), Parliament enacted subsections 55(3) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 24; 1984, c. 45, s. 15] to 55(5) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 24; 1988, c. 55, s. 33]. Paragraph 55(3)(a) exempts true intra-corporate dividends from the operation of subsection 55(2). Paragraph 55(3)(b), subsections 55(3.1) [R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (as am. by S.C. 1995, c. 3, s. 16)], 55(3.2) [as am. *idem*] set out the application of subsection 55(2) to so-called butterfly reorganizations. Thankfully, these complex provisions have little application to the case at bar. Subsection 55(4) [as am. *idem*] is a further anti-avoidance provision. It reads as follows:

55. . . .

(4) For the purposes of this section, where it can reasonably be considered that one of the main purposes of one or more transactions or events was to cause 2 or more persons to be related to each other or to cause a corporation to control another corporation, so that subsection (2) would, but for this subsection, not apply to a dividend, those persons shall be deemed not to be related to each other or the corporation shall be deemed not to control the other corporation, as the case may be.

[18] Thus, where corporations enter into transactions aimed at appearing to be (or at becoming) related corporations in order to avoid the operation of subsection 55(2), the corporations are deemed not to be related to each other. While this provision is not directly related to this case, it gives some idea of the breadth and flexibility which Parliament intended to give to the anti-avoidance devices in section 55.

[19] Subsection 55(5) is a provision which sets out some rules for determining safe income. Specifically, paragraph 55(5)(d) sets out rules for calculating safe income from foreign affiliates. That provision reads:

55. . . .

ministre n'entraînent pas, sur le plan juridique, les conséquences dont fait état le ministre.

[17] Afin de faciliter l'interprétation du paragraphe 55(2), le législateur a édicté les paragraphes 55(3) [mod par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 24; 1984, ch. 45, art. 15] à 55(5) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 24; 1988, ch. 55, art. 33]. L'alinéa 55(3)a dispense de l'application du paragraphe 55(2) les dividendes qui sont véritablement des dividendes intrasociété. L'alinéa 55(3)b et les paragraphes 55(3.1) [L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 (mod. par L.C. 1995, ch. 3, art. 16)] et 55(3.2) [mod., *idem*] prévoient la manière dont le paragraphe 55(2) s'applique à ce que l'on pourrait appeler des réorganisations «papillon». Heureusement, ces dispositions complexes ne s'appliquent guère en l'espèce. Le paragraphe 55(4) [mod., *idem*] est une autre disposition anti-évitement. Elle prévoit que:

55. [. . .]

(4) Pour l'application du présent article, lorsqu'il est raisonnable de considérer que l'un des principaux motifs d'événements ou d'opérations consiste à faire en sorte que des personnes deviennent liées entre elles ou qu'une société en contrôle une autre, de façon que le paragraphe (2) ne s'appliquerait pas, n'eût été le présent paragraphe, à un dividende, ce lien et ce contrôle sont réputés ne pas exister.

[18] Ainsi, lorsque des sociétés se livrent à des opérations visant à les faire passer pour des sociétés liées (ou pour le devenir effectivement) afin d'échapper à l'application du paragraphe 55(2), les sociétés en question sont réputées ne pas être liées. Cette disposition n'est pas directement pertinente en l'espèce, mais elle donne néanmoins une certaine idée de l'étendue et de la souplesse que le législateur a entendu donner au mécanisme anti-évitement de l'article 55.

[19] Le paragraphe 55(5) énonce un certain nombre de règles pour calculer le montant du revenu sauf. C'est, plus précisément, l'alinéa 55(5)d qui prévoit les règles permettant de calculer le montant du revenu sauf provenant de sociétés étrangères affiliées. Cette disposition prévoit que:

55. [. . .]

(5) For the purposes of this section,

...

(d) the income earned or realized by a corporation for a period ending at a time when it was a foreign affiliate of another corporation shall be deemed to be the aggregate of the amount, if any, that would have been deductible by that other corporation at that time by virtue of paragraph 113(1)(a) and the amount, if any, that would have been deductible by that other corporation at that time by virtue of paragraph 113(1)(b) if that other corporation

(i) owned all of the shares of the capital stock of the foreign affiliate immediately before that time,

(ii) had disposed at that time of all of the shares referred to in subparagraph (i) for proceeds of disposition equal to their fair market value at that time, and

(iii) had made an election under subsection 93(1) in respect of the full amount of the proceeds of disposition referred to in subparagraph (ii);

[20] The respondent's argument, reduced to its simplest form, is that paragraph 55(5)(d) sets out a complete code for the calculation of safe income as regards foreign affiliates.

IV. Facts

[21] At the Tax Court, the parties filed an agreed statement of facts which the Tax Court Judge accepted and summarized in this manner:

On November 29, 1989 the Appellant received a cash dividend of \$32,000,000 from Tricil and included same in income. It applied subsection 55(2) to that dividend resulting in it being deemed to be proceeds of disposition. It reduced the resulting deemed capital gain by the amount of "safe income" calculated by it. It had losses from other operations for that taxation year, the ultimate position of the Appellant being that it had a non-capital loss for that year.

On December 29, 1989 the Appellant sold all of its shares of Tricil to Laidlaw Inc.

In 1995 the Minister, pursuant to the Appellant's request, issued a Notice of Determination of Loss. It determined the loss to be less than the amount claimed by the Appellant,

(5) Aux fins du présent article,

[. . .]

d) le revenu gagné ou réalisé par une corporation pour une période se terminant à une date où elle était une corporation étrangère affiliée d'une autre corporation est réputé être le total de la somme éventuelle qui aurait été déductible à cette date par cette autre corporation en vertu de l'alinéa 113(1)a) et la somme éventuelle qui aurait été déductible à cette date par cette autre corporation en vertu de l'alinéa 113(1)b) si celle-ci

(i) était propriétaire de toutes les actions du capital-actions de la corporation étrangère affiliée immédiatement avant cette date,

(ii) avait disposé à cette date de toutes les actions visées au sous-alinéa (i) en contrepartie d'un produit de disposition égal à leur juste valeur marchande à cette date, et

(iii) avait fait un choix en vertu du paragraphe 93(1) relativement au montant global du produit de disposition visé au sous-alinéa (ii);

[20] Réduite à sa plus simple expression, la thèse de l'intimée est que l'alinéa 55(5)d) édicte pour le calcul du revenu sauf d'une société étrangère affiliée, un code qui est complet.

IV. Les faits

[21] Devant la Cour de l'impôt, les parties ont déposé un exposé conjoint des faits, que le juge de la Cour de l'impôt a admis et résumé sous la forme suivante:

Le 29 novembre 1989, l'appelante a reçu de Tricil des dividendes en espèces de 32 000 000 \$, qu'elle a inclus dans le calcul de son revenu. Elle a appliqué le paragraphe 55(2) à l'égard de ces dividendes, avec pour conséquence que ceux-ci ont été réputés être un produit de disposition. Elle a soustrait du gain en capital réputé qui en est résulté le montant du «revenu sauf» qu'elle avait calculé. L'appelante avait subi des pertes dans le cadre d'autres activités dans l'année d'imposition en question, et elle a fait valoir en fin de compte qu'elle avait subi, pour l'année en question, une perte autre qu'une perte en capital.

Le 29 décembre 1989, l'appelante a vendu la totalité de ses actions de Tricil à Laidlaw Inc.

En 1995, à la demande de l'appelante, la ministre a établi un avis de détermination d'une perte. Il a déterminé que la perte était inférieure au montant que l'appelante avait déduit,

the difference relating directly to the amount of "safe income" which could be applied to reduce the amount of the capital gain.

Each of Inc., A, B, C, D and E [affiliates of Tricil, Inc.] had an "exempt deficit" within the meaning of that expression for the purposes of the *Act* at the end of its taxation year ending prior to November 30, 1989. Each of B, C, D, and E incurred losses between its last prior taxation year and November 29, 1989.

Each of F and G [affiliates of Tricil, Inc.] had an exempt surplus within the meaning of that expression for the purposes of the *Act* at the end of its taxation year ending prior to November 30, 1989.

The Appellant computed its "safe income" as being \$25,735,216 and deducted that sum from the amount of deemed capital gain under subsection 55(2). The Minister

calculated the portion of the dividend from Tricil to Trimac that could reasonably be considered to be attributable to income earned or realized by Tricil and its subsidiaries after 1971 (hereinafter referred to as "Safe Income") . . . to be \$23,149,721, a difference of \$2,585,495.

This resulted in an increase in the Appellant's taxable capital gain of \$1,723,672 and a corresponding reduction in its non-capital loss.

The Minister prepared an Analysis of Safe Income Calculation of the Appellant which was attached as a schedule to the Agreed Statement of Facts It shows, in respect of Tricil, the amounts of \$9,026,833 and \$2,845,896 totalling \$12,776,622. The parties agree that the total of these two amounts should be \$11,872,729. Therefore, one-half of the resulting \$903,893 overstatement of "safe income" should reduce the Appellant's share by \$451,946. It was agreed that if the Appellant succeeds in this appeal, this calculation error will be rectified resulting in a reduction of the Appellant's computation of "safe income". If, however, the Appellant is unsuccessful, the calculation error will not be rectified because the result would be an increase in the amount determined by the Court to be payable by the Appellant.

The Respondent's computation reduces the Appellant's "safe income" by the amount of the exempt deficits of Inc., A, B, C, D and E. The Appellant contends that the exempt deficits should not be "netted" with the exempt surpluses of F and G. The Respondent submits that all exempt deficits should be so "netted". [Footnotes omitted.]¹⁷

[22] The core facts in this case are therefore quite simple. In the taxation year, 1991, Brelco (formerly Trimac) undertook a transaction by which the unreal-

la différence étant directement liée au montant du «revenu sauf» qui pouvait être utilisé pour réduire le gain en capital.

À la fin de leur année d'imposition se terminant avant le 30 novembre 1989, les compagnies Inc., A, B, C, D et E [filiales de Tricil, Inc.] avaient toutes un «déficit exonéré» au sens où cette expression est utilisée dans la *Loi*. B, C, D et E ont toutes subi des pertes entre leur dernière année d'imposition précédente et le 29 novembre 1989.

À la fin de leur année d'imposition se terminant avant le 30 novembre 1989, F et G [filiales de Tricil, Inc.] avaient toutes deux un surplus exonéré au sens où cette expression est entendue dans la *Loi*.

L'appelante a déterminé que son «revenu sauf» était de 25 735 216 \$; elle a déduit ce montant du gain en capital réputé en vertu du paragraphe 55(2). Le ministre

[TRADUCTION] a déterminé que la partie du dividende versé par Tricil à Trimac qui pouvait raisonnablement être considérée comme étant attribuable au revenu gagné ou réalisé par Tricil et ses filiales après 1971 (ci-après appelé le «revenu sauf») [. . .] s'élevait à 23 149 721 \$, ce qui représente un écart de 2 585 495 \$.

Le montant de 1 723 672 \$ a donc été ajouté au gain en capital imposable de l'appelante, et la perte autre que la perte en capital qu'elle avait subie a été réduite du même montant.

Le ministre a effectué une analyse du calcul du revenu sauf de l'appelante, laquelle a été jointe en annexe à l'exposé conjoint des faits [. . .] D'après cette analyse, en ce qui concerne Tricil, les montants de 9 026 833 \$ et de 2 845 896 \$ totalisent 12 776 622 \$. Les parties conviennent que le total des deux montants en question devrait être de 11 872 729 \$. Par conséquent, la moitié de la différence de 903 893 \$ qui en résulte au titre du «revenu sauf» devrait réduire la part de l'appelante de 451 946 \$. Il a été convenu que, si l'appelante obtenait gain de cause dans l'appel en l'instance, cette erreur de calcul serait corrigée, ce qui donnerait lieu à une réduction du «revenu sauf» de l'appelante. Si, toutefois, l'appelante est déboutée, l'erreur de calcul ne sera pas corrigée puisqu'il en résulterait une hausse du montant payable par l'appelante selon la Cour.

Selon le calcul de l'intimée, le «revenu sauf» de l'appelante est réduit du montant des déficits exonérés de Inc., A, B, C, D et E. L'appelante soutient que les déficits exonérés ne doivent pas être «déduits» des surplus exonérés de F et de G. L'intimée soutient que tous les déficits exonérés doivent être ainsi «déduits»¹⁷. [Les notes en bas de page ne sont pas reproduites ici.]

[22] Les faits essentiels de cette affaire sont donc très simples. Dans l'année d'imposition 1991, Brelco (auparavant Trimac) a fait une opération en vertu de

ized gain in certain subsidiaries, notably including foreign affiliates, were consolidated in the parent company, Brelco. The affiliates in question had both income and debts (losses). ITA paragraph 55(5)(d), a deeming provision which sets the income levels of foreign affiliates for purposes of determining safe income (under subsection 55(2)), does not on its face take the losses of the foreign affiliate into account. The Minister nevertheless took the position that the foreign affiliate's losses reduced the safe cash on hand with which the affiliate could declare and pay the dividend, and thus needed to be considered for purposes of ITA subsection 55(2). Brelco appealed to the Tax Court of Canada.

[23] After reviewing the facts and the argument of the parties at length, the Tax Court Judge rejected the government's argument that subsection 55(2) was satisfied only after the taxpayer determined all the income which could not be attributed to income earned or realized by the affiliate corporation. Specifically, he held that since paragraph 55(5)(d) sets out specifically what calculations determined the income earned or realized by the affiliate corporation, academic or governmental speculation regarding what other factors might enter subsection 55(5) calculations were unwarranted by the ITA. He held that the use of such factors to calculate safe income were an attempt to give meaning to a statute "which is sorely wanting,"¹⁸ reasoning that such an attempt to construe the legislation would be tantamount to rewriting the legislation.

V. Submission of the appellant

[24] Revenue Canada argues that if a foreign affiliate owes or pays taxes, owes or pays dividends, or suffers operational losses, those costs must reduce "income earned or gained," because they are funds which are lost, i.e., not on hand to pay any dividend. To include those amounts as income earned or real-

laquelle le gain non réalisé de certaines sociétés affiliées, notamment des sociétés étrangères affiliées, a été consolidé au sein de Brelco, la société mère. Les sociétés affiliées en question avaient à la fois des revenus et des dettes (pertes). L'alinéa 55(5)d de la LIR, une disposition déterminative qui fixe les règles concernant les niveaux de revenu de sociétés étrangères affiliées aux fins du calcul du revenu sauf (aux termes du paragraphe 55(2)), ne prend pas en compte, à première vue, les pertes subies par une société étrangère affiliée. Le ministre a néanmoins estimé que les pertes de la société étrangère affiliée avaient pour effet de diminuer le montant des fonds en mains à partir desquels la société affiliée pouvait déclarer et verser un dividende, et devaient donc être prises en compte aux fins du paragraphe 55(2) de la LIR. Brelco a fait appel devant la Cour canadienne de l'impôt.

[23] Après un examen approfondi des faits et des thèses développées par les partis, le juge de la Cour de l'impôt a rejeté l'argument avancé par le gouvernement, selon lequel les dispositions du paragraphe 55(2) exigeaient que le contribuable calcule l'intégralité du revenu qui n'était pas attribuable à un revenu gagné ou réalisé par la société affiliée. Il a plus précisément estimé que, l'alinéa 55(5)d prévoyant expressément les calculs permettant de connaître le revenu gagné ou réalisé par la société affiliée, il n'y avait pas lieu, pour des fiscalistes du monde universitaire ou de l'administration, de se livrer à des conjectures quant aux autres facteurs qui pourraient éventuellement servir aux calculs prévus au paragraphe 55(5). Il a conclu que le recours à de tels facteurs afin de calculer le revenu sauf visait à donner un sens à une loi «qui en manque grandement»¹⁸, considérant que cet effort pour interpréter le texte tendait à une reformulation de la disposition en cause.

V. Thèse de l'appelante

[24] Revenue Canada affirme que si une société étrangère affiliée doit des impôts ou en paye, doit des dividendes, en verse, ou subit une perte d'exploitation, ces charges vont, par la force des choses, réduire le «revenu gagné ou réalisé» étant donné que ce sont des sommes perdues, c'est-à-dire des sommes qui ne sont

ized over-values the cash on hand, thereby wrongly inflating the potential amount of the tax-free dividends.

[25] The appellant further submits that subsection 55(2) requires the Tax Court to decide what portion of the unrealized capital gain “could reasonably be considered to be attributable to” the income earned or realized in Brelco’s foreign affiliates. The appellant argues that Parliament expressly drew the section in a broad way in order to ensure that the Tax Court did not engage in hair-splitting over what was and was not to be calculated as part of safe income.

[26] The appellant also argues that when Parliament used the words “could reasonably be considered to be attributable to” it permitted the Minister to assess tax on a reasonable calculation of safe income. In this case, Revenue Canada’s subtraction of the foreign affiliates’ losses from their safe income is, in its view, reasonable.

VI. Submission of the respondent

[27] The respondent argues that if Parliament wanted to reduce the amount earned or realized by foreign affiliates to reflect tax, dividends, or losses, it would have done so expressly. In the eyes of the respondent, subsection 55(5) specifically deems what income calculation is to be used for purposes of subsection 55(2). In the respondent’s view, there is no statutory authority for the appellant’s arguments that the phrase “can reasonably be attributable” allows the Minister to make any reasonable calculation of safe income.

[28] Further, the respondent suggests that the finding of the Tax Court Judge is really a finding that the losses of the foreign affiliates bore no relationship to

plus en mains pour servir à verser des dividendes. Inclure ces sommes dans le revenu gagné ou réalisé a pour effet de surévaluer l’argent en mains et donc de grossir à tort le montant potentiel des dividendes non imposables.

[25] L’appelante fait par ailleurs valoir qu’en raison du paragraphe 55(2), il incombe à la Cour de l’impôt de dire quelle est la partie du gain en capital non réalisé qu’il serait «raisonnable de considérer comme étant attribuable» au revenu gagné ou réalisé des sociétés étrangères affiliées de Brelco. L’appelante prétend que le législateur a expressément donné à ces dispositions une formulation suffisamment large pour assurer que la Cour de l’impôt ne pêchera pas par excès de subtilité lorsqu’il s’agit de dire ce qui doit entrer dans le calcul du revenu sauf.

[26] L’appelante affirme également que lorsque le législateur a opté pour la formule «qui pourrait raisonnablement être considérée comme étant attribuable à» il a ouvert au ministre la possibilité d’imposer le contribuable sur la base d’un calcul raisonnable du revenu sauf. En l’espèce, il était, selon elle, raisonnable de la part de Revenu Canada de soustraire du revenu sauf des sociétés étrangères affiliées, les pertes de ces dernières.

VI. Thèse de l’intimée

[27] L’intimée estime, pour sa part, que si le législateur avait entendu réduire le montant du revenu gagné ou réalisé par des sociétés étrangères affiliées, afin de tenir compte des impôts ou dividendes versés, ou des pertes subies, il l’aurait fait expressément. L’intimée estime que le paragraphe 55(5) prévoit explicitement quel est le calcul du revenu à retenir aux fins du paragraphe 55(2). L’intimée estime que l’on ne peut rien trouver dans la loi qui permette à l’appelante d’affirmer que le membre de phrase «qui pourrait raisonnablement être considérée comme étant attribuable» offre au ministre la possibilité de déterminer le montant du revenu sauf pourvu que son calcul soit raisonnable.

[28] De plus, selon l’intimée, le juge de la Cour de l’impôt a en fait conclu qu’il n’y avait aucun rapport entre les pertes des sociétés étrangères affiliées et le

Brelco's capital gain in respect of its shares in the affiliate.

[29] Finally, the respondent contends that in this case there is neither evidence nor assumption that the losses of foreign affiliates were related to the surpluses of foreign affiliates, or that those losses had any adverse impact on the earnings or price of Brelco's shares. When an asset is being valued, losses are only calculated to the extent that they contribute to the deterioration of share value, it is said.

VII. Analysis

[30] The Tax Court Judge held that, as there is no provision in the Act requiring that losses be taken into account in determining "income earned or realized" for purposes of subsection 55(2), such losses need not be taken into account. I understand his primary reason to be that Revenue Canada's position is not warranted by a plain reading of subsection 55(2). I cannot agree.

[31] I consider that the operation of subsection 55(2) has been settled. As noted above, in two recent decisions, unanimous panels of this Court have accepted that "safe income" means "safe income on hand". Those panels declared that safe income was a net calculation. In one of those cases, *Walnut Investments, supra*, a unanimous panel of this Court expressly accepted that so long as the approach taken by the Minister in allocating safe income is reasonable, subsection 55(2) should apply. There is no reason why this Court should depart from its jurisprudence. The reasoning of the Tax Court Judge, that there is no legal basis for requiring exempt deficits—or any other cost which reduces the safe income on hand—to be taken into account in determining "income earned or realized", is therefore flawed.

[32] Subsection 55(2) is not clear and unambiguous. Where the words of a provision are difficult to understand, as here, courts are required to look to the

gain en capital réalisé par Brelco en ce qui concerne les actions qu'elle détenait dans sa société affiliée.

[29] Et enfin, l'intimée prétend qu'en l'espèce il ne peut être ni démontré ni présumé que les pertes des sociétés étrangères affiliées étaient liées aux surplus des sociétés étrangères affiliées ou que ces pertes auraient eu pour effet de diminuer le rendement ou le prix des actions de Brelco. Celle-ci affirme que, pour l'évaluation d'un bien, on ne tient compte des pertes que dans la mesure où elles ont contribué à une baisse de la valeur des actions.

VII. Analyse

[30] Le juge de la Cour de l'impôt a estimé que, dans la mesure où la loi ne comprend aucune disposition exigeant que les pertes soient prises en compte pour le calcul du «revenu gagné ou réalisé» aux fins du paragraphe 55(2), il n'y a pas lieu de tenir compte de ces pertes. Je crois savoir que s'il a conclu ainsi, c'est surtout parce que, d'après lui, la thèse avancée par Revenu Canada ne se justifie pas au regard du sens évident du paragraphe 55(2). Ce n'est pas mon avis.

[31] En ce qui concerne l'application du paragraphe 55(2), j'estime que la question a déjà été réglée. Ainsi que nous l'avons relevé plus haut, la Cour a, dans deux arrêts récents, admis à l'unanimité que par «revenu sauf» on entend «revenu sauf en mains». Par deux fois une formation de la Cour a déclaré qu'un revenu sauf est le fruit d'un calcul net. Dans un de ces arrêts, l'arrêt *Walnut Investments*, précité, une formation de la Cour a expressément admis à l'unanimité que dans la mesure où, pour déterminer le revenu sauf, le ministre adopte une démarche raisonnable, le paragraphe 55(2) s'applique. La Cour n'a aucune raison de s'écarter de cette jurisprudence. Le raisonnement adopté par le juge de la Cour de l'impôt, selon lequel les textes n'imposent pas que l'on tienne compte, dans le calcul du «revenu gagné ou réalisé», de déficits exonérés ou de tout autre coût ayant pour effet de diminuer le revenu sauf en mains, est donc défectueux.

[32] Le paragraphe 55(2) n'est pas clair et précis. Lorsque les termes d'une disposition sont difficiles à comprendre, comme c'est le cas en l'occurrence, les

context, the object and the purpose of that provision. This Court did so in *Placer Dome, supra*, and *Walnut Investments, supra*. It would be wrong to alter that view now. While the application of those words may be difficult in a given case, courts cannot throw up their hands in defeat. Courts must assess, on the facts of the case, the value of safe income on hand. It is a difficult task, but not an impossible one.

[33] I am bolstered in these conclusions by the literature, which unanimously accepts that subsection 55(2) requires a calculation of safe income on hand, not exempt income generally. “Safe income on hand” refers to that portion of the safe income of a share which can reasonably be considered to contribute to the capital gain on that share. It is by definition a net calculation which begins with the deemed income in subsection 55(5), but which does not end there. In an article which persuasively argues that the government’s view of safe income on hand is too broad, one tax practitioner writes:

For example, income taxes, declared and unpaid dividends, and disallowed expenses, although not deductible in the computation of safe income, cannot generally be considered to contribute to the gain on shares of the corporation because the amounts have either been laid out . . . or set aside . . . to fulfil an obligation of the corporation. Similarly, according to Revenue Canada, expenses that are not deductible for tax purposes and losses realized in the holding period also reduce safe income because such amounts can never be on hand to contribute to the gain on the shares of the corporation.¹⁹

[34] The same author goes on to argue that losses of a subsidiary should only be calculated as part of safe income if the parent is liable for, e.g., has guaranteed, them.²⁰ While other authors argue for²¹ or against²² the government’s characterization of the factors which make up “safe income” for purposes of subsection 55(2), all the academic and judicial commentary regarding the factors which contribute to safe income agree on this: subsection 55(2) requires a calculation of safe income on hand based on the facts of each

tribunaux doivent se pencher sur le contexte et sur l’objet de la disposition en question. C’est ce que la Cour a fait dans les arrêts *Placer Dome* et *Walnut Investments*, précités. Ce serait une erreur de s’écarter de ce principe maintenant. Même si l’application des mots en question peut se révéler difficile dans un cas donné, les tribunaux ne peuvent tout de même pas démissionner devant la difficulté. Ils doivent évaluer, en fonction des faits, la valeur du revenu sauf en mains. La tâche est difficile mais non impossible.

[33] Mes conclusions sont appuyées par la doctrine qui admet à l’unanimité que le paragraphe 55(2) impose le calcul du revenu sauf en mains, et non pas, plus généralement, du revenu exonéré. On entend par «revenu sauf en mains» cette partie du revenu sauf d’une action que l’on peut raisonnablement considérer comme contribuant au gain en capital que procure cette action. Il s’agit, par définition, d’un calcul net qui commence avec le revenu réputé du paragraphe 55(5), mais qui ne s’y limite pas. Dans un article persuasif, un fiscaliste affirme que le gouvernement interprète de manière trop large la notion de revenu sauf en mains:

[TRADUCTION] Les impôts sur le revenu, les dividendes déclarés mais non versés, et les dépenses dont la déduction n’a pas été admise, bien qu’ils ne soient pas déductibles dans le calcul du revenu sauf, ne sauraient, d’une manière générale, être considérés comme contribuant au rendement des actions de la société étant donné qu’il s’agit de sommes qui ont été soit déboursées, soit provisionnées afin de s’acquitter d’une obligation de la société. Dans un même ordre d’idées, selon Revenu Canada, les dépenses qui ne sont pas déductibles aux fins de l’impôt et les pertes subies au cours de la période en question ont également pour effet de diminuer le revenu sauf étant donné qu’il s’agit de sommes qui ne peuvent jamais être «en mains» et donc contribuer aux gains tirés des actions de la société¹⁹.

[34] Le même auteur estime, ensuite, que les pertes d’une société affiliée ne doivent entrer dans le calcul du revenu sauf que si la société mère est responsable des pertes, c’est-à-dire en garantit le remboursement²⁰. Alors que d’autres auteurs confirment²¹, ou critiquent²², la manière dont le gouvernement choisit les facteurs entrant dans le calcul du «revenu sauf» aux fins du paragraphe 55(2), s’agissant des facteurs contribuant au revenu sauf, les universitaires et les juges s’entendent pour dire que le paragraphe 55(2)

case. I regret to say that such a determination was not carried out in this case.

[35] This Court has explained that the object and purpose of section 55 is to prevent capital gains stripping. This purpose is not inconsistent with the goal of avoiding double taxation. On the contrary, it was enacted to prevent abuse of the very section which seeks to avoid double taxation. With a proper factual determination of safe income, a court can determine the amount which, on the facts of the case, represents safe income on hand.²³ In the absence of evidence regarding what factors can reasonably be considered to contribute to the capital gain element of a declared dividend, a corporation might subvert the specific anti-avoidance purpose of section 55 with impunity, or Revenue Canada might include inappropriate factors in the determination of safe income on hand. In this case, the Tax Court Judge did not undertake the task of deciding the amount of safe income on the facts of this case. With respect, it was an error not to do so. While it was correct for the Tax Court Judge to accept the agreed statement of facts, he was also under an obligation to determine the true value of safe income on hand given those facts.

[36] I am not persuaded that paragraph 55(5)(d), reproduced above, forms a complete code as regards the calculation of safe income on hand for dividends paid by foreign affiliates. There are two reasons for this. First, such a reading of subsection 55(5) divorces the law from its original purpose and would permit capital gains stripping—the very mischief which section 55 seeks to prevent—in any situation where capital gain exists in foreign affiliates.

[37] Second, the language of the operative provision, subsection 55(2), is intended to cast its net more broadly than is contemplated by the respondent's argument. Subsection 55(2) applies to:

55. . . .

exige que le calcul du revenu sauf en mains se fasse en fonction des faits de chaque affaire. Je regrette de dire que l'on n'a pas procédé ainsi dans cette affaire.

[35] La Cour a expliqué que l'article 55 vise à prévenir le dépouillement de gains en capital. Cet objet n'est pas antinomique au dessein d'éviter la double imposition. Au contraire, cette disposition a été édictée afin d'éviter le recours abusif à la disposition visant expressément à éviter la double imposition. Au vu d'un calcul du revenu sauf fondé sur des éléments factuels précis, un tribunal peut déterminer le montant qui, compte tenu des faits de la cause, correspond au revenu sauf en mains²³. Faute de preuve concernant les facteurs qu'il serait raisonnable de considérer comme contribuant au volet gain en capital d'un dividende attribué, une société pourrait bien détourner impunément le but même de l'article 55 qui est de contrer les opérations d'évitement, ou bien Revenue Canada pourrait inclure à tort certains facteurs dans le calcul du revenu sauf en mains. En l'espèce, le juge de la Cour de l'impôt n'a pas entrepris la tâche consistant à déterminer, compte tenu des faits de la cause, le montant du revenu sauf. C'était, en toute déférence, une erreur de procéder ainsi. Bien qu'il ait eu raison d'admettre l'exposé conjoint des faits, le juge de la Cour de l'impôt était tout de même tenu de dire quelle était, au vu de ces faits, la valeur véritable du revenu sauf en mains.

[36] Je ne suis pas convaincu que l'alinéa 55(5)d), déjà reproduit, constitue un code complet régissant le calcul du revenu sauf en mains en ce qui concerne les dividendes versés par des sociétés étrangères affiliées. Il y a pour cela deux raisons. D'abord, en interprétant ainsi le paragraphe 55(5), on sépare la disposition de son objet premier et on ouvre la porte au dépouillement de gains en capital—manœuvre que l'article 55 avait précisément pour but d'empêcher—chaque fois qu'une société étrangère affiliée procure un gain en capital.

[37] Deuxièmement, la manière dont est formulée la disposition essentielle de cet article, le paragraphe 55(2), est censée lui ouvrir un champ d'action plus large que celui que propose l'intimée. Le paragraphe 55(2) s'applique à:

55. [. . .]

(2) . . . the portion of the capital gain that, but for the dividend, would have been realized on a disposition at fair market value of any share of capital stock immediately before the dividend and that could reasonably be considered to be attributable to anything other than income earned or realized by any corporation [Emphasis added.]

[38] Subsection 55(2) applies to “any corporation”. Had Parliament meant “any corporation, excepting foreign affiliates,” it would have said so. Subsection 55(2) is plainly intended to stop all capital gains stripping, not merely capital gains stripping by related domestic corporations. Further, the section applies to capital gains that could reasonably be attributed to anything other than income earned or realized. This necessitates sorting through all the factors which are alleged to affect safe income on hand. Where a foreign affiliate is involved, the calculation set out in paragraph 55(5)(d) represents the beginning of the process, deeming amounts deductible under paragraphs 113(1)(a) and 113(1)(b) to be income earned or realized by a corporation. This deeming, however, does not end the matter. Subsection 55(2) requires a net calculation of all those amounts which could reasonably be attributed to anything other than income earned or realized by the foreign affiliate.

[39] While I find that the Tax Court Judge erred, I cannot accept the appellant’s approach, i.e., that in this case all losses must be taken into account because they reduce the safe income of the intercorporate dividend. That reasoning is flawed inasmuch as it may not reflect the actual value of the safe dividends. In order to decide whether the calculation presented by Revenue Canada is reasonable, the Tax Court must hear evidence as to which factors do or do not reduce safe income on hand. The Tax Court must consider the Minister’s assumptions and decide whether they amount to a reasonable calculation of safe income. In this task, the parties will no doubt choose to call expert and other evidence regarding the reasonableness of Revenue Canada’s calculation of safe income. In

(2) [. . .] la partie du gain en capital qui, sans le dividende, aurait été réalisée lors d’une disposition d’une action du capital-actions à la juste valeur marchande immédiatement avant le dividende et qui pourrait raisonnablement être considérée comme étant attribuable à quoi que ce soit qui n’est pas du revenu gagné ou réalisé par une corporation [. . .] [Non souligné dans l’original.]

[38] Le paragraphe 55(2) s’applique à «une corporation». Si le législateur avait voulu qu’elle s’applique à «toute corporation sauf une corporation étrangère affiliée», il l’aurait précisé. Le paragraphe 55(2) entend clairement prévenir tout dépouillement de gains en capital et non pas seulement le dépouillement de gains en capital auxquels pourraient procéder des sociétés liées résidant au Canada. D’ailleurs, cette disposition s’applique aux gains en capital qui pourraient raisonnablement être considérés comme étant attribuables à tout ce qui n’est pas revenu gagné ou réalisé. Cela oblige de procéder au tri de tous les facteurs censés affecter le revenu sauf en mains. S’agissant d’une société étrangère affiliée, le calcul prévu à l’alinéa 55(5)d représente le début du processus et les montants pouvant être déduits en vertu des alinéas 113(1)a) et 113(1)b) sont réputés correspondre à un revenu gagné ou réalisé par une société. Cette présomption n’est pas en elle-même le dernier mot de l’affaire. En effet, le paragraphe 55(2) exige un calcul net de tous les montants qui pourraient raisonnablement être considérés comme étant attribuables à autre chose qu’un revenu gagné ou réalisé par une société étrangère affiliée.

[39] Même si j’estime que le juge de la Cour de l’impôt a commis une erreur, je ne saurais retenir l’approche développée par l’appelante selon laquelle il y a lieu en l’espèce de prendre en compte l’ensemble des pertes puisqu’elles diminuent le revenu sauf du dividende intersociétés. Ce raisonnement est défectueux car il risque de ne pas refléter la valeur effective des dividendes saufs. Pour savoir si le calcul retenu par Revenue Canada est raisonnable, la Cour de l’impôt doit se fonder sur des témoignages quant aux facteurs qui ont effectivement pour effet de diminuer ou non le revenu sauf en mains. La Cour de l’impôt doit examiner les hypothèses du ministre et décider si elles fondent effectivement un calcul raisonnable du revenu sauf. Dans cette tâche, les parties feront sans doute

this case, no such consideration of the evidence was undertaken. This Court cannot properly decide what is or is not an appropriate calculation of safe income on hand without evidence as to the actual effect of the various factors proposed both by the Crown and the taxpayer.

[40] I would therefore allow the appeal with costs to the appellant, set aside the decision below, and remit the matter back to the Tax Court of Canada with instructions to determine, on the facts of this case, the true value of "safe income on hand". That way, the portion of the capital gain which can reasonably be attributed to anything other than income earned or realized will be determined, following which the appropriate amount of tax-free dividends can be calculated and the proper amount of deemed capital gain, if any, can be determined.

ISAAC C.J.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[41] SEXTON J.A. (*dissenting*): I have read in draft the reasons of Linden J.A. and with great respect find that I cannot agree that this case should be remitted back to the Tax Court Judge. I do not believe that the Tax Court Judge erred in finding that as a matter of law exempt deficits of foreign affiliates should not be deducted from the exempt surpluses of other foreign affiliates so as to reduce the parent corporation's safe income. In addition, I have concluded that the Minister has not pleaded the necessary assumptions of fact to establish that the exempt losses had any impact on the parent's income.

Facts

[42] On November 29, 1989, the respondent, Brelco Drilling Ltd. (Brelco), formerly Trimac Limited (Trimac), received a cash dividend of \$32 million

appel à des témoignages d'experts ainsi qu'à divers autres éléments de preuve concernant le caractère raisonnable de la manière dont Revenu Canada a calculé le revenu sauf. Dans cette affaire, la preuve n'a pas fait l'objet d'un tel examen. La Cour n'est pas en mesure de dire quel est ou n'est pas le bon moyen de calculer le revenu sauf en mains faute d'élément de preuve concernant l'effet que peuvent effectivement avoir les divers facteurs invoqués aussi bien par Sa Majesté que par le contribuable.

[40] Je suis donc d'avis d'accueillir l'appel avec dépens en faveur de l'appelante, d'infirmer la décision dont il est fait appel et de renvoyer l'affaire devant la Cour canadienne de l'impôt qui devra déterminer, en fonction des faits de cette affaire, la valeur véritable du «revenu sauf en mains». La partie du gain en capital qu'il serait raisonnable de considérer comme étant attribuable à autre chose qu'un revenu gagné ou réalisé pourra ainsi être fixée, après quoi il sera possible de calculer le juste montant des dividendes nets d'impôt et du gain en capital réputé, s'il y en a.

LE JUGE EN CHEF ISAAC: Je partage cet avis.

* * *

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

[41] LE JUGE SEXTON, J.C.A. (*dissent*): J'ai lu dans leur version préliminaire les motifs exposés par le juge Linden et, en toute déférence, je ne pense pas qu'il y ait lieu de renvoyer l'affaire devant le juge de la Cour de l'impôt. J'estime que le juge de la Cour de l'impôt n'a commis aucune erreur en concluant que, selon le droit applicable, les déficits exonérés de sociétés étrangères affiliées ne doivent pas être déduits des surplus exonérés d'autres sociétés étrangères affiliées afin de diminuer le revenu sauf de la société mère. J'estime en outre que le ministre n'a pas invoqué les hypothèses de fait qui lui auraient permis de démontrer que les pertes exonérées avaient eu quelque incidence sur le revenu de la société mère.

Les faits

[42] Le 29 novembre 1989, l'intimée, Brelco Drilling Ltd. (Brelco), auparavant Trimac Limited (Trimac), a reçu un dividende en espèces de

from Tricil Ltd. (Tricil) in which it owned 50% of the shares. Subsequently, Trimac sold its shares in Tricil to Laidlaw Inc. Tricil, which was a Canadian company, was a 100% shareholder of the U.S. resident corporation Tricil Inc. (Inc.). Hence, Inc. was a foreign affiliate of Tricil for the purposes of paragraphs 55(5)(d) and 93(1)(a) of the *Income Tax Act*.

[43] Inc. owned 100% of seven U.S. resident corporations, A, B, C, D, E, F, and G. Corporations F and G had in the aggregate exempt surpluses of \$6,049,488. These surpluses represent amounts which could be repatriated by way of dividends to the respondent on a tax free basis by virtue of paragraph 113(1)(a) of the Act. The exempt surplus is deemed to be the "income earned or realized" by these corporations as foreign affiliates by virtue of paragraph 55(5)(d). Corporations A, B, C, D, E and Inc. had in the aggregate operational losses of \$5,118,119, of which the respondent's share was \$2,975,398.

[44] One of the purposes of the \$32 million dividend was to significantly reduce the taxable portion of the respondent's unrealized capital gain on its Tricil shares. The respondent accordingly applied subsection 55(2) of the Act to the dividends deeming them to be proceeds of disposition to the respondent. In its 1989 taxation year the respondent designated \$25,735,216 of the dividends as separate dividends pursuant to paragraph 55(5)(f) on the basis that this was the portion of the unrealized capital gain on the respondent's Tricil shares which could reasonably be considered to be attributable to income earned or realized. The Minister assessed tax to the respondent for the 1989 taxation year on the basis that the safe income on hand available to the respondent to reduce the deemed proceeds of disposition was only \$23,149,721. The difference between the respondent's calculation of safe income on hand and the Minister's calculation arose as a result of the Minister offsetting the exempt deficits of corporations A, B, C, D, E and Inc. against the exempt surpluses of corporations F and G. The respondent has taken the position that there should not be any such offset.

32 millions de dollars de Tricil Ltd. (Tricil), société dont elle détenait 50 p. 100 des actions. Trimac a par la suite vendu ses actions de Tricil à Laidlaw Inc. Tricil, société canadienne, détenait 100 p. 100 des actions de Tricil Inc. (Inc.), société résidant aux États-Unis. Inc. était ainsi une société étrangère affiliée de Tricil aux fins des alinéas 55(5)d) et 93(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

[43] Inc. était propriétaire à 100 p. 100 de sept sociétés résidant aux États-Unis, les sociétés A, B, C, D, E, F et G. Les sociétés F et G avaient des surplus exonérés de 6 049 488 \$ au total. Ces surplus correspondaient aux sommes pouvant être rapatriées sous forme de dividendes à l'intimée, dividendes nets d'impôt aux termes mêmes de l'alinéa 113(1)a) de la Loi. Le surplus exonéré est réputé par l'alinéa 55(5)d) être le «revenu gagné ou réalisé» par ces sociétés en tant que sociétés étrangères affiliées. Les sociétés A, B, C, D, E et Inc. avaient, au total, une perte d'exploitation de 5 118 119 \$, dont la part incombant à l'intimée s'élevait à 2 975 398 \$.

[44] Le dividende de 32 millions de dollars avait notamment pour objet de diminuer sensiblement la part imposable du gain en capital non réalisé de l'intimée pour ses actions Tricil. L'intimée a donc appliqué le paragraphe 55(2) de la Loi aux dividendes, les considérant comme le produit de la disposition des actions qu'elle détenait auparavant. Dans son année d'imposition 1989, l'intimée a désigné comme dividendes distincts 25 735 216 \$ de dividendes conformément à l'alinéa 55(5)f), considérant qu'il s'agissait là de la partie du gain en capital non réalisé relatif aux actions Tricil vendues par l'intimée, qu'il serait raisonnable de considérer comme étant attribuable à un revenu gagné ou réalisé. Le ministre a calculé l'impôt dû par l'intimée pour l'année d'imposition 1989, ne retenant que 23 149 721 \$ comme revenu sauf en mains que l'intimée pouvait utiliser afin de diminuer le montant de ce qui était réputé être le produit de la disposition des actions. La différence entre la manière dont l'intimée a calculé le revenu sauf en mains et la manière retenue par le ministre s'explique par le fait que le ministre a opéré une compensation entre les déficits exonérés des sociétés A, B, C, D, E et Inc. et les surplus exonérés des sociétés F et G. L'intimée

Statutory provisions

[45] The statutory sections relevant to this appeal are set out below:

55. . . .

(2) Where a corporation resident in Canada has after April 21, 1980 received a taxable dividend in respect of which it is entitled to a deduction under subsection 112(1) or 138(6) as part of a transaction or event or a series of transactions or events (other than as part of a series of transactions or events that commenced before April 22, 1980), one of the purposes of which (or, in the case of a dividend under subsection 84(3), one of the results of which) was to effect a significant reduction in the portion of the capital gain that, but for the dividend, would have been realized on a disposition at fair market value of any share of capital stock immediately before the dividend and that could reasonably be considered to be attributable to anything other than income earned or realized by any corporation after 1971 and before the transaction or event or the commencement of the series of transactions or events referred to in paragraph (3)(a), notwithstanding any other section of this Act, the amount of the dividend (other than the portion thereof, if any, subject to tax under Part IV that is not refunded as a consequence of the payment of a dividend to a corporation where the payment is part of the series of transactions or events)

(a) shall be deemed not to be a dividend received by the corporation;

(b) where a corporation has disposed of the share, shall be deemed to be proceeds of disposition of the share except to the extent that it is otherwise included in computing such proceeds; and

(c) where a corporation has not disposed of the share, shall be deemed to be a gain of the corporation for the year in which the dividend was received from the disposition of a capital property.

. . .

(5) For the purposes of this section,

. . .

(d) the income earned or realized by a corporation for a period ending at a time when it was a foreign affiliate of another corporation shall be deemed to be the aggregate of the amount, if any, that would have been deductible by

estime qu'une telle compensation ne doit pas avoir lieu.

Dispositions législatives

[45] Les dispositions législatives qui s'appliquent au présent appel sont les suivantes:

55. [. . .]

(2) Lorsqu'une corporation résidant au Canada a reçu, après le 21 avril 1980, un dividende imposable à l'égard duquel elle a droit à une déduction en vertu du paragraphe 112(1) ou 138(6), comme partie d'une opération ou d'un événement ou d'une série d'opérations ou d'événements (sauf comme partie d'une série d'opérations ou d'événements qui ont commencé avant le 22 avril 1980) dont l'un des objets (ou, dans le cas d'un dividende visé au paragraphe 84(3), dont l'un des résultats) a été de diminuer sensiblement la partie du gain en capital qui, sans le dividende, aurait été réalisée lors d'une disposition d'une action du capital-actions à la juste valeur marchande, immédiatement avant le dividende et qui pourrait raisonnablement être considérée comme étant attribuable à quoi que ce soit qui n'est pas du revenu gagné ou réalisé par une corporation après 1971 et avant l'opération ou l'événement ou le début de la série d'opérations ou d'événements visés à l'alinéa (3)a), nonobstant tout autre article de la présente loi, le montant du dividende (à l'exclusion de la partie de celui-ci, si partie il y a, qui est assujettie à l'impôt en vertu de la Partie IV qui n'est pas remboursé en raison du paiement d'un dividende à une corporation lorsqu'un tel paiement fait partie de la série d'opérations ou d'événements):

a) est réputé ne pas être un dividende reçu par la corporation;

b) lorsqu'une corporation a disposé de l'action, est réputé être le produit de la disposition de l'action, sauf dans la mesure où il est inclus par ailleurs dans le calcul de ce produit; et

c) lorsqu'une corporation n'a pas disposé de l'action, est réputé être un gain de la corporation pour l'année au cours de laquelle le dividende a été reçu de la disposition d'un bien en immobilisation.

[. . .]

(5) Aux fins du présent article,

[. . .]

d) le revenu gagné ou réalisé par une corporation pour une période se terminant à un moment où elle était une corporation étrangère affiliée d'une autre corporation est réputé être le total de la somme éventuelle qui aurait été

that other corporation at that time by virtue of paragraph 113(1)(a) . . . if that other corporation

(i) owned all of the shares of the capital stock of the foreign affiliate immediately before that time,

(ii) had disposed at that time of all of the shares referred to in subparagraph (i) for proceeds of disposition equal to their fair market value at that time, and

(iii) had made an election under subsection 93(1) in respect of the full amount of the proceeds of disposition referred to in subparagraph (ii);

. . .

93. (1) For the purposes of this Act, where a corporation resident in Canada has so elected, in prescribed manner and within the prescribed time, in respect of any share of the capital stock of a foreign affiliate of the corporation disposed of by it or by another foreign affiliate of the corporation, the following rules apply:

(a) the amount (in this subsection referred to as the “elected amount”) designated by the corporation in its election not exceeding the proceeds of disposition of the share shall be deemed to have been a dividend received on the share from the affiliate by the disposing corporation or disposing affiliate, as the case may be, immediately before the disposition and not to have been proceeds of disposition

. . .

113. (1) Where in a taxation year a corporation resident in Canada has received a dividend on a share owned by it of the capital stock of a foreign affiliate of the corporation, there may be deducted from the income for the year of the corporation for the purpose of computing its taxable income for the year, an amount equal to the aggregate of

(a) an amount equal to such portion of the dividend as is prescribed to have been paid out of the exempt surplus, as defined by regulation

Analysis

[46] At trial, the parties agreed upon a set of facts they considered relevant and which they considered to be adequate to dispose of the case. It was not submitted to this Court by either party that more evidence was necessary in order to decide the appeal nor was it suggested that the matter be remitted to the Tax Court. The issue before the Court was precisely stated by the Tax Court Judge at paragraph 12 [at page 2212] of his

déductible à cette date par cette autre corporation en vertu de l’alinéa 113(1)a) [. . .] si celle-ci

(i) était propriétaire de toutes les actions du capital-actions de la corporation étrangère affiliée immédiatement avant cette date,

(ii) avait disposé à cette date de toutes les actions visées au sous-alinéa (i) en contrepartie d’un produit de disposition égal à leur juste valeur marchande à cette date, et

(iii) avait fait un choix en vertu du paragraphe 93(1) relativement au montant global du produit de disposition visé au sous-alinéa (ii);

[. . .]

93. (1) Pour l’application de la présente loi, dans le cas où une corporation résidant au Canada fait un choix, selon les modalités et dans le délai réglementaires, concernant l’action du capital-actions d’une corporation étrangère affiliée donnée de cette corporation dont celle-ci, ou une autre de ses corporations étrangères affiliées, a disposé, les présomptions suivantes s’appliquent:

a) le montant, ne dépassant pas le produit de disposition de l’action, que la corporation indique dans le choix est réputé être un dividende qu’une des corporations ayant procédé à la disposition à reçu sur l’action de la corporation affiliée donnée immédiatement avant la disposition, et non un produit de disposition;

[. . .]

113. (1) Une corporation résidant au Canada qui, dans une année d’imposition, a reçu un dividende sur une action lui appartenant du capital-actions d’une corporation étrangère affiliée de cette corporation, peut déduire de son revenu pour l’année, aux fins du calcul de son revenu imposable pour cette année, le total des sommes suivantes:

a) la fraction du dividende qui est prescrite avoir été prélevée sur le surplus exonéré défini par règlement [. . .]

Analyse

[46] À l’instruction, les parties se sont entendues sur un ensemble de faits qu’elles jugeaient pertinents et qui, d’après elles, devaient permettre de trancher cette affaire. Ni l’une ni l’autre des parties n’a fait valoir devant la Cour la nécessité, pour trancher le présent appel, de produire d’autres preuves, et ni l’une ni l’autre n’a proposé que l’affaire soit renvoyée devant la Cour de l’impôt. Ainsi que le juge de la Cour de

reasons:

The Respondent's computation reduces the Appellant's "safe income" by the amount of the exempt deficits of Inc., A, B, C, D and E. The Appellant contends that the exempt deficits should not be "netted" with the exempt surpluses of F and G. The Respondent submits that all exempt deficits should be so "netted".

I do not accept that the facts agreed upon by the parties were insufficient to settle the issue before the Court.

[47] In essence, the appellant argues that the profits of successful subsidiaries should be consolidated with the losses of other subsidiaries, based on the wording of subsection 55(2). Thus this appeal hinges on a question of statutory interpretation, specifically on the meaning of the following words found in subsection 55(2):

55. . . .

(2) . . . one of the purposes of which . . . was to effect a significant reduction in the portion of the capital gain that, but for the dividend, would have been realized on a disposition at fair market value of any share of capital stock immediately before the dividend and that could reasonably be considered to be attributable to anything other than income earned or realized by any corporation after 1971 . . . [Emphasis added.]

The appellant argued that the proper approach was to examine the capital gain involved and analyze what portion could be reasonably considered to be attributed to something other than income earned or realized. In the appellant's view, the test is not simply what is "income earned or realized". Rather, only the portion of the "income earned or realized" that is on hand serves to reduce the taxable capital gain. Thus amounts, such as losses in foreign affiliates, which no longer represent value in the corporation must be subtracted from the amount of income earned by other affiliates calculated under subsection 55(5).

[48] The learned Tax Court Judge rejected the Minister's approach and concluded that the exempt surplus of F and G should not be reduced by the

l'impôt l'a expliqué au paragraphe 12 [à la page 2212] de ses motifs, la Cour était saisie de la question suivante:

Selon le calcul de l'intimée, le «revenu sauf» de l'appelante est réduit du montant des déficits exonérés de Inc., A, B, C, D et E. L'appelante soutient que les déficits exonérés ne doivent pas être «déduits» des surplus exonérés de F et de G. L'intimée soutient que tous les déficits exonérés doivent être ainsi «déduits».

Je ne suis pas d'accord que les faits sur lesquels les parties s'étaient entendues ne permettaient pas de trancher la question portée devant la Cour.

[47] L'appelante fait essentiellement valoir que, aux termes du paragraphe 55(2), les bénéfices des sociétés affiliées rentables devraient être consolidés avec les pertes des autres sociétés affiliées. Le présent appel dépend donc d'une question d'interprétation des lois et, plus précisément, du sens à donner au passage suivant du paragraphe 55(2):

55. [. . .]

(2) [. . .] l'un des résultats a été de diminuer sensiblement la partie du gain en capital qui, sans le dividende, aurait été réalisée lors d'une disposition d'une action du capital-actions à la juste valeur marchande, immédiatement avant le dividende qui pourrait raisonnablement être considérée comme étant attribuable à quoi que ce soit qui n'est pas du revenu gagné ou réalisé par une corporation après 1971. [. . .] [Non souligné dans l'original.]

Selon l'appelante, il convenait d'examiner le gain en capital en question et d'analyser la part qu'il serait raisonnable de considérer comme étant attribuable à autre chose qu'un revenu gagné ou réalisé. L'appelante prétend que l'on ne peut pas simplement se fonder pour cela sur le «revenu gagné ou réalisé». Il s'agit, plutôt, de ne retenir que la part du «revenu gagné ou réalisé» qui est en mains et qui diminue le gain en capital imposable. C'est ainsi que des sommes telles que les pertes de sociétés étrangères affiliées, qui ne constituent plus, pour la société, une valeur, doivent être soustraites du revenu gagné par d'autres sociétés affiliées et calculées dans les conditions prévues au paragraphe 55(5).

[48] Le juge de la Cour de l'impôt a rejeté l'approche adoptée par le ministre, et conclu que les surplus exonérés de F et de G ne devraient pas être amputés

exempt deficits of A, B, C, D, E and Inc. in the computation of income earned or realized after 1971. He found [at paragraph 51, pages 2224-2225]:

I am instructed by paragraph 55(5)(d) as to what “the income earned or realized by a corporation” is deemed to be for the purposes of section 55. Subsection (2) of Section 55 provides that the portion of a dividend “that could reasonably be considered to be attributable to anything other than income earned or realized by any corporation after 1971” shall be deemed not to be a dividend but to be proceeds of disposition. The exempt surplus of F and G, foreign affiliates of the Appellant, is by virtue of the interaction of paragraph 55(5)(d), subsection 93(1) and subsection 113(1) “income earned or realized by any corporation” within the meaning of that term in subsection 55(2). There is no comparable legislative or regulatory instruction respecting exempt deficits. Accordingly, I have concluded that the exempt surplus of F and G should not be reduced by the exempt deficits of A, B, C, D, E and Inc. in the computation of “income earned or realized after 1971”.

[49] I agree with the learned Tax Court Judge. There is no provision in the Act requiring exempt deficits to be taken into account in determining “income earned or realized”. The only statutory requirement is contained in paragraph 55(5)(d), which establishes through paragraph 113(1)(a) and subsection 93(1) that the income earned of a foreign affiliate is deemed to be its exempt surplus.

[50] In oral argument, counsel for the Minister provided hypothetical examples in which he assumed that the “fair market value” of a parent corporation would be calculated by valuing the subsidiaries as a group. He argued that to determine the fair market value of the parent, the losses contained in the subsidiaries had to be deducted from what would otherwise be paid by the purchaser.

[51] With respect, this is an erroneous approach. I agree that the safe income earned by the parent cannot exceed its fair market value. However, the fact that some of the subsidiaries might have losses could be simply ignored by a purchaser. A purchaser could wind up the subsidiaries with an exempt deficit and in the absence of a guarantee would not be bound to pay off those losses. Thus a more accurate assessment of “fair market value” would involve calculating the sum

des déficits exonérés de A, B, C, D, E et Inc. lors du calcul du revenu gagné ou réalisé après 1971. Il a estimé que [au paragraphe 51, pages 2224 et 2225]:

L’alinéa 55(5)d) prévoit ce que le «revenu gagné ou réalisé d’une corporation» est réputé être aux fins de l’article 55. Le paragraphe (2) de l’article 55 prévoit que la partie d’un dividende «qui pourrait raisonnablement être considérée comme étant attribuable à quoi que ce soit qui n’est pas du revenu gagné ou réalisé par une corporation après 1971» est réputé ne pas être un dividende, mais un produit de disposition. Le surplus exonéré de F et de G, qui sont des filiales étrangères de l’appelante, est, du fait de l’interaction entre l’alinéa 55(5)d), le paragraphe 93(1) et le paragraphe 113(1), un «revenu gagné ou réalisé par une corporation» au sens où cette expression est utilisée au paragraphe 55(2). Il n’y a aucune directive législative ou réglementaire comparable relativement aux déficits exonérés. Par conséquent, j’ai conclu que les déficits exonérés de A, B, C, D, E et Inc. ne devraient pas être utilisés pour réduire les surplus exonérés de F et de G dans le calcul du «revenu gagné ou réalisé après 1971».

[49] Je suis du même avis que le juge de la Cour de l’impôt. La Loi ne contient aucune disposition qui exige que les déficits exonérés soient pris en compte lors du calcul du «revenu gagné ou réalisé». La seule exigence d’origine législative figure à l’alinéa 55(5)d) qui prévoit, en vertu de l’alinéa 113(1)a) et du paragraphe 93(1), que le revenu gagné d’une société étrangère affiliée est réputé être son surplus exonéré.

[50] Lors des plaidoiries, l’avocat du ministre a fourni à la Cour des exemples hypothétiques dans le cadre desquels le calcul de la «juste valeur marchande» d’une société mère serait basé sur l’évaluation de l’ensemble des sociétés affiliées. Selon lui, pour fixer la juste valeur marchande de la société mère, il fallait déduire du prix que serait autrement disposé à payer l’acheteur, les pertes des sociétés affiliées.

[51] J’estime que ce n’est pas l’approche qu’il convient d’adopter. Je conviens que le revenu sauf gagné par la société mère ne peut pas dépasser la juste valeur marchande de celle-ci. Cela dit, l’acheteur peut tout simplement ignorer le fait que certaines des sociétés affiliées auraient subi des pertes. L’acheteur pourrait procéder à la liquidation des sociétés affiliées qui ont un déficit exonéré et, en l’absence d’une garantie, ne serait pas tenu d’assumer les pertes. C’est

total of the assets contained in the various corporations. The final purchase price would reflect the "fair market value" of those assets. In the instant case corporations A, B, C, D, E and Inc. added no value to Tricil, and thus a purchaser would not pay an additional amount for them. However, the losses in those separately incorporated subsidiaries, in the absence of a guarantee of payment of those losses, will not decrease the "fair market value" of the parent. Indeed, it is possible a purchaser might be willing to pay more for the losses in those subsidiaries if those losses were useful for tax purposes.

[52] The passage quoted by my colleague from the *Canadian Tax Journal* supports my position:

It is important to note that there is no clear statutory authority for Revenue Canada's position regarding the application of losses to the safe-income calculation. I question whether it is fair to state that the losses of a subsidiary *generally* reduce the safe income on hand of the parent corporation. In many cases, it would seem more appropriate to state that safe income should be computed as an aggregation of positive amounts. Under this approach, safe income on hand of a parent corporation would not be reduced by the losses or deficit of a subsidiary, except to the extent that the parent has guaranteed the losses of the subsidiary or is otherwise obligated to fund those losses. For example, assume that a parent corporation has \$1 million of safe income and its subsidiary has a \$1 million deficit and nominal capital. If the parent has not guaranteed the losses of the subsidiary, any value assigned to the shares of the parent will be reasonably attributable to safe income. In these circumstances, the losses of the subsidiary should not be applied to reduce the parent's safe income to zero. To do so would, in effect, suggest that the subsidiary's value is less than zero. Although the subsidiary's shares are worthless, in many cases, it would be incorrect to state that they have a negative value, especially where the parent could simply abandon the subsidiary before the sale of its own shares.²⁴

[53] I agree with the view expressed above. Absent a guarantee or actual payment by the parent of subsidiary losses, it is difficult to conceive of an

ainsi que, pour obtenir une évaluation plus précise de la «juste valeur marchande» il faudrait calculer le total de l'actif des diverses sociétés. Le prix d'achat finalement arrêté correspondrait à la «juste valeur marchande» de ces éléments d'actif. En l'espèce, les sociétés A, B, C, D, E et Inc., n'ont apporté aucune plus-value à Tricil et, par conséquent, un acheteur ne paierait pas un montant supplémentaire pour les obtenir. Par contre, en l'absence d'une garantie de remboursement des pertes, les pertes subies par ces sociétés affiliées, qui constituent autant de sociétés distinctes, n'auront pas pour effet de diminuer la «juste valeur marchande» de la société mère. Il est même possible qu'un acheteur soit disposé à payer davantage pour reprendre les pertes des ces sociétés affiliées dans la mesure où ces pertes pourraient lui conférer un avantage fiscal.

[52] L'extrait de la *Revue fiscale canadienne* cité par mon collègue étaye mon argument:

[TRADUCTION] Il est important de noter l'absence d'une disposition législative claire éayant la thèse de Revenu Canada quant à la prise en compte des pertes pour calculer le revenu sauf. Je me demande s'il est juste de dire que les pertes d'une société affiliée réduisent *en général* le revenu sauf en mains de la société mère. Souvent, il semblerait plus juste de dire que le revenu sauf devrait être calculé en tant qu'agrégat de chiffres positifs. Dans le cadre de cette démarche, le revenu sauf en mains d'une société mère ne peut être amputé des pertes ou déficits d'une société affiliée, sauf dans la mesure où la société mère s'est portée garante des pertes de la société affiliée ou elle se voit tenue elle-même de les financer. À supposer, par exemple, qu'une société mère ait un revenu sauf de 1 million de dollars et que sa société affiliée ait un déficit de 1 million de dollars et un capital insignifiant. Si la société mère n'a pas garanti le remboursement des pertes de la société affiliée, toute valeur assignée aux actions de la société mère pourrait raisonnablement être considérée comme attribuable au revenu sauf. En pareilles circonstances, les pertes de la société affiliée ne devraient pas servir à réduire à néant le revenu sauf de la société mère. Ce serait dire, en fait, que la valeur de la société affiliée est inférieure à zéro. Bien que les actions de la société affiliée n'aient aucune valeur, il serait dans de nombreux cas inexact de dire qu'elles ont une valeur négative, surtout lorsque la société mère a la possibilité d'abandonner purement et simplement la société affiliée avant de mettre en vente ses propres actions²⁴.

[53] C'est aussi mon avis. En l'absence de garantie ou de remboursement effectif, par la société mère, des pertes de ses sociétés affiliées, il est difficile d'imagi-

example in which the losses of foreign affiliates would affect the safe income of a parent. Moreover, in this case, it is abundantly clear that the Minister has failed to demonstrate that the losses had any impact on the respondent's safe income. Before turning to this point, I will address the issue of safe income and the rationale behind paragraph 55(5)(d).

The calculation of safe income

[54] In reaching his decision, the Tax Court Judge found that the correct starting point for determining safe income was with the income earned or realized. In his words, the simplest way to determine "anything other than income earned or realized by any corporation after 1971" is to:

. . . commence with a computation of "income earned or realized" because paragraph 55(5)(d) states specifically what that amount is deemed to be. There is no provision in Part LIX of the Regulations requiring exempt deficits to be taken into account in determining "income earned or realized". The only statutory requirement is contained in paragraph 55(5)(d). The inclusion of that provision in the *Act* ends this matter.²⁵

[55] In my view this is a sensible way of applying a very difficult section. My colleague has argued that this approach is inconsistent with comments made in *Canada v. Placer Dome Inc.*²⁶ and *Canada v. Nassau Walnut Investments Inc.*²⁷ With respect, I do not think these cases are relevant to the issue at hand, as neither discussed the question of whether subsidiary losses could reduce the safe income on hand of a separately incorporated parent. In *Placer Dome*, the taxpayer disputed that the purpose of the transaction was to reduce the capital gain. Thus the issue was whether subsection 55(2) applied at all and the debate focused on the meaning of a different part of the subsection than the part at issue in the case at bar. Similarly, *Walnut Investments*, which examined the operation of paragraph 55(5)(f) and the designation of separate dividends, is not on point to the instant case. In that case there was no discussion of safe income on hand which is relevant to the present case.

ner un cas où les pertes des sociétés étrangères affiliées affecteraient le revenu sauf de la société mère. Il est en outre tout à fait clair en l'espèce que le ministre n'a pas démontré que les pertes avaient eu une incidence sur le revenu sauf de l'intimée. Avant d'aborder cette question, je tiens à examiner la question du revenu sauf et de la raison d'être de l'alinéa 55(5)(d).

Le calcul du revenu sauf

[54] Dans le cadre de sa décision, le juge de la Cour de l'impôt a estimé que pour fixer le montant du revenu sauf, il faut commencer par calculer le revenu gagné ou réalisé. Selon lui, la manière la plus simple de déterminer le montant de «quoi que ce soit qui n'est pas du revenu gagné ou réalisé par une corporation après 1971» est:

[. . .] de calculer d'abord le «revenu gagné ou réalisé» puisque l'alinéa 55(5)(d) édicte explicitement ce que ce montant est réputé être. Il n'y a aucune disposition à la partie LIX du Règlement qui requiert que les déficits exonérés soient pris en compte dans le calcul du «revenu gagné ou réalisé». La seule exigence d'origine législative est prévue à l'alinéa 55(5)(d). L'inclusion de cette disposition dans la *Loi* met fin au propos²⁵ [. . .]

[55] C'est à mon avis une manière rationnelle d'appliquer une disposition très difficile. Mon collègue fait valoir que cette approche n'est pas compatible avec ce qui a été affirmé dans les arrêts *Canada c. Placer Dome Inc.*²⁶ et *Canada c. Nassau Walnut Investments Inc.*²⁷. En toute déférence, j'estime que ces arrêts ne sont pas pertinents relativement à la question qui se pose en l'espèce car ni l'un ni l'autre n'a analysé la question de savoir si les pertes d'une société affiliée pouvaient diminuer le revenu sauf en mains d'une société mère juridiquement indépendante. Dans l'affaire *Placer Dome*, le contribuable niait que l'opération en question ait eu pour objet de diminuer le gain en capital. Il s'agissait donc de savoir si le paragraphe 55(2) s'appliquait même et le débat a porté sur le sens d'une autre partie du paragraphe que celle dont il est question en l'espèce. De même, l'affaire *Walnut Investments*, qui portait sur le fonctionnement de l'alinéa 55(5)(f) et la désignation de dividendes distincts, n'a rien à voir avec la présente affaire. Cet autre arrêt n'évoquait pas le revenu sauf en mains, qui est pertinent en l'espèce.

[56] As has been broadly recognized, it is difficult to discern the intent of Parliament from the words employed in subsection 55(2). However, it seems to me that if it was intended that deficits from one subsidiary should be offset against exempt surpluses of another it would have been clearly provided in the legislation. It was not. Thus, the Tax Court Judge correctly relied on *Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen*²⁸ to conclude that subsection 55(2) exhibited [at paragraph 51, page 2225] “reasonable uncertainty resulting from lack of explicitness which should be resolved in favour of the taxpayer”.

[57] The conclusion that foreign affiliate surpluses should not be netted with foreign affiliate losses advances another aim of the Act: namely to reduce double taxation. The following examines the issue of double taxation as it relates to section 55.

Rationale of including exempt surpluses as income earned

[58] The reduction of the taxable capital gain by the exempt surplus of a foreign affiliate is based on the same rationale that underlies the tax-free treatment accorded to intercorporate dividends. It is well accepted that the rationale behind the tax-free treatment of intercorporate dividends is that the corporation which earns the money in the first instance is subject to taxation and it is not equitable to expose the same income to taxation a second time when it is passed by way of dividend from the subsidiary corporation to the parent.²⁹ In section 113, Parliament extended this preferential tax treatment to dividends flowing from the exempt surplus of a foreign affiliate to its Canadian parent.

[59] Section 55 was designed to prevent a taxable capital gain from becoming a tax-free intercorporate dividend. Subsection 55(5) establishes the rules for calculating a taxpayer’s safe income. Of special note is paragraph 55(5)(f) which allows the taxpayer to designate a portion of a taxable dividend as a separate

[56] Il est généralement admis qu’il n’est pas facile de déceler l’intention du législateur d’après la formule employée au paragraphe 55(2). Il me semble, cependant, que si le législateur avait voulu que puisse être opérée une compensation entre les déficits d’une société affiliée et les surplus exonérés d’une autre, le texte de loi l’aurait clairement prévu. Or ce n’est pas le cas. C’est donc avec raison que le juge de la Cour de l’impôt [au paragraphe 51, page 2225] s’est fondé sur l’arrêt *Johns-Manville Canada Inc. c. La Reine*²⁸ pour conclure qu’il y a, au paragraphe 55(2), une «incertitude raisonnable [. . .] découlant du manque de clarté de la loi (qui) doit jouer en faveur du contribuable».

[57] La conclusion selon laquelle les surplus des sociétés étrangères affiliées ne devraient pas être consolidés avec les pertes provenant de sociétés étrangères affiliées, contribue à un autre objet de la Loi, à savoir, minimiser la double imposition. Examinons maintenant la question de la double imposition en ce qu’elle a trait à l’article 55.

La raison pour laquelle il y a lieu de considérer les surplus exonérés comme un revenu gagné

[58] L’idée de retrancher du gain en capital imposable le surplus exonéré d’une société étrangère affiliée se fonde sur la même raison que la non-imposition des dividendes intersociétés. Il est généralement admis que la non-imposition des dividendes intersociétés se justifie par le fait que la société qui fait des bénéfices est elle-même assujettie à l’impôt et qu’il n’est pas équitable d’imposer une deuxième fois un même revenu, qui passe, sous forme de dividendes, de la société affiliée à la société mère²⁹. Par l’article 113, le législateur a étendu cet avantage fiscal aux dividendes versés à la société mère canadienne et provenant du surplus exonéré d’une société étrangère affiliée.

[59] L’article 55 a été conçu pour éviter qu’un gain en capital imposable ne devienne un dividende intersociétés non imposable. Le paragraphe 55(5) fixe les règles applicables au calcul du revenu sauf d’un contribuable. Notons en particulier l’alinéa 55(5)(f) qui permet à un contribuable de désigner comme

dividend. With paragraph 55(5)(f), Parliament has expressed its intent that section 55 should operate without effecting double taxation. In *Administration Gilles Leclair Inc. v. R.*³⁰ the following comments were made to that effect:

It appears to be assumed by all authors who have written on the subject that the purpose of paragraph 55(5)(f) of the *Act* is to avoid the double taxation of corporate income. That provision is integrated into the capital gains taxation scheme provided for by subsection 55(2) of the *Act* in the case of share redemptions, which makes it possible not to tax as a capital gain the portion attributable to income earned or realized after 1971.³¹

Paragraph 55(5)(f) ensures that any portion of the dividend that is attributable to the income earned of the taxpayer will not be considered as proceeds of disposition. As stated above, it protects the taxpayer from double taxation.

[60] One of the principal reasons Parliament chose in paragraph 55(5)(d) to deem the exempt surplus of a foreign affiliate as its income earned for purposes of subsection 55(2) was to minimize double taxation. The appellant's position, which calls for the deduction of exempt losses of other foreign affiliates in the computation of safe income, is outside the language of section 55 and directly negates the objective of minimizing double tax.

[61] In the present case, it should be noted that the affiliates are located in the United States, which has signed the Canada-United States Income Tax Convention (1980) [*Convention Between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital*, being Schedule I of the *Canada-United States Tax Convention Act, 1984*, S.C. 1984, c. 20] with Canada. The primary purpose of this treaty is to minimize double taxation. In explaining the rationale behind the Convention, Iacobucci J. stated it "was deemed important, in order to promote international trade between Canada and the U.S., to spare . . . corporations double taxation".³²

dividende distinct une partie d'un dividende imposable. En adoptant l'alinéa 55(5)(f), le législateur a montré qu'il entendait que l'application de l'article 55 n'entraîne aucune double imposition. Dans l'affaire *Administration Gilles Leclair Inc. c. R.*³⁰, on trouve des propos qui vont effectivement en ce sens:

Il semble acquis par tous les auteurs qui ont écrit sur ce sujet que l'alinéa 55(5)(f) de la *Loi* a pour but de ne pas taxer deux fois le revenu au niveau corporatif. Il s'agit d'une disposition intégrée au régime d'imposition relatif au gain en capital prévu par le paragraphe 55(2) de la *Loi* lors du rachat d'actions qui permet de ne pas imposer comme gain en capital la partie attribuable à du revenu gagné ou réalisé après 1971.³¹

L'alinéa 55(5)(f) permet d'assurer que la partie du dividende attribuable au revenu gagné du contribuable ne sera pas considérée comme le produit d'une disposition. Ainsi que nous l'avons dit plus haut, cela permet d'éviter que le contribuable soit imposé deux fois.

[60] Une des principales raisons pour lesquelles le législateur a choisi, par le biais de l'alinéa 55(5)(d), de considérer le surplus exonéré d'une société étrangère affiliée comme un revenu gagné aux fins du paragraphe 55(2), était d'éviter autant que possible la double imposition. L'argument défendu par l'appelante, selon lequel il convient de déduire, pour calculer son revenu sauf, les pertes provenant d'autres sociétés étrangères affiliées, déborde les termes de l'article 55 et va directement à l'encontre du but de cette disposition qui est d'éviter autant que possible la double imposition.

[61] Notons en l'espèce qu'il s'agit de sociétés affiliées installées aux États-Unis, pays qui a conclu avec le Canada la Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts (1980) [*Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, qui constitue l'annexe I de la *Loi de 1984 sur la Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts*, S.C. 1984, ch. 20]. Ce traité vise principalement à minimiser la double imposition. Expliquant la raison d'être de ce traité, le juge Iacobucci a déclaré que: «Afin de promouvoir le commerce international entre le Canada et les États-Unis, on a jugé important de soustraire ces personnes [. . .] morales à la double imposition»³².

[62] In my view, allowing the taxpayer to treat the full exempt surplus as safe income on hand recognizes, as does section 113, that any further tax on the exempt surplus amounts to double taxation. Thus paragraph 55(5)(d) compliments section 113 in ensuring that double taxation of foreign affiliate income will be avoided.

[63] I am convinced that the exempt surplus should not be offset by any exempt deficits for another reason. As separately incorporated companies, it is clear that each foreign affiliate in the United States is subject to income tax on its own earnings. The argument that one foreign affiliate could reduce its tax liability by deducting the losses of its sister affiliate would be rejected out of hand, as it would violate the elementary principle that each corporation is a separate entity and should be treated that way for tax purposes. Thus, it would be inconsistent and unfair to the parent corporation to subject it to tax on monies which it receives from a foreign affiliate when those monies have already been subject to tax in the hands of the foreign affiliate.

[64] In sum, my finding that foreign affiliate surpluses should not be netted with foreign affiliate losses is based on my interpretation of section 55 of the *Income Tax Act*. This interpretation is based on sound policy, as it promotes an important object of the Act by minimizing double taxation. I turn now to the issue of the deficiencies in the Minister's pleadings.

Deficiencies in the Minister's pleadings

[65] In reassessing the taxpayer, the Minister must set out a series of factual assumptions. The taxpayer is then required to disprove them. When analyzing the respective roles of the parties upon reassessment, the Tax Court Judge agreed with the respondent that the

[62] D'après moi, le fait que l'on permette au contribuable de considérer comme revenu sauf en mains l'intégralité du surplus exonéré, comme l'y autorise effectivement l'article 113, montre que l'on reconnaît que toute autre imposition du surplus exonéré équivaut à une double imposition. L'alinéa 55(5)d) complète donc l'article 113 en assurant que la double imposition du revenu d'une société étrangère affiliée sera évitée.

[63] Je suis persuadé, pour une autre raison encore, que le surplus exonéré ne devrait pas être compensé par les déficits exonérés. En tant que compagnies jouissant d'une existence juridique distincte, il est évident que chaque société étrangère affiliée installée aux États-Unis doit payer des impôts sur ses propres revenus. L'argument selon lequel une société étrangère affiliée pourrait réduire sa charge fiscale en déduisant les pertes d'une société affiliée sœur serait immédiatement écarté comme contraire au principe élémentaire qui veut que chaque société constitue une entité distincte et soit considérée comme telle aux fins de l'impôt. Il serait donc à la fois illogique, et injuste pour la société mère, qu'elle soit imposée sur l'argent qu'elle reçoit d'une société étrangère affiliée alors que l'argent en question a déjà été imposé entre les mains de la société étrangère affiliée.

[64] En somme, ma conclusion que les surplus provenant d'une société étrangère affiliée ne devraient pas être consolidés avec les pertes d'une autre société étrangère affiliée, est fondée sur mon interprétation de l'article 55 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cette interprétation est elle-même fondée sur de solides motifs de politique fiscale puisqu'elle contribue à un but important de la Loi en minimisant la double imposition. J'aborde maintenant la question des lacunes de l'argumentation du ministre.

Les lacunes de l'argumentation développée par le ministre

[65] Pour établir la nouvelle cotisation du contribuable, le ministre doit d'abord exposer un certain nombre d'hypothèses quant aux faits. Il appartient alors au contribuable de les réfuter. Analysant le rôle respectif des parties après l'établissement de la nouvelle

case law establishes the following three principles. First, the Minister must assume all facts necessary to sustain the reassessment. Second, the appellant is not required to lead evidence in respect of facts not assumed. Third, references in the reply to the notice of appeal to a statutory provision or conclusions of law are not allegations of fact or a pleading of fact.

[66] Based on these principles, I have come to the conclusion that the Minister has not pleaded the facts necessary to sustain the reassessment. In particular, the Minister did not plead any facts to establish that the losses in the foreign affiliates impacted the safe income of the parent. Further, there is no assumption or evidence explaining how the losses in the foreign affiliates arose, how the losses were funded or how those losses affected the safe income of the respondent.

[67] At paragraph 43 [at page 2222], the Tax Court Judge noted that “certain assumptions of fact basic to the assessment were not contained in the Reply”. He then found “it seems unreasonable that the Respondent not be able to advance its case without having pleaded assumptions of fact to support the application of a provision to which the Appellant submitted itself.” I agree with the Tax Court Judge that it was not open to the taxpayer to contest the application of the section after choosing to submit to it. However, the Minister must still plead the factual assumptions to sustain the reassessment. In this case the Minister failed to connect the losses of the foreign affiliates with the income of the parent.

[68] Given this conclusion, I believe the proper course to follow is to reject the reassessment. I simply cannot agree that the matter should be remitted to the Tax Court. The case of *del Valle (D.) v. M.N.R.*,³³ supports my view. In that case Sarchuk T.C.J. stated:

It is the appellant’s submission that there is nothing contained in the pleadings, nor for that matter in any of the

cotisation, le juge de la Cour de l’impôt a convenu avec l’intimée que la jurisprudence a posé trois principes. D’abord, le ministre doit tenir pour acquis tous les faits nécessaires pour justifier la nouvelle cotisation. Deuxièmement, l’appelante n’est pas tenue de produire de preuve concernant des faits non présumés. Troisièmement, dans la réponse à l’avis d’appel, les conclusions de droit ou les références à une disposition législative, ne constituent pas des allégations de fait.

[66] Vu ces principes, je conclus que le ministre n’a pas allégué les faits permettant de justifier la nouvelle cotisation. Le ministre n’a notamment pas invoqué de faits alléguant que les pertes des sociétés étrangères affiliées ont eu une incidence sur le revenu sauf de la société mère. Aucune hypothèse ni aucune preuve n’explique par ailleurs comment les pertes des sociétés étrangères affiliées sont survenues, comment ces pertes ont été couvertes, ni comment ces pertes ont affecté le revenu sauf de l’intimée.

[67] Au paragraphe 43 [à la page 2222] de sa décision, le juge de la Cour de l’impôt a noté que «certaines hypothèses de fait essentielles à la validité de la cotisation n’étaient pas formulées dans la réponse». Il lui a ensuite semblé «déraisonnable d’empêcher l’intimée de faire valoir sa position parce qu’elle n’a allégué aucune hypothèse de fait à l’appui d’une disposition à laquelle l’appelante s’est elle-même assujettie». Je conviens avec le juge de la Cour de l’impôt qu’il n’était pas loisible au contribuable de contester l’application de cette disposition après s’y être elle-même assujettie. Cela dit, il appartient tout de même au ministre de plaider les hypothèses de fait justifiant la nouvelle cotisation. En l’espèce, le ministre n’est pas parvenu à établir un lien entre les pertes des sociétés étrangères affiliées et le revenu de la société mère.

[68] Vu cette conclusion, j’estime qu’il convient de rejeter la nouvelle cotisation. Je ne saurais convenir qu’il y a lieu de renvoyer l’affaire devant la Cour de l’impôt. Le jugement rendu dans l’affaire *del Valle (D.) c. M.R.N.*³³ appuie mon opinion. Dans cette affaire, le juge Sarchuk de la Cour canadienne de l’impôt a déclaré:

Selon l’appelante, ni les actes de procédure, ni les documents que l’intimé lui a remis ne font ressortir les faits

material submitted by the respondent to the taxpayer, to indicate the facts essential to the validity of the assessments and that therefore the appellant has no case to meet. I did not take this to mean that counsel was suggesting that the Court should, on that basis alone, allow the appeal but that if the Court were to agree with this submission the respondent would have to bear the onus of proof with respect to the facts sought to be proven or any law applicable so as to support the reassessments under appeal.

It is settled law that a taxpayer is entitled to know the assumptions made by the respondent at the time of assessment particularly so because the onus is upon him to demonstrate that the basic assumptions of fact upon which the taxation rested are not capable of supporting the assessment. (See *Johnston v. M.N.R.*, [1948] C.T.C. 195; 3 D.T.C. 1182).

...

I believe this is the approach which should be followed in the case at bar. In my view, the respondent has failed to allege as a fact an ingredient essential to the validity of the reassessment. There is no onus on the appellant to disprove a phantom or non-existent fact or an assumption not made by the respondent.³⁴

[69] Here, the Minister did not plead the necessary assumptions or facts relating the foreign affiliate losses to the safe income of the parent. By failing to demonstrate how the exempt deficits of a foreign affiliate could impact the safe income of a separately incorporated parent, he is missing "an ingredient essential to the validity of the reassessment". There is no evidence in the record and no suggestion that the losses or deficits of the subsidiaries A, B, C, D, E and Inc. were guaranteed by the respondent.

[70] In short, it was open to the Minister to plead the necessary facts at trial. He chose not to do so. In my view, it would be unfair to the taxpayer to now give the Minister a second opportunity to establish the validity of the reassessment.

Conclusion

[71] In conclusion, section 55 of the *Income Tax Act* does not expressly require consolidation of the losses of one foreign subsidiary with the exempt surpluses of other foreign subsidiaries. The appellant's interpreta-

essentiels au maintien des cotisations; par conséquent, l'appelante n'a rien à démontrer pour réfuter une preuve inexistante. À mon avis, cela ne signifie pas que la Cour devrait accueillir l'appel pour cette seule raison, mais que, si la Cour est d'accord avec le procureur de l'appelante, l'intimé aurait alors le fardeau de la preuve à l'égard des faits ou des dispositions législatives invoquées à l'appui des nouvelles cotisations en litige.

Il est bien reconnu que le contribuable a le droit de connaître les présomptions de fait sur lesquelles l'intimé se fonde au moment d'établir la cotisation, car c'est le contribuable qui doit démontrer que ces présomptions ne prouvent pas le bien-fondé de la cotisation. (Voir *Johnston c. M.R.N.*, [1948] C.T.C. 195; 3 D.T.C. 1182).

[. . .]

J'estime que ces commentaires s'appliquent en l'espèce. À mon avis, l'intimé n'a pas allégué les faits qui constituent un élément essentiel à la validité de la nouvelle cotisation. L'appelante n'est pas tenue de réfuter un fait inexistant ou une hypothèse que l'intimé n'a pas formulée³⁴.

[69] En l'espèce, le ministre n'a pas plaidé les faits ou hypothèses nécessaires pour établir un lien entre les pertes de la société étrangère affiliée et le revenu sauf de la société mère. En ne démontrant pas comment les déficits exonérés d'une société étrangère affiliée pouvaient avoir une incidence sur le revenu sauf d'une société mère juridiquement indépendante, il lui manque un «élément essentiel à la validité de la nouvelle cotisation». Le dossier ne contient aucun élément démontrant ou suggérant que les pertes ou déficits des sociétés affiliées A, B, C, D, E et Inc. ont fait, de la part de l'intimée, l'objet d'une garantie.

[70] Bref, il était loisible au ministre de plaider les faits nécessaires lors de l'instruction. Il a choisi ne pas le faire. Il serait, d'après moi, injuste envers le contribuable d'accorder maintenant au ministre une deuxième occasion de démontrer le bien-fondé de la nouvelle cotisation.

Conclusion

[71] Pour conclure, l'article 55 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'exige pas expressément que les pertes d'une société étrangère affiliée soient consolidées avec les surplus exonérés d'autres sociétés étrangères

tion of section 55 is not supported by the words of the section and appears to be contrary to the object and spirit of the Act. I would therefore dismiss the appeal with costs.

¹ [1984] 1 S.C.R. 536, at p. 578.

² *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983, at p. 87.

³ For an incisive review, see Brian J. Arnold, "Statutory Interpretation: Some Thoughts on Plain Meaning," *Fiftieth Annual Tax Conference*, Toronto: Canadian Tax Foundation, 1998 (publication forthcoming).

See also "Interpreting the *Income Tax Act*: Towards a Pragmatic Approach", 1999 (unpublished paper).

⁴ [1994] 2 S.C.R. 312, at pp. 326-327.

⁵ [1996] 1 S.C.R. 963, at pp. 976-977.

⁶ Reasons of the Tax Court, at para. 44 [at pp. 2222-2223]. The reasons of the Tax Court are reported at [1998] 3 C.T.C. 2208. All citations will be to the Tax Court's paragraph numbering.

⁷ *J.F. Newton Ltd. v. Thorne Riddell* (1990), 50 B.L.R. 136 (B.C.S.C.), at p. 149.

⁸ See, e.g., H. Stikeman (ed.) *Canada Tax Service*, Vol. 5 (loose-leaf) (Toronto: De Boo), at p. 55-125 (hereinafter *Canada Tax Service*); *Canadian Tax Reporter*, Don Mills (Ont.): CCH Canadian Ltd., at para. 7986.

⁹ In this case a proper understanding of s. 55(2) is informed by reference to s. 113 of the ITA, which attempts to avoid double taxation of intra-corporate dividends. That section reads as follows:

113. (1) Where in a taxation year a corporation resident in Canada has received a dividend on a share owned by it of the capital stock of a foreign affiliate of the corporation, there may be deducted from the income for the year of the corporation for the purpose of computing its taxable income for the year, an amount equal to the aggregate of

(a) an amount equal to such portion of the dividend as is prescribed to have been paid out of the exempt surplus, as defined by regulation (in this Part referred to as "exempt surplus") of the affiliate;

The purpose of s. 113 is to avoid double taxation. S. 55 was enacted with s. 113 in mind, because corporations were using s. 113 to strip gains from foreign affiliates and avoid tax altogether.

¹⁰ See *Canada Tax Service*, *supra* note 8, at p. 55-125.

¹¹ *Canada v. Nassau Walnut Investments Inc.*, [1997] 2 F.C. 279 (C.A.), at p. 287, para. 6 (hereinafter *Walnut Investments*).

affiliées. L'interprétation que l'appelante propose de l'article 55 n'est pas appuyée par les termes de cette disposition et paraît contraire à la fois à l'objet et à l'esprit de la Loi. Je suis donc d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

¹ [1984] 1 R.C.S. 536, à la p. 578.

² *Construction of Statutes*, 2^e éd. Toronto: Butterworths, 1983, à la p. 87.

³ Pour un examen critique, voir Brian J. Arnold, «Statutory Interpretation: Some Thoughts on Plain Meaning», *50^e Conférence annuelle sur la fiscalité*, Toronto: Association canadienne d'études fiscales, 1998 (en cours de publication).

Voir également «Interpreting the *Income Tax Act*: Towards a Pragmatic Approach», 1999 (monographie non publiée).

⁴ [1994] 2 R.C.S. 312, aux p. 326 et 327.

⁵ [1996] 1 R.C.S. 963, aux p. 976 et 977.

⁶ Par. 44 des motifs de la Cour de l'impôt [aux p. 2222 et 2223]. Les motifs de la Cour de l'impôt sont rapportés dans [1998] 3 C.T.C. 2208. Tous les renvois suivent la même numérotation des paragraphes que la Cour de l'impôt.

⁷ *J.F. Newton Ltd. v. Thorne Riddell* (1990), 50 B.L.R. 136 (C.S. C.-B.), à la p. 149.

⁸ Voir, p. ex., H. Stikeman (ouvrage collectif) *Canada Tax Service*, vol. 5 (feuillets mobiles) (Toronto: De Boo), à la p. 55-125 (ci-après cité sous la forme *Canada Tax Service*); *Canadian Tax Reporter*, Don Mills (Ont.): CCH Canadian Ltd., au par. 7986.

⁹ En l'espèce, pour bien comprendre l'art. 55(2), il faut se référer à l'art. 113 de la LIR, qui vise à éviter la double imposition des dividendes entre sociétés affiliées d'un même groupe. Cette disposition prévoit que:

113. (1) Lorsque, dans une année d'imposition, une corporation résidant au Canada a reçu un dividende sur une action qui lui appartenait dans le capital-actions d'une corporation étrangère affiliée de la corporation, il peut être déduit du revenu de la corporation pour l'année, aux fins du calcul de son revenu imposable pour l'année, une somme égale au total des sommes suivantes:

a) un montant égal à la fraction du dividende qui, selon les prescriptions, a été payé sur le surplus exonéré, selon la définition qu'en donne le règlement (appelé dans la présente Partie le surplus exonéré) de la corporation affiliée;

L'art. 113 a pour objet d'éviter la double imposition. L'art. 55 a été édicté en raison même de cet art. 113 qui permettait aux sociétés de dépouiller les gains de sociétés étrangères affiliées et d'éviter que ces sommes soient imposées.

¹⁰ Voir *Canada Tax Service*, *supra*, note 8, à la p. 55-125.

¹¹ *Canada c. Nassau Walnut Investments Inc.*, [1997] 2 C.F. 279 (C.A.), à la p. 287, par. 6 (ci-après cité sous l'appellation *Walnut Investments*).

¹² For a similar review, see *Canada v. Placer Dome Inc.*, [1997] 1 F.C. 780 (C.A.), at pp. 785-786, para. 5 (hereinafter *Placer Dome*).

¹³ See, e.g.: Mark D. Brender, "The Taxation of Corporate Reorganizations: Subsection 55(2): Part 2" (1997), 45 *Can. Tax J.* 806, at pp. 807-808.

¹⁴ *Placer Dome*, *supra*, note 12, at p. 786, para. 6.

¹⁵ *Walnut Investments*, *supra*, note 11, at p. 292, para. 17.

¹⁶ *Placer Dome*, *supra*, note 11, at p. 792, para. 18.

¹⁷ Judgment on appeal, at paras. 5-12 [at pages 2210-2212].

¹⁸ Judgment on appeal, at para. 46 [at p. 2223].

¹⁹ Mark D. Brender, "The Taxation of Corporate Reorganizations: Subsection 55(2): Part 2" (1997), 45 *Can. Tax J.* 806, at p. 819. At p. 824 the author explains why he feels that the losses of a subsidiary should only be calculated if the parent is liable for them, writing that:

I question whether it is fair to state that the losses of a subsidiary *generally* reduce the safe income on hand of the parent corporation. In many cases, it would seem more appropriate to state that safe income should be computed as an aggregation of positive amounts. Under this approach, safe income on hand of a parent corporation would not be reduced by the losses or deficit of a subsidiary, except to the extent that the parent has guaranteed the losses of the subsidiary or is otherwise obligated to fund those losses. For example, assume that a parent corporation has \$1 million of safe income and its subsidiary has a \$1 million deficit and nominal capital. If the parent has not guaranteed the losses of the subsidiary, any value assigned to the shares of the parent will be reasonably attributable to safe income. In these circumstances, the losses of the subsidiary should not be applied to reduce the parent's safe income to zero. To do so would, in effect, suggest that the subsidiary's value is less than zero. Although the subsidiary's shares are worthless, in many cases it would be incorrect to state that they have a negative value, especially where the parent could simply abandon the subsidiary before the sale of its own shares. [Italics in original, underlining added.]

The author draws a broad conclusion, that it would be incorrect to view subsidiary's losses as being of "negative value." The author does concede, however, that in some cases losses of the subsidiary for which the parent is not liable will affect the safe income in the parent. At the end of the day the question is a factual one: what is the value of the safe income in the parent's shares? Put another way, how would a reasonable, informed purchaser of the parent's shares factor the subsidiary's losses into the purchase price?

¹² Pour une analyse analogue, voir *Canada c. Placer Dome Inc.*, [1997] 1 C.F. 780 (C.A.), aux p. 785 et 786, par. 5 (ci-après cité sous l'appellation de *Placer Dome*).

¹³ Voir, p. ex., Mark D. Brender, «The Taxation of Corporate Reorganizations: Subsection 55(2): Part 2» (1997), 45 *Rev. fisc. can.* 806, aux p. 807 et 808.

¹⁴ *Placer Dome*, *supra*, note 12, à la p. 786, par. 6.

¹⁵ *Walnut Investments*, *supra*, note 11, à la p. 292, par. 17.

¹⁶ *Placer Dome*, *supra*, note 11, à la p. 792, par. 18.

¹⁷ Jugement en appel, aux par. 5 à 12 [aux p. 2210 à 2212].

¹⁸ Jugement en appel, au par. 46 [à la p. 2223].

¹⁹ Mark D. Brender, «The Taxation of Corporate Reorganizations: Subsection 55(2): Part 2» (1997), 45 *Rev. fisc. can.* 806, à la p. 819. À la p. 824, l'auteur explique pourquoi il estime que les pertes d'une société affiliée ne devraient entrer en ligne de compte que si la société mère peut être tenue de les assumer. Il s'exprime en ces termes:

[TRADUCTION] Je me demande s'il est juste de dire que les pertes d'une société affiliée réduisent *en général* le revenu sauf en mains de la société mère. Souvent, il semblerait plus juste de dire que le revenu sauf devrait être calculé en tant qu'agrégat de chiffres positifs. Dans le cadre de cette démarche, le revenu sauf en mains d'une société mère ne peut être amputé des pertes ou déficits d'une société affiliée, sauf dans la mesure où la société mère s'est portée garante des pertes de la société affiliée ou si elle se voit tenue elle-même de les financer. À supposer, par exemple, qu'une société mère ait un revenu sauf de 1 million de dollars et que sa société affiliée ait un déficit de 1 million de dollars et un capital insignifiant. Si la société mère n'a pas garanti le remboursement des pertes de la société affiliée, toute valeur assignée aux actions de la société mère pourrait raisonnablement être considérée comme attribuable au revenu sauf. En pareilles circonstances, les pertes de la société affiliée ne devraient pas servir à réduire à néant le revenu sauf de la société mère. Ce serait dire, en fait, que la valeur de la société affiliée est inférieure à zéro. Bien que les actions de la société affiliée n'aient aucune valeur, il serait dans de nombreux cas inexact de dire qu'elles ont une valeur négative, surtout lorsque la société mère a la possibilité d'abandonner purement et simplement la société affiliée avant de mettre en vente ses propres actions. [Les italiques se trouvaient déjà dans l'original, mais non les soulignements.]

L'auteur parvient à une conclusion générale selon laquelle il serait faux de dire que les pertes d'une société affiliée ont une «valeur négative». L'auteur reconnaît, cependant, que dans certains cas, les pertes d'une société affiliée dont n'est cependant pas responsable la société mère affecteront tout de même le revenu sauf de celle-ci. En dernière analyse, il s'agit d'une question de fait: quelle valeur attribue-t-on au revenu sauf lors de l'évaluation des actions de la société mère? Autrement dit, comment un acheteur raisonnable et bien informé analyserait-il, pour calculer la valeur des actions de la société mère, les pertes de la société affiliée?

²⁰ *Id.*, at p. 824.

²¹ See, e.g., Robert Read, "Section 55: A Review of Current Issues." *Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference* (Toronto: Canadian Tax Foundation, 1988).

²² See, e.g., Kirsten Richter, "The removal of accrued gains in capital stock holdings through use of 'safe income'" (1991), 39 *Can. Tax J.* 1349.

²³ For a good example of the kind of consideration in question, see *Trico Industries Ltd. v. Canada*, [1994] 2 C.T.C. 2058 (T.C.C.).

²⁴ Mark D. Brender, "The Taxation of Corporate Reorganizations: Subsection 55(2): Part 2" (1977), 45 *Can. Tax J.* 806, at p. 824.

²⁵ Reasons of the Tax Court, at para. 46 [at p. 2223].

²⁶ [1997] 1 F.C. 780 (C.A.).

²⁷ [1997] 2 F.C. 279 (C.A.).

²⁸ [1985] 2 S.C.R. 46.

²⁹ See P. W. Hogg and J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law*, Scarborough (Ont.): Carswell, 1995, s. 19.5(a)(ii) "Taxation of Corporations", at p. 424.

³⁰ [1997] 3 C.T.C. 3053 (T.C.C.).

³¹ *Id.*, at p. 3068.

³² See *Crown Forest Industries Ltd. v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 802, at p. 823.

³³ [1986] 1 CTC 2288 (T.C.C.).

³⁴ *Id.*, at pp. 2289-2290.

²⁰ *Id.*, à la p. 824.

²¹ Voir, p. ex., Robert Read, «Section 55: A Review of Current Issues». *Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference* (Toronto: L'Association canadienne d'études fiscales, 1988).

²² Voir, p. ex., Kirsten Richter, «The removal of accrued gains in capital stock holdings through use of "safe income"». (1991), 39 *Rev. fisc. can.* 1349.

²³ Voir *Trico Industries Ltd. c. Canada*, [1994] 2 C.T.C. 2058 (C.C.I.), à titre d'exemple de ce genre de considération.

²⁴ Mark D. Brender, «The Taxation of Corporate Reorganizations: Subsection 55(2): Part 2» (1977), 45 *Rev. fisc. can.* 806, à la p. 824.

²⁵ Par. 46 des motifs de la Cour de l'impôt [à la p. 2223].

²⁶ [1997] 1 C.F. 780 (C.A.).

²⁷ [1997] 2 C.F. 279 (C.A.).

²⁸ [1985] 2 R.C.S. 46.

²⁹ Voir P. W. Hogg et J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law*, Scarborough (Ont.): Carswell, 1995, art. 19.5a(ii) «Taxation of Corporations», à la p. 424.

³⁰ [1997] 3 C.T.C. 3053 (C.C.I.).

³¹ *Id.*, à la p. 3068.

³² Voir *Crown Forest Industries Ltd. c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 802, à la p. 823.

³³ [1986] 1 CTC 2288 (C.C.I.).

³⁴ *Id.*, aux p. 2289 et 2290.