

A-782-82

A-782-82

**The Queen (Appellant)**

v.

**Canada Southern Railway Company (Respondent)**

INDEXED AS: CANADA SOUTHERN RAILWAY CO. v. R. (F.C.A.)

Court of Appeal, Heald, Ryan and Stone JJ.—  
Ottawa, October 17 and 18, 1985 and February 5,  
1986.

*Income tax — Non-residents — Whether amounts credited as dividends by Canadian company to non-resident company exempt from non-resident tax — Whether amounts could reasonably be attributed to business — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 2(3), 115(1)(a)(i),(ii), 212(2), 215(1) — Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, ss. 2(1),(2), 31(1) (as am. by S.C. 1960, c. 43, s. 6(1)), 106(1) — Income Tax Regulations, SOR/54-682, s. 805(1) (as am. by SOR/57-4; SOR/69-631).*

The respondent, a corporation resident in Canada, owned railway property ("the system") in Canada, including connections with U.S. lines. The respondent's system was operated by The Penn Central Transportation Company ("Penn Central") pursuant to a lease, acquired by a merger and previous leases, which provided that the yearly rental was to be the amount of money necessary to insure that the respondent could declare and pay a dividend of \$3 a share on its issued stock. However, since Penn Central directly or indirectly owned a substantial amount of the respondent's outstanding shares, more than half of the dividends were payable to it. In recognition of that fact, a waiver agreement, entered into between Penn Central's predecessors in title and the respondent, provided, in effect, that Penn Central would only pay the difference between the rent owed to the respondent and the dividends payable, directly or indirectly, to itself. This difference would be an amount sufficient to enable the respondent to pay the dividends payable to outside shareholders.

The Minister considered, for the purposes of the respondent's 1972 and 1973 taxation years, that the amounts that the respondent credited to Penn Central on account of dividends were taxable pursuant to subsection 212(2) of the *Income Tax Act* and that the respondent therefore should have withheld and remitted the appropriate amounts of tax owed by Penn Central. The Minister assessed the respondent accordingly.

On appeal from that assessment, the Trial Judge found that the dividends could reasonably be attributed to the business carried on by Penn Central in Canada and were amounts taxable under Part I, rather than Part XIII of the Act. He consequently vacated the Minister's assessments.

This is an appeal from that judgment.

*Held*, the appeal should be allowed.

**La Reine (appelante)**

c.

**Canada Southern Railway Company (intimée)**

RÉPERTORIÉ: CANADA SOUTHERN RAILWAY CO. c. R. (C.A.F.)

b Cour d'appel, juges Heald, Ryan et Stone—  
Ottawa, 17 et 18 octobre 1985 et 5 février 1986.

*Impôt sur le revenu — Non-résidents — Les montants portés au crédit d'une compagnie non résidante par une compagnie canadienne au titre de dividendes sont-ils exempts de l'impôt sur le revenu de non-résidents? — Ces montants pouvaient-ils raisonnablement être attribués à l'entreprise exercée au Canada? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 2(3), 115(1)a)(i),(ii), 212(2), 215(1) — Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, art. 2(1),(2), 31(1) (mod. par S.C. 1960, chap. 43, art. 6(1)), 106(1) — Règlement de l'impôt sur le revenu, DORS/54-682, art. 805(1) (mod. par DORS/57-4; DORS/69-631).*

L'intimée, une corporation résidant au Canada, était propriétaire d'installations ferroviaires («le réseau») au Canada, dont des branchements avec des lignes américaines. Le réseau de l'intimée était exploité par The Penn Central Transportation Company («Penn Central») conformément à un bail, acquis grâce à une fusion et à des baux antérieurs, qui prévoyait que le loyer annuel devrait être le montant requis pour permettre à l'intimée de déclarer et de verser un dividende de 3 \$ sur chaque action émise du capital-actions. Toutefois, étant donné que Penn Central était propriétaire directement ou indirectement d'une partie importante des actions en circulation de l'intimée, plus de la moitié des dividendes lui étaient payables. En reconnaissance de ce fait, les propriétaires antérieurs de Penn Central et l'intimée ont conclu un acte de renonciation qui prévoyait, en fait, que Penn Central ne payerait que la différence entre le loyer payable à l'intimée et les dividendes payables, directement ou indirectement, à elle-même. Cette différence suffisait à permettre à l'intimée de verser les dividendes payables aux autres actionnaires.

Le Ministre a considéré que, pour les années d'imposition 1972 et 1973 de l'intimée, les montants qu'elle avait portés au crédit de Penn Central au titre de dividendes étaient imposables en vertu du paragraphe 212(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et que l'intimée aurait donc dû retenir les montants d'impôt exigible de Penn Central et les remettre au receveur général. Le Ministre a cotisé l'intimée en conséquence.

i En appel de cette cotisation, le juge de première instance a statué que les dividendes pouvaient raisonnablement être attribués à l'entreprise exploitée par Penn Central au Canada et étaient imposables en vertu de la Partie I et non pas de la Partie XIII de la Loi. Il a donc annulé les cotisations établies par le Ministre.

j C'est ce jugement qui a été porté en appel.

*Arrêt*: l'appel devrait être accueilli.

The issue is whether the amounts credited as dividends by Canada Southern to Penn Central are exempt from non-resident tax under Part XIII of the Act by virtue of the exemption provided by subsection 805(1) of the Regulations.

The words in Regulation 805(1) "except those amounts that may reasonably be attributed to the business carried on by him in Canada" are not so clear as not to require interpretation: "reasonably attributed" in what sense? The respondent argues that the critical issue is not whether, as a matter of law, the source of the dividends was "business" or "property", but whether, as a matter of fact, the dividends could reasonably be attributed to the business. This argument is rejected because it is essential to determine the purpose and meaning of Regulation 805(1). A review of the legislative history of Regulation 805(1) leads to the conclusion that it was intended to exempt only income from the business carried on by a non-resident person in Canada, and not income from property even if it could be attributed to the business in a broad sense. And even apart from that legislative history, subsection 2(3), section 115, and Part XIII of the Act, and Regulation 805(1), when considered together, indicate an intention to exempt from taxation amounts that would otherwise fall within Part XIII if they would also be subject to taxation under Part I by virtue of falling within subparagraph 115(1)(a)(ii) of the Act.

There remains the question of whether the dividends could be regarded as income from Penn Central's railroad business in Canada. Penn Central carried on its own railway business in Canada, using the railroad property owned by the respondent. The respondent did not carry on business at all during 1972 and 1973; its income came from property rentals. For the purposes of the Act, therefore, the source of the dividends was the respondent's shares, and the shares were property.

And it is not possible, on the facts, to hold that the shares themselves constituted a fund employed and risked in a business.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Canada Safeway Limited v. The Minister of National Revenue*, [1957] S.C.R. 717; *Bank Line Ltd. v. Commissioners of Inland Revenue* (1974), 49 T.C. 307 (Sess.)

##### DISTINGUISHED:

*Liverpool and London and Globe Insurance Company v. Bennett*, [1913] A.C. 610 (H.L.).

##### REFERRED TO:

*Wertman, Henry v. Minister of National Revenue*, [1965] 1 Ex.C.R. 629; *R. v. Marsh & McLennan, Limited*, [1984] 1 F.C. 609 (C.A.); *The Queen v. Ensite Limited, (No. 1)* (1983), 83 DTC 5315 (F.C.A.).

La question est de savoir si les montants portés au crédit de Penn Central par Canada Southern au titre de dividendes sont exempts de l'impôt sur le revenu de non-résidents prévu par la Partie XIII de la Loi en raison de l'exemption prévue par le paragraphe 805(1) du Règlement.

<sup>a</sup> Les mots suivants du paragraphe 805(1) du Règlement «sauf les montants qui peuvent raisonnablement être attribués à l'entreprise qu'elle exerce au Canada» ne sont pas clairs au point de se passer d'interprétation: «raisonnablement attribués», mais dans quel sens? L'intimée soutient que la question cruciale n'est pas de savoir si, sur le plan du droit, les dividendes provenaient d'une «entreprise» ou de «biens», mais de savoir si, au niveau des faits, les dividendes pouvaient raisonnablement être attribués à l'entreprise. Cet argument a été rejeté, car il est essentiel de préciser le but et le sens du paragraphe 805(1) du Règlement. L'étude de l'évolution sur le plan législatif du paragraphe 805(1) du Règlement amène à conclure qu'il visait à exempter seulement le revenu tiré des affaires exercées par la personne ne résidant pas au Canada, et non pas le revenu tiré de biens même s'il pouvait être attribué aux affaires dans un sens large. Et même en dehors de leur évolution sur le plan législatif, le paragraphe 2(3), l'article 115 et la Partie XIII de la Loi ainsi que le paragraphe 805(1) du Règlement manifestent, pris ensemble, l'intention d'exempter de l'imposition des montants qui autrement seraient visés par la Partie XIII s'ils étaient également imposables en vertu de la Partie I parce qu'ils entrent dans le champ d'application du sous-alinéa 115(1)(a)(ii) de la Loi.

<sup>e</sup> Il reste la question de savoir si les dividendes pouvaient être considérés comme un revenu tiré de l'entreprise ferroviaire exercée par Penn Central au Canada. Penn Central exploitait sa propre entreprise ferroviaire au Canada, en utilisant les installations ferroviaires qui appartenaient à l'intimée. Celle-ci n'a pas exploité d'affaires du tout au cours des années 1972 et 1973; ses revenus provenaient des installations qu'elle louait. Pour l'application de la Loi, par conséquent, les dividendes provenaient des actions de l'intimée et les actions étaient des biens.

<sup>g</sup> Et d'ailleurs, les faits ne permettent pas de soutenir que les actions elles-mêmes constituaient un fonds employé et risqué dans une entreprise.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Canada Safeway Limited v. The Minister of National Revenue*, [1957] R.C.S. 717; *Bank Line Ltd. v. Commissioners of Inland Revenue* (1974), 49 T.C. 307 (Sess.).

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Liverpool and London and Globe Insurance Company v. Bennett*, [1913] A.C. 610 (H.L.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Wertman, Henry v. Minister of National Revenue*, [1965] 1 R.C.É. 629; *R. c. Marsh & McLennan, Limited*, [1984] 1 C.F. 609 (C.A.); *La Reine c. Ensite Limited, (n° 1)* (1983), 83 DTC 5315 (C.A.F.).

## COUNSEL:

*Deen C. Olsen and Bonnie F. Moon* for appellant.  
*Franklyn E. Cappell* for respondent.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Kingsmill, Jennings, Toronto*, for respondent.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

RYAN J.: This is an appeal by the Crown from a judgment of the Trial Division [[1982] CTC 278] allowing an appeal by the respondent, The Canada Southern Railway Company ("Canada Southern") from assessments made by the Minister of National Revenue ("the Minister") under the *Income Tax Act* [R.S.C. 1952, c. 148 (as am. by S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 1)] ("the Act") with respect to Canada Southern's 1972 and 1973 taxation years.

During those years Canada Southern, a corporation resident in Canada, credited to The Penn Central Transportation Company ("Penn Central"), a non-resident person, amounts on account of dividends. The position taken by the Minister, in making the assessments, was that Penn Central, as a non-resident person, was liable under subsection 212(2) of the Act to pay an income tax on those amounts, and that Canada Southern was under a duty, by virtue of subsection 215(1) of the Act, to deduct or withhold the amounts of tax and to remit them to the Receiver General of Canada on behalf of Penn Central. Subsections 212(2) and 215(1) fall within Part XIII of the Act which is headed: "TAX ON INCOME FROM CANADA OF NON-RESIDENT PERSONS". The Minister assessed Canada Southern for the amounts it ought, in the Minister's view, to have withheld and remitted, together with interest and penalties. Canada Southern appealed to the Trial Division.

Canada Southern submitted that Penn Central was not liable to pay income tax under subsection 212(2) of the Act because Penn Central carried on

## AVOCATS:

*Deen C. Olsen et Bonnie F. Moon* pour l'appelante.  
*Franklyn E. Cappell* pour l'intimée.

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelante.  
*Kingsmill, Jennings, Toronto*, pour l'intimée.

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

LE JUGE RYAN: Il s'agit d'un appel formé par la Couronne contre une décision de la Division de première instance [[1982] CTC 278] accueillant un appel interjeté par l'intimée, The Canada Southern Railway Company («Canada Southern»), à l'encontre de cotisations établies par le ministre du Revenu national («le Ministre») en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.R.C. 1952, chap. 148 (mod. par S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 1)] («la Loi») pour les années d'imposition 1972 et 1973 de Canada Southern.

Au cours de ces années, Canada Southern, une corporation résidant au Canada, a porté au crédit de The Penn Central Transportation Company («Penn Central»), une personne non résidente, des montants au titre de dividendes. La position adoptée par le Ministre, en établissant les cotisations, était que Penn Central, à titre de personne non résidente, était tenue en vertu du paragraphe 212(2) de la Loi de payer un impôt sur le revenu sur ces montants, et que Canada Southern avait l'obligation, en vertu du paragraphe 215(1) de la Loi, de déduire ou de retenir les montants d'impôt exigible et de les remettre au receveur général du Canada au nom de Penn Central. Les paragraphes 212(2) et 215(1) se trouvent dans la Partie XIII de la Loi, qui s'intitule: «IMPÔT SUR LE REVENU DE PERSONNES NON RÉSIDANTES PROVENANT DU CANADA». Le Ministre a cotisé Canada Southern pour des montants que, de l'avis du Ministre, elle aurait dû retenir et remettre, en plus des intérêts et des pénalités. Canada Southern a interjeté appel à la Division de première instance.

Canada Southern a soutenu que Penn Central n'était pas tenue de payer l'impôt sur le revenu en vertu du paragraphe 212(2) de la Loi parce que

business in Canada during the taxation years in question, and the amounts credited to it could reasonably be attributed to that business; the amounts in question, it was submitted, were thus within the exemption provided by subsection 805(1) of the *Income Tax Regulations* [SOR/54-682 (as am. by SOR/69-631, s. 1)]. Regulation 805(1) provided:

805. (1) Where a non-resident person carries on business in Canada he shall be taxable under Part III [Part XIII] of the Act on all amounts otherwise taxable under that Part except those amounts that may reasonably be attributed to the business carried on by him in Canada.

As noted above, Canada Southern succeeded before the Trial Division. The issue in this appeal is whether the amounts credited as dividends by Canada Southern to Penn Central are exempt from non-resident income tax under Part XIII of the Act by virtue of the exemption provided by subsection 805(1) of the *Income Tax Regulations*.

It may be as well to quote subsection 212(2) and subsection 215(1) of the Act, the subsections on which the Minister relied.

Subsection 212(2) provides:

212. ...

(2) Every non-resident person shall pay an income tax of 25% on every amount that a corporation resident in Canada pays or credits, or is deemed by Part I to pay or credit, to him as, on account or in lieu of payment of, or in satisfaction of a taxable dividend (other than a capital gains dividend within the meaning assigned by subsection 131(1) or 133(7.1)) or a capital dividend.

Subsection 215(1) provides:

215. (1) When a person pays or credits or is deemed to have paid or credited an amount on which an income tax is payable under this Part, he shall, notwithstanding any agreement or any law to the contrary, deduct or withhold therefrom the amount of the tax and forthwith remit that amount to the Receiver General of Canada on behalf of the non-resident person on account of the tax and shall submit therewith a statement in prescribed form.

It is not in issue that the effective rate for the 1972 and 1973 taxation years was 15 per cent. The reason for this need not be examined.

Penn Central exploitait une entreprise au Canada durant les années d'imposition en question, et que les montants portés au crédit de celle-ci pouvaient raisonnablement être attribués à cette entreprise; il a été allégué que les montants en question étaient visés par l'exemption prévue par le paragraphe 805(1) du *Règlement de l'impôt sur le revenu* [DORS/54-682 (mod. par DORS/69-631, art. 1)]. Ce paragraphe prévoit que:

805. (1) Lorsqu'une personne non résidente exerce des opérations au Canada, elle est imposable en vertu de la Partie III [Partie XIII] de la Loi sur tous les montants autrement imposables en vertu de ladite Partie, sauf les montants qui peuvent raisonnablement être attribués à l'entreprise qu'elle exerce au Canada.

Ainsi que je l'ai déjà mentionné, Canada Southern a obtenu gain de cause devant la Division de première instance. La question sur laquelle porte le présent appel est de savoir si les montants portés au crédit de Penn Central par Canada Southern au titre de dividendes sont exempts de l'impôt sur le revenu de non-résidents prévu par la Partie XIII de la Loi en vertu de l'exemption prévue par le paragraphe 805(1) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*.

Il serait peut-être bon de citer le paragraphe 212(2) et le paragraphe 215(1) de la Loi, sur lesquels se fonde le Ministre.

Le paragraphe 212(2) prévoit que:

212. ...

(2) Toute personne non résidente paie un impôt sur le revenu de 25% sur toute somme qu'une corporation résidant au Canada lui paie ou porte à son crédit ou est réputée, selon la Partie I, lui payer ou porter à son crédit, au titre ou en paiement intégral ou partiel d'un dividende imposable (autre qu'un dividende provenant de gains en capital, au sens que donne à cette expression le paragraphe 131(1) ou 133(7.1)) ou d'un dividende en capital.

Le paragraphe 215(1) prévoit que:

215. (1) Lorsqu'une personne verse ou crédite ou est réputée avoir versé ou crédité une somme sur laquelle un impôt sur le revenu est exigible en vertu de la présente Partie, elle doit, nonobstant toute disposition contraire d'une convention ou d'une loi, en déduire ou en retenir le montant de l'impôt et le remettre immédiatement au receveur général du Canada au nom de la personne non résidente, à valoir sur l'impôt, et l'accompagner d'un état en la forme prescrite.

On ne conteste pas que le taux réel pour les années d'imposition 1972 et 1973 était de 15%. Il n'est pas nécessaire d'en examiner la raison.

Canada Southern owned railway property in Canada at all times material to this appeal. The Trial Judge describes the property in this way [at page 279]:

... a railway line running north of Lake Erie between the Detroit River and the Niagara River along with a number of branch lines in Canada and appurtenant facilities including most notably, connections with US lines at or near Detroit, Niagara Falls and Buffalo, a railway tunnel under the Detroit River and a bridge across the Niagara River. . . .

I will refer to this property as the "railroad property".

The Michigan Central Railroad Company ("Michigan Central") operated the railroad property for some 21 years from 1882 to 1903 under an agreement with Canada Southern. In 1903, Canada Southern leased the railroad property to Michigan Central for a term of 999 years, effective January 1, 1904 ("the 1903 lease"). A railroad lease is very different from a conventional lease. Under the 1903 lease, the management of the railroad property was effectively transferred to Michigan Central: the business of the line became the business of Michigan Central. The rental was to be the amount of money necessary to insure that Canada Southern could declare and pay a dividend of \$3 a share on its issued stock. There were 150,000 shares outstanding so that the annual rent was in effect \$450,000. Michigan Central owned some of the Canada Southern shares; others were held by outsiders. Michigan Central was itself a subsidiary of The New York Central Railroad Company ("New York Central"). By 1930, New York Central owned about 99 per cent of Michigan Central stock outstanding.

Effective February 1, 1930, Michigan Central leased—more accurately subleased—the railroad property, along with other properties, to New York Central for a term of 99 years ("the 1930 lease"). Under the lease, Michigan Central also "leased"—again more accurately, I think assigned—to New York Central the Canada Southern shares owned by it; Michigan Central appears, however, to have remained the sharehold-

Canada Southern était propriétaire d'installations ferroviaires au Canada à toutes les époques concernées. Le juge de première instance décrit ainsi ces biens [à la page 279]:

a ... une ligne de chemin de fer au nord du lac Érié, entre la rivière Détroit et la rivière Niagara; elle possède aussi plusieurs lignes secondaires au Canada et des installations connexes notamment, parmi les plus importantes, les branchements avec les lignes américaines près de Détroit, de Niagara Falls et de Buffalo ou dans les environs de ces villes, un tunnel ferroviaire b sous la rivière Détroit et un pont au-dessus de la rivière Niagara ...

Je désignerai ces biens par l'expression les «installations ferroviaires».

c The Michigan Central Railroad Company («Michigan Central») a exploité les installations ferroviaires pendant quelque 21 années, soit de 1882 à 1903, suivant une entente conclue avec Canada Southern. En 1903, Canada Southern a d cédé à bail les installations ferroviaires à Michigan Central pour une durée de 999 ans, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1904 («le bail de 1903»). Un bail d'installations ferroviaires est très différent d'un bail ordinaire. En vertu du bail de 1903, la gestion de e installations ferroviaires a été effectivement transférée à Michigan Central: l'exploitation de la ligne de chemin de fer était devenue l'affaire de Michigan Central. Le prix de location devait être le montant requis pour permettre à Canada Southern f de déclarer et de verser un dividende de 3 \$ sur chaque action émise du capital-actions. Il y avait 150 000 actions en circulation, de sorte que le loyer annuel s'élevait en fait à 450 000 \$. Michigan Central était propriétaire d'un certain nombre g d'actions de Canada Southern; les autres étaient détenues par des tiers. Michigan Central était elle-même une filiale de The New York Central Railroad Company («New York Central»). Vers h 1930, New York Central était propriétaire d'environ 99 % des actions en circulation de Michigan Central.

À compter du 1<sup>er</sup> février 1930, Michigan Central a loué—ou plus exactement a sous-loué—les installations ferroviaires, en plus d'autres biens, à New York Central pour une durée de 99 ans («le bail de 1930»). Selon ce bail, Michigan Central «louait» également—encore plus précisément, je pense, cédait—à New York Central les actions de Canada Southern dont elle était propriétaire; Michigan Central semble toutefois être restée la

er of record of these shares. New York Central agreed in the 1930 lease to pay Michigan Central each year a sum of money that would enable Michigan Central to pay to Canada Southern the rent owing under the 1903 lease. By 1930, Michigan Central had acquired 83,449 shares, 55.6 per cent of the outstanding shares of Canada Southern stock.

Until 1959, Canada Southern declared and paid dividends in the amount of \$450,000 per year to its shareholders. More than half of this amount was payable to New York Central because of the "rental" of the stock and dividends under the 1930 lease; such dividends were paid by cheque by Canada Southern to New York Central. The rental of \$450,000 per year payable by Michigan Central to Canada Southern under the 1903 lease was in fact paid by cheque directly to Canada Southern by New York Central.

On June 26, 1959, New York Central, Michigan Central and Canada Southern entered into an agreement ("the waiver agreement"). By the agreement Canada Southern "waived" payment of part of the cash rental owed it by Michigan Central, and New York Central "waived" payment of the part of the cash dividends declared by Canada Southern payable to New York Central. From then on New York Central paid Canada Southern in cash an amount equal to the difference between the rent of the \$450,000 payable by Michigan Central to Canada Southern and the dividends declared by Canada Southern and payable to New York Central; this difference would be an amount sufficient to enable Canada Southern to pay dividends declared in favour of and payable to outside shareholders. The waiver agreement provided that the agreement should be deemed to be in compliance with the 1903 lease. The agreement could be terminated on short notice. The waiver agreement is set out in a letter which New York Central wrote to Canada Southern and Michigan Central, a letter quoted by the learned Trial Judge in his reasons [at pages 280-281]. I quote this passage from the letter (New York Central is "the Central" referred to in the letter):

Pursuant to the provisions of the Michigan Central Lease, the Central has paid to the Canada Southern as part of the rental under the Canada Southern Lease the amount of \$450,000 annually (since 1910), being the amount equal to

détentrice enregistrée de ces actions. New York Central a convenu dans le bail de 1930 de verser chaque année à Michigan Central un montant permettant à cette dernière de payer à Canada Southern le loyer dû aux termes du bail de 1903. En 1930, Michigan Central avait acquis 83 449 actions, soit 55.6 % des actions en circulation du capital-actions de Canada Southern.

Jusqu'en 1959, Canada Southern a déclaré et a versé chaque année à ses actionnaires des dividendes s'élevant à 450 000 \$. Plus de la moitié de ce montant était payable à New York Central en raison du «loyer» du capital-actions et des dividendes que prévoyait le bail de 1930; ces dividendes étaient payés par chèque par Canada Southern à New York Central. Le loyer annuel de 450 000 \$ payable par Michigan Central à Canada Southern en vertu du bail de 1903 était de fait payé par chèque directement à Canada Southern par New York Central.

Le 26 juin 1959, New York Central, Michigan Central et Canada Southern ont conclu une entente (ci-après appelée «la renonciation»). Aux termes de l'entente, Canada Southern «renonçait» au paiement d'une partie du loyer en espèces que lui devait Michigan Central, et New York Central «renonçait» au paiement de la partie qui lui était payable des dividendes en espèces déclarés par Canada Southern. À compter de cette date, New York Central a payé à Canada Southern un montant en espèces équivalant à la différence entre le loyer de 450 000 \$ payable par Michigan Central à Canada Southern et les dividendes déclarés par Canada Southern et payables à New York Central; cette différence suffirait à permettre à Canada Southern de verser les dividendes déclarés en faveur des autres actionnaires et payables à ceux-ci. La renonciation prévoyait que l'entente serait réputée conforme au bail de 1903. L'entente pourrait prendre fin à la suite d'un court préavis. La renonciation est formulée dans une lettre de New York Central à Canada Southern et à Michigan Central, lettre citée dans ses motifs par le juge de première instance [aux pages 280 et 281]. J'en extrais le passage suivant (dans la lettre, «Central» désigne New York Central):

[TRADUCTION] En vertu des dispositions du bail de Michigan Central, Central a versé à Canada Southern, à titre de paiement partiel du loyer en vertu du bail de Canada Southern, le montant de 450 000 \$ par an (depuis 1910), ce qui corres-

three per cent per annum upon the 150,000 shares of capital stock of the Canada Southern outstanding. From these payments of rent, the Canada Southern has declared and paid dividends on its stock, which (since 1910) have amounted to \$1.50 per share semi-annually, or an aggregate of \$450,000 annually, equal in other words to the amount of the annual rental payment. Such semi-annual dividends have in the past been made payable during the month following the month in which the semi-annual rental payment is made and it is understood that this practice is expected to continue in the future.

Of the total of 150,000 shares of Canada Southern stock outstanding, 89,163 shares are owned by the Michigan Central, and that company's right, title and interest in and to such stock is held by the Central under the Michigan Central Lease. The Central has accordingly received the dividends declared and paid by the Canada Southern on such stock since the effective date of the Michigan Central Lease.

The result is that the Central is, in effect, paying rent to itself in respect of the portion of rent paid back as dividends the next month.

In order to eliminate such unnecessary circuitry of payments and in order to reflect the true situation more accurately, we propose that, commencing with the rental payment of July 1, 1959, and at each semi-annual payment date thereafter, the Central shall pay, by means of a waive of dividend as below set forth, that portion of the semi-annual rent expressed to be payable under the Canada Southern Lease as shall amount to the product of the number of shares of stock of the Canada Southern owned on the dividend record date by the Michigan Central [and held by the Central under the Michigan Central] Lease times the per share rate (but not in excess of \$1.50) of any semi-annual dividend declared on Canada Southern stock and unpaid, it being understood that appropriate accounting adjustments will be made by the Central, the Michigan Central and the Canada Southern to reflect the transactions in the accounts on this basis effective as of January 1, 1959.

During the period when such portion of the rent is paid by waiver as aforesaid, the Central shall and does hereby waive its right to receive semi-annual dividends (up to \$1.50 per share) which, in each semi-annual period, would otherwise be paid from such rent on the stock of the Canada Southern then owned by the Michigan Central and held by the Central under the Michigan Central Lease.

This arrangement shall be deemed to be in compliance with the provisions of the Canada Southern Lease with respect to the payment of rent thereunder and shall not constitute an amendment or modification of the terms, provisions and conditions of that lease in any way. The arrangement shall continue until terminated by any company party hereto giving to the other parties at least 30 days' written notice prior to the end of any such semi-annual period.

Please signify your concurrences in the foregoing by signing the enclosed copy of this letter in the space provided therefor and return such copy to us.

The Trial Judge states [at page 281]:

pond à trois pour cent par an sur les 150 000 actions du capital-actions en circulation de Canada Southern. Pour ces paiements de loyer, Canada Southern a déclaré et payé des dividendes sur ses actions qui se sont chiffrés (depuis 1910) à 1,50 \$ par semestre et par action, soit un total de 450 000 \$ par an, égal autrement dit au montant du versement de loyer annuel. Ces dividendes semestriels étaient devenus payables pendant le mois consécutif au mois du versement de loyer semestriel, et il est entendu que cette façon de procéder devrait continuer à l'avenir.

Sur ce total de 150 000 actions en circulation de Canada Southern, 89 163 actions appartiennent à Michigan Central, et les droits et titres en *common law* et en *equity* sur ces actions sont détenus par Central en vertu du bail de Michigan Central. Central a, par conséquent, reçu les dividendes déclarés et versés par Canada Southern sur ces actions depuis la date d'entrée en vigueur du bail de Michigan Central.

Central se trouve, de ce fait, dans une situation où elle se verse un loyer à elle-même, pour ce qui est de la portion de loyer rétrocédée à titre de dividendes au cours du mois suivant.

Afin d'éliminer de telles complications de paiement et de refléter la situation de façon plus exacte, nous proposons qu'à compter du paiement de loyer du 1<sup>er</sup> juillet 1959, et par la suite lors de chaque paiement semestriel, Central acquitte, par le biais d'une renonciation aux dividendes, comme il est prévu ci-après, la portion de loyer semestrielle qui est payable en vertu du bail de Canada Southern; celle-ci correspondra au produit du nombre d'actions de Canada Southern appartenant à Michigan Central, à la date d'enregistrement des dividendes, [et détenues par Central conformément au bail de Michigan Central] multiplié par le taux par action (jusqu'à concurrence de 1,50 \$) de tout dividende semestriel déclaré et non payé sur les actions de Canada Southern, étant entendu que les redressements comptables qui s'imposent seront faits par Central, Michigan Central et Canada Southern pour refléter les transactions dans les comptes sur cette base, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1959.

Pendant la période où le versement de cette portion de loyer est couverte par la renonciation comme il a été dit précédemment, Central renonce par les présentes à percevoir les dividendes semestriels (jusqu'à concurrence de 1,50 \$ l'action) qui seraient autrement payés grâce à ce loyer sur les actions de Canada Southern appartenant alors à Michigan Central et détenues par Central, conformément au bail de Michigan Central.

L'entente ci-dessus est réputée conforme aux stipulations du bail de Canada Southern, en ce qui concerne le paiement du loyer y prévu, et elle ne saurait en aucun cas constituer une modification ni un avenant à ses termes. L'entente est maintenue jusqu'à sa résiliation éventuelle par l'une des parties aux présentes, au moyen d'un avis écrit aux autres parties, au moins 30 jours avant la fin de cette période semestrielle.

Prière de signifier votre assentiment aux présentes en signant la copie ci-jointe de cette lettre dans l'espace prévu à cet effet et en nous la renvoyant.

Le juge de première instance ajoute [à la page 281]:

The Plaintiff and Michigan Central concurred. That arrangement was in effect in 1972 and 1973 and, it appears, was applied, in practice, to the shares owned by Penn Central as well as those leased from Michigan Central.

As I read the waiver agreement, the 1903 lease and the 1930 lease remained unaltered by it except as they might relate to the actual payment of sums that would become owing under them. And after the agreement, as before it, New York Central held the Canada Southern shares assigned to it by Michigan Central. I would note that as of 1968 New York Central acquired Canada Southern shares in its own right as well. The effect of the waiver agreement was that the obligation of New York Central to make payments to Michigan Central under the 1930 lease, the obligation of Michigan Central to pay rent to Canada Southern under the 1903 lease, and the obligation of Canada Southern to pay declared dividends to New York Central were all to be satisfied by payment by New York Central to Canada Southern of the sums calculated in the manner specified in the waiver agreement. The purpose of the waiver agreement was to eliminate "unnecessary circuitry of payments" and "to reflect the true situation more accurately".

Mr. Norman Hull testified at the trial. He had been an assistant comptroller of New York Central, and had later served as comptroller and vice-president of Penn Central. There was also extensive documentary evidence. With respect to the effect of the evidence, the Trial Judge said [at page 281]:

The evidence is that neither Michigan Central nor New York Central would have had any interest in acquiring the plaintiff's shares if they had not been renting its system. They acquired shares in the market when the price was such that the reduction in outflow of cash by way of dividends advantageously offset the cost of the purchase money. The primary motivation was reduction of payments to third parties. A secondary motivation was the desire eventually to eliminate all third party interests and to make the plaintiff a wholly owned subsidiary as, in effect, Michigan Central was. The trend to consolidation of ownership into large corporate organizations, as well as the consolidation of operations, through the medium of long term leases, had been a characteristic of the railroad industry in the northeastern United States for about a century and applied in Canada to American operated systems.

The Trial Judge's conclusions, as stated in the above quotation, are supported by the evidence,

La demanderesse et Michigan Central ont signé. Cette entente était en vigueur en 1972 et en 1973 et elle a, semble-t-il, été appliquée aux actions appartenant à Penn Central tout comme à celles qui étaient cédées à bail par Michigan Central.

a Selon mon interprétation de la renonciation, le bail de 1903 et celui de 1930 ne s'en trouvaient pas modifiés, sauf dans la mesure où ils pouvaient se rapporter au paiement réel des sommes qui deviendraient dues en vertu de leurs textes mêmes. Tant b après qu'avant l'entente, New York Central détenait les actions de Canada Southern que lui avait cédées Michigan Central. Je ferais également remarquer qu'à compter de 1968, New York Central c a acquis de son propre chef des actions de Canada Southern. La renonciation avait pour effet que l'obligation de New York Central de faire des versements à Michigan Central en vertu du bail de 1930, l'obligation de Michigan Central de payer un loyer à Canada Southern en vertu du bail de d 1903 et l'obligation de Canada Southern de verser à New York Central des dividendes déclarés devaient toutes être remplies par le versement par e New York Central à Canada Southern des montants calculés de la façon prévue dans la renonciation. Le but de cette renonciation était d'éliminer les «complications de paiement» et «de refléter la situation de façon plus exacte».

f M. Norman Hull a témoigné au procès. Il avait été vérificateur adjoint de New York Central et avait agi plus tard à titre de vérificateur et de vice-président de Penn Central. On a présenté également une preuve documentaire considérable. Quant à la teneur de la preuve, le juge de première g instance a dit [à la page 281]:

D'après la preuve, ni Michigan Central, ni New York Central n'auraient eu intérêt à acheter les actions de la demanderesse si elles n'avaient pas été locataires de son réseau. Elles se sont portées acquéreurs des actions sur le marché lorsque le h prix a atteint un niveau où la réduction des sorties de liquidités à cause des dividendes compensait de façon avantageuse le coût du loyer de l'argent. La motivation première était la diminution des paiements aux tiers, la deuxième, que la société désirait éliminer éventuellement tous les droits des tiers et de faire de la demanderesse une filiale en propriété exclusive comme Michigan Central l'était en fait. La tendance à la consolidation de la i propriété dans les grandes organisations commerciales et à la fusion des exploitations par des baux à long terme, était devenue courante dans l'industrie ferroviaire du nord-est des États-Unis depuis environ un siècle, et, au Canada, elle s'étendait aux réseaux d'exploitation américaine.

j Les conclusions du juge de première instance, rapportées dans la citation ci-dessus, s'appuient sur

particularly that of Mr. Hull. The Trial Judge concluded his reasons in these words [at page 282]:

It was reasonable for Penn Central to regard the dividends credited to it as *de facto* payment to itself of rent it was obliged to pay to carry on its railway business in Canada. It follows that they were amounts that may reasonably be attributed to the business carried on by Penn Central in Canada and were amounts taxable under Part I, rather than Part XIII of the Act.

In his judgment, he vacated the assessments in issue and awarded costs. This is the judgment under appeal.

Before moving to the legal issues, I would add this observation:

On February 1, 1968, New York Central merged with The Pennsylvania Railroad Company to form The Penn Central Transportation Company ("Penn Central"). After the merger, Penn Central was, as the Trial Judge states, in the position that New York Central had previously occupied for purposes relevant to this appeal. In June 1970, pursuant to United States bankruptcy laws, trustees were appointed to take possession of the assets of Penn Central. It would thus, I suppose, be more accurate to refer to the trustees of Penn Central rather than to Penn Central itself when describing events that happened after the appointment of the trustees, but for present purposes nothing turns on this and it is simpler to refer to "Penn Central".

Counsel for the appellant submitted that the Trial Judge erred in holding that the amounts credited by way of dividends by Canada Southern to Penn Central could reasonably be attributed to the business carried on in Canada by Penn Central. Counsel also submitted that the Trial Judge erred in finding, as counsel submitted he had found, that Penn Central was not taxable under Part XIII of the Act, but was taxable under Part I.

Counsel for the respondent submitted that the Trial Judge had not erred in holding that the dividends could reasonably be attributed to the business carried on in Canada by Penn Central.

les témoignages rendus, notamment celui de M. Hull. Le juge de première instance a conclu ses motifs comme suit [à la page 282]:

Il était raisonnable pour Penn Central de considérer les dividendes qui lui étaient crédités comme des paiements de loyer de fait, paiements qu'elle était contrainte à faire si elle voulait exploiter sa ligne de chemin de fer au Canada. Il s'ensuit que ces montants pouvaient raisonnablement être attribués à l'entreprise exploitée par Penn Central au Canada et qu'ils étaient imposables en vertu de la Partie I et non pas de la Partie XIII de la Loi.

Dans son jugement, il a annulé les cotisations en question et accordé les dépens. C'est ce jugement qui a été porté en appel.

Avant de passer aux questions de droit, j'ajoute la présente observation.

Le 1<sup>er</sup> février 1968, New York Central a fusionné avec The Pennsylvania Railroad Company afin de former The Penn Central Transportation Company («Penn Central»). Après la fusion, Penn Central se trouvait, comme le dit le juge de première instance, dans la position que New York Central avait occupée antérieurement pour les fins pertinentes au présent appel. En juin 1970, conformément aux lois américaines sur la faillite, des syndics ont été nommés afin de prendre possession des avoirs de Penn Central. Je suppose qu'il serait alors plus exact de parler des syndics de Penn Central plutôt que de Penn Central elle-même dans la relation des événements qui se sont produits après la nomination des syndics, mais rien ne porte sur cela pour les fins de la présente affaire, et il est plus simple de parler de «Penn Central».

L'avocat de l'appelante a allégué que le juge de première instance a commis une erreur en statuant que les montants portés au crédit de Penn Central par Canada Southern au moyen des dividendes pouvaient raisonnablement être attribués à l'entreprise exercée au Canada par Penn Central. L'avocat a également soutenu que le juge de première instance a commis une erreur en décidant, comme l'a prétendu l'avocat, que Penn Central n'était pas imposable en vertu de la Partie XIII de la Loi mais en vertu de la Partie I.

L'avocat de l'intimée a allégué que le juge de première instance n'avait pas commis d'erreur en statuant que les dividendes pouvaient raisonnablement être attribués à l'entreprise exercée au Canada par Penn Central.

The meaning of the words in issue in this appeal, the words in Regulation 805(1) "except those amounts that may reasonably be attributed to the business carried on by him in Canada", is not, to my mind, so clear as not to require interpretation. The words almost suggest the question: "reasonably attributed" in what sense?

Counsel for the Crown submitted that the answer to this question could best be sought by having regard to the purpose of the exemption provided by Regulation 805(1) as revealed by its legislative history. Counsel submitted that the purpose of Regulation 805(1) is to avoid double taxation or at least to avoid the potential of double taxation. She argued that the amounts made subject to taxation by Part XIII of the Act are, generally speaking, amounts which have their source in property, not in business; they are, therefore, not amounts that would be rendered taxable under Part I by operation of subsection 2(3) of the Act; non-residents are made taxable by subsection 2(3) if they earn income in Canada from being employed in Canada or from carrying on business in Canada; they are not, however, made taxable by the subsection on income from property. It is conceivable, however, that an amount falling within Part XIII, interest or rent, for example, might have its source in business carried on in Canada by a non-resident; in such a case the non-resident would be subject to the possibility of being taxed under both Part I and Part XIII were it not for Regulation 805(1). It is avoidance of this possibility that is the purpose of Regulation 805(1).

Counsel argued that the dividends credited by Canada Southern to Penn Central had their source in property; their source was the Canada Southern shares owned by Penn Central or held by it under assignment, not the railway business carried on by Penn Central in Canada. Not having their source in the business being carried on in Canada, the dividends could not reasonably be attributed to it, however closely they might be associated with it.

Counsel for Canada Southern, on the other hand, submitted in effect that the meaning of the words used in Regulation 805(1) really created

Le sens des mots en litige dans le présent appel, à savoir les mots suivants du paragraphe 805(1) du Règlement «sauf les montants qui peuvent raisonnablement être attribués à l'entreprise qu'elle exerce au Canada», n'est pas clair, selon moi, au point de se passer d'interprétation. Les mots suggèrent presque la question: «raisonnablement attribués» dans quel sens?

L'avocat de la Couronne a soutenu que la meilleure façon de répondre à cette question était d'analyser le but de l'exemption prévue par le paragraphe 805(1) du Règlement, tel qu'il se dégage de son évolution sur le plan législatif. L'avocat a représenté que le paragraphe 805(1) du Règlement vise à éviter la double imposition ou du moins l'éventualité d'une double imposition. Elle a allégué que les montants assujettis à l'imposition par la Partie XIII de la Loi proviennent, en général, de biens, non d'une entreprise; ce ne sont donc pas des montants qui deviendraient imposables en vertu de la Partie I par application du paragraphe 2(3) de la Loi; les non-résidents sont imposables en vertu du paragraphe 2(3) s'ils tirent des revenus au Canada d'un emploi ou d'une entreprise exercés au Canada; ils ne sont cependant pas imposables, en vertu de ce paragraphe, sur le revenu tiré de biens. Il est concevable toutefois qu'un montant visé par la Partie XIII, par exemple des intérêts ou un loyer, puisse provenir d'une entreprise exercée au Canada par un non-résident; dans ce cas, le non-résident serait tenu de payer des impôts en vertu de la Partie I et de la Partie XIII, n'était-ce du paragraphe 805(1) du Règlement. Le paragraphe 805(1) vise donc à éviter cette possibilité.

L'avocat de l'appelante a soutenu que les dividendes portés au crédit de Penn Central par Canada Southern provenaient de biens; ils avaient leur source dans les actions de Canada Southern possédées par Penn Central ou détenues par elle en vertu d'une cession, et non dans l'entreprise ferroviaire exploitée par Penn Central au Canada. Ne provenant pas de l'entreprise exercée au Canada, les dividendes ne pouvaient pas raisonnablement lui être attribués, si étroitement qu'ils aient pu lui être associés.

Par ailleurs, l'avocat de Canada Southern a de fait avancé que le sens des mots utilisés dans le paragraphe 805(1) du Règlement présentait réelle-

little difficulty. He submitted that the test of whether the dividends were made exempt by Regulation 805(1) is simply this: could they reasonably be attributed to the railway business that was unquestionably being carried on by Penn Central in Canada? The Trial Judge found that they could be and were. There is abundant evidence to support his finding. That really is the end of the matter. The critical issue is not whether, as a matter of law, the source of the dividends was "business" or "property", but whether, as a matter of fact, the dividends could reasonably be attributed to the business.

Counsel for the Crown relied to a considerable extent on the legislative history of pertinent sections of the Act and of the Regulations in support of her submission that the purpose of Regulation 805(1) is to avoid double taxation.

In the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148 ("the 1952 Act"), subsections 2(1) and (2) provided:

2. (1) An income tax shall be paid as hereinafter required upon the taxable income for each taxation year of every person resident in Canada at any time in the year.

(2) Where a person who is not taxable under subsection (1) for a taxation year

- (a) was employed in Canada at any time in the year, or
- (b) carried on business in Canada at any time in the year,

an income tax shall be paid as hereinafter required upon his taxable income earned in Canada for the year determined in accordance with Division D.

Subsection (2) is now numbered subsection (3); it is worded somewhat differently, but the difference is not significant for present purposes.

Division D, as it appeared in the 1952 Act, was headed: "TAXABLE INCOME EARNED IN CANADA BY NON-RESIDENTS". It consisted of one section, section 31. Subsection 31(1) read:

31. (1) For the purposes of this Act, a non-resident person's taxable income earned in Canada for a taxation year is

- (a) the part of his income for the year that may reasonably be attributed to the duties performed by him in Canada or the business carried on by him in Canada,

ment peu de difficultés. Il a allégué que, pour déterminer si les dividendes étaient exempts d'impôt par application du paragraphe 805(1), il suffisait de répondre à la question suivante: pouvaient-ils raisonnablement être attribués à l'entreprise ferroviaire qui était incontestablement exploitée par Penn Central au Canada? Le juge de première instance a décidé qu'ils pouvaient l'être et qu'ils l'étaient effectivement. Il existe une preuve abondante à l'appui de sa décision. Cela clôt vraiment la question. La question cruciale n'est pas de savoir si, au point de vue du droit, les dividendes provenaient d'une «entreprise» ou de «biens», mais de savoir si, au niveau des faits, les dividendes pouvaient raisonnablement être attribués à l'entreprise.

L'avocate de la Couronne s'est fondée dans une large mesure sur l'évolution législative des articles pertinents de la Loi et du Règlement qu'elle a invoqués en affirmant que le paragraphe 805(1) du Règlement vise à éviter la double imposition.

Dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, chap. 148 («la Loi de 1952»), les paragraphes 2(1) et (2) prévoyaient que:

2. (1) Un impôt sur le revenu doit être payé, ainsi qu'il est prévu ci-après, sur le revenu imposable, pour chaque année d'imposition, de toute personne résidant au Canada à quelque époque de l'année.

(2) Lorsqu'une personne non imposable en vertu du paragraphe (1) pour une année d'imposition

- a) était employée au Canada à quelque époque de l'année, ou
- b) exerçait une entreprise au Canada à quelque époque de l'année,

un impôt sur le revenu doit être payé, ainsi qu'il est prévu ci-après, sur son revenu imposable gagné au Canada pour l'année, déterminé en conformité de la section D.

Le paragraphe (2) est devenu le paragraphe (3); il est libellé quelque peu différemment, mais la différence n'importe pas en l'espèce.

La Section D, qui apparaissait dans la Loi de 1952, s'intitulait: «REVENU IMPOSABLE GAGNÉ AU CANADA PAR DES NON-RÉSIDENTS». Elle consistait en un article, l'article 31, dont le paragraphe (1) était rédigé ainsi:

31. (1) Pour l'application de la présente loi, le revenu imposable d'une personne non résidente gagné au Canada pour une année d'imposition est

- a) la partie de son revenu pour l'année qui peut être raisonnablement attribuée aux fonctions qu'elle a accomplies au Canada ou aux affaires qu'elle a exercées au Canada,

minus

(b) the aggregate of such of the deductions from income permitted for determining taxable income as may reasonably be considered wholly applicable and of such part of any other of the said deductions as may reasonably be considered applicable.

Part III of the 1952 Act was headed: "TAX ON INCOME FROM CANADA OF NON-RESIDENT PERSONS", the same heading as now applies to Part XIII. Subsection 106(1) provided that "Every non-resident person shall pay an income tax of 15% on every amount that a person resident in Canada pays or credits . . . on account or in lieu of payment of, or in satisfaction of" certain items, including among others, dividends, interest, and rents and royalties, subject, however, to specified limitations.

Subsection 805(1) of the Regulations was first enacted by SOR/54-682, effective January 12, 1955. It provided:

805. (1) Where a non-resident person, other than a registered non-resident insurance company, carries on business in Canada he shall be taxable under Part III of the Act on all amounts otherwise taxable under that Part except such amounts as are included in computing his income for the purpose of Part I of the Act.

Under this Regulation it is clear that an amount that would otherwise fall within Part III as being, for example, a dividend or an interest payment would be exempt from taxation under Part III if it were included in computing his income for the purpose of Part I. Double taxation, at least to this extent, would have been avoided. At this time, a non-resident taxpayer was subject to tax under either Part I or Part III, but not both. I would note, however, that a non-resident might nonetheless, by virtue of deductions or exemptions, escape tax entirely.

The wording of Regulation 805(1) was changed, effective in 1957, by SOR/57-4. As amended, the Regulation read:

805. (1) Where a non-resident person, other than a registered non-resident insurance company, carries on business in Canada he shall be taxable under Part III of the Act on all amounts otherwise taxable under that Part except that part of his income that may reasonably be attributed to the business carried on by him in Canada.

moins

b) l'ensemble des déductions permises sur le revenu, pour établir le revenu imposable, qui peuvent raisonnablement être considérées comme entièrement applicables, et de la partie de toute autre desdites déductions qui peut raisonnablement être considérée comme applicable.

La Partie III de la Loi de 1952 s'intitulait: «IMPÔT SUR LE REVENU PROVENANT DU CANADA DE PERSONNES NON RÉSIDANTES», le même titre s'appliquant maintenant à la Partie XIII. Le paragraphe 106(1) prévoyait que «Toute personne non résidente doit payer un impôt sur le revenu de quinze pour cent sur tout montant qu'une personne résidant au Canada lui paie ou crédite, . . . à compte ou au lieu de paiement ou en acquittement» de certains montants, dont des dividendes, des intérêts, des loyers et des redevances, sous réserve toutefois des limites mentionnées.

Le paragraphe 805(1) du Règlement a d'abord été adopté par DORS/54-682, qui est entré en vigueur le 12 janvier 1955. Il prévoyait que:

805. (1) Lorsqu'une personne non résidente, autre qu'une compagnie d'assurance non résidente enregistrée, exerce des opérations au Canada, elle est imposable en vertu de la Partie III de la Loi sur tous les montants autrement imposables en vertu de ladite Partie, sauf les montants qui sont inclus dans le calcul de son revenu pour l'application de la Partie I de la Loi.

En vertu de ce règlement, il est clair qu'un montant qui autrement serait visé par la Partie III comme étant, par exemple, un dividende ou un paiement d'intérêts serait exempté de l'imposition en vertu de la Partie III s'il était inclus dans le calcul du revenu du contribuable pour l'application de la Partie I. La double taxation serait évitée au moins dans cette mesure. À ce moment-là, un contribuable non résident était assujéti à l'impôt en vertu de la Partie I ou de la Partie III, mais non en vertu des deux. Je souligne toutefois qu'un non-résident pourrait néanmoins, en vertu des déductions ou des exemptions, échapper totalement à l'impôt.

Le texte du paragraphe 805(1) du Règlement a été modifié, à compter de 1957, par DORS/57-4. Une fois modifié, le règlement se lisait comme suit:

805. (1) Lorsqu'une personne non résidente, autre qu'une compagnie d'assurance non résidente enregistrée, exerce des opérations au Canada, elle est imposable en vertu de la Partie III de la Loi sur tous les montants autrement imposables en vertu de ladite Partie, sauf la portion de son revenu qui peut raisonnablement être attribuée à l'entreprise qu'elle exerce au Canada.

A consequence of the change in wording was that the exemption provided by Regulation 805(1), so far as it related to carrying on business in Canada, was expressed in exactly the same words as those used in paragraph 31(1)(a) of the Act. I do not think that a substantive change was intended by this change in the wording of the Regulation. Rather, it appears to me that the intent was to make the purpose of avoiding double taxation even more clear by using the very wording of paragraph 31(1)(a) in the exemption provided by Regulation 805(1).

Section 31 of the Act was amended in 1960 by "An Act to amend the Income Tax Act", S.C. 1960, c. 43. Subsection 6(1) of the amending Act repealed paragraph 31(1)(a) and substituted:

31. (1) ...

(a) his income for the year from all duties performed by him in Canada and all businesses carried on by him in Canada,

It may be worthy to note once again that, before the 1960 amendment, paragraph 31(1)(a) of the Act, as it related to business carried on in Canada, provided that a non-resident's taxable income earned in Canada for a taxation year "is the part of his income for the year that may reasonably be attributed ... to the business carried on by him in Canada". The 1960 amendment replaced these words by the substituted paragraph 31(1)(a), but the words were left unchanged in the Regulation. The very problem central to this appeal lurks in the continuing use of these words in the Regulation: can an amount credited to a non-resident that has its source in property be considered to be an amount that may reasonably be attributed to the business which the non-resident carried on in Canada?

Regulation 805(1) was revoked and replaced in 1969 by SOR/69-631. The substituted Regulation was the one in effect during the taxation years in question in this appeal. I have quoted it earlier in these reasons. I will, however, repeat it here for convenience of reference:

805. (1) Where a non-resident person carries on business in Canada he shall be taxable under Part III [Part XIII] of the

Par suite de cette modification, l'exemption prévue par le paragraphe 805(1) du Règlement, dans la mesure où elle se rapportait à l'exercice d'une entreprise au Canada, était formulée exactement dans les mêmes mots que ceux utilisés à l'alinéa 31(1)a) de la Loi. Je ne crois pas qu'on cherchait à apporter un changement de fond en modifiant le libellé du règlement. Il me semble plutôt qu'on visait à préciser davantage le but poursuivi, c'est-à-dire éviter la double imposition, en utilisant les mots mêmes de l'alinéa 31(1)a) pour l'exemption prévue par le paragraphe 805(1) du Règlement.

L'article 31 de la Loi a été modifié en 1960 par la «Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu», S.C. 1960, chap. 43. Le paragraphe 6(1) de la Loi modificative a abrogé l'alinéa 31(1)a) et l'a remplacé par ce qui suit:

31. (1) ...

a) son revenu pour l'année provenant de toutes les fonctions qu'elle a accomplies au Canada et de toutes les entreprises qu'elle y a exercées,

Il est à noter encore une fois qu'avant la modification de 1960, l'alinéa 31(1)a) de la Loi prévoyait, en ce qui concernait une entreprise exercée au Canada, que le revenu imposable d'une personne non résidente gagné au Canada pendant une année d'imposition est «la partie de son revenu pour l'année qui peut être raisonnablement attribuée ... aux affaires qu'elle a exercées au Canada». La modification de 1960 a remplacé ces mots par le nouvel alinéa 31(1)a), mais ils n'ont pas été modifiés dans le Règlement. Le véritable problème sur lequel porte le présent appel réside dans l'utilisation inchangée de ces mots dans le Règlement: un montant porté au crédit d'une personne non résidente et provenant de biens peut-il être considéré comme un montant qui peut raisonnablement être attribué à l'entreprise que la personne non résidente a exercée au Canada?

Le paragraphe 805(1) du Règlement a été abrogé et remplacé en 1969 par DORS/69-631. C'est ce dernier paragraphe du Règlement qui était en vigueur durant les années d'imposition concernées en l'espèce. Je l'ai déjà cité dans les présents motifs. Je vais cependant le faire de nouveau pour des raisons d'ordre pratique:

805. (1) Lorsqu'une personne non résidente exerce des opérations au Canada, elle est imposable en vertu de la Partie III

Act on all amounts otherwise taxable under that Part except those amounts that may reasonably be attributed to the business carried on by him in Canada.

The amounts which are exempted from the amounts that otherwise would be taxable under Part III are "those amounts that may reasonably be attributed to the business carried on by him in Canada" whereas, before the amendment, what was exempted was "that part of his income that may reasonably be attributed to the business carried on by him in Canada".

This was the situation when what is sometimes referred to as "the new *Income Tax Act*" came into force in 1971, the Act which appears as chapter 63, S.C. 1970-71-72. The new Act substituted a newly worded Division D for the former Division D. The relevant provisions of the new Division D appear in section 115 of the Act. I will quote subparagraphs 115(1)(a)(i) and (ii).

115. (1) For the purposes of this Act, a non-resident person's taxable income earned in Canada for a taxation year is the amount of his income for the year that would be determined under section 3 if

(a) he had no income other than

- (i) incomes from the duties of offices and employments performed by him in Canada,
- (ii) incomes from businesses carried on by him in Canada,

minus the aggregate of such of the deductions from income permitted for the purpose of computing taxable income as may reasonably be considered wholly applicable and of such part of any other of the said deductions as may reasonably be considered applicable.

My examination of the legislative history of Regulation 805(1) leads me to the conclusion that there has been and remains a close link between the exemption it provides in respect of amounts taxable to non-residents under Part XIII of the Act and the tax imposed on non-residents in respect of income they receive from businesses they carry on in Canada. From 1955 to 1957, the exemption in Regulation 805(1) applied only to amounts, received by or credited to non-residents, which would be included in their income for the purpose of computing their taxable income under Part I. From 1957 to 1960, the exemption in Regulation 805(1) was defined in the same words as those used in paragraph 31(1)(a) of the Act to

[Partie XIII] de la Loi sur tous les montants autrement imposables en vertu de ladite Partie, sauf les montants qui peuvent raisonnablement être attribués à l'entreprise qu'elle exerce au Canada.

Les montants qui ne font pas partie de ceux qui seraient autrement imposables en vertu de la Partie III sont «les montants qui peuvent raisonnablement être attribués à l'entreprise qu'elle exerce au Canada» alors que les montants exemptés avant la modification visaient «la portion de son revenu qui peut raisonnablement être attribuée à l'entreprise qu'elle exerce au Canada».

C'était la situation qui existait lorsqu'est entré en vigueur en 1971 ce que nous appelons parfois «la nouvelle *Loi de l'impôt sur le revenu*», qui constitue le chapitre 63, S.C. 1970-71-72. La nouvelle Loi a substitué à l'ancienne Section D une Section D libellée différemment. Les dispositions pertinentes de la nouvelle Section D apparaissent à l'article 115 de la Loi. J'en citerai les sous-alinéas 115(1)a)(i) et (ii).

115. (1) Aux fins de la présente loi, le revenu imposable, pour une année d'imposition, gagné au Canada, par une personne non résidante, est la fraction de son revenu pour l'année, qui serait déterminée en vertu de l'article 3

a) si elle n'avait pas de revenu autre

- (i) que les revenus tirés des charges et des emplois occupés par elle au Canada,
- (ii) que les revenus tirés d'une entreprise exploitée par elle au Canada,

moins le total des déductions du revenu, permises aux fins du calcul du revenu imposable, qui peuvent raisonnablement être considérées comme entièrement applicables, et de la partie de toute autre de ces déductions qui peut raisonnablement être considérée comme applicable.

L'étude de l'évolution sur le plan législatif du paragraphe 805(1) du Règlement me convainc qu'il y a eu et continue d'y avoir un lien étroit entre l'exemption qu'il prévoit relativement aux montants imposables à l'égard des non-résidents en vertu de la Partie XIII de la Loi et l'impôt auquel sont assujettis les non-résidents relativement aux revenus qu'ils retirent des entreprises qu'ils exploitent au Canada. De 1955 à 1957, l'exemption prévue au paragraphe 805(1) du Règlement s'appliquait seulement aux montants, reçus par des non-résidents ou portés à leur crédit, qui seraient inclus dans leur revenu aux fins du calcul de leur revenu imposable en vertu de la Partie I. De 1957 à 1960, l'exemption prévue au paragraphe 805(1)

impose a Part I tax on non-residents receiving income from Canada which could reasonably be attributed to business carried on by them in Canada. The 1960 amendment to paragraph 31(1)(a), which made taxable income received by non-residents from business carried on by them in Canada, did not in my opinion change in substance the law as it was before the amendment: if anything, it simply made quite clear that to be taxable by virtue of subsection 2(3) of the Act income would have to be income from a business carried on by a non-resident in Canada; income properly classifiable as income from property would thus not be caught by subsection 2(3). I am also of the view that the words used in Regulation 805(1) between 1957 and 1960, "that part of his income that may reasonably be attributed to the business carried on by him in Canada", were intended to exempt only income from the business carried on by him in Canada, and not income from property even if it could be attributed to the business in a broad sense.

It follows that the 1960 amendment to paragraph 31(1)(a) of the Act did not create a gap between the amounts that would be exempted by Regulation 805(1) and the amounts that would be included in income for purposes of paragraph 31(1)(a). The avoidance of double taxation remained the intent throughout, and it was never the intention to create a gap in which there would be no taxation at all. The 1960 amendment was not, as I read it, designed to exclude from paragraph 31(1)(a) income which, before the amendment, would have been caught by the paragraph.

Nor, in my view, did the 1969 amendment to Regulation 805(1) have the effect of broadening the scope of the exemption provided by the Regulation. The substitution of the words "except those amounts" for the words "except that part of his income" results in a wording of the Regulation 805(1) exemption that fits more comfortably with the wording of Part XIII; Part XIII taxes specified "amounts"; section 115 has the effect of taxing "income".

The legislative history persuades me that, for purposes of Regulation 805(1), the only amounts,

du Règlement était définie dans les mêmes termes que ceux utilisés à l'alinéa 31(1)a) de la Loi pour assujettir à l'impôt visé à la Partie I les non-résidents retirant des revenus du Canada qui pourraient raisonnablement être attribués aux affaires qu'ils ont exercées au Canada. J'estime que la modification apportée en 1960 à l'alinéa 31(1)a), qui rendait imposables les revenus retirés par des non-résidents d'affaires exercées par eux au Canada, n'apportait pas de changement de fond à la Loi. Elle précisait simplement que, pour être imposable en vertu du paragraphe 2(3) de la Loi, un revenu devait être tiré d'affaires exercées au Canada par un non-résident; le revenu qui peut être correctement classifié comme étant tiré de biens ne serait pas alors visé par le paragraphe 2(3). Je suis également d'avis que les mots utilisés au paragraphe 805(1) du Règlement entre 1957 et 1960, à savoir «la portion de son revenu qui peut raisonnablement être attribuée à l'entreprise qu'elle exerce au Canada», visaient à exempter seulement le revenu tiré des affaires exercées par la personne ne résidant pas au Canada, et non pas le revenu tiré de biens même s'il pouvait être attribué aux affaires dans un sens large.

Il s'ensuit que la modification apportée en 1960 à l'alinéa 31(1)a) de la Loi ne créait pas un vide entre les montants qui seraient exemptés par le paragraphe 805(1) du Règlement et les montants qui seraient inclus dans le revenu aux fins de l'alinéa 31(1)a). Le but visé était toujours d'éviter la double imposition, et il n'a jamais été dans l'intention du législateur de créer une sorte de vide fiscal. Selon mon interprétation, la modification de 1960 ne tentait pas de soustraire à l'application de l'alinéa 31(1)a) le revenu qui, avant la modification, aurait été visé par cet alinéa.

Je ne crois pas non plus que la modification apportée en 1969 au paragraphe 805(1) du Règlement a eu pour effet d'élargir la portée de l'exemption prévue par le règlement. La substitution des mots «sauf les montants» aux mots «sauf la portion de son revenu» met le libellé de l'exemption prévue au paragraphe 805(1) du Règlement davantage en harmonie avec le libellé de la Partie XIII; la Partie XIII impose des «montants» déterminés; l'article 115 a pour effet d'imposer un «revenu».

L'évolution sur le plan législatif des dispositions concernées me convainc que, pour l'application du

otherwise taxable under Part XIII, that can be said to be reasonably attributable to the business carried on in Canada by a non-resident person are amounts which can properly be classified as income from that business. The words in issue, the words used in Regulation 805(1), may be open to either of the views put forward by counsel, but the history of the regulations persuades me that this is the reading which is in accordance with the legislative purpose of the exemption.

Even apart, however, from the legislative history, subsection 2(3), section 115, and Part XIII of the Act, and Regulation 805(1), when considered together, would appear to me to indicate an intention to exempt from taxation amounts that otherwise would fall within Part XIII if they would be subject to taxation under Part I by virtue of falling within subparagraph 115(1)(a)(ii) of the Act. It is by virtue of subsection 2(3) and Part XIII of the Act that non-residents are made subject to Canadian income tax. It makes good sense to recognize that the amounts specified in Part XIII may occasionally attract tax under Part I, as they would if they were properly classifiable as income from business, and in such cases to exempt them from taxation under Part XIII.

My conclusion that, to be exempt by virtue of Regulation 805(1), an amount must be attributed to the business carried on in Canada in the sense of being an amount earned from that business does not, however, in itself resolve this appeal. A difficulty remains. Income which, at first sight, may appear to be income from property may, on closer analysis, turn out to be income from business. Rental income is an obvious example. Rents from property are generally considered to be income from property, but not if the owner so manages the renting as to make a business of it. For an analysis of the problems involved see *Wertman, Henry v. Minister of National Revenue*, [1965] 1 Ex.C.R. 629, particularly at pages 644-646.

paragraphe 805(1) du Règlement, les seuls montants, par ailleurs imposables en vertu de la Partie XIII, qu'on peut dire être raisonnablement attribuables aux affaires exercées au Canada par une personne non résidante sont les montants qui peuvent être correctement classifiés comme des revenus tirés de ces affaires. Les mots en litige, à savoir ceux qui sont utilisés au paragraphe 805(1) du Règlement, peuvent aller dans le sens de l'une ou l'autre des opinions émises par les avocats, mais l'évolution du règlement me conviendrait que seule l'interprétation qui précède est en harmonie avec le but visé par l'exemption sur le plan législatif.

Toutefois, même en dehors de leur évolution sur le plan législatif, le paragraphe 2(3), l'article 115 et la Partie XIII de la Loi ainsi que le paragraphe 805(1) du Règlement me sembleraient manifester, pris ensemble, l'intention d'exempter de l'imposition des montants qui autrement seraient visés par la Partie XIII s'ils étaient imposables en vertu de la Partie I parce qu'ils entrent dans le champ d'application du sous-alinéa 115(1)a(ii) de la Loi. C'est en vertu du paragraphe 2(3) et de la Partie XIII de la Loi que les non-résidents sont assujettis à l'impôt canadien sur le revenu. Il est raisonnable d'admettre que les montants mentionnés dans la Partie XIII peuvent parfois être imposables en vertu de la Partie I, comme ils le seraient s'ils pouvaient être correctement classifiés comme des revenus tirés d'une entreprise, et de les exempter dans ces cas de l'imposition en vertu de la Partie XIII.

Ma conclusion selon laquelle, pour être exempt d'impôt en vertu du paragraphe 805(1) du Règlement, un montant doit être attribué à une entreprise exercée au Canada, c'est-à-dire être un montant tiré de cette entreprise, ne permet pas cependant en elle-même de décider le présent appel. Il subsiste une difficulté. Le revenu qui, à première vue, peut sembler constituer un revenu tiré de biens peut, à la suite d'une analyse plus approfondie, s'avérer un revenu tiré d'une entreprise. Le revenu tiré de la location constitue un exemple évident. Le loyer tiré de biens est considéré en général comme étant un revenu tiré de biens, mais non si le propriétaire fait de la location une affaire. Pour une analyse des problèmes concernés, voir *Wertman, Henry v. Minister of National Revenue*, [1965] 1 R.C.É. 629, plus particulièrement aux pages 644 à 646.

Could then the dividends in question be regarded as income from Penn Central's railroad business carried on in Canada?

It may be useful to keep in mind that the business carried on in Canada by Penn Central was railway transportation. It is true that Michigan Central was to all intents and purposes a wholly owned subsidiary of Penn Central and that, by virtue of the shares of Canada Southern owned by Penn Central in its own right or under assignment, Penn Central controlled Canada Southern. It remains, however, that each of these corporations was a separate legal person. It remains, too, that Penn Central had a sublease, a contract, with Michigan Central and that Michigan Central had a lease with Canada Southern; each year sums became owing to Michigan Central by Penn Central and by Michigan Central to Canada Southern. The railway business which Penn Central carried on in Canada, using the railroad property owned by Canada Southern, was the business of Penn Central, not of Michigan Central or of Canada Southern. Canada Southern did not carry on business at all during 1972 and 1973; it received what income it did receive from its property, including the railroad property it rented to Michigan Central. All three corporations were parties to the waiver agreement, but this agreement was essentially designed as a means of settling the accounts periodically accruing in respect of rentals and dividends. The dividends credited by Canada Southern to Penn Central were dividends, and the rentals and sums which became owing periodically by Penn Central to Michigan Central and by Michigan Central to Canada Southern were sums owed in respect of "rentals".

In my opinion, for purposes of the *Income Tax Act*, the source of the dividends was the Canada Southern shares. The moneys used by Canada Southern to pay the dividends were funds available to the directors of Canada Southern for dividend declaration. These funds were the proceeds of the rental of the railroad property, property owned by

Les dividendes en question pouvaient-ils alors être considérés comme un revenu tiré de l'entreprise ferroviaire exercée par Penn Central au Canada?

<sup>a</sup> Il peut être utile de prendre en considération que l'entreprise exploitée au Canada par Penn Central consistait dans le transport par chemin de fer. Il est vrai que Michigan Central était à toutes fins pratiques une filiale à propriété exclusive de Penn Central et qu'en vertu des actions de Canada Southern détenues par Penn Central de son propre chef ou en vertu d'une cession, cette dernière contrôlait Canada Southern. Il n'en est pas moins vrai cependant que chacune de ces compagnies constituait une personne morale distincte. Il n'en reste pas moins également que Penn Central avait conclu un contrat de sous-location avec Michigan Central et que Michigan Central avait conclu un bail avec Canada Southern; chaque année, des sommes d'argent devenaient dues à Michigan Central par Penn Central, et par Michigan Central à Canada Southern. L'entreprise de chemin de fer que Penn Central exploitait au Canada, en utilisant les installations ferroviaires qui appartenaient à Canada Southern, était l'entreprise de Penn Central, non celle de Michigan Central ou de Canada Southern. Canada Southern n'a pas exploité d'affaires du tout au cours des années 1972 et 1973; les revenus qu'elle a perçus provenaient de ses installations, y compris les installations ferroviaires qu'elle louait à Michigan Central. Les trois compagnies étaient parties à la renonciation, mais cette entente devait surtout servir à l'acquittement des montants qui devenaient exigibles périodiquement relativement aux loyers et aux dividendes. Les dividendes portés au crédit de Penn Central par Canada Southern étaient des dividendes, et les loyers et les sommes qui devenaient dus périodiquement par Penn Central à Michigan Central et par Michigan Central à Canada Southern étaient des sommes dues à titre de «loyers».

<sup>i</sup> J'estime qu'aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les dividendes provenaient des actions de Canada Southern. Canada Southern a payé ces dividendes sur les fonds dont disposaient ses propres administrateurs pour déclarer des dividendes. Ces fonds étaient le produit de la location des installations ferroviaires, qui appartenaient à

Canada Southern, and, I gather, from other investments owned by Canada Southern. It is true that, had it not been for the rental of the railroad property, Canada Southern might not have been able to declare and pay dividends, and that the rentals were so calculated as to ensure that, so far as possible, a \$3 dividend would be paid each year on each share outstanding. It is also clear that Penn Central was in effective control of Canada Southern. It remains, however, that the source of the dividends was the shares and that the shares were property: see *Canada Safeway Limited v. The Minister of National Revenue*, [1957] S.C.R. 717, particularly *per* Mr. Justice Rand at pages 725 and 726.

On the facts of the present case, it could not be seriously argued that Penn Central was in the business of dealing in stock, and no such submission was made. There may, however, be another possibility. There is some authority for the proposition that income from property that is being used in a business may, in appropriate circumstances, be income from the business itself; an example might possibly be income in the form of interest from a bank account, the bank account being used in the day-to-day operation of the business. This proposition was applied in *Liverpool and London and Globe Insurance Company v. Bennett*, [1913] A.C. 610 (H.L.). Its scope and limitations were, however, carefully examined in *Bank Line Ltd. v. Commissioners of Inland Revenue* (1974), 49 T.C. 307 (Sess.). In *Bank Line*, a company engaged in the trade of owning and operating ships established a ship replacement fund. The company invested sums not required for immediate use in government and short term securities so as to have funds available to meet requirements for replacement of its fleet. The company sought to treat the interest it received from these investments as income from its business or trade, but failed in that attempt. The Lord President said at pages 316 and 317:

Before us it was common ground between the parties to the appeal that the test to be applied is the test which was formulated by Buckley L.J. in the insurance company cases reported as *Liverpool and London and Globe Insurance Co. v. Bennett* 6 T.C. 327. That test, under reference to the opinion of Buckley L.J., at page 374, is whether the interest represented

Canada Southern, et, si je ne me trompe, d'autres placements de Canada Southern. Il est vrai que, n'eût été la location des installations ferroviaires, Canada Southern aurait pu être incapable de déclarer et payer des dividendes, et que les loyers étaient calculés de façon à permettre que, dans la mesure du possible, un dividende de 3 \$ soit versé chaque année sur chaque action en circulation. Il est également évident que Penn Central contrôlait effectivement Canada Southern. Il n'en reste pas moins cependant que les dividendes provenaient des actions et que les actions étaient des biens: voir *Canada Safeway Limited v. The Minister of National Revenue*, [1957] R.C.S. 717, plus particulièrement les motifs exposés par le juge Rand aux pages 725 et 726.

En l'espèce, on ne pourrait pas soutenir sérieusement que Penn Central faisait le commerce de valeurs mobilières, et aucune allégation de ce genre n'a été soutenue. Il y a peut-être cependant une autre possibilité. Certaines décisions appuient la thèse selon laquelle le revenu tiré de biens utilisés dans une entreprise peut, dans certains cas, constituer un revenu provenant de l'entreprise elle-même; un exemple pourrait être le revenu tiré des intérêts d'un compte bancaire, ce dernier étant utilisé dans l'exploitation quotidienne de l'entreprise. Cette thèse a été appliquée dans *Liverpool and London and Globe Insurance Company v. Bennett*, [1913] A.C. 610 (H.L.). Sa portée et ses limites ont cependant été étudiées soigneusement dans *Bank Line Ltd. v. Commissioners of Inland Revenue* (1974), 49 T.C. 307 (Sess.). Dans l'affaire *Bank Line*, une compagnie dont l'entreprise résidait dans la propriété et l'exploitation de navires a constitué un fonds de remplacement de ces navires. La compagnie a investi des sommes d'argent dont elle n'avait pas un besoin immédiat dans des valeurs du gouvernement et des valeurs à court terme de façon à disposer de fonds pour remplacer éventuellement sa flotte. La compagnie a tenté, mais sans succès, de traiter les intérêts qu'elle tirait de ces placements comme un revenu provenant de son entreprise ou commerce. Le lord président de la Cour a dit, aux pages 316 et 317:

[TRADUCTION] Les parties au présent appel ont reconnu que le critère à appliquer est celui qui a été formulé par le lord juge Buckley dans l'arrêt portant sur des compagnies d'assurances intitulé *Liverpool and London and Globe Insurance Co. v. Bennett* 6 T.C. 327. Ce critère, que le lord juge Buckley énonce dans ses motifs, à la page 374, est de savoir si les intérêts

profits of the business as fruit derived from a fund employed and risked in the business. The business, and indeed the only business, of this Company was the business of owning and operating ships, and the question accordingly comes to be whether their ship replacement fund can properly be said to have been "employed and risked" in that business in each of the accounting periods.

Also in *Bank Line*, Lord Avonside said at page 333:

As has already been said, it is found as a fact that the Appellants carry on no activity other than that of owning and operating ships. It is plain, in my opinion, that this fact does not in any way lead to the conclusion that the income from capital funds owned by the Appellants must be looked on as trading receipts. Income becomes a trading receipt when it arises from capital actively employed and at risk in the business, capital which is employed in the business because it is required for its support or, perhaps, to attract customers looking to the credit of the business. Trading income is "the fruit" of the capital employed in the business in a present and active sense. The classic example is the insurance company. Apart from special contracts, the capital of such a company is at immediate risk when a policy is issued and remains at constant risk during the continuance of that policy.

I would observe that the learned Trial Judge in the present case did say, of the dividends credited to Penn Central by Canada Southern, that they "were amounts taxable under Part I, rather than Part XIII of the Act." The dividends, however, would be taxable to Penn Central under Part I, only if they fell within subparagraph 115(1)(a)(ii) of the Act, only if they were income from the business carried on by Penn Central in Canada. I have no doubt that, if the dividends did constitute such income, they would be exempted from Part XIII by Regulation 805(1).

I did not, however, understand counsel for the respondent to argue that the dividends were income from the business carried on by Penn Central in Canada and thus subject to tax under Part I. Possibly this was because, on his submission, the dividends, even if income from property, were, as the learned Trial Judge found, reasonably attributable to the business carried on by Penn Central in Canada. Counsel suggested in oral argument that, having found that the dividends were reasonably attributable to the Canadian business, the Trial Judge merely meant to indicate that the dividends would be taxable under Part I if they

représentaient des profits de l'entreprise tirés d'un fonds employé et risqué dans l'entreprise. L'entreprise, et de fait la seule entreprise, de cette compagnie résidait dans la propriété et l'exploitation de navires, et la question se résume donc à savoir si on peut dire à juste titre que son fonds de remplacement de navires a été «employé et risqué» dans cette entreprise à chacune des époques en cause.

Également dans l'arrêt *Bank Line*, lord Avonside a dit, à la page 333:

[TRADUCTION] Ainsi que je l'ai déjà dit, c'est un fait avéré que la seule activité des appelantes réside dans la propriété et l'exploitation de navires. Il est clair, à mon avis, que ce fait n'induit aucunement à conclure que le revenu tiré de capitaux détenus par les appelantes doit être considéré comme le produit de l'entreprise. Le revenu devient le produit de l'entreprise lorsqu'il provient de capitaux employés activement et avec certains risques dans l'entreprise, capitaux qui sont utilisés dans l'entreprise parce qu'ils sont nécessaires à son soutien ou, peut-être, afin d'attirer des clients qui se soucient du crédit de l'entreprise. Le revenu tiré de l'entreprise est «le produit» des capitaux employés dans l'entreprise dans un sens présent et actif. L'exemple classique est la compagnie d'assurances. Indépendamment des contrats spéciaux, le capital d'une compagnie de ce genre est exposé à des risques immédiats au moment de l'émission d'une police et continue d'être exposé à des risques constants pendant la durée de cette police.

Je ferais remarquer qu'en l'espèce, le juge de première instance a bel et bien dit des dividendes portés au crédit de Penn Central par Canada Southern qu'ils «étaient imposables en vertu de la Partie I et non pas de la Partie XIII de la Loi». Cependant les dividendes seraient imposables à l'égard de Penn Central en vertu de la Partie I, seulement s'ils étaient visés par le sous-alinéa 115(1)a)(ii) de la Loi, seulement s'ils constituaient un revenu tiré de l'entreprise exploitée au Canada par Penn Central. Je ne doute nullement que, si les dividendes constituaient un tel revenu, ils échapperaient au champ d'application de la Partie XIII en vertu du paragraphe 805(1) du Règlement.

Je n'ai toutefois pas compris que l'avocat de l'intimée ait soutenu que les dividendes constituaient un revenu tiré de l'entreprise exploitée par Penn Central au Canada et étaient par conséquent assujettis à l'impôt en vertu de la Partie I. C'est peut-être parce que, selon son allégation, les dividendes, même s'ils constituaient un revenu tiré de biens, pouvaient raisonnablement, comme l'a décidé le juge de première instance, être attribués à l'entreprise exploitée au Canada par Penn Central. L'avocat a avancé dans sa plaidoirie verbale que le juge de première instance, lorsqu'il a conclu que les dividendes pouvaient raisonnablement être

were taxable at all. It remains, however, that the Trial Judge did say that the dividends were taxable under Part I.

The critical question in determining whether the dividends from the Canada Southern shares may be considered to be income from Penn Central's business carried on in Canada is not whether the dividends were used in the business. The question is rather whether the shares themselves constituted a fund "employed and risked" in the business. I simply do not find it possible on the facts to hold that they were. On this point I have found helpful the judgments of this Court in *R. v. Marsh & McLennan, Limited*, [1984] 1 F.C. 609, and *The Queen v. Ensite Limited, (No. 1)* (1983), 83 DTC 5315, although in both cases the essential issue was whether the income in question was income from property used in the business rather than whether it was income from the business.

For all of these reasons, I would allow the appeal with costs. I would set aside the judgment of the Trial Division and substitute a judgment dismissing with costs the appeal to the Trial Division.

HEALD J.: I concur.

STONE J.: I concur.

attribués à l'entreprise canadienne, voulait simplement indiquer que les dividendes seraient imposables en vertu de la Partie I, s'ils étaient de fait imposables. Il n'en reste pas moins cependant que le juge de première instance a bel et bien dit que les dividendes étaient imposables en vertu de la Partie I.

La question cruciale pour déterminer si les dividendes tirés des actions de Canada Southern peuvent être considérés comme étant un revenu tiré de l'entreprise exploitée par Penn Central au Canada n'est pas de savoir si les dividendes ont été utilisés dans l'entreprise. La question est plutôt de savoir si les actions elles-mêmes constituaient un fonds «employé et risqué» dans l'entreprise. Il ne m'est tout simplement pas possible, à partir des faits, de statuer que c'est le cas. Sur ce point, les jugements rendus par notre Cour dans *R. c. Marsh & McLennan, Limited*, [1984] 1 C.F. 609, et *La Reine c. Ensite Limited, (n° 1)* (1983), 83 DTC 5315, m'ont été d'un certain secours bien que, dans les deux cas, la question essentielle était de savoir si le revenu en question était un revenu tiré de biens utilisés dans l'entreprise plutôt que de savoir si c'était un revenu tiré de l'entreprise.

Pour tous ces motifs, j'accueillerais l'appel avec dépens. J'annulerais le jugement de la Division de première instance et le remplacerais par un jugement rejetant avec dépens l'appel interjeté à la Division de première instance.

LE JUGE HEALD: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE STONE: Je souscris à ces motifs.