

A-188-11  
2012 FCA 207

A-188-11  
2012 CAF 207

**Her Majesty the Queen** (*Appellant*)

**Sa Majesté la Reine** (*appelante*)

v.

c.

**Peter Sommerer** (*Respondent*)

**Peter Sommerer** (*intimé*)

**INDEXED AS: SOMMERER v. CANADA**

**RÉPERTORIÉ : SOMMERER c. CANADA**

Federal Court of Appeal, Blais C.J., Létourneau and Sharlow JJ.A.—Ottawa, May 9 and July 13, 2012.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Blais, juges Létourneau et Sharlow, J.C.A.—Ottawa, 9 mai et 13 juillet 2012.

*Income Tax — Income Calculation — Capital Gains and Losses — Trusts — Appeal from Tax Court of Canada decision allowing respondent's appeal against reassessments to include in income taxable capital gains realized by private foundation on sale of corporate shares purchased from respondent — Respondent beneficiary of foundation created under statute of Austria — Appellant arguing Income Tax Act, s. 75(2) applying because possible shares or property substituted therefor might one day be redistributed to respondent as beneficiary — Parliament not intending for same capital gain to be attributed simultaneously to more than one person — Nothing in s. 75(2) contemplates such an outcome — Such double application of s. 75(2) not avoided through discretionary use thereof — S. 75(2) not applying to beneficiary transferring property to trust by means of genuine sale — Appeal dismissed.*

*Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Gains et pertes en capital — Fiducies — Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt d'accueillir l'appel interjeté par l'intimé à l'égard des nouvelles cotisations dans lesquelles avait été incluse la partie imposable des gains en capital réalisés par une fondation privée à la suite de la vente d'actions que cette fondation avait achetées à l'intimé — L'intimé est bénéficiaire de la fondation créée sous le régime d'une loi de l'Autriche — L'appelante a fait valoir que l'art. 75(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu s'appliquait parce qu'il était possible que les actions, ou les biens qui leur étaient substitués, puissent un jour être distribués à l'intimé en tant que bénéficiaire — Le législateur ne pouvait vouloir que le même gain en capital soit imputé simultanément à plus d'une personne — Rien à l'art. 75(2) ne prévoit une telle situation — On ne peut éviter cette double application de l'art. 75(2) en procédant à une application discrétionnaire de l'art. 75(2) — L'art. 75(2) ne s'applique pas au bénéficiaire d'une fiducie qui transfère des biens à la fiducie au moyen d'une véritable vente — Appel rejeté.*

*Income Tax — Non-Residents — Private foundations — Tax Court of Canada allowing appeal against reassessments to include taxable capital gains realized by private foundation in income — Convention between Canada and the Republic of Austria for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital (Convention), para. 5 of Art. XIII precluding Canada from taxing respondent on capital gains realized by foundation — Convention not to be interpreted on basis of premise excluding notion that Convention not intended to avoid economic double taxation.*

*Impôt sur le revenu — Non-résidents — Fondations privées — La Cour canadienne de l'impôt a accueilli un appel interjeté à l'égard de nouvelles cotisations, dans lesquelles avait été incluse la partie imposable des gains en capital réalisés par une fondation privée — Le par. 5 de l'art. XIII de la Convention entre le Canada et la République d'Autriche, tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune (la Convention) empêchait le Canada d'imposer entre les mains de l'intimé tout gain réalisé par la fondation — La Convention ne doit pas être interprétée sur le fondement d'un principe qui écarte l'idée que la Convention vise à éviter la double imposition économique.*

This was an appeal from a Tax Court of Canada (T.C.C.) decision allowing the respondent's appeal against reassessments, made pursuant to subsection 75(2) of the *Income Tax*

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) d'accueillir l'appel interjeté par l'intimé à l'égard des nouvelles cotisations, établies en vertu

*Act*, to include in his income the taxable portion of capital gains realized by a private foundation on the sale of corporate shares it had purchased from the respondent.

The T.C.C. concluded that subsection 75(2) did not apply to the facts of this case and even if it did, paragraph 5 of Article XIII of the *Convention between Canada and the Republic of Austria for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital* (Canada-Austria Income Tax Convention or Convention) precluded Canada from taxing in the hands of the respondent any gain realized by the Austrian private foundation.

The foundation was founded by the respondent's father under a statute of the Republic of Austria for the purpose of promoting the interest of the respondent named in a supplementary founding deed from the income generated by the foundation funds. Under that deed, the respondent was named as one of the ultimate beneficiaries of the foundation. The persons named in the deed as beneficiaries or ultimate beneficiaries are entitled to receive distributions of property of the foundation if they are resident in any country except Canada. As the respondent was still resident in Canada, he was not eligible to receive any distributions. On two occasions, the respondent sold shares of companies to the foundation, which then sold those shares to realize a capital gain.

The appellant argued that subsection 75(2), which operates by attributing, *inter alia*, any gain or capital loss on the disposition of trust property to the person from whom the property was received by the trust, applied because when the respondent sold his shares to the foundation, it was possible under the constating documents of the foundation that the shares or property substituted for them might one day be distributed to the respondent as a beneficiary or an ultimate beneficiary.

The main issue was whether subsection 75(2) applied in the present case.

*Held*, the appeal should be dismissed.

To interpret subsection 75(2) so that it could apply to a beneficiary in respect of property that the trust acquired from the beneficiary in a *bona fide* sale transaction leads to outcomes that are absurd and could not have been intended by Parliament. Under the appellant's interpretation of subsection 75(2), the same capital gain is attributed simultaneously to more than one person. Nothing in subsection 75(2) contemplates such an outcome. This double application of subsection 75(2) cannot be avoided by a discretionary use of

du paragraphe 75(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dans lesquelles avait été incluse la partie imposable des gains en capital réalisés par une fondation privée à la suite de la vente d'actions que cette fondation avait achetées à l'intimé.

La C.C.I. a conclu que le paragraphe 75(2) ne s'appliquait pas aux faits de l'affaire et que, même s'il s'appliquait, le paragraphe 5 de l'article XIII de la *Convention entre le Canada et la République d'Autriche, tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune* (Convention Canada-Autriche en matière d'impôt sur le revenu) empêchait le Canada d'imposer entre les mains de l'intimé tout gain réalisé par la fondation privée autrichienne.

La fondation a été créée par le père de l'intimé sous le régime d'une loi de la République d'Autriche dans le but de promouvoir les intérêts des personnes désignées dans la déclaration supplémentaire à l'aide du revenu généré par les fonds de la fondation. Aux termes de cette déclaration supplémentaire, l'intimé a été désigné comme l'un des bénéficiaires ultimes de la fondation. Les personnes désignées dans la déclaration supplémentaire en tant que bénéficiaires ou bénéficiaires ultimes ont le droit de recevoir des biens distribués par la fondation s'ils résident dans tout pays, autre que le Canada. Comme l'intimé résidait encore au Canada, il n'avait pas le droit de recevoir quelque distribution que ce soit. À deux reprises, l'intimé a vendu des actions d'entreprises à la fondation, qui a ensuite vendu ces actions pour en tirer un gain en capital.

L'appelante a fait valoir que le paragraphe 75(2), qui a pour effet, entre autres, d'imputer tout gain ou perte en capital réalisé lors de la disposition des biens détenus en fiducie à la personne de laquelle les biens ont été reçus en fiducie, s'appliquait parce que lorsque l'intimé a vendu ses actions à la fondation, il était possible, aux termes des actes de la fondation, que les actions, ou les biens qui leur étaient substitués, puissent un jour lui être distribués en tant que bénéficiaire ou bénéficiaire ultime.

Il s'agissait de déterminer si le paragraphe 75(2) s'appliquait en l'espèce.

*Arrêt* : l'appel doit être rejeté.

Le fait d'interpréter le paragraphe 75(2) de manière à ce qu'il s'applique à un bénéficiaire relativement aux biens que la fiducie a acquis de ce bénéficiaire lors d'une opération d'achat authentique conduit à des résultats absurdes qui ne pouvaient être voulus par le législateur. Suivant l'interprétation que l'appelante a faite du paragraphe 75(2), le même gain en capital est imputé simultanément à plus d'une personne. Rien au paragraphe 75(2) ne prévoit une telle situation. On ne peut éviter cette double application du paragraphe 75(2) en

subsection 75(2), because it is not a discretionary provision. It applies automatically to every situation it describes. For the same reason, it is no answer to say that in this particular case, subsection 75(2) could never apply to the respondent's father, the "settlor" of the trust, because he is not a resident of Canada. Because subsection 75(2) applies automatically to every situation it describes, it is not acceptable to adopt one interpretation for transactions involving only residents of Canada, and a different interpretation for transactions involving residents of other countries. The appellant's proposed interpretation was wrong because it was based on the incorrect premise that subsection 75(2) can apply to a beneficiary of a trust who transfers property to the trust by means of a genuine sale. The foundation purchased shares from the respondent using money from the original endowment from the respondent's father. The respondent had not endowed the foundation with any other money or property. Therefore, subsection 75(2) cannot apply to attribute any income or gains of the foundation to the respondent.

Finally, paragraph 5 of Article XIII of the Canada-Austria Income Tax Convention applies to preclude Canada from taxing the respondent on the capital gains realized by the foundation. The purpose of the Convention is the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion. Paragraph 5 of Article XIII speaks only to the avoidance of double taxation. A specific income tax convention must not be interpreted on the basis of a premise that excludes, from the outset, the notion that the convention is not intended to avoid economic double taxation.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 75(2) (as am. by S.C. 2001, c. 17, s. 55), 91 (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 68; 2001, c. 17, s. 68), 248(5)(a).  
*Private Foundation Act*, Federal Law Gazette 1993/694 (Austria).

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*Convention between Canada and the Republic of Austria for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital*, S.C. 1980-81-82-83, c. 44, Sch. II, Arts. XIII(5), XXVIII(2).

procédant à une application discrétionnaire du paragraphe, parce que cette disposition n'est pas discrétionnaire. Elle s'applique automatiquement à chaque situation qu'elle vise. Pour la même raison, il ne suffit pas d'affirmer que, dans le cas qui nous occupe, le paragraphe 75(2) ne pourrait jamais s'appliquer au père de l'intimé, le « disposant » de la fiducie, parce qu'il ne réside pas au Canada. Étant donné que le paragraphe 75(2) s'applique automatiquement à chaque situation qu'il vise, il n'est pas acceptable d'adopter une interprétation dans le cas des transactions ne visant que des personnes qui résident au Canada et de retenir une interprétation différente dans le cas des transactions mettant en présence des personnes qui résident ailleurs. L'interprétation proposée par l'appelante était erronée parce qu'elle reposait sur la fausse prémisse suivant laquelle le paragraphe 75(2) peut s'appliquer au bénéficiaire d'une fiducie qui transfère des biens à la fiducie au moyen d'une véritable vente. La fondation a acquis des actions de l'intimé en utilisant l'argent provenant de la dotation initiale du père de celui-ci. L'intimé n'avait fait dotation d'aucune autre somme d'argent ou d'aucun autre bien à la fondation. Par conséquent, le paragraphe 75(2) ne peut s'appliquer de manière à imputer les revenus ou les gains de la fondation à l'intimé.

Enfin, le paragraphe 5 de l'article XIII de la Convention Canada-Autriche en matière d'impôt sur le revenu s'applique de manière à empêcher le Canada de prélever entre les mains de l'intimé un impôt sur les gains en capital réalisés par la fondation. Les objectifs de la Convention sont d'éviter la double imposition et d'empêcher l'évasion fiscale. Le paragraphe 5 de l'article XIII ne traite que de l'évitement de la double imposition. Une convention fiscale bien précise ne doit pas être interprétée sur le fondement d'un principe qui écarte, d'entrée de jeu, l'idée que la convention vise à éviter la double imposition économique.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 75(2) (mod. par L.C. 2001, ch. 17, art. 55), 91 (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 68; 2001, ch. 17, art. 68), 248(5)a).  
*Private Foundation Act*, Federal Law Gazette 1993/694 (Autriche).

#### TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Convention entre le Canada et la République d'Autriche, tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 44, ann. II, art. XIII(5), XXVIII(2).

## AUTHORS CITED

Vogel, Klaus. *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions: A Commentary to the OECD, UN, and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation of Income and Capital, With Particular Reference to German Treaty Practice*, 3rd ed. The Hague: Kluwer Law International, 1997.

APPEAL from a Tax Court of Canada decision (2011 TCC 212, 2011 DTC 1162) allowing the respondent's appeal against reassessments, made pursuant to subsection 75(2) of the *Income Tax Act*, to include in his income the taxable portion of capital gains realized by a private foundation on the sale of corporate shares it had purchased from the respondent. Appeal dismissed.

## APPEARANCES

*Luther P. Chambers* and *Martin Beaudry* for appellant.  
*Roger Taylor* and *Daniel Sandler* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Couzin Taylor LLP*, Ottawa, for respondent.

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

[1] SHARLOW J.A.: The respondent Peter Sommerer was assessed under the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 for the years 1996 to 2000 to include in his income, pursuant to subsection 75(2) [as am. by S.C. 2001, c. 17, s. 55] of the *Income Tax Act*, the taxable portion of capital gains realized by an Austrian private foundation on the sale of corporate shares it had purchased from Mr. Sommerer. An appeal by Mr. Sommerer to the Tax Court of Canada was successful (2011 TCC 212, 2011 DTC 1162). Justice Campbell Miller concluded that subsection 75(2) of the *Income Tax Act* did not apply to the facts of this case and even if it did, paragraph 5 of Article XIII of the Canada-Austria Income Tax Convention [*Convention between Canada and the Republic of Austria for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion*

## DOCTRINE CITÉE

Vogel, Klaus. *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions: A Commentary to the OECD, UN, and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation of Income and Capital, With Particular Reference to German Treaty Practice*, 3<sup>e</sup> éd. La Haye : Kluwer Law International, 1997.

APPEL d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (2011 CCI 212) d'accueillir l'appel interjeté par l'intimé à l'égard des nouvelles cotisations, établies en vertu du paragraphe 75(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dans lesquelles avait été incluse la partie imposable des gains en capital réalisés par une fondation privée à la suite de la vente d'actions que cette fondation avait achetées à l'intimé. Appel rejeté.

## ONT COMPARU

*Luther P. Chambers* et *Martin Beaudry* pour l'appelante.  
*Roger Taylor* et *Daniel Sandler* pour l'intimé.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelante.  
*Couzin Taylor*, s.r.l., Ottawa, pour l'intimé.

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

[1] LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : L'intimé Peter Sommerer a fait l'objet, pour les années 1996 à 2000, de cotisations établies en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, dans lesquelles le ministre a inclus dans son revenu, en vertu du paragraphe 75(2) [mod. par L.C. 2001, ch. 17, art. 55] de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la partie imposable des gains en capital réalisés par une fondation privée autrichienne à la suite de la vente d'actions que cette fondation avait achetées à M. Sommerer. M. Sommerer a obtenu gain de cause lors de l'appel qu'il avait interjeté devant la Cour canadienne de l'impôt (2011 CCI 212). Le juge Campbell Miller a conclu que le paragraphe 75(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne s'appliquait pas aux faits de l'affaire et que, même s'il s'appliquait, le paragraphe 5 de l'article XIII de la



*with Respect to Taxes on Income and on Capital*], S.C. 1980-81-82-83, c. 44, Schedule II, precludes Canada from taxing in the hands of Mr. Sommerer any gain realized by the Austrian private foundation. The Crown has appealed that judgment. For the reasons that follow, I would dismiss the appeal.

### Background

[2] This case arises from certain transactions in the years 1996 to 1998 involving Peter Sommerer and the Sommerer *Privatstiftung* (the “Sommerer Private Foundation”), a private foundation established by Peter’s father, Herbert Sommerer, on October 3, 1996 under a statute of the Republic of Austria entitled “*Privatstiftungsgesetz*” (the “Austrian *Private Foundation Act*” [Federal Law Gazette 1993/694]).

[3] In lengthy and cogent reasons, Justice Miller resolved a number of factual and legal issues that are no longer in dispute between the parties. The facts that are relevant to the issues in this appeal are few and are set out below under the heading “Facts”. The facts are best understood in light of the relevant Austrian law, summarized in the next section.

### Austrian private foundations

[4] The record contains a copy of the Austrian *Private Foundation Act* as enacted in German, and an English translation. The English translation is appended to Justice Miller’s reasons. Two witnesses, Dr. Hellwig Torggler and Dr. Willibald Plesser, gave evidence about the law of Austria relating to the Austrian *Private Foundation Act*. They agree on the principles of Austrian law that I consider relevant to this appeal.

Convention Canada-Autriche en matière d’impôt sur le revenu [*Convention entre le Canada et la République d’Autriche, tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir l’évasion fiscale en matière d’impôts sur le revenu et sur la fortune*], S.C. 1980-81-82-83, ch. 44, annexe II, empêchait le Canada d’imposer entre les mains de M. Sommerer tout gain réalisé par la fondation privée autrichienne. La Couronne interjette appel de ce jugement. Pour les motifs qui suivent, je rejeterais l’appel.

### Contexte

[2] Le présent appel découle de certaines transactions conclues en 1996, 1997 et 1998 entre Peter Sommerer et la Sommerer *Privatstiftung* (la « Fondation privée Sommerer »), une fondation privée créée par le père de Peter, Herbert Sommerer, le 3 octobre 1996, sous le régime d’une loi de la République d’Autriche intitulée « *Privatstiftungsgesetz* » (Loi sur les fondations privées [*Private Foundation Act*, Federal Law Gazette 1993/694]).

[3] Dans les motifs fouillés et solides qu’il a rédigés, le juge Miller a tranché plusieurs questions de fait et de droit qui ne sont plus en litige entre les parties. Les faits qui se rapportent aux questions en litige dans le présent appel sont peu nombreux et sont énoncés plus loin sous la rubrique « Les faits ». Pour mieux comprendre les faits, il convient d’examiner les dispositions légales autrichiennes applicables, qui sont résumées dans la section suivante.

### Les fondations privées autrichiennes

[4] On trouve au dossier une copie de la Loi sur les fondations privées autrichienne dans sa version originale allemande et une traduction anglaise. Une traduction française a été jointe aux motifs du juge Miller. Deux témoins, MM. Hellwig Torggler et Willibald Plesser, ont été entendus au sujet des règles de droit autrichiennes relatives à la Loi sur les fondations privées. Ils s’entendent sur les principes du droit autrichien que j’estime applicables dans le présent appel.

[5] A private foundation is created under the Austrian *Private Foundation Act* by a “*Stifter*” (translated as “founder”). There may be more than one founder. However, a person cannot become a founder by contributing to an existing private foundation.

[6] A private foundation is established when a founding deed is accepted for filing in the Austrian Register of Corporations. The founding deed must be executed by the founder or founders, it must be notarized, and it must contain the information required by the Austrian *Private Foundation Act*. Among the required information is proof that the founder or founders have endowed the private foundation with money in at least the amount required by the Austrian *Private Foundation Act*. In 1996, the required endowment was 1 000 000 Austrian schillings, then equal to approximately \$126 000. The required information also includes the name and address of the founder or founders, the name of the private foundation, its purpose, its intended duration, and the address of its head office, which must be in Austria.

[7] An Austrian private foundation is a juridical person, in the same category in Austrian law as a corporation. It has its own legal personality and the legal capacity to own property in its own right, which it holds and manages for the purposes stated in its constituting documents.

[8] A private foundation may be established for any lawful purpose, including a charitable purpose or any purpose for the benefit of the public at large, or it may be established for the purpose of benefitting designated persons, such as the members of a family. Generally, a private foundation may engage in investment activities that are consistent with its purposes, but it may not engage in commercial activities other than as a secondary activity, assume the management of a commercial corporation, or be registered as the personally liable shareholder of a partnership or an incorporated commercial company.

[9] A private foundation must have a “*Stiftungsvorstand*” (translated sometimes as “board of

[5] Une fondation privée est créée aux termes de la Loi sur les fondations privées de l’Autriche par un « *Stifter* » (un « fondateur »). Il peut y avoir plusieurs fondateurs. Une personne ne peut toutefois devenir le fondateur d’une fondation privée déjà existante en lui affectant des actifs.

[6] Il y a constitution d’une fondation privée lorsque la déclaration constitutive est inscrite au registre des sociétés autrichien. La déclaration constitutive doit être signée par le ou les fondateurs, elle doit être passée devant notaire et elle doit renfermer les renseignements exigés par la Loi sur les fondations privées. L’un des renseignements exigés est la preuve que le ou les fondateurs ont fait à la fondation privée une dotation correspondant au montant minimal exigé par la Loi sur les fondations privées. En 1996, ce montant était d’un million de schillings autrichiens, ce qui équivalait à l’époque à environ 126 000 \$. Les renseignements exigés comprennent également le nom et l’adresse du fondateur ou des fondateurs, le nom de la fondation privée, son objet, sa durée prévue et son siège social, lequel doit se trouver en Autriche.

[7] Une fondation privée autrichienne est une personne juridique qui, en droit autrichien, fait partie de la même catégorie que les sociétés. Elle est dotée de sa propre personnalité juridique et elle peut posséder des biens, qu’elle détient et gère conformément aux objets énoncés dans ses actes.

[8] Une fondation privée peut être créée pour tout objet licite, y compris un objet caritatif ou tout autre objet au profit du grand public, ou elle peut être créée au profit de personnes désignées, comme les membres d’une famille. En général, une fondation privée peut se livrer à des activités de placement compatibles avec ses objets, mais il lui est interdit d’exercer des activités commerciales autres que de simples activités secondaires, d’assumer la gestion d’une société commerciale ou d’être inscrite à titre d’actionnaire assumant une responsabilité personnelle à l’égard d’une société de personnes ou d’une société commerciale constituée en personne morale.

[9] Une fondation privée doit avoir un « *Stiftungsvorstand* » (un « conseil exécutif » ou un

directors” and sometimes as “executive board”—in these reasons I use the term “board”). The board is responsible for conducting the affairs of the private foundation. Each member of the board must perform his or her responsibilities frugally and with the prudence of a conscientious manager.

[10] There must be at least three members of the board of a private foundation. The initial board is appointed by the founder or founders. Their successors are named as specified in the founding deed or a supplementary deed. A beneficiary, the spouse of a beneficiary, or a person related to a beneficiary within a specified degree cannot be a member of the board, and neither can any corporation. Two of the members of the board must have permanent residence in Austria.

[11] A private foundation, except one established for the benefit of the public at large, must have at least one “*Begünstigter*”, a person to whom the property of the private foundation may be distributed at the discretion of the board subject to the terms of the founding deed of the private foundation or a supplementary deed. The founding deed must either designate that person (or persons), or stipulate how and by whom they will be designated. The word “*Begünstigter*” is translated as “beneficiary”, but since the law of Austria does not recognize common law trusts, it should not be inferred that a “*Begünstigter*”, as such, necessarily has all the legal rights of the beneficiary of a common law trust.

[12] The founding deed may permit the designation of a beneficiary or beneficiaries in a supplementary deed executed by the founder or founders, or it may permit the designation of a beneficiary or beneficiaries by a “*Stelle*” (an organ of the private foundation created by the founder or founders for that purpose), failing which the board may designate the beneficiary or beneficiaries. A supplementary deed is a separate notarized document that is not necessarily required to be filed with the Austrian Register of Corporations. If a supplementary

« conseil d’administration »; dans les présents motifs, j’emploie le terme « conseil d’administration »). Le conseil d’administration est chargé de gérer la fondation privée. Les membres du conseil d’administration exercent leurs fonctions à moindres frais et avec autant de prudence que celle dont ferait preuve un gestionnaire consciencieux.

[10] Le conseil d’administration d’une fondation privée est composé d’au moins trois membres. Les membres du conseil d’administration initial sont nommés par le fondateur ou les fondateurs. Leurs successeurs sont désignés selon ce qui est précisé dans la déclaration constitutive ou une déclaration supplémentaire. Les bénéficiaires, leur époux ou épouse et les personnes liées à un bénéficiaire jusqu’à un degré de parenté déterminé ne peuvent être membres du conseil d’administration et les personnes morales ne peuvent pas en être membres. Deux des membres du conseil d’administration doivent avoir leur résidence permanente en Autriche.

[11] À l’exception de celles qui sont constituées au profit du grand public, les fondations privées doivent avoir au moins un « *Begünstigter* », c’est-à-dire une personne à qui les biens de la fondation privée peuvent être distribués à la discrétion du conseil d’administration, sous réserve de la déclaration constitutive de la fondation privée ou de toute déclaration supplémentaire. La déclaration constitutive doit désigner cette personne (ou ces personnes) ou préciser comment et par qui ces personnes seront désignées. Le terme « *Begünstigter* » se rend par « bénéficiaire », mais comme le droit autrichien ne reconnaît pas les fiducies de common law, on ne doit pas en conclure que le « *Begünstigter* » possède nécessairement tous les droits reconnus par la loi au bénéficiaire d’une fiducie de common law.

[12] La déclaration constitutive peut permettre la désignation d’un bénéficiaire ou de plusieurs bénéficiaires dans une déclaration supplémentaire signée par le fondateur ou les fondateurs ou encore permettre la désignation du bénéficiaire ou des bénéficiaires par un « *Stelle* » (un organe de la fondation privée créé par le fondateur ou les fondateurs à cette fin), à défaut de quoi le conseil d’administration peut désigner le ou les bénéficiaires. La déclaration supplémentaire est un document notarié distinct, qu’il n’est pas nécessaire de déposer au

deed is not required to be filed, its contents do not become publicly available information.

[13] The founding deed or a supplementary deed may also name a “*Letzbegünstigter*” (translated as “ultimate beneficiary”). An ultimate beneficiary is a person who is entitled to receive the property of the private foundation upon its revocation or dissolution, after the creditors of the private foundation have been satisfied. There may be more than one ultimate beneficiary. If a private foundation is dissolved and no ultimate beneficiary has been named, the assets of the private foundation become the property of the Republic of Austria.

[14] A private foundation must have a “*Stiftungsprüfer*” (translated as “auditor”). It may, and in some circumstances must, have an “*Aufsichtsrat*” (translated as “supervisory board”). It may also have other organs established for specified purposes, including a “*Beirat*” (translated as “advisory board”) to advise the board. However, an advisory board cannot replace the board or exercise any of its functions. The existence of an advisory board does not relieve the board of its legal obligation to manage the affairs of the private foundation in accordance with its stated purposes, or affect the legal standard of care imposed on members of the board.

[15] The dissolution of an Austrian private foundation may occur in a number of ways, including upon a resolution of the board, but not by a resolution of any other organ or the beneficiaries. There are circumstances in which the board must pass a dissolution resolution. If the right of revocation has been reserved by the founder or founders, the board must pass a dissolution resolution upon receiving notice of the revocation. The board must pass a dissolution resolution upon the achievement of the private foundation’s purposes, upon a determination that its purposes are no longer achievable, upon the occurrence of an event that is stipulated in the founding deed to require dissolution or, in the case of a private foundation established for a fixed term, upon the expiry of the term. In the case of a non-charitable private

registre des sociétés autrichien. S’il n’est pas nécessaire de déposer la déclaration supplémentaire, le grand public n’a pas accès à son contenu.

[13] La déclaration constitutive ou la déclaration supplémentaire peut également désigner un « *Letzbegünstigter* » (un « bénéficiaire ultime »). Le bénéficiaire ultime est la personne qui a le droit de recevoir les biens de la fondation privée lors de sa révocation ou de sa dissolution, une fois que les créanciers de la fondation privée ont été désintéressés. Il peut y avoir plusieurs bénéficiaires ultimes. Si la fondation privée est dissoute et qu’aucun bénéficiaire ultime n’a été désigné, les biens de la fondation privée sont dévolus à la République d’Autriche.

[14] Toute fondation privée doit avoir un « *Stiftungsprüfer* » (un « vérificateur »). Elle peut également avoir un « *Aufsichtsrat* » (un « conseil de supervision »); dans certaines circonstances, elle doit avoir un conseil de supervision. Elle peut également avoir d’autres organes établis à des fins précises, y compris un « *Beirat* » (un « conseil consultatif ») chargé de conseiller le conseil d’administration. Le conseil consultatif ne peut toutefois remplacer le conseil d’administration ni exercer ses fonctions. L’existence d’un conseil consultatif ne libère pas le conseil d’administration de son obligation légale de gérer la fondation privée conformément à son objet et elle n’a aucune incidence sur la norme de prudence que la loi impose aux membres du conseil d’administration.

[15] La dissolution d’une fondation privée autrichienne peut se produire de diverses façons, notamment sur résolution du conseil d’administration, mais non sur résolution de tout autre organe ou des bénéficiaires. Dans certaines circonstances, le conseil d’administration doit adopter une résolution de dissolution. Si le ou les fondateurs se sont réservé le droit de révocation, le conseil d’administration doit adopter une résolution de dissolution à la réception d’une révocation. Le conseil d’administration doit adopter une résolution de dissolution lorsque l’objet de la fondation privée a été atteint ou ne peut plus être atteint, lorsque se produit une situation qui, selon la déclaration constitutive, entraîne la dissolution de la fondation privée, ou, dans le cas où la fondation privée a été créée pour une durée déterminée,

foundation whose major purpose is for the benefit of individuals, a dissolution resolution must be passed when the private foundation has lasted for 100 years, unless all ultimate beneficiaries resolve unanimously that it should continue for another period not exceeding 100 years at a time.

[16] The founding deed of a private foundation may be amended by the founder or founders only if that right has been reserved. If an amendment is required but cannot be made because no such right has been reserved, or because the founder or founders are unable to act, the board may make any amendments necessary to achieve the purpose of the private foundation, subject to the approval of the court. An amendment to the founding deed is made by a supplementary deed, and becomes effective only when the supplementary deed is accepted for filing in the Austrian Register of Corporations.

[17] A beneficiary or an ultimate beneficiary, as such, has no right to exercise any authority vested in the board, or to manage or have a say in the management of the private foundation's affairs or in the exercise of any discretion as to the distribution of property to the beneficiaries. The legal rights of a beneficiary or ultimate beneficiary are limited to obtaining information about the affairs of the private foundation, and asking the court to take steps to ensure that the terms of the founding deed and any supplementary deeds are respected. As well, each beneficiary and ultimate beneficiary has a specific statutory right to apply to the court for dissolution of the private foundation if an event has occurred that makes dissolution mandatory and the board has not passed a dissolution resolution, or if the board has passed a dissolution resolution when no event requiring dissolution has occurred.

[18] In this appeal, the Austrian tax treatment of a private foundation is not relevant, but as it is mentioned by Justice Miller in his reasons, I will summarize the evidence presented on that point. An Austrian private

à l'expiration de ce délai. Dans le cas d'une fondation privée à but non caritatif dont le principal objet est établi au profit de particuliers, une résolution de dissolution doit être adoptée lorsque cette fondation dure depuis plus de 100 ans, à moins que les bénéficiaires ultimes ne résolvent à l'unanimité que la fondation doit être prorogée pour une période additionnelle d'au plus 100 ans.

[16] Le fondateur ou les fondateurs peuvent modifier la déclaration constitutive de la fondation uniquement s'ils l'avaient établie sous réserve de modifications. S'il faut modifier la déclaration constitutive, mais qu'il est impossible de le faire parce que la déclaration n'a pas été établie sous réserve de modifications, ou parce que les fondateurs ne sont pas en mesure d'agir, le conseil d'administration peut, aux fins de la réalisation de l'objet de la fondation, modifier la déclaration; le tribunal doit approuver la modification. Toute modification de la déclaration constitutive se fait au moyen d'une déclaration supplémentaire, et la modification ne prend effet que lorsque le registre des sociétés autrichien accepte le dépôt de la déclaration supplémentaire.

[17] Le bénéficiaire ou le bénéficiaire ultime n'a, à ce titre, aucun droit d'exercer les pouvoirs du conseil d'administration, ou de gérer la fondation privée ou de participer à sa gestion, notamment lors de la distribution discrétionnaire des actifs aux bénéficiaires. Les droits que la loi reconnaît au bénéficiaire ou au bénéficiaire ultime se limitent au droit d'obtenir des renseignements au sujet des activités de la fondation privée et de demander au tribunal de prendre des mesures pour assurer le respect des modalités de la déclaration constitutive et de toute déclaration supplémentaire. De plus, chaque bénéficiaire ou bénéficiaire ultime a, en vertu de la loi, le droit de s'adresser au tribunal pour obtenir la dissolution de la fondation privée s'il survient un événement qui rend la dissolution obligatoire et que le conseil d'administration n'a pas adopté de résolution de dissolution, ou s'il a adopté une résolution de dissolution alors qu'aucune situation emportant dissolution ne s'est produite.

[18] Dans le présent appel, le traitement fiscal des fondations privées en droit autrichien n'est pas pertinent, mais, puisque le juge Miller l'a mentionné dans ses motifs, je résumerai les éléments de preuve présentés sur



foundation generally is subject to the same income tax law as other Austrian corporations, but it may be exempted from Austrian income tax if it files certain information with the tax authorities, including a supplementary deed naming the beneficiaries. However, a private foundation is not exempt from Austrian income tax on “*Spekulationsgeschäfte*” (translated as “speculative transactions”), including a gain on the sale of corporate securities within one year of its acquisition, or a gain on the sale of real property within ten years of its acquisition. Thus, a private foundation can and is intended to provide limited shelter from Austrian income tax with respect to income from the use or disposition of its property. Generally, a distribution of the property of a private foundation is subject to Austrian income tax in the hands of the beneficiary who receives it, unless the beneficiary is entitled to an exemption (for example, under an international income tax convention). The private foundation may be obliged to withhold tax from the distribution and remit it to the tax authorities to be applied against the tax liability of the beneficiary.

### Facts

[19] At all times material to this appeal, Peter Sommerer was resident in Canada. It is not alleged that he was resident in Austria or in any other country during the relevant period.

[20] Herbert Sommerer, the father of Peter Sommerer, executed the founding deed of the Sommerer Private Foundation on October 3, 1996. On the same date, he endowed the Sommerer Private Foundation with 1 000 000 Austrian schillings. The founding deed was registered with the Austrian Register of Corporations. The founding deed names three individuals unrelated to the Sommerer family as the initial members of the board.

cette question. En règle générale, les fondations privées autrichiennes sont assujetties aux mêmes lois fiscales que les autres personnes morales autrichiennes, mais peuvent être exonérées de l’impôt sur le revenu autrichien si elles produisent auprès des autorités fiscales certains renseignements, dont une déclaration supplémentaire désignant les bénéficiaires. Les fondations privées ne sont toutefois pas exonérées de l’impôt sur le revenu autrichien en ce qui concerne les « *Spekulationsgeschäfte* » (les « opérations spéculatives »), notamment sur les gains réalisés lors de la vente de valeurs mobilières de sociétés dans l’année de leur acquisition ou sur le gain réalisé lors de la vente d’un immeuble dans les 10 années de son acquisition. Ainsi, une fondation privée peut et est censée accorder un abri partiel de l’impôt sur le revenu autrichien en ce qui concerne les revenus tirés de l’utilisation ou de l’aliénation de ses biens. En règle générale, la distribution des biens d’une fondation privée est assujettie à l’impôt sur le revenu autrichien entre les mains du bénéficiaire qui les reçoit, à moins que ce bénéficiaire n’ait droit à une exemption (p. ex., en vertu d’une convention fiscale internationale). La fondation privée peut être obligée de retenir l’impôt lors de la distribution et de remettre le montant au fisc, qui l’appliquera à la dette fiscale du bénéficiaire.

### Les faits

[19] À toute l’époque en cause dans le présent appel, Peter Sommerer résidait au Canada. Il n’est pas allégué qu’il résidait en Autriche ou dans un autre pays au cours de la période en cause.

[20] Herbert Sommerer, le père de Peter Sommerer, a signé la déclaration constitutive de la Fondation privée Sommerer le 3 octobre 1996. Le même jour, il a fait à la fondation privée une dotation qui s’élevait à un million de schillings autrichiens. La déclaration constitutive a été inscrite au registre des sociétés autrichien. Elle désigne trois particuliers qui n’ont aucun lien de parenté avec la famille Sommerer comme membres initiaux du conseil d’administration.

[21] The purpose of the Sommerer Private Foundation as set out in its founding deed is as follows (translated from German):

The purpose of the foundation is to promote the interests of those individuals indicated in the supplementary deed from the income generated by the foundation funds.

Engaging in investment activities, in particular the purchase of shares on credit, is also in line with this purpose.

Beneficiaries and those who may become beneficiaries based on the purpose of the foundation have no legal claim to grants from the foundation.

[22] On October 4, 1996, Herbert Sommerer executed the supplementary deed referred to in the first paragraph quoted above. The beneficiaries are named in section 2 of that supplementary deed. It reads as follows (translated from German):

The beneficiaries are Mr. Peter Sommerer, his wife, Mrs. Dawn Elizabeth Sommerer, as well as the children from their marriage, but only as of their eighteenth birthday and, in the event of their death, their offspring, provided they are resident in Austria.

[23] Dr. Torggler interpreted this provision to mean that the named persons are only potential beneficiaries unless and until they become resident in Austria. Dr. Plessner agreed. Justice Miller also agreed, and his conclusion on this point is not challenged in this appeal. Thus, the fact that Peter Sommerer was resident in Canada in October of 1996 means that he was not then eligible to receive a distribution as beneficiary, but he could become eligible by becoming resident in Austria.

[24] Under the October 4, 1996 supplementary deed, Peter Sommerer and his spouse are also named as the ultimate beneficiaries of the Sommerer Private Foundation. The provision naming them as ultimate beneficiaries contains no condition as to their place of residence.

[25] In the founding deed, Herbert Sommerer reserved the right to revoke the private foundation. He also

[21] L'objet de la Fondation privée Sommerer est énoncé dans sa déclaration constitutive (traduit de l'allemand) :

[TRADUCTION] L'objet de la Fondation est de promouvoir les intérêts des personnes désignées dans la déclaration supplémentaire à l'aide du revenu généré par les fonds de la Fondation.

La participation à des activités de placement, en particulier l'achat d'actions à crédit, est également conforme à cet objet.

Les bénéficiaires et les personnes qui pourront le devenir compte tenu de l'objet de la Fondation n'ont aucun droit à des subventions de la Fondation.

[22] Le 4 octobre 1996, Herbert Sommerer a signé la déclaration supplémentaire mentionnée au premier paragraphe qui précède. Les bénéficiaires sont désignés à l'article 2 de cette déclaration. En voici le texte (traduit de l'allemand) :

[TRADUCTION] Les bénéficiaires sont M. Peter Sommerer, son épouse, M<sup>me</sup> Dawn Elizabeth Sommerer, ainsi que les enfants issus de leur mariage, jusqu'à leur dix-huitième anniversaire de naissance, et, en cas de décès, les descendants de ces derniers, à condition qu'ils résident en Autriche.

[23] Suivant M. Torggler, cette disposition signifie que les personnes qui sont désignées ne sont que des bénéficiaires éventuels aussi longtemps qu'ils ne résident pas en Autriche. M. Plessner est du même avis. Le juge Miller a abondé dans leur sens et sa conclusion sur cette question n'est pas contestée dans le présent appel. Ainsi, le fait que Peter Sommerer résidait au Canada en octobre 1996 signifie qu'il n'était pas admissible à l'époque à recevoir une part des biens en tant que bénéficiaire, mais qu'il pouvait le devenir s'il devenait résident autrichien.

[24] Aux termes de la déclaration supplémentaire du 4 octobre 1996, Peter Sommerer et son épouse sont également désignés comme bénéficiaires ultimes de la Fondation privée Sommerer. La disposition les désignant comme bénéficiaires ultimes n'est assortie d'aucune condition en ce qui concerne leur lieu de résidence.

[25] Dans la déclaration constitutive, Herbert Sommerer se réserve le droit de révoquer la fondation

reserved the right to amend the founding deed with the consent of the advisory board. The October 4, 1996 supplementary deed establishes an advisory board consisting of the founder (Herbert Sommerer) and the two oldest beneficiaries. It apparently was intended that Peter Sommerer and his spouse would be members of the advisory board, although technically that would be impossible unless they became resident in Austria.

[26] According to the English translation of the October 4, 1996 supplementary deed, the advisory board “shall advise the [board] in determining grants to beneficiaries and has the right to supervise the activities of the [board]”. The supplementary deed also provides that it (that is, the supplementary deed) may be “revoked by the [board] with unanimous approval by the advisory board, and all items may be modified or supplemented”.

[27] Dr. Torggler and Dr. Plessner did not agree on whether, as a matter of Austrian law, the advisory board was validly created on October 4, 1996 as an organ of the Sommerer Private Foundation. However, it seems to me that none of the issues in this appeal turn on that point.

[28] A supplementary deed executed in January of 1999 changed the residence requirement for beneficiaries and ultimate beneficiaries. The result of the amendment is that the persons named in the October 4, 1996 supplementary deed as beneficiaries or ultimate beneficiaries are entitled to receive distributions of property of the private foundation or distributions on dissolution, as the case may be, if they are resident in any country designated by the advisory board except Canada. As Peter Sommerer was still resident in Canada at that time, he was not then eligible to receive any distributions, but that would change if he ceased to be resident in Canada and became resident in another country designated by the advisory board. Another supplementary deed executed in 1999 removed the supervisory role of the advisory board.

privée. Il se réserve également le droit de modifier la déclaration constitutive avec le consentement du conseil consultatif. La déclaration supplémentaire du 4 octobre 1996 crée un conseil consultatif composé du fondateur (Herbert Sommerer) et des deux bénéficiaires les plus âgés. Il semble que l’intention de ce document eût été que Peter Sommerer et son épouse fassent partie du conseil consultatif bien que, strictement, cela était impossible tant qu’ils ne résidaient pas en Autriche.

[26] Suivant la traduction française de la déclaration supplémentaire du 4 octobre 1996, le comité consultatif [TRADUCTION] « conseille le conseil exécutif [le conseil d’administration] lorsqu’il s’agit de décider des subventions à accorder aux bénéficiaires; il est autorisé à superviser les activités du conseil exécutif ». La déclaration supplémentaire prévoit également que celle-ci peut être [TRADUCTION] « révoqué[e] par le conseil exécutif sur approbation unanime du conseil consultatif; des modifications ou des ajouts peuvent être apportés aux dispositions de cet acte ».

[27] MM. Torggler et Plessner ne s’entendent pas sur la question de savoir si, en droit autrichien, le conseil consultatif a été valablement créé le 4 octobre 1996 en tant qu’organe de la Fondation privée Sommerer. Il me semble toutefois que la réponse à aucune des questions en litige dans le présent appel ne dépende de cette question.

[28] Une déclaration supplémentaire signée en janvier 1999 a eu pour effet de modifier la condition de résidence des bénéficiaires et des bénéficiaires ultimes. En raison de cette modification, les personnes désignées dans la déclaration supplémentaire du 4 octobre 1996 en tant que bénéficiaires ou bénéficiaires ultimes ont le droit de recevoir des biens distribués par la fondation privée ou les biens distribués lors de la dissolution, selon le cas, s’ils résident dans tout pays, autre que le Canada, désigné par le conseil consultatif. Comme Peter Sommerer résidait encore au Canada à l’époque, il n’avait pas le droit de recevoir quelque distribution que ce soit; sa situation devait toutefois changer s’il cessait de résider au Canada et commençait à résider dans un autre pays désigné par le conseil consultatif. Une autre déclaration supplémentaire signée en 1999 a supprimé le rôle de supervision du conseil consultatif.

[29] Despite the residence requirement for beneficiaries as it existed between October of 1996 and January of 1999 that might have precluded Peter Sommerer from being a member of the advisory board during that period, the record contains a significant body of evidence indicating that Peter Sommerer was present at most if not all meetings of the board of the Sommerer Private Foundation, and offered his advice on the transactions that gave rise to this case. In my view, the fact that Peter Sommerer offered advice to the board is not relevant to any of the issues on appeal, whether or not he did so as a member of the advisory board.

[30] On October 4, 1996, Peter Sommerer sold to the Sommerer Private Foundation 1 770 000 shares of Vienna Systems Corporation (the “Vienna shares”) for their fair market value of \$1 177 050 (66.5¢ per share). The Sommerer Private Foundation paid \$117 705 of the purchase price on the date of the agreement and was legally obliged to pay the remainder at a later date, with interest. The sale was unconditional. The cash portion of the purchase price was paid using part of the initial endowment from Herbert Sommerer (paragraphs 67 and 88 of Justice Miller’s reasons).

[31] In December of 1997, the Sommerer Private Foundation sold 216 666 of the Vienna shares for \$4.50 per share to three individuals unrelated to the Sommerer family, realizing a capital gain. In December of 1998, the Sommerer Private Foundation sold the remaining Vienna shares to Nokia Corporation for \$9 per share, realizing a further capital gain.

[32] In April of 1998, Peter Sommerer sold to the Sommerer Private Foundation, unconditionally, 57 143 shares of Cambrian Systems Corporation (the “Cambrian shares”) for \$100 000 (approximately \$1.75 per share). In December of 1998, the Sommerer Private Foundation sold the Cambrian shares to Northern Telecom Limited for US\$14.97 per share, plus a further US\$4.12 per share conditional on certain milestones being met in 1999. That sale resulted in another capital gain for the Sommerer Private Foundation.

[29] Malgré l’exigence relative à la résidence des bénéficiaires qui était en vigueur d’octobre 1996 à janvier 1999 et qui aurait pu empêcher Peter Sommerer de faire partie du conseil consultatif pendant cette période, on trouve au dossier une quantité considérable d’éléments de preuve indiquant que Peter Sommerer était présent à la plupart des assemblées du conseil d’administration de la Fondation privée Sommerer, sinon à la totalité, et qu’il a donné son avis au sujet des opérations à l’origine du présent appel. À mon avis, le fait que Peter Sommerer ait donné son avis lors des réunions du conseil d’administration est sans rapport avec les questions en litige dans le présent appel, et ce, qu’il l’ait fait ou non à titre de membre du conseil consultatif.

[30] Le 4 octobre 1996, Peter Sommerer a vendu à la Fondation privée Sommerer 1 770 000 actions de la Vienna Systems Corporation (les « actions de Vienna ») à leur juste valeur marchande de 1 177 050 \$ (0,665 \$ l’action). La Fondation privée Sommerer a payé 117 705 \$ du prix d’achat le jour de l’entente et était juridiquement obligée de payer le solde à une date ultérieure, avec intérêts. La vente était inconditionnelle. La partie du prix d’achat versée en espèces a été payée grâce à une partie de la dotation initiale faite par Herbert Sommerer (paragraphes 67 et 88 des motifs du juge Miller).

[31] En décembre 1997, la Fondation privée Sommerer a vendu 216 666 actions de Vienna au prix de 4,50 \$ l’action à trois personnes qui n’avaient aucun lien avec la famille Sommerer. La Fondation privée Sommerer a réalisé un gain en capital. En décembre 1998, la Fondation privée Sommerer a vendu les actions de Vienna restantes à la société Nokia à 9 \$ l’action et a réalisé un autre gain en capital.

[32] En avril 1998, Peter Sommerer a vendu à la Fondation privée Sommerer, sans condition, 57 143 actions de la Cambrian Systems Corporation (les « actions de Cambrian ») au prix de 100 000 \$ (environ 1,75 \$ l’action). En décembre 1998, la Fondation privée Sommerer a vendu les actions de Cambrian à la Northern Telecom Limited pour 14,97 dollars américains l’action. Un montant additionnel de 4,12 dollars américains l’action devait être versé si certaines conditions étaient satisfaites en 1999. Cette vente a donné lieu à un autre gain en capital pour la Fondation privée Sommerer.

[33] The Minister took the position that the capital gains realized by the Sommerer Private Foundation on the sale of the Vienna shares and the Cambrian shares were attributable to Peter Sommerer pursuant to subsection 75(2) of the *Income Tax Act*. For reasons that are not relevant to any issues raised in this appeal, putting that conclusion into effect required income tax reassessments for the years 1996 to 2000. As mentioned above, those reassessments were successfully appealed to the Tax Court of Canada, and the Crown now appeals to this Court.

### Analysis

#### (A) Introduction to subsection 75(2)

[34] Broadly speaking, subsection 75(2) is intended to ensure that a taxpayer cannot avoid the income tax consequences of the use or disposition of property by transferring it in trust to another person while retaining a right of reversion in respect of the property or property for which it may be substituted, or retaining the right to direct the disposition of the property or substituted property. Subsection 75(2) operates by attributing any income or loss from the use of trust property, and any gain or capital loss on the disposition of trust property, to the person from whom the property, or property for which it was substituted, was received by the trust.

[35] Subsection 75(2) reads as follows:

Trusts      **75. (2)** Where, by a trust created in any manner whatever since 1934, property is held on condition

(a) that it or property substituted therefor may

(i) revert to the person from whom the property or property for which it was substituted was directly or indirectly received (in this subsection referred to as “the person”), or

[33] Le ministre a conclu que les gains en capital réalisés par la Fondation privée Sommerer lors de la vente des actions de Vienna et des actions de Cambrian étaient imputables à Peter Sommerer en vertu du paragraphe 75(2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Pour des raisons qui n’ont rien à voir avec les questions en litige dans le présent appel, il a fallu, pour donner effet à cette conclusion, établir de nouvelles cotisations d’impôt sur le revenu pour les années 1996 à 2000. Comme nous l’avons déjà mentionné, ces nouvelles cotisations ont été portées en appel avec succès à la Cour canadienne de l’impôt, et la Couronne interjette maintenant appel de cette décision devant notre Cour.

### Analyse

#### (A) Présentation du paragraphe 75(2)

[34] De façon générale, le paragraphe 75(2) vise à assurer que le contribuable ne puisse se soustraire aux conséquences fiscales de l’utilisation ou de l’aliénation de biens en les transférant en fiducie à une autre personne tout en conservant un droit réversif sur les biens ou sur ceux qui leur sont substitués ou en conservant le droit de décider de la disposition des biens ou de ceux qui leur sont substitués. Le paragraphe 75(2) a pour effet d’imputer les revenus ou les pertes découlant de l’utilisation des biens détenus en fiducie, ainsi que tout gain ou perte en capital réalisé lors de la disposition des biens détenus en fiducie, à la personne de laquelle les biens, ou les biens qui leur sont substitués, ont été reçus en fiducie.

[35] Le paragraphe 75(2) dispose :

Fiducies      **75. (2)** Lorsque, en vertu d’une fiducie créée de quelque façon que ce soit depuis 1934, des biens sont détenus à condition :

a) soit que ces derniers ou des biens qui leur sont substitués puissent :

(i) ou bien revenir à la personne dont les biens ou les biens qui leur sont substitués ont été reçus directement ou indirectement (appelée « la personne » au présent paragraphe),



(ii) pass to persons to be determined by the person at a time subsequent to the creation of the trust, or

(b) that, during the existence of the person, the property shall not be disposed of except with the person's consent or in accordance with the person's direction,

any income or loss from the property or from property substituted for the property, and any taxable capital gain or allowable capital loss from the disposition of the property or of property substituted for the property, shall, during the existence of the person while the person is resident in Canada, be deemed to be income or a loss, as the case may be, or a taxable capital gain or allowable capital loss, as the case may be, of the person.

(B) The French version of subsection 75(2)

[36] There was some debate in this case as to whether the French version of subsection 75(2) of the *Income Tax Act* and the English version say the same thing, whether the French version contains a drafting error (evidenced by some obviously unintended effects), and whether the apparent differences between the English and French versions have any bearing on the issues in this case. These issues are discussed by Justice Miller in paragraphs 95 to 102 of his reasons. He found the differences between the English and French versions to be of no consequence to the issues in this case, and I agree. I mention this point only to urge the Crown to consider whether there is a drafting error in the French version of subsection 75(2), and if so to initiate corrective steps. If there is an error in that provision, the same error or a similar error may be present in a number of other provisions of the *Income Tax Act* mentioned in the submissions made in this case.

(C) Is there a trust?

[37] The Crown argued in the Tax Court that the Sommerer Private Foundation is a trust. Peter Sommerer

(ii) ou bien être transportés à des personnes devant être désignées par la personne après la création de la fiducie;

b) soit que, pendant l'existence de la personne, il ne soit disposé des biens qu'avec son consentement ou suivant ses instructions,

tout revenu ou toute perte résultant des biens ou de biens y substitués, ou tout gain en capital imposable ou toute perte en capital déductible provenant de la disposition des biens ou de biens y substitués, est réputé, durant l'existence de la personne et pendant qu'elle réside au Canada, être un revenu ou une perte, selon le cas, ou un gain en capital imposable ou une perte en capital déductible, selon le cas, de la personne.

(B) La version française du paragraphe 75(2)

[36] La question de savoir si la version française et la version anglaise du paragraphe 75(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* disent la même chose a fait l'objet d'un certain débat en l'espèce. On s'est demandé si la version française contenait une erreur de rédaction (comme le confirment certaines conséquences manifestement imprévues) et si les différences qui semblent exister entre la version française et la version anglaise ont une incidence sur les questions en litige en l'espèce. Le juge Miller a examiné ces questions aux paragraphes 95 à 102 de ses motifs. Il a conclu que les différences constatées entre la version française et la version anglaise étaient sans conséquence pour ce qui était des questions en litige, et je suis du même avis. Je ne mentionne cette question que pour inviter la Couronne à examiner si la version française du paragraphe 75(2) comporte une erreur de rédaction et, dans l'affirmative, à prendre les mesures correctives qui s'imposent. Si cette disposition renferme une erreur, il est possible que la même erreur ou une erreur semblable se retrouve dans plusieurs autres dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui ont été citées dans les observations formulées dans le cas qui nous occupe.

(C) Y a-t-il une fiducie?

[37] La Couronne a fait valoir devant la Cour de l'impôt que la Fondation privée Sommerer était une

argued that it is a corporation. Justice Miller concluded that it is a corporation that holds its property in trust for Peter Sommerer and the other named beneficiaries. He went on to conclude that subsection 75(2) of the *Income Tax Act* does not apply to attribute to Peter Sommerer the capital gains realized by the Sommerer Private Foundation on the sale of the Vienna shares and the Cambrian shares. He held in the alternative that paragraph 5 of Article XIII of the Canada-Austria Income Tax Convention precludes Canada from taxing Peter Sommerer on the capital gains realized by the Sommerer Private Foundation.

[38] The Crown's appeal assumes that Justice Miller was correct when he concluded that the Sommerer Private Foundation holds its property in trust. The Crown challenges only Justice Miller's conclusions on the application of subsection 75(2) of the *Income Tax Act* and paragraph 5 of Article XIII of the Canada-Austria Income Tax Convention. Peter Sommerer does not agree that the Sommerer Private Foundation holds its property in trust, but as respondent in this appeal he has chosen not to argue that point. He has concentrated instead on defending Justice Miller's conclusions on the application of subsection 75(2) of the *Income Tax Act* and paragraph 5 of Article XIII of the Canada-Austria Income Tax Convention. Because of the manner in which this appeal was argued, the proposition that the Sommerer Private Foundation holds its property in trust was not the subject of submissions, and I will express no final opinion on whether it is correct. However, I will say that in my view, it is a doubtful proposition.

[39] According to the undisputed evidence of Dr. Torggler, the law of Austria does not recognize trusts as understood in Canadian law. However, it is evident that as a practical matter (and putting aside for the moment any income tax considerations), Herbert Sommerer may well have achieved many of the objectives that could have been achieved in a common law jurisdiction by settling a trust for Peter Sommerer, his spouse and their children. He did so by creating and

fiducie. Peter Sommerer soutenait pour sa part qu'il s'agissait d'une société. Le juge Miller a conclu qu'il s'agissait d'une société qui détenait des biens en fiducie pour Peter Sommerer et pour les autres bénéficiaires nommément désignés. Il a poursuivi en concluant que le paragraphe 75(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne s'appliquait pas de manière à imputer à Peter Sommerer les gains en capital réalisés par la Fondation privée Sommerer lors de la vente des actions de Vienna et de Cambrian. Il a jugé à titre subsidiaire que le paragraphe 5 de l'article XIII de la Convention Canada-Autriche en matière d'impôt sur le revenu empêchait le Canada d'exiger de Peter Sommerer de l'impôt sur les gains en capital réalisés par la Fondation privée Sommerer.

[38] Dans son appel, la Couronne part du principe que le juge Miller a eu raison de conclure que la Fondation privée Sommerer détenait ses biens en fiducie. La Couronne ne conteste que les conclusions tirées par le juge Miller au sujet de l'application du paragraphe 75(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et du paragraphe 5 de l'article XIII de la Convention Canada-Autriche en matière d'impôt sur le revenu. Peter Sommerer n'est pas d'accord pour dire que la Fondation privée Sommerer détient ses biens en fiducie, mais, en tant qu'intimé dans le présent appel, il a choisi de ne pas plaider cette question. Il a plutôt défendu les conclusions tirées par le juge Miller au sujet de l'application du paragraphe 75(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et du paragraphe 5 de l'article XIII de la Convention Canada-Autriche en matière d'impôt sur le revenu. En raison de la façon dont le présent appel a été débattu, l'affirmation voulant que la Fondation privée Sommerer détienne ses biens en fiducie n'a pas fait l'objet d'observations et je n'exprimerai donc aucun avis final sur le bien-fondé de cette conclusion. Je tiens toutefois à dire que cette proposition m'apparaît douteuse.

[39] Suivant le témoignage non contredit de M. Torggler, le droit autrichien ne reconnaît pas la fiducie telle qu'on la conçoit en droit canadien. Il est toutefois évident qu'en pratique, et en faisant abstraction pour le moment de toute considération d'ordre fiscal, Herbert Sommerer peut fort bien avoir atteint bon nombre des objectifs qu'on aurait pu atteindre dans un régime de common law en constituant une fiducie au profit de Peter Sommerer, de son épouse et de leurs

endowing the Sommerer Private Foundation under the Austrian *Private Foundation Act* and naming Peter Sommerer, his spouse, and their children as beneficiaries and ultimate beneficiaries. But that does not mean as a matter of law that the creation and endowment of the Sommerer Private Foundation was the settlement of a trust, or that a trust existed or came into existence when the Sommerer Private Foundation bought the Vienna shares or the Cambrian shares from Peter Sommerer.

[40] As mentioned above, an Austrian private foundation is a juridical person with the legal capacity to own property in its own right and to deal with its property on its own account. The legal right of an Austrian private foundation to deal with its own property is the same as the legal right of a Canadian corporation to deal with its own property. That is so despite the fact that the board of an Austrian private foundation must manage its affairs in furtherance of the purposes stipulated in its constating documents. The board of directors of a corporation is similarly constrained, in the sense that it must manage the affairs of the corporation in its best interests, subject to any terms and conditions in its constating documents.

[41] A corporation does not hold its property in trust for its shareholders or members, except to the extent that a trust deed or an analogous legal instrument imposes the legal and equitable obligations of a trustee on the corporation with respect to specific corporate property. Assuming it is theoretically possible for an Austrian private foundation to hold its property in trust (that is, subject to conditions that are analogous to the legal and equitable obligations of a trustee in a common law jurisdiction), that possibility cannot be realized unless those conditions are formally established. Nothing in the constating documents of the Sommerer Private Foundation or the law of Austria, as reflected in the record of this case, supports the conclusion that the right of the Sommerer Private Foundation to deal with its property is constrained by any legal or equitable obligations analogous to those of a common law trustee.

enfants. Il l'a fait en créant la Fondation privée Sommerer et en lui faisant dotation d'une somme d'argent sous le régime de la Loi sur les fondations privées de l'Autriche et en désignant Peter Sommerer, son épouse et leurs enfants à titre de bénéficiaires et de bénéficiaires ultimes. Mais il ne s'ensuit pas pour autant, en droit, que la création de la Fondation privée Sommerer et le fait de lui faire une dotation emportaient constitution d'une fiducie, ou encore qu'il existait une fiducie ou qu'une fiducie est née lorsque la Fondation privée Sommerer a acheté les actions de Vienna ou les actions de Cambrian à Peter Sommerer.

[40] Comme nous l'avons déjà mentionné, une fondation privée autrichienne est une personne juridique ayant la capacité légale de détenir des biens et d'en disposer pour son propre compte. Le droit que la loi reconnaît aux fondations privées autrichiennes de disposer de leurs propres biens est identique à la faculté reconnue en droit canadien à une société d'avoir ses propres biens. Il en est ainsi malgré le fait que le conseil d'administration d'une fondation privée autrichienne doit la gérer conformément aux objets précisés dans ses actes. Le conseil d'administration d'une société a les mêmes contraintes, en ce sens qu'il doit gérer la société au mieux des intérêts de celle-ci, sous réserve de toute condition stipulée dans ses actes constitutifs.

[41] Une société ne détient pas ses biens en fiducie pour ses actionnaires ou ses membres, sauf si un acte de fiducie ou un instrument juridique analogue impose à la société, à l'égard de biens précis, des obligations semblables à celles qu'a un fiduciaire en vertu de la common law et de l'equity. En supposant qu'il soit théoriquement possible pour une fondation privée autrichienne de détenir ses biens en fiducie (c.-à-d. sous réserve de conditions analogues aux obligations qu'a un fiduciaire en vertu de la common law et de l'equity dans les régimes de common law), cette possibilité ne peut se réaliser que si les conditions en question sont en fait satisfaites. Rien dans les actes de la Fondation privée Sommerer ou dans les lois de l'Autriche, suivant le dossier en l'espèce, n'appuie la conclusion que le droit de la Fondation privée Sommerer d'avoir des biens est limité par des obligations de common law ou d'equity analogues à celles auxquelles sont assujettis les fiduciaires en common law.

[42] Looking at the situation from another point of view, a shareholder or member of a corporation, as such, is not the beneficial owner of any property or the corporation, and has no legal or equitable claim to the corporate property (unless such a claim arises upon the declaration by the board of directors of a dividend, or when the dissolution of the corporation is imminent). Unless and until such an event occurs, a shareholder or member has only an inchoate right to receive distributions of corporate property from time to time at the discretion of the board of directors, and to share in the distribution of the corporate property upon its dissolution. The same can be said of the interest of a beneficiary or an ultimate beneficiary in the property of an Austrian private foundation. Nothing in the Austrian *Private Foundation Act* or the constating documents of the Sommerer Private Foundation gives Peter Sommerer a legal or equitable claim to the corporate property that is different from that of a shareholder or member of a corporation.

[43] For these reasons, I doubt that the Sommerer Private Foundation holds any of its property in trust for Peter Sommerer. However, in the remainder of these reasons I set aside my doubts about whether the Sommerer Private Foundation holds its property in trust, and I assume without deciding that in October of 1996 when Herbert Sommerer created the Sommerer Private Foundation and endowed it with the equivalent of \$126 000, he settled a trust for the benefit of Peter Sommerer, his spouse and their children, with the Sommerer Private Foundation as trustee.

(D) Does subsection 75(2) apply?

[44] The Sommerer Private Foundation used part of the money it received from Herbert Sommerer as an endowment to pay Peter Sommerer part of the purchase price of the Vienna shares. The Sommerer Private Foundation later sold the shares and realized a capital gain. The position of the Crown is that subsection 75(2) applies to attribute that capital gain to Peter Sommerer.

[42] Si l'on envisage la situation d'un autre point de vue, l'actionnaire ou le membre d'une société n'est pas en tant que tel propriétaire bénéficiaire des biens de cette société et n'a pas de droit, en common law ou en equity, aux biens de la société (sauf si ce droit fait suite à une déclaration de dividende faite par le conseil d'administration ou lorsque la dissolution de la société est imminente). À moins qu'un tel fait ne survienne, l'actionnaire ou le membre n'a qu'un droit incomplet de recevoir une partie des biens de la société lorsque le conseil d'administration le décide, et de recevoir une partie des biens de la société lors de sa dissolution. On peut dire la même chose du droit du bénéficiaire ou du bénéficiaire ultime en ce qui concerne les biens d'une fondation privée autrichienne. Rien dans la Loi sur les fondations privées de l'Autriche ou dans les actes de la Fondation privée Sommerer ne confère à Peter Sommerer, en common law ou en equity, des droits sur les biens de la société différents de ceux qu'ont les actionnaires ou les membres d'une société sur les biens de celle-ci.

[43] Pour ces motifs, je doute que la Fondation privée Sommerer détienne une partie de ses biens en fiducie pour Peter Sommerer. Toutefois, dans le reste des présents motifs, je fais abstraction de mes doutes quant à la question de savoir si la Fondation privée Sommerer détient ses biens en fiducie et je pars de l'hypothèse, sans pour autant trancher la question, qu'en octobre 1996, lorsque Herbert Sommerer a créé la Fondation privée Sommerer et lui a fait une dotation d'un montant correspondant à 126 000 \$, il a créé une fiducie au profit de Peter Sommerer, de son épouse et de leurs enfants et qu'il a désigné la Fondation privée Sommerer comme fiduciaire.

(D) Le paragraphe 75(2) s'applique-t-il?

[44] La Fondation privée Sommerer a utilisé une partie de l'argent qu'elle avait reçu de Herbert Sommerer à titre de dotation pour payer à Peter Sommerer une partie du prix d'achat des actions de Vienna. La Fondation privée Sommerer a par la suite vendu les actions en question et réalisé un gain en capital. La thèse de la Couronne est que le paragraphe 75(2) s'applique de telle sorte que le gain en capital doit être imputé à Peter Sommerer.

[45] I reproduce here the parts of subsection 75(2) upon which the Crown relies:

Trusts **75. (2)** Where, by a trust created in any manner whatever since 1934, property is held on condition

(a) that it or property substituted therefor may

(i) revert to the person from whom the property or property for which it was substituted was ... received (in this subsection referred to as “the person”), ...

...

... any taxable capital gain ... from the disposition of the property ... shall, during the existence of the person while the person is resident in Canada, be deemed to be ... a taxable capital gain ... of the person.

[46] This provision must be read together with paragraph 248(5)(a) of the *Income Tax Act*, which provides, broadly speaking, that for the purposes of most provisions of the *Income Tax Act*, the notion of the substitution of property contemplates any number of substitutions. It reads in relevant part as follows:

**248. ...**

Substituted property (5) For the purposes of this Act ...,

(a) where a person has disposed of or exchanged a particular property and acquired other property in substitution therefor and subsequently, by one or more further transactions, has effected one or more further substitutions, the property acquired by any such transaction shall be deemed to have been substituted for the particular property...

[47] The Crown argues that subsection 75(2) applies to this case because when Peter Sommerer sold the Vienna shares to the Sommerer Private Foundation in October of 1996, it was possible under the constating documents of the Sommerer Private Foundation that the Vienna shares or property substituted for them (including the proceeds of their sale, any property that might be acquired with the proceeds of their sale, and so on), might one day be distributed to Peter Sommerer as a

[45] Je reproduis ici les passages du paragraphe 75(2) sur lesquels la Couronne se fonde :

**75. (2)** Lorsque, en vertu d’une fiducie créée de quelque façon que ce soit depuis 1934, des biens sont détenus à condition : Fiducies

a) soit que ces derniers ou des biens qui leur sont substitués puissent :

(i) ou bien revenir à la personne dont les biens ou les biens qui leur sont substitués ont été reçus [...] (appelée « la personne » au présent paragraphe),

[...]

[...] tout gain en capital imposable [...] provenant de la disposition des biens [...] est réputé, durant l’existence de la personne et pendant qu’elle réside au Canada, être [...] un gain en capital imposable [...] de la personne.

[46] Il convient de rapprocher cette disposition de l’alinéa 248(5)a) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* qui prévoit, de façon générale, que, pour l’application de la plupart des dispositions de la Loi, la substitution de biens comprend aussi plusieurs substitutions. Voici les passages pertinents en question :

**248. [...]**

(5) Pour l’application de la présente loi [...] : Bien substitué

a) lorsqu’une personne dispose d’un bien donné ou l’échange et acquiert un autre bien en remplacement et que par la suite, par une ou plusieurs autres opérations, elle effectue une ou plusieurs autres substitutions, le bien acquis par cette opération est réputé substitué au bien donné;

[47] La Couronne soutient que le paragraphe 75(2) s’applique dans le cas qui nous occupe parce que, lorsque Peter Sommerer a vendu les actions de Vienna à la Fondation privée Sommerer en octobre 1996, il était possible, aux termes des actes de la Fondation privée Sommerer, que les actions, ou les biens qui leur étaient substitués (y compris le produit de leur vente, tout bien qui peut être acquis à même le produit de leur vente, et ainsi de suite), puissent un jour être distribués à Peter



beneficiary or an ultimate beneficiary. I agree that Peter Sommerer may one day be entitled to a distribution from the Sommerer Private Foundation of property that, by virtue of paragraph 248(5)(a), would be property substituted for the Vienna shares. However, Justice Miller found that to be an insufficient basis for the application of subsection 75(2). I agree.

[48] Subsection 75(2) must be interpreted and applied to give effect to its language, read in its proper context and with a view to giving effect to its intended purpose. As mentioned above, subsection 75(2) generally is intended to ensure that a taxpayer cannot avoid the income tax consequences of the use or disposition of property by transferring it to another person in trust while retaining a right of reversion or a right of disposition with respect to the property or property for which it may be substituted. A common example of the application of subsection 75(2) is the settlement of a trust where the settlor is also a beneficiary with an immediate or contingent right to a distribution of the trust property. In that situation, and in many other situations contemplated by paragraphs 75(2)(a) and (b), subsection 75(2) achieves its intended purpose.

[49] In this case, the Crown contends that the application of subsection 75(2) applies also in respect of property that has been *purchased* by a trustee from a beneficiary at fair market value and held subject to the terms of the trust. In my view, to interpret subsection 75(2) so that it could apply to a beneficiary in respect of property that the trust acquired from the beneficiary in a *bona fide* sale transaction leads to outcomes that are absurd and could not have been intended by Parliament.

[50] A series of examples will illustrate this point. (For the sake of simplicity, assume that to the extent the trust in these examples earns any income from the use of its property, the income is distributed to the beneficiaries on a current basis, so that no property of the trust represents retained income or property substituted for retained income.)

Sommerer en tant que bénéficiaire ou bénéficiaire ultime. Je suis d'accord pour dire que Peter Sommerer peut un jour avoir droit à des biens qui seraient distribués par la Fondation privée Sommerer et qui, par application de l'alinéa 248(5)a), constitueraient des biens se substituant aux actions de Vienna. Toutefois, le juge Miller a conclu que cela ne suffisait pas pour justifier l'application du paragraphe 75(2). Je suis du même avis.

[48] Il faut interpréter et appliquer le paragraphe 75(2) de manière à donner effet à son libellé, en tenant compte de son contexte et en cherchant à donner effet à l'objectif visé. Comme nous l'avons déjà mentionné, le paragraphe 75(2) vise de façon générale à assurer qu'un contribuable ne se soustrait pas aux conséquences fiscales de l'utilisation ou de la disposition de biens en les transférant à une autre personne en fiducie tout en conservant un droit réversif ou un droit de disposition sur les biens en question ou sur ceux qui leur sont substitués. Un exemple courant de l'application du paragraphe 75(2) est la fiducie aux termes de laquelle le disposant est également bénéficiaire et possède un droit immédiat ou éventuel de recevoir une part des biens de la fiducie. En pareil cas, ainsi que dans de nombreuses autres situations visées par les alinéas 75(2)a) et 75(2)b), le paragraphe 75(2) atteint l'objectif visé.

[49] Dans le cas qui nous occupe, la Couronne affirme que le paragraphe 75(2) s'applique également aux biens qui ont été *achetés* par un fiduciaire à un bénéficiaire à leur juste valeur marchande et qui sont détenus sous réserve des conditions de la fiducie. À mon avis, interpréter le paragraphe 75(2) de manière à ce qu'il s'applique au bénéficiaire relativement aux biens que la fiducie a acquis de ce bénéficiaire lors d'une opération d'achat authentique conduit à des résultats absurdes qui ne pouvaient être voulus par le législateur.

[50] Une série d'exemples me permettront d'illustrer ce que je veux dire. (Par souci de simplicité, supposons que si, dans les exemples en question, la fiducie tire des revenus de l'utilisation de ses biens, les revenus sont régulièrement distribués aux bénéficiaires, de sorte qu'aucun des biens de la fiducie ne soit des revenus non distribués ou des biens qui remplacent des revenus non distribués.)

[51] An individual, Mary, settles a \$10 000 trust for her children, naming them all as beneficiaries who are to share equally in all distributions of property of the trust, and naming herself as the sole beneficiary in the event that all of the children predecease her. In this case, subsection 75(2) would apply to attribute to Mary all of the income and losses of the trust from the use of its property, and all of the capital gains and losses realized by the trust on the disposition of its property (during her lifetime as long as she is resident in Canada).

[52] Now a complication is added. One of Mary's children, Jack, donates a painting to the trust, stipulating that it is to be held subject to the existing terms of the trust except that if the painting is still held by the trust in ten years' time, the painting would revert to Jack. The trust sells the painting five years later, realizing a capital gain on the sale. The capital gain is attributed to Jack pursuant to subsection 75(2) because it was realized on the disposition of property that the trust acquired from Jack subject to the terms of the existing trust, and also subject to the condition that the property could revert to him. It is important to observe that, because the painting was donated to the trust by Jack and the trust gave nothing to Jack in return, it cannot be said that the painting is property substituted for any property that the trust received from Mary, so there could be no attribution to Mary of any gain on the sale of the painting, or any income or gains associated with property substituted for the painting.

[53] Now suppose that Jack, instead of donating the painting to the trust, sells it to the trust for its fair market value with no conditions attached. The painting is sold by the trust at a time when Jack is the only child of Mary still alive. The trust realizes a capital gain on the sale. At that point, either Mary or Jack could become entitled to receive all of the property of the trust, depending upon which of them dies first.

[54] Under the conventional understanding of subsection 75(2), the painting would be considered property substituted for money that the trust received from Mary. That is because all of the property of the trust can be

[51] Une personne physique, Marie, constitue une fiducie de 10 000 \$ au profit de ses enfants. Elle les désigne tous comme bénéficiaires en parts égales de tous les biens distribués par la fiducie et elle se désigne comme bénéficiaire unique si tous ses enfants meurent avant elle. Dans ce cas, le paragraphe 75(2) s'appliquerait et donnerait ainsi lieu à l'imputation à Marie de tous les revenus et de toutes les pertes de la fiducie résultant des biens de la fiducie ainsi que de la totalité des gains en capital et des pertes en capital de la fiducie provenant de la disposition des biens en question (du vivant de Marie et tant qu'elle réside au Canada).

[52] Mais compliquons un peu la situation. L'un des enfants de Marie, Jacques, fait don d'un tableau à la fiducie en précisant qu'il doit être détenu sous réserve des conditions existantes de la fiducie, mais que, cependant, s'il est toujours détenu par la fiducie dans 10 ans, le tableau doit être remis à Jacques. Cinq ans plus tard, la fiducie vend le tableau et réalise un gain en capital lors de la vente. Le gain en capital est imputé à Jacques suivant le paragraphe 75(2) parce qu'il provient de la disposition du bien que la fiducie a obtenu de Jacques sous réserve des conditions existantes de la fiducie et de la condition que le bien pourrait lui être remis. Il importe de signaler que, comme Jacques a fait don du tableau à la fiducie et qu'il n'a rien reçu de celle-ci en contrepartie, on ne peut dire que le tableau constitue un bien qui se substitue à tout autre bien que la fiducie a reçu de Marie, de sorte que le gain réalisé lors de la vente du tableau ne pourrait être imputé à Marie, pas plus que tout revenu ou gain résultant de biens se substituant au tableau.

[53] Supposons maintenant que Jacques, au lieu de faire don du tableau à la fiducie, le vende à la fiducie à sa juste valeur marchande, sans condition. La fiducie vend le tableau à un moment où Jacques est le seul enfant toujours vivant de Marie. La fiducie réalise un gain en capital lors de la vente. À ce moment-là, aussi bien Marie que Jacques pourrait avoir le droit de recevoir la totalité des biens de la fiducie, selon que l'un meurt avant l'autre.

[54] Suivant l'interprétation la plus courante du paragraphe 75(2), le tableau serait considéré comme un bien se substituant à l'argent que la fiducie a reçu de Marie. Cette situation tient au fait que tous les biens de la

traced, through the substituted property rule, to whatever property Mary donated to the trust when it was settled. Because the painting and any property substituted for the painting could revert to Mary, subsection 75(2) would apply to attribute to Mary the capital gain on the sale of the painting. However, if the Crown's interpretation is correct, it would be equally valid to say that because the trust received the painting from Jack when the terms of the trust were such that the painting could revert to him, subsection 75(2) attributes to Jack the capital gain on the sale of the painting.

[55] Thus, under the Crown's interpretation of subsection 75(2), the same capital gain is attributed simultaneously to Mary and Jack. That cannot be. Nothing in subsection 75(2) contemplates an outcome involving the attribution of the same gain to more than one person. This double application of subsection 75(2) cannot be avoided by a discretionary use of subsection 75(2), because it is not a discretionary provision. It applies automatically to every situation it describes.

[56] For the same reason, it is no answer to say that in this particular case, subsection 75(2) could never apply to Herbert Sommerer, the "settlor" of the trust, because he is not a resident of Canada. Again, because subsection 75(2) applies automatically to every situation it describes, it is not acceptable to adopt one interpretation for transactions involving only residents of Canada, and a different interpretation for transactions involving residents of other countries.

[57] I conclude that the Crown's proposed interpretation is wrong because it is based on the incorrect premise that subsection 75(2) can apply to a beneficiary of a trust who transfers property to the trust by means of a genuine sale. Justice Miller reached the same conclusion through a comprehensive application of the principles of statutory interpretation to specific words and phrases in

fiducie peuvent être considérés, par application de la règle des biens de remplacement, comme étant des biens substitués aux biens que Marie a donnés à la fiducie au moment de sa constitution. Comme le tableau et tout bien se substituant au tableau sont susceptibles d'être remis à Marie, le paragraphe 75(2) s'appliquerait de manière à imputer à Marie le gain en capital provenant de la vente du tableau. Toutefois, si l'interprétation proposée par la Couronne est juste, on pourrait tout aussi valablement affirmer que, comme la fiducie a reçu le tableau de Jacques alors que les conditions de la fiducie stipulaient que le tableau pouvait lui être remis, le paragraphe 75(2) impute alors à Jacques le gain en capital provenant de la vente du tableau.

[55] Ainsi, suivant l'interprétation que la Couronne fait du paragraphe 75(2), le même gain en capital est imputé simultanément à Marie et à Jacques. Or, cela est impossible. Rien au paragraphe 75(2) ne prévoit une situation permettant d'imputer le même gain à plusieurs personnes. On ne peut éviter une pareille double application du paragraphe 75(2) en procédant à une application discrétionnaire du paragraphe, parce que cette disposition n'est pas discrétionnaire : elle s'applique automatiquement à chaque situation qu'elle vise.

[56] Pour la même raison, il ne suffit pas d'affirmer que, dans le cas qui nous occupe, le paragraphe 75(2) ne pourrait jamais s'appliquer à Herbert Sommerer, le « disposant » de la fiducie, parce qu'il ne réside pas au Canada. Là encore, étant donné que le paragraphe 75(2) s'applique automatiquement à chaque situation qu'il vise, il n'est pas acceptable d'adopter une interprétation dans le cas des transactions ne visant que des personnes qui résident au Canada et de retenir une interprétation différente dans le cas des transactions mettant en présence des personnes qui résident ailleurs.

[57] Je conclus que l'interprétation proposée par la Couronne est erronée parce qu'elle repose sur la fausse prémisse suivant laquelle le paragraphe 75(2) peut s'appliquer au bénéficiaire d'une fiducie qui transfère des biens à la fiducie au moyen d'une véritable vente. Le juge Miller en est arrivé à la même conclusion grâce à une application détaillée des principes d'interprétation

subsection 75(2). His main conclusion is stated succinctly at paragraph 91 of his reasons:

... once properly unravelled and viewed grammatically and logically, the only interpretation is that only a settlor, or a subsequent contributor who could be seen as a settlor, can be the “the person” for purposes of subsection 75(2) of the *Act*.

[58] It remains only to apply this conclusion to the present case. The Sommerer Private Foundation purchased the Vienna shares from Peter Sommerer using money from the original endowment from Herbert Sommerer. Peter Sommerer has not endowed the Sommerer Private Foundation with any other money or property. Therefore, subsection 75(2) cannot apply to attribute any income or gains of the Sommerer Private Foundation to Peter Sommerer.

[59] That is a sufficient basis for dismissing this appeal. However, since Justice Miller dealt with paragraph 5 of Article XIII of the Canada-Austria Income Tax Convention, I will comment on that issue as well.

(E) Does the Canada-Austria Income Tax Convention apply?

[60] Justice Miller concluded that if subsection 75(2) were to apply to attribute to Peter Sommerer the capital gain realized by the Sommerer Private Foundation on the sale of the shares it purchased from Peter Sommerer, Canada nevertheless is precluded by paragraph 5 of Article XIII of the Canada-Austria Income Tax Convention from taxing the gain in his hands.

[61] Paragraph 5 of Article XIII of the Canada-Austria Income Tax Convention reads as follows:

légale au libellé du paragraphe 75(2). Sa principale conclusion est énoncée de façon succincte au paragraphe 91 de ses motifs :

Une fois que le sens de ces termes est démêlé d'une façon appropriée et considéré sur le plan grammatical et logique, la seule interprétation possible est que seul le constituant, ou un disposant subséquent qui pourrait être considéré comme un constituant, peut être la « personne » en question pour l'application du paragraphe 75(2) de la Loi.

[58] Il ne nous reste qu'à appliquer cette conclusion au cas qui nous occupe. La Fondation privée Sommerer a acquis les actions de Vienna de Peter Sommerer en utilisant l'argent provenant de la dotation initiale de Herbert Sommerer. Peter Sommerer n'a fait dotation d'aucune autre somme d'argent ou d'aucun autre bien à la Fondation privée Sommerer. Par conséquent, le paragraphe 75(2) ne peut s'appliquer de manière à imputer les revenus ou les gains de la Fondation privée Sommerer à Peter Sommerer.

[59] Cela suffit pour motiver le rejet du présent appel. Toutefois, comme le juge Miller a abordé le paragraphe 5 de l'article XIII de la Convention Canada-Autriche en matière d'impôt sur le revenu, je commenterai également cette question.

(E) La Convention Canada-Autriche en matière d'impôt sur le revenu s'applique-t-elle?

[60] Le juge Miller a conclu que, si le paragraphe 75(2) devait s'appliquer de manière à imputer à Peter Sommerer le gain en capital réalisé par la Fondation privée Sommerer lors de la vente des actions achetées par la fondation à Peter Sommerer, le paragraphe 5 de l'article XIII de la Convention Canada-Autriche en matière d'impôt sur le revenu empêcherait néanmoins le Canada d'imposer le gain entre les mains de Peter Sommerer.

[61] Le paragraphe 5 de l'article XIII de la Convention Canada-Autriche en matière d'impôt sur le revenu est ainsi libellé :

*Article XIII*

...

5. Gains from the alienation of any property, other than those mentioned in paragraphs 1, 2, 3 and 4 shall be taxable only in the Contracting State of which the alienator is a resident.

[62] Justice Miller reasoned that the gain in issue falls squarely within the language of paragraph 5 of Article XIII. After considering the relevant principles of the interpretation of income tax conventions and the commentaries of the Organization for Economic Cooperation and Development (the OECD), he found nothing in the context of the Canada-Austria Income Tax Convention to suggest that paragraph 5 of Article XIII was not intended to apply literally.

[63] The Crown argues that even though the gains attributed to Peter Sommerer pursuant to subsection 75(2) are gains from the alienation of property by a person who is resident in Austria, and are thus within the scope of paragraph 5 of Article XIII, the only consequence is that Canada cannot tax the alienator—the Sommerer Private Foundation—on the gain. According to the Crown, Peter Sommerer can obtain no relief from Canadian tax under paragraph 5 of Article XIII because he is not resident in Austria, and also because the tax in issue is not imposed on the basis that Peter Sommerer is the alienator of the shares, but by the operation of the attribution rule in subsection 75(2).

[64] Justice Miller rejected that argument because he considered it inconsistent with the language of paragraph 5 of Article XIII, and the apparent premise for another provision of the Canada-Austria Income Tax Convention, paragraph 2 of Article XXVIII. In that provision, Canada reserves the right to tax residents of Canada on income and gains attributed to them pursuant to section 91 [as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 68; 2001, c. 17, s. 68] of the *Income Tax Act* (the foreign accrual property rules). The existence of that reservation suggests that an underlying premise of the Canada-Austria Income Tax Convention is that tax on attributed income generally is within its scope. There

*Article XIII*

[...]

5. Les gains provenant de l'aliénation de tous biens autres que ceux qui sont mentionnés aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 ne sont imposables que dans l'État contractant dont le cédant est un résident.

[62] Le juge Miller a conclu que le gain en litige était nettement visé par le libellé du paragraphe 5 de l'article XIII. Après avoir examiné les principes d'interprétation applicables en matière de conventions fiscales ainsi que les commentaires de l'Organisation de coopération et de développement économiques (l'OCDE), il a conclu que rien dans le contexte de la Convention Canada-Autriche en matière d'impôt sur le revenu ne permettait de penser que le paragraphe 5 de l'article XIII ne devait pas s'appliquer de façon littérale.

[63] La Couronne affirme que, même si les gains imputés à Peter Sommerer par application du paragraphe 75(2) sont des gains provenant de l'aliénation de biens par une personne qui réside en Autriche et qu'ils sont donc visés par le paragraphe 5 de l'article XIII, la seule conséquence est que le Canada ne peut exiger de l'impôt du cédant — la Fondation privée Sommerer — sur ce gain. Suivant la Couronne, Peter Sommerer ne peut être exonéré de l'impôt canadien en vertu du paragraphe 5 de l'article XIII parce qu'il ne réside pas en Autriche, et également parce que l'impôt n'est pas prélevé en raison du fait que Peter Sommerer est le cédant des actions, mais bien par application de la règle d'imputation prévue au paragraphe 75(2).

[64] Le juge Miller a rejeté cet argument au motif qu'il estimait qu'il contredisait le libellé du le paragraphe 5 de l'article XIII et la prémisse sur laquelle une autre disposition de la Convention Canada-Autriche en matière d'impôt sur le revenu, le paragraphe 2 de l'article XXVIII, semblait reposer. Aux termes de cette disposition, le Canada se réserve le droit d'exiger des personnes qui résident au Canada qu'elles paient de l'impôt sur les revenus et les gains qui leur sont imputés par application de l'article 91 [mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 68; 2001, ch. 17, art. 68] de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (les règles régissant le revenu étranger accumulé, tiré de biens). L'existence de cette réserve permet de



is no similar reservation relating to the attribution of income and gains under subsection 75(2), which means that Canada has not reserved the right to tax residents of Canada on income and gains attributed to them under subsection 75(2).

[65] The Crown argues that the reservation clause in relation to the attribution of income and gains under the foreign accrual property rules is not necessary but was included only for greater certainty, and that foreign jurisprudence establishes that domestic attribution rules do not conflict with international tax conventions based on the OECD model. However, having reviewed all of the foreign cases and learned commentary to which the parties referred, I am unable to accept the Crown's argument.

[66] The OECD model conventions, including the Canada-Austria Income Tax Convention, generally have two purposes—the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion. Paragraph 5 of Article XIII of the Canada-Austria Income Tax Convention speaks only to the avoidance of double taxation. “Double taxation” may mean either juridical double taxation (for example, imposing on a person Canadian and foreign tax on the same income) or economic double taxation (for example, imposing Canadian tax on a Canadian taxpayer for the attributed income of a foreign taxpayer, where the economic burden of foreign tax on that income is also borne indirectly by the Canadian taxpayer). By definition, an attribution rule may be expected to result only in economic double taxation.

[67] The Crown's argument requires the interpretation of a specific income tax convention to be approached on the basis of a premise that excludes, from the outset,

penser qu'un principe fondamental de la Convention Canada-Autriche en matière d'impôt sur le revenu veut que l'impôt sur le revenu imputé relève en principe de son champ d'application. On ne trouve aucune réserve semblable en ce qui concerne l'imputation des revenus et des gains en vertu du paragraphe 75(2), ce qui signifie que le Canada ne s'est pas réservé le droit d'exiger des personnes qui résident au Canada qu'elles paient de l'impôt sur les revenus et les gains qui leur sont imputés par application du paragraphe 75(2).

[65] La Couronne fait valoir que la réserve prévue en ce qui concerne l'imputation des revenus et des gains suivant le régime du revenu étranger accumulé, tiré de biens, n'était pas nécessaire, mais qu'elle a été formulée par souci de précision, ajoutant que, suivant la jurisprudence étrangère, les règles d'imputation internes n'entrent pas en conflit avec les conventions fiscales internationales s'inspirant du modèle de l'OCDE. Toutefois, après avoir examiné l'ensemble de la jurisprudence et de la doctrine auxquelles les parties se sont référées, il m'est impossible d'accepter la thèse de la Couronne.

[66] Les conventions inspirées du modèle de l'OCDE, dont la Convention Canada-Autriche en matière d'impôt sur le revenu, visent en général deux objectifs : éviter la double imposition et empêcher l'évasion fiscale. Le paragraphe 5 de l'article XIII de la Convention Canada-Autriche en matière d'impôt sur le revenu ne traite que de l'évitement de la double imposition. Par « double imposition », on entend soit la double imposition juridique (p. ex., prélever un impôt canadien et un impôt étranger sur le même revenu de la même personne), soit la double imposition économique (p. ex., imposer un impôt canadien à un contribuable canadien relativement au revenu imputé d'un contribuable étranger alors que le fardeau économique de l'impôt étranger frappant ce revenu est également supporté indirectement par le contribuable canadien). Par définition, une règle d'imputation ne devrait donner lieu qu'à une double imposition économique.

[67] L'argument de la Couronne nous oblige à interpréter une convention fiscale bien précise en partant d'un principe qui écarte, d'entrée de jeu, l'idée que la

the notion that the convention is not intended to avoid economic double taxation. That approach was rejected by Justice Miller, correctly in my view. There is considerable merit in the opinion of Klaus Vogel, who says that the meaning of “double taxation” in a particular income tax convention is a matter that must be determined on the basis of an interpretation of that convention (*Klaus Vogel on Double Taxation Conventions: A Commentary to the OECD, UN, and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation on Income and Capital, With Particular Reference to German Treaty Practice*, 3rd ed. (The Hague: Kluwer Law International, 1997)).

[68] I see no error of law or principle in the conclusion of Justice Miller that paragraph 5 of Article XIII applies to preclude Canada from taxing Peter Sommerer on the capital gains realized by the Sommerer Private Foundation.

#### Conclusion

[69] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

BLAIS C.J.: I agree.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

convention ne vise pas à éviter la double imposition économique. Cette approche a été, à bon droit selon moi, écartée par le juge Miller. Je trouve parfaitement justifiée l’opinion de Klaus Vogel, qui affirme que le sens de l’expression « double imposition » dans une convention fiscale déterminée est une question à trancher en fonction de l’interprétation de cette convention (*Klaus Vogel on Double Taxation Conventions: A Commentary to the OECD, UN, and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation of Income and Capital, With Particular Reference to German Treaty Practice*, 3<sup>e</sup> éd. (La Haye : Kluwer Law International, 1997)).

[68] Je ne décèle aucune erreur de droit ou de principe dans la conclusion du juge Miller suivant laquelle le paragraphe 5 de l’article XIII s’applique de manière à empêcher le Canada de prélever entre les mains de Peter Sommerer un impôt sur les gains en capital réalisés par la Fondation privée Sommerer.

#### Dispositif

[69] Pour ces motifs, je rejeterais l’appel avec dépens.

LE JUGE EN CHEF BLAIS : Je suis d’accord.

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. : Je suis d’accord.