

T-1112-80

T-1112-80

**Lusita Holdings Limited (Plaintiff)**

v.

**The Queen (Defendant)**

Trial Division, Mahoney J.—Toronto, September 21; Ottawa, September 27, 1982.

*Income tax — Income calculation — Associated companies — Indenture of settlement creating various trusts, each composed of shares of plaintiff company and each having Gustav Schickedanz as one of two co-trustees — Powers of trustees including right to vote shares held by trusts — Trust indenture giving Schickedanz power to remove and replace co-trustees — During same period Schickedanz, wife Ann, and plaintiff owning all shares in Ann-Gus Holdings Ltd. — Whether nature of power to remove and replace co-trustees results in Schickedanz having right to control voting rights of shares in plaintiff — Whether right to control shares granted under settlement is “right” within meaning of s. 251(5)(b) — Whether nature of control exercised by Schickedanz over shares of plaintiff held in trust, taken together with ownership of shares in Ann-Gus results in plaintiff and Ann-Gus being associated companies within meaning of s. 256(1)(d) — Action allowed and assessment vacated — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 251(5)(b), 256(1)(d) — Trustee Act, R.S.O. 1980, c. 512, ss. 3(1), 6.*

During the 1974 through 1977 tax years a number of trusts composed of shares of the plaintiff company were each held by Gustav Schickedanz and one other person as co-trustees. Under the Indenture of Settlement the trustees enjoyed the right to vote on the securities held by the trusts. Article VIII (g) of that document gave Gustav Schickedanz the right to remove any co-trustee and appoint a successor. The Minister concluded that by vesting such power in Gustav Schickedanz, Article VIII (g) created in him a contractual right to control the voting rights over the shares of the plaintiff and, as a consequence, he was, by virtue of paragraph 251(5)(b) of the *Income Tax Act* either deemed to control the plaintiff or to be its owner. The Minister further concluded that during the same tax years Gustav Schickedanz, his wife Ann, and the plaintiff were the shareholders of Ann-Gus Holdings Limited and that the plaintiff and Ann-Gus were associated corporations within the meaning of paragraphs 251(5)(b) and 256(1)(d) of the Act.

*Held*, the action is allowed. The phrase “in equity or otherwise” in paragraph 251(5)(b) of the *Income Tax Act* relates to the word “right”, not “contract”. Thus the paragraph is to be interpreted as extending to a person who has a right either under a contract, in equity, or by other means, to control the voting rights of shares. To interpret paragraph 251(5)(b) as if

**Lusita Holdings Limited (demanderesse)**

c.

**La Reine (défenderesse)**

Division de première instance, juge Mahoney—Toronto, 21 septembre; Ottawa, 27 septembre 1982.

*Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Compagnies associées — Acte de constitution créant diverses fiducies, chacune étant composée d'actions de la société demanderesse et chacune ayant Gustav Schickedanz comme l'un des deux cofiduciaires — Les pouvoirs des fiduciaires comprennent le droit de vote afférent aux actions que détiennent les fiducies — L'acte constitutif de fiducie confère à Schickedanz le pouvoir de relever les fiduciaires de leurs fonctions et de les remplacer — Durant la même période, Schickedanz, son épouse Ann et la demanderesse étaient détenteurs de toutes les actions d'Ann-Gus Holdings Ltd. — Il échet d'examiner si le pouvoir de relever les fiduciaires de leurs fonctions et de les remplacer fait que Schickedanz a le droit de contrôler les droits de vote afférents aux actions de la demanderesse — Le droit de contrôler les actions que confère l'acte constitutif de fiducie est-il un «droit» au sens de l'art. 251(5)(b)? — Il faut déterminer si la nature du contrôle exercé par Schickedanz sur les actions de la demanderesse détenues en fiducie et la propriété d'actions dans Ann-Gus font que la demanderesse et Ann-Gus sont des sociétés associées entre elles au sens de l'art. 256(1)(d) — L'action est accueillie et la cotisation annulée — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 251(5)(b), 256(1)(d) — Trustee Act, S.R.O. 1980, chap. 512, art. 3(1), 6.*

Pendant les années d'imposition 1974 à 1977, un certain nombre de fiducies composées d'actions de la société demanderesse étaient chacune détenues par Gustav Schickedanz et une autre personne en leur qualité de cofiduciaires. En vertu de l'acte constitutif de fiducie, les fiduciaires jouissaient du droit de vote afférent aux valeurs que détenaient les fiducies. L'article VIII (g) de ce document conférait à Gustav Schickedanz le droit de relever de ses fonctions tout cofiduciaire et de nommer un successeur. Le Ministre a conclu qu'en conférant à Gustav Schickedanz un tel pouvoir, l'article VIII (g) lui donnait le droit contractuel de contrôler les droits de vote afférents aux actions de la demanderesse et que, par conséquent, il était, en vertu de l'alinéa 251(5)(b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, réputé contrôler la demanderesse ou en être le propriétaire. Le Ministre a conclu en outre que pendant ces mêmes années d'imposition, Gustav Schickedanz, son épouse Ann et la demanderesse étaient les actionnaires d'Ann-Gus Holdings Limited, et que la demanderesse et Ann-Gus étaient associées entre elles au sens des alinéas 251(5)(b) et 256(1)(d) de la Loi.

*Jugement*: l'action est accueillie. Le membre de phrase «en equity ou autrement» de l'alinéa 251(5)(b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* se rapporte au mot «droit» et non au mot «contrat». Cet alinéa doit donc être interprété comme visant une personne qui a un droit ou bien en vertu d'un contrat, ou bien en equity, ou bien autrement, de contrôler les droits de vote

Parliament intended that it apply only to a person who has a right under contract would be to render the phrase superfluous. Further, the phrases that follow the one in question, "either immediately or in the future" and "either absolutely or contingently", only make sense if they are related to "right". Thus the fact that the rights of Gustav Schickedanz in respect of the shares of the plaintiff arise by virtue of trust indenture does not, in itself, bring him outside paragraph 251(5)(b). However, the word "control" as it is used in this context has been interpreted in *Buckerfield's Limited, et al. v. The Minister of National Revenue*, [1965] 1 Ex.C.R. 299, as meaning *de jure* control, not *de facto* control. This interpretation has been approved by the Supreme Court of Canada. Subsection 3(1) and section 6 of the *Trustee Act* of Ontario provide that the resignation of a co-trustee is not legally effective until his replacement is appointed. There must, therefore, always be two trustees for each trust. Given this and the fact that Article VIII (k) of the Indenture of Settlement requires that both of these trustees agree on how to vote, it is clear that while the power to require the resignation of a co-trustee gives Gustav Schickedanz *de facto* control over the voting rights of the trust shares in the plaintiff it does not give him the *de jure* control which is necessary to bring him within paragraph 251(5)(b) of the Act. As a result the plaintiff and Ann-Gus Holdings Limited are not associated corporations within the meaning of paragraph 256(1)(d) of the Act.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Buckerfield's Limited, et al. v. The Minister of National Revenue*, [1965] 1 Ex.C.R. 299; *The Minister of National Revenue v. Dworkin Furs (Pembroke) Limited, et al.*, [1967] S.C.R. 223; *Vina-Rug (Canada) Limited v. The Minister of National Revenue*, [1968] S.C.R. 193.

##### COUNSEL:

*John M. Roland, Q.C.* and *V. Dyer* for plaintiff.  
*J. A. Van Iperen* for defendant.

##### SOLICITORS:

*Osler, Hoskin & Harcourt*, Toronto, for plaintiff.  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

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

MAHONEY J.: This action was tried on common evidence with an action by Ann-Gus Holdings Limited, Court No. T-1114-80, and arises out of the determination by the Minister that the compa-

afférents aux actions. Interpréter l'alinéa 251(5)b) comme si le législateur avait voulu qu'il s'applique uniquement à une personne qui a un droit en vertu d'un contrat rendrait superflu ce membre de phrase. De plus, les membres de phrases qui suivent le membre de phrase en question, soit «immédiat ou éventuel» et «avec ou sans réserve», n'ont de sens que s'ils se rapportent au mot «droit». Ainsi, le fait que les droits de Gustav Schickedanz afférents aux actions de la demanderesse découlent de l'acte constitutif de fiducie ne le soustrait pas, en soi, à l'application de l'alinéa 251(5)b). Toutefois, le mot «contrôle», tel qu'il a été employé dans ce contexte, a été interprété dans l'affaire *Buckerfield's Limited, et al. v. The Minister of National Revenue*, [1965] 1 R.C.É. 299, comme signifiant contrôle de droit et non contrôle de fait. Cette interprétation a été approuvée par la Cour suprême du Canada. Le paragraphe 3(1) et l'article 6 du *Trustee Act* de l'Ontario prévoient que la démission d'un cofiduciaire ne prend pas, en droit, effet avant la nomination de son remplaçant. Aussi doit-il toujours y avoir deux fiduciaires pour chaque fiducie. Compte tenu de ceci et du fait que l'article VIII k) de l'acte constitutif de fiducie exige que les deux fiduciaires s'entendent sur la façon d'exercer les droits de vote, il est clair que bien que le pouvoir d'exiger la démission d'un cofiduciaire permette à Gustav Schickedanz d'exercer un contrôle de fait sur les droits de vote afférents aux actions détenues en fiducie de la demanderesse, il ne lui confère pas le contrôle de droit nécessaire pour qu'il relève de l'alinéa 251(1)b) de la Loi. En conséquence, la demanderesse et Ann-Gus Holdings Limited ne sont pas des sociétés associées au sens de l'alinéa 256(1)d) de la Loi.

e

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Buckerfield's Limited, et al. v. The Minister of National Revenue*, [1965] 1 R.C.É. 299; *The Minister of National Revenue v. Dworkin Furs (Pembroke) Limited, et al.*, [1967] R.C.S. 223; *Vina-Rug (Canada) Limited v. The Minister of National Revenue*, [1968] R.C.S. 193.

##### AVOCATS:

*John M. Roland, c.r.* et *V. Dyer* pour la demanderesse.  
*J. A. Van Iperen* pour la défenderesse.

##### PROCUREURS:

*Osler, Hoskin & Harcourt*, Toronto, pour la demanderesse.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse.

i

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

LE JUGE MAHONEY: Cette action a été jugée, sur preuve commune, avec l'action intentée par Ann-Gus Holdings Limited, n° de greffe T-1114-80, et est née du fait que le Ministre a

nies were associated with each other under paragraphs 251(5)(b) and 256(1)(d) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, as am. by S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 1. The issues are whether a person who had a right to control voting rights of shares in a corporation under an indenture of settlement is a person within the contemplation of paragraph 251(5)(b) and, if so, whether Gustav Schickedanz had that right under certain trust deeds in respect of shares of the plaintiff.

The first issue may conveniently be dealt with before I set out the lengthy agreed statement of facts pertinent to the second. Paragraph 256(1)(d) is in play only if Gustav Schickedanz is a person within the contemplation of paragraph 251(5)(b), which provides:

251. ...

(5) For the purposes of subsection (2) and section 256,

(b) a person who had a right under a contract, in equity or otherwise, either immediately or in the future and either absolutely or contingently, to, or to acquire, shares in a corporation, or to control the voting rights of shares in a corporation shall, except where the contract provided that the right is not exercisable until the death of an individual designated therein, be deemed to have had the same position in relation to the control of the corporation as if he owned the shares; and [Emphasis added.]

The indentures of trust here are clearly not contracts. It is trite law that a trust is not a contract. It is unnecessary to go beyond the textbooks, which enumerate the multitude of distinctions, for authority for that proposition.<sup>1</sup>

The essential verbiage of paragraph 251(5)(b) has been emphasized. Assuming that Gustav Schickedanz had a right to control the voting rights of shares in the plaintiff, he had that right under the indentures of settlement, not under a contract. Does paragraph 251(5)(b) require that the right arise under a contract? What function is served by the phrase "in equity or otherwise"? Does it relate to the word "contract", which it follows immediately, or does it relate back to "right"? In my view, on a fair reading of the entire paragraph, it relates back to "right" and the para-

<sup>1</sup> Underhill, *Law relating to Trusts and Trustees* (13th ed. 1979) 4. Waters, *Law of Trusts in Canada* (1974) 46-47.

décidé que les sociétés étaient associées entre elles en vertu des alinéas 251(5)(b) et 256(1)(d) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, chap. 148, mod. par. S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 1. Les questions se posent de savoir si une personne qui avait le droit de contrôler les droits de vote afférents aux actions d'une société en vertu d'un acte constitutif de fiducie est une personne au sens de l'alinéa 251(5)(b) et, dans l'affirmative, si Gustav Schickedanz avait ce droit en vertu de certains actes de fiducie à l'égard des actions de la demanderesse.

La première question peut, sans inconvénient, être tranchée avant d'arriver au long exposé conjoint des faits pertinent à la seconde. L'alinéa 256(1)(d) n'entre en jeu que si Gustav Schickedanz est une personne au sens de l'alinéa 251(5)(b), qui est ainsi rédigé:

d 251. ...

(5) Aux fins du paragraphe (2) et de l'article 256,

b) une personne qui avait, en vertu d'un contrat, en equity ou autrement, un droit, immédiat ou éventuel et avec ou sans réserve, à des actions d'une corporation, ou un droit de les acquérir de la sorte, ou d'en contrôler les droits de vote, est réputée, sauf lorsque le contrat stipule que le droit ne peut être exercé qu'au décès d'un particulier y désigné, avoir occupé la même position relativement au contrôle de la corporation que si les actions lui appartenaient; et [C'est moi qui souligne.]

En l'espèce, les actes constitutifs de fiducie ne sont pas, à l'évidence, des contrats. Il est de droit constant qu'une fiducie n'est pas un contrat. Il n'est pas nécessaire de sortir du cadre des manuels, qui énumèrent la multitude des distinctions, pour vérifier le bien-fondé de ce principe<sup>1</sup>.

On a insisté sur les parties importantes de l'alinéa 251(5)(b). A supposer que Gustav Schickedanz eût ce droit de contrôler les droits de vote afférents aux actions de la société demanderesse, ce serait en vertu des actes constitutifs de fiducie, et non en vertu d'un contrat. L'alinéa 251(5)(b) exige-t-il que ce droit soit né d'un contrat? Quelle est la fonction du membre de phrase «en equity ou autrement»? Est-ce qu'il se rapporte au mot «contrat» qu'il suit immédiatement, ou au mot «droit»? A mon avis, il découle d'une interprétation impartiale de l'alinéa tout entier que ce membre de phrase se rapporte à

<sup>1</sup> Underhill, *Law relating to Trusts and Trustees* (13<sup>e</sup> éd. 1979) 4. Waters, *Law of Trusts in Canada* (1974) 46 et 47.

graph is to be interpreted as extending to a person who had a right under a contract, a person who had a right in equity or a person who had a right arising otherwise than under a contract or in equity to control the voting rights. In the first place, had Parliament intended that it be restricted to a person who had a right under a contract, the phrase "in equity or otherwise" would be superfluous. In the second place, even if that phrase can somehow be meaningfully related to "contract", the following phrases "either immediately or in the future" and "either absolutely or contingently" cannot. They make sense only if they modify the "right" and not if they modify the "contract".

If, in fact, Gustav Schickedanz had a right under the trust indentures to control the voting rights of shares in the plaintiff, he was a person within the contemplation of paragraph 251(5)(b).

I was advised by counsel, before the trial began, that this precise point was subject of a reserved judgment by another judge of this Court. I indicated then that I felt, however the issue was determined here, the right of appeal of the unsuccessful party should be preserved until the time for appeal from the reserved judgment has expired. I assume counsel will arrange to be apprised promptly of the other judgment.

The full text of the agreed statement of facts\* follows:

1. At all material times during 1975, 1976 and 1977 taxation years, there were twelve issued and outstanding shares of Lusita Holdings Limited which were held as follows:

Edward Smith in trust for The Susie Schickedanz Trust, The Lisa Schickedanz Trust, The Tina Schickedanz Trust and The Heidi Schickedanz Trust	4
Edward Smith in trust for The Susie Schickedanz Trust	2

\* No *viva voce* evidence was called. I have been advised, after enquiry through the Registry, that the omission of "1974" from paragraphs 1 and 2 of the agreed statement of facts in action No. T-1114-80 was inadvertent and that written confirmation of that will be forthcoming in due course.

«droit», et que cet alinéa doit être interprété comme visant une personne qui avait, en vertu d'un contrat, un droit de contrôler les droits de vote, une personne qui avait un tel droit en *equity* ou une personne qui avait un tel droit autrement qu'en vertu d'un contrat ou de l'*equity*. En premier lieu, si le législateur avait voulu qu'il se rapporte uniquement à une personne qui avait un droit en vertu d'un contrat, alors le membre de phrase «en *equity* ou autrement» serait inutile. En second lieu, même si ce membre de phrase peut, d'une façon quelque peu significative, se rapporter à «contrat», les membres de phrase suivants «immédiat ou éventuel» et «avec ou sans réserve» ne le peuvent pas. Ils n'ont de sens que s'ils se rapportent au mot «droit» et non au mot «contrat».

Si, effectivement, Gustav Schickedanz avait, en vertu des actes constitutifs de fiducie, un droit de contrôler les droits de vote afférents aux actions de la demanderesse, il était une personne au sens de l'alinéa 251(5)(b).

Avant l'ouverture de l'instruction, les avocats m'ont informé qu'un autre juge de cette Cour allait trancher ce même point dans un jugement dont il avait remis le prononcé à plus tard. J'ai fait savoir qu'à mon avis, de quelque manière que la question soit tranchée en l'espèce, le droit d'appel de la partie perdante devrait être préservé jusqu'à l'expiration du délai d'appel dudit jugement. Je présume que les avocats s'arrangeront pour prendre promptement connaissance de l'autre jugement.

Voici le texte intégral de l'exposé conjoint des faits\*:

[TRADUCTION] 1. A toutes les époques en cause, au cours des années d'imposition 1975, 1976 et 1977, il y avait douze actions émises et en circulation de Lusita Holdings Limited qui étaient détenues de la façon suivante:

Edward Smith en sa qualité de fiduciaire de La fiducie Susie Schickedanz, de La fiducie Lisa Schickedanz, de La fiducie Tina Schickedanz et de La fiducie Heidi Schickedanz	4
Edward Smith en sa qualité de fiduciaire de La fiducie Susie Schickedanz	2

\* Aucun témoin n'a été appelé à témoigner à l'audience. Après m'être renseigné auprès du greffe, j'ai appris que l'omission de «1974» dans les paragraphes 1 et 2 de l'exposé conjoint des faits dans l'action n° T-1114-80 a été faite par mégarde, et qu'une confirmation écrite à ce sujet serait faite en temps utile.

Bruno Schickedanz in trust for The Lisa Schickedanz Trust	2
Rex Knight in trust for The Tina Schickedanz Trust	2
Arnold Brenner in trust for The Heidi Schickedanz Trust	2

2. At all material times during its 1975, 1976 and 1977 taxation year the shareholders of Ann-Gus Holdings Limited were:

Gustav Schickedanz	33.3%
Ann Schickedanz (Spouse of Gustav)	33.3%
Lusita Holdings Limited	33.3%

3. The Susie Schickedanz Trust was created by Indenture of Settlement dated April 14, 1969 naming Gustav Schickedanz and Edward Smith as trustees.

4. The Lisa Schickedanz Trust was created by Indenture of Settlement dated the 14th day of April, 1969, naming Gustav Schickedanz and Bruno Schickedanz as trustees.

5. The Tina Schickedanz Trust was created by Indenture of Settlement dated the 14th day of April, 1969, naming Gustav Schickedanz and Rex Knight as trustees.

6. The Heidi Schickedanz Trust was created by Indenture of Settlement dated the 14th day of April, 1969 naming Gustav Schickedanz and Arnold Brenner as trustees.

7. At all relevant times the Trustees of each of the trusts referred to in paragraphs 3, 4, 5 and 6 were the trustees originally named and the trustee other than Gustav Schickedanz in each case was an individual who was not related to Gustav Schickedanz under the rules of Subsections 2 and 6 of Section 251 of the Income Tax Act.

8. Article VIII of the Indenture of Settlement referred to above in each case reads in part as follows:

(g) In the event that GUSTAV SCHICKEDANZ presently residing at 37 Steele Valley Road, Thornhill, Ontario, deems it desirable that any of the Trustees be removed from the position of Trustee, the said GUSTAV SCHICKEDANZ may at any time request the Trustee or Trustees by written notice to resign his or their positions as Trustee or Trustees and upon receipt of such notice they shall forthwith resign. In the event that any one or more of the Trustees shall die before the Trust Estate has been fully distributed, or shall refuse or be unable to act or to continue to act as Trustee or shall have been given notice to resign as aforementioned, the said GUSTAV SCHICKEDANZ shall forthwith by Deed, Will, or Notice in Writing, appoint a successor Trustee to fill any such vacancy in the office of Trustee hereof which may occur by reason of such death, refusal, inability or written notice as aforesaid. PROVIDED THAT in the event that the said GUSTAV SCHICKEDANZ shall fail or neglect to appoint a Trustee to fill any such vacancy which may occur as aforesaid within thirty (30) days from the date of occurrence of such vacancy, then the remaining Trustee shall by Deed or Notice in writing appoint anyone other than himself to fill any such vacancy, it being the intention of the Settlor that there shall be, whenever possible, two (2) Trustees at all times to administer THE [NAME] SCHICKEDANZ TRUST PROVIDED THAT the said GUSTAV SCHICKEDANZ shall have the power by Deed, Will or Notice in Writing to appoint any person, or any succession of persons, to exercise the powers of removal,

Bruno Schickedanz en sa qualité de fiduciaire de La fiducie Lisa Schickedanz	2
Rex Knight en sa qualité de fiduciaire de La fiducie Tina Schickedanz	2
Arnold Brenner en sa qualité de fiduciaire de La fiducie Heidi Schickedanz	2

2. A toutes les époques en cause, au cours de ses années d'imposition 1975, 1976 et 1977, les actionnaires d'Ann-Gus Holdings Limited étaient:

Gustav Schickedanz	33.3%
Ann Schickedanz (épouse de Gustav)	33.3%
Lusita Holdings Limited	33.3%

3. La fiducie Susie Schickedanz a été créée par un acte constitutif de fiducie en date du 14 avril 1969, Gustav Schickedanz et Edward Smith y étant nommés fiduciaires.

4. La fiducie Lisa Schickedanz a été créée par un acte constitutif de fiducie en date du 14 avril 1969, Gustav Schickedanz et Bruno Schickedanz y étant nommés fiduciaires.

5. La fiducie Tina Schickedanz a été créée par un acte constitutif de fiducie en date du 14 avril 1969, Gustav Schickedanz et Rex Knight y étant nommés fiduciaires.

6. La fiducie Heidi Schickedanz a été créée par un acte constitutif de fiducie en date du 14 avril 1969, Gustav Schickedanz et Arnold Brenner y étant nommés fiduciaires.

7. A toutes les époques en cause, les fiduciaires de chacune des fiducies mentionnées aux paragraphes 3, 4, 5, et 6 étaient les fiduciaires originellement nommés, et le cofiduciaire de Gustav Schickedanz dans chaque cas était un particulier qui n'était pas lié à celui-ci selon les règles énoncées aux paragraphes 2 et 6 de l'article 251 de la Loi de l'impôt sur le revenu.

8. L'article VIII de l'acte constitutif de fiducie susmentionné pour chaque cas prévoit notamment ce qui suit:

g) Au cas où GUSTAV SCHICKEDANZ, qui réside actuellement au n° 37, chemin Steele Valley, Thornhill (Ontario), jugerait souhaitable que l'un quelconque des fiduciaires soit relevé de ses fonctions de fiduciaire, ledit GUSTAV SCHICKEDANZ peut, en tout temps, demander, par préavis écrit, que le(s) fiduciaire(s) démissionne de son poste de fiduciaire (ou démissionnent de leur poste de fiduciaire), et, sur réception de cet avis, ils donneront sur-le-champ leur démission. Au cas où un ou plusieurs des fiduciaires mourraient avant la dévolution complète du patrimoine de la fiducie, ou refuseraient ou seraient dans l'incapacité d'agir ou de continuer à agir à titre de fiduciaire, ou auraient reçu un avis de démission comme il a précédemment été mentionné, ledit GUSTAV SCHICKEDANZ, par acte, testament ou avis écrit, nommera immédiatement un fiduciaire remplaçant pour remplir tout poste laissé vacant pour cause de décès, de refus, d'incapacité ou par suite d'un avis écrit comme il est dit plus haut, ÉTANT ENTENDU QUE au cas où ledit GUSTAV SCHICKEDANZ omettrait ou négligerait de nommer un fiduciaire pour remplir tout poste laissé vacant de la façon susmentionnée et dans les trente (30) jours à compter de la date où cette vacance est survenue, le fiduciaire restant nommé, par acte ou par avis écrit, n'importe qui à l'exception de lui-même, pour remplir le poste vacant, l'intention du constituant étant qu'il doit toujours y avoir, autant que possible, deux (2) fiduciaires pour administrer LA FIDUCIE [NOM] SCHICKEDANZ, ÉTANT ENTENDU QUE ledit GUSTAV SCHICKEDANZ aura le pouvoir,

appointment or re-appointment of Trustees hereinbefore conferred upon the said GUSTAV SCHICKEDANZ by this Paragraph (g) ARTICLE VIII.

PROVIDED FURTHER that in the event that the said GUSTAV SCHICKEDANZ shall die (or become incapacitated) without having made such appointment, then the following persons in the order named shall have the powers of removal and appointment of the Trustee hereinbefore conferred upon the said GUSTAV SCHICKEDANZ.

- (a) ANN SCHICKEDANZ, wife of the said GUSTAV SCHICKEDANZ,
- (b) GERHART SCHICKEDANZ, brother of the said GUSTAV SCHICKEDANZ,
- (c) KURT SCHICKEDANZ, brother of the said GUSTAV SCHICKEDANZ, and
- (d) DANIEL SCHICKEDANZ, cousin of the said GUSTAV SCHICKEDANZ . . . .

(k) The approval of both Trustees shall be required for any decision relating to THE [NAME] SCHICKEDANZ TRUST PROVIDED THAT in the event that the Trustees shall be unable to agree upon any question relating to the disposition of all or any portion of the Trust Estate, then such question shall be referred to arbitration pursuant to the provisions of the Arbitration Act of the Province of Ontario.

9. The only relevant assumption of the Minister in assessing the two companies, Ann-Gus Holdings Limited and Lusita Holdings Limited was that as a result of Article VIII (g) and (k) of the Trust Indentures, Gustav Schickedanz had a right under a contract to control the voting rights of the shares of Lusita and therefore as a result of Section 251(5)(b) is either deemed to control Lusita or is deemed to be the owner of the shares of Lusita.

The plaintiff did not, and in my view rightly, rely on the fact that the shares in the plaintiff were, in all cases, registered in the name of the co-trustee, not Gustav Schickedanz.

Among the powers of the trustees under the trust indentures, Article VI, paragraph (h), is the power "to vote in person or by proxy upon the securities held by them". The decision as to how to vote on the securities, including the shares in the plaintiff is a decision requiring the approval of both Gustav Schickedanz and the other trustee, as provided by Article VIII, paragraph (k). Failing agreement by the two, that provision of the trust indenture then envisages a determination by arbitration. Up to this point, Gustav Schickedanz has neither *de facto* nor *de jure* control of the voting rights. However, under Article VIII, paragraph (g), he does have the power to require his co-trustee to resign and to replace him. I have no doubt that Gustav Schickedanz has *de facto* control of

par acte, testament ou avis écrit, de nommer une personne ou une succession de personnes, pour exercer les pouvoirs de révocation, de nomination ou de nouvelle nomination de fiduciaires qu'il tient, comme il est dit plus haut, de cet alinéa g) de l'ARTICLE VIII.

<sup>a</sup> IL EST ENTENDU EN OUTRE que, au cas où ledit GUSTAV SCHICKEDANZ mourrait (ou serait frappé d'incapacité) sans avoir fait une telle nomination, alors, les personnes suivantes, dans l'ordre indiqué, exerceront les pouvoirs de révocation et de nomination du fiduciaire ci-devant conférés audit GUSTAV SCHICKEDANZ.

- <sup>b</sup> a) ANN SCHICKEDANZ, épouse dudit GUSTAV SCHICKEDANZ,
- b) GERHART SCHICKEDANZ, frère dudit GUSTAV SCHICKEDANZ,
- c) KURT SCHICKEDANZ, frère dudit GUSTAV SCHICKEDANZ, et
- <sup>c</sup> d) DANIEL SCHICKEDANZ, cousin dudit GUSTAV SCHICKEDANZ . . . .

<sup>d</sup> k) L'approbation des deux fiduciaires est nécessaire pour toute décision prise à l'égard de LA FIDUCIE [NOM] SCHICKEDANZ, ÉTANT ENTENDU QUE, au cas où les fiduciaires ne pourraient s'entendre sur toute question relative à la disposition, en tout ou en partie, du patrimoine de la fiducie, cette question sera renvoyée à l'arbitrage conformément à la Loi sur l'arbitrage de la province d'Ontario.

<sup>e</sup> 9. La seule hypothèse pertinente énoncée par le Ministre dans la cotisation des deux sociétés Ann-Gus Holdings Limited et Lusita Holdings Limited était que, en vertu de l'article VIII (g) et (k) des actes constitutifs de fiducie, Gustav Schickedanz avait un droit, en vertu d'un contrat, de contrôler les droits de vote afférents aux actions de Lusita, et que, par conséquent, en vertu de l'article 251(5)(b), il est réputé contrôler Lusita ou est réputé être le propriétaire des actions de Lusita.

<sup>f</sup> La demanderesse a bien fait, selon moi, de ne pas s'appuyer sur le fait que ses actions étaient, dans tous les cas, enregistrées sous le nom du cofiduciaire, et non de Gustav Schickedanz.

<sup>g</sup> Parmi les pouvoirs que les fiduciaires tiennent des actes constitutifs de fiducie figure, à l'article VI, alinéa h), [TRADUCTION] «l'exercice du droit de vote, directement ou par procuration, relatif aux valeurs qu'ils détiennent». La décision quant à la façon d'exercer le droit de vote afférent aux valeurs, et notamment aux actions de la demanderesse, est une décision exigeant l'approbation de Gustav Schickedanz et de l'autre fiduciaire, comme l'exige l'article VIII, alinéa k). A défaut d'accord de ces derniers, cette disposition de l'acte constitutif de fiducie prévoit alors un règlement par voie d'arbitrage. Jusqu'ici, Gustav Schickedanz ne contrôle ni *de facto* ni *de jure* les droits de vote. Toutefois, il a effectivement le pouvoir, en vertu de l'article VIII, alinéa g), de demander à

the voting rights of the trusts' shares in the plaintiff.

The *Trustee Act*<sup>2</sup> of Ontario, provides:

3.—(1) Where a trustee . . . desires to be discharged from all or any of the trusts or powers reposed in or conferred on him, . . . the person nominated for the purpose of appointing new trustees by the instrument, if any, creating the trust . . . may by writing appoint another person . . . to be a trustee . . . in the place of the trustee . . . desiring to be discharged . . .

6. On the appointment of a new trustee for the whole or any part of trust property,

(c) it is not obligatory to appoint more than one new trustee where only one trustee was originally appointed or to fill up the original number of trustees where more than two trustees were originally appointed; but, except where only one trustee was originally appointed, a trustee shall not be discharged under section 3 from his trust unless there will be a trust company or at least two individuals as trustees to perform the trust; . . .

I take the effect of paragraph 6(c) to be that, with respect to the trusts in issue, the resignation of a co-trustee demanded by Gustav Schickedanz could not, in law, become effective until his replacement was appointed. Thus, there must always be two trustees of each trust who must agree on how to vote the shares, all as provided by Article VIII, paragraph (k). *De jure*, Gustav Schickedanz has not, by reason of his power to require the resignation of his co-trustee in each trust, the right to control the voting rights of the trusts' shares in the plaintiff.

The authoritative interpretation of the word "control", as used in this context in the *Income Tax Act*, is that of Jackett P., in *Buckerfield's Limited, et al. v. The Minister of National Revenue*<sup>3</sup>:

Many approaches might conceivably be adopted in applying the word "control" in a statute such as the *Income Tax Act* to a corporation. It might, for example, refer to control by "management", where management and the Board of Directors are

<sup>2</sup> R.S.O. 1980, c. 512.

<sup>3</sup> [1965] 1 Ex.C.R. 299 at p. 302 ff.

son cofiduciaire de donner sa démission et de le remplacer. Je suis certain que Gustav Schickedanz contrôle *de facto* les droits de vote afférents aux actions de la demanderesse que détiennent les fiduciaires.

Le *Trustee Act*<sup>2</sup> de l'Ontario prévoit:

[TRADUCTION] 3.—(1) Lorsqu'un fiduciaire . . . désire obtenir sa libération relativement à toutes les fiducies ou à l'une quelconque de celles-ci, ou relativement aux pouvoirs à lui conférés . . . la personne nommée par l'acte, si acte il y a, de constitution de la fiducie pour désigner de nouveaux fiduciaires . . . peut, par écrit, nommer une autre personne . . . comme fiduciaire en remplacement du fiduciaire . . . qui désire être libéré . . .

6. A la nomination d'un nouveau fiduciaire pour la totalité ou une partie du patrimoine de la fiducie,

c) il n'est pas obligatoire de nommer plus d'un nouveau fiduciaire lorsque seulement un fiduciaire a originellement été nommé, ni de compléter le nombre initial de fiduciaires lorsque plus de deux fiduciaires ont originellement été nommés; mais, sauf lorsque seulement un fiduciaire a originellement été nommé, un fiduciaire ne doit pas être libéré, en vertu de l'article 3, de sa fiducie, à moins qu'il n'y ait une société fiduciaire ou, au moins, deux particuliers agissant à titre de fiduciaires pour exécuter la fiducie; . . .

A mon avis, l'alinéa 6c) a pour effet que, pour ce qui est des fiducies en litige, la démission d'un cofiduciaire demandée par Gustav Schickedanz ne saurait, en droit, prendre effet avant la nomination de son remplaçant. Aussi doit-il toujours y avoir pour chaque fiducie deux fiduciaires qui doivent s'entendre sur la façon d'exercer les droits de vote afférents aux obligations, le tout comme il est prévu à l'article VIII, alinéa k). *De jure*, Gustav Schickedanz n'a pas, en raison de son pouvoir d'exiger la démission de son cofiduciaire dans chaque fiducie, le pouvoir de contrôler les droits de vote afférents aux actions fiduciaires de la demanderesse.

L'interprétation, qui fait foi, du mot «contrôle» utilisé dans le contexte de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est celle qu'a donnée le président Jackett dans l'affaire *Buckerfield's Limited, et al. v. The Minister of National Revenue*<sup>3</sup>:

[TRADUCTION] Il est concevable qu'il puisse exister plusieurs façons de comprendre le mot «contrôle» dans un texte législatif tel que la *Loi de l'impôt sur le revenu*, quand on applique ce mot à une corporation. Il peut, par exemple, se rapporter au

<sup>2</sup> S.R.O. 1980, chap. 152.

<sup>3</sup> [1965] 1 R.C.É. 299, à la page 302 et suiv.

separate, or it might refer to control by the Board of Directors. The kind of control exercised by management officials or the Board of Directors is, however, clearly not intended by section 39 when it contemplates control of one corporation by another as well as control of a corporation by individuals (see subsection (6) of section 39). The word "control" might conceivably refer to *de facto* control by one or more shareholders whether or not they hold a majority of shares. I am of the view, however, that, in section 39 of the *Income Tax Act*, the word "controlled" contemplates the right of control that rests in ownership of such a number of shares as carries with it the right to a majority of the votes in the election of the Board of Directors. See *British American Tobacco Co. v. I.R.C.* ([1943] 1 A.E.R. 13), where Viscount Simon L.C., at page 15, says:

The owners of the majority of the voting power in a company are the persons who are in effective control of its affairs and fortunes.

That decision, that "control" means *de jure* control and not *de facto* control, has been expressly approved by the Supreme Court of Canada.<sup>4</sup>

The plaintiff succeeds. The assessment in issue will be vacated and the plaintiff's 1975, 1976 and 1977 income tax returns referred back to the Minister for reassessment on the basis that the plaintiff and Ann-Gus Holdings Limited were not associated corporations within the meaning of paragraph 256(1)(d) of the *Income Tax Act*. The plaintiff is entitled to costs. The time for appeal is extended to expire with expiration of the time for appeal from the judgment to be rendered in *Rostal Sales Agency Ltd. v. The Queen*, [1983] 1 F.C. 447 (T.D.). A copy of these reasons for judgment shall be filed in and form part of the record in *Ann-Gus Holdings Limited v. The Queen*, Court No. T-1114-80.

<sup>4</sup> *The Minister of National Revenue v. Dworkin Furs (Pembroke) Limited, et al.*, [1967] S.C.R. 223. *Vina-Rug (Canada) Limited v. The Minister of National Revenue*, [1968] S.C.R. 193.

contrôle par les «membres de la direction», lorsque la direction et le conseil d'administration sont distincts, ou il peut se rapporter au contrôle par le conseil d'administration. Le genre de contrôle qu'exercent les membres de la direction ou le conseil d'administration n'est évidemment pas celui que vise l'article 39 en parlant du contrôle d'une corporation par une autre de même que du contrôle d'une corporation par des particuliers (voir le paragraphe (6) de l'article 39). On conçoit très bien que le mot «contrôle» puisse se rapporter à un contrôle de fait par un actionnaire ou plus détenant ou non une majorité des actions. Je crois cependant qu'à l'article 39 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le mot «contrôlé» recouvre le droit de contrôle qui découle de la propriété d'un certain nombre d'actions, donnant droit à la majorité des voix à l'élection du conseil d'administration. Voir *British American Tobacco Co. v. I.R.C.* ([1943] 1 A.E.R. 13) où le lord Chancelier, le vicomte Simon, a déclaré à la page 15:

Les détenteurs de la majorité des voix dans une compagnie sont ceux qui ont le contrôle réel sur ses affaires et ses destinées.

Cette décision, selon laquelle le mot «contrôle» signifie contrôle de droit et non contrôle de fait, a été expressément approuvée par la Cour suprême du Canada<sup>4</sup>.

L'action de la demanderesse sera accueillie. La cotisation litigieuse sera annulée, et les déclarations d'impôt sur le revenu de la demanderesse pour les années 1975, 1976 et 1977 seront renvoyées au Ministre pour nouvelle cotisation en partant du principe que la demanderesse et Ann-Gus Holdings Limited n'étaient pas des corporations associées au sens de l'alinéa 256(1)d) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La demanderesse aura droit aux dépens. Le délai d'appel est prorogé jusqu'à l'expiration du délai d'appel du jugement qui sera rendu dans l'affaire *Rostal Sales Agency Ltd. c. La Reine*, [1983], 1 C.F. 447 (1<sup>re</sup> inst.). Une copie des présents motifs de jugement sera déposée et formera partie du dossier de l'affaire *Ann-Gus Holdings Limited c. La Reine*, n° de greffe T-1114-80.

<sup>4</sup> *The Minister of National Revenue v. Dworkin Furs (Pembroke) Limited, et al.*, [1967] R.C.S. 223. *Vina-Rug (Canada) Limited v. The Minister of National Revenue*, [1968] R.C.S. 193.