

Her Majesty The Queen *Appellant/
Respondent on cross-appeal*

v.

GlaxoSmithKline Inc. *Respondent/
Appellant on cross-appeal*

INDEXED AS: CANADA v. GLAXOSMITHKLINE INC.

2012 SCC 52

File No.: 33874.

2012: January 13; 2012: October 18.

Present: McLachlin C.J. and Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

Taxation — Income Tax — Transfer Pricing — Taxpayer manufacturing and marketing patented and trade-marked drug pursuant to Licence Agreement — Taxpayer purchasing active pharmaceutical ingredient pursuant to separate Supply Agreement with related non-resident company — Minister of National Revenue reassessing taxpayer by increasing its income on basis that taxpayer had overpaid non-arm's length supplier for purchase of drug ingredient — Minister not considering effect of Licence Agreement on reasonableness of price paid for ingredient under Supply Agreement — What circumstances are to be taken into account in determining reasonable arm's length price against which to compare non-arm's length transfer price? — Whether Licence Agreement is a circumstance to be taken into account — Whether Federal Court of Appeal erred in remitting matter to Tax Court for rehearing and reconsideration — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 69(2).

Between 1990 and 1993, the respondent, GlaxoSmithKline Inc. (“Glaxo Canada”), purchased

Sa Majesté la Reine *Appelante/Intimée au
pourvoi incident*

c.

GlaxoSmithKline Inc. *Intimée/Appelante
au pourvoi incident*

RÉPERTORIÉ : CANADA c. GLAXOSMITHKLINE INC.

2012 CSC 52

N^o du greffe : 33874.

2012 : 13 janvier; 2012 : 18 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Drôit fiscal — Impôt sur le revenu — Prix de transfert — Fabrication et distribution par un contribuable d'un médicament breveté et portant une marque de commerce en vertu d'un contrat de licence — Achat par le contribuable d'un ingrédient pharmaceutique actif en vertu d'un contrat de fourniture distinct conclu avec une société affiliée non-résidente — Établissement par le ministre du Revenu national d'une nouvelle cotisation visant le contribuable et ayant pour effet d'augmenter le revenu de celui-ci parce qu'il aurait versé à un fournisseur avec lequel il a un lien de dépendance une somme trop élevée pour acheter l'ingrédient d'un médicament — Défaut par le ministre de tenir compte de l'incidence du contrat de licence sur le caractère raisonnable du prix payé pour l'ingrédient aux termes du contrat de fourniture — Quelles sont les circonstances à prendre en compte dans la détermination du prix raisonnable de pleine concurrence avec lequel peut être comparé le prix de transfert qui n'a pas été établi dans des conditions de pleine concurrence? — Le contrat de licence est-il une circonstance dont il faut tenir compte? — La Cour d'appel fédérale a-t-elle eu tort de renvoyer l'affaire à la Cour de l'impôt pour nouvelle audience et réexamen? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 69(2).

De 1990 à 1993, l'intimée, GlaxoSmithKline Inc. (« Glaxo Canada »), a acheté de la ranitidine —

ranitidine, the active pharmaceutical ingredient in the brand name anti-ulcer drug Zantac, from Adechsa S.A., a related non-resident company, for between \$1,512 and \$1,651 per kilogram. During the same period, two Canadian generic pharmaceutical companies, Apotex Inc. and Novopharm Ltd., purchased ranitidine from other sources for use in their generic anti-ulcer drugs for between \$194 and \$304 per kilogram from arm's length suppliers.

A Licence Agreement conferred rights and benefits on Glaxo Canada and a Supply Agreement set the transfer prices of ranitidine. The combined effect of the Licence and Supply agreements enabled Glaxo Canada, among other things, to purchase ranitidine, put it in a delivery mechanism, and market it under the trademark Zantac.

The appellant, the Minister of National Revenue, reassessed Glaxo Canada for the taxation years 1990, 1991, 1992, and 1993, pursuant to the then applicable s. 69(2) of the Act (now s. 247(2)) on the basis that the prices it paid for ranitidine were greater than an amount that would have been reasonable in the circumstances had they been dealing at arm's length. Glaxo Canada appealed to the Tax Court of Canada, where, with one minor revision, the reassessment was upheld on the basis that the Licence and Supply agreements were to be considered independently. The Federal Court of Appeal allowed the appeal and remitted the matter back to the Tax Court for redetermination of the "reasonable amount" payable for Glaxo Canada's ranitidine transactions.

Held: The appeal and cross-appeal should be dismissed.

Section 69(2) requires the court to determine whether the transfer price was greater than the amount that would have been reasonable in the circumstances, had the parties been dealing at arm's length. If transactions other than the purchasing transaction are relevant in determining this question, they must not be ignored. Section 69(2) does not, itself, offer guidance as to how to determine the "reasonable amount" that would have been payable had the parties been dealing at arm's length. The OECD's 1979 *Guidelines* and the OECD's 1995 *Guidelines* are not controlling as if they were a Canadian statute. However, they suggest a number of methods for determining whether transfer prices

l'ingrédient pharmaceutique actif d'un médicament antiulcèreux commercialisé sous la marque nominale Zantac — de Adechsa S.A., une société affiliée non-résidente, à des prix variant entre 1 512 \$ et 1 651 \$ le kilogramme. Durant la même période, deux sociétés pharmaceutiques canadiennes fabriquant des produits génériques, à savoir Apotex Inc. et Novopharm Ltd., ont acheté auprès de fournisseurs avec lesquels elles n'avaient pas de lien de dépendance de la ranitidine à des prix variant entre 194 \$ et 304 \$ le kilogramme pour leurs médicaments antiulcèreux génériques.

Un contrat de licence concédait à Glaxo Canada certains droits et avantages et un contrat de fourniture fixait les prix de transfert de la ranitidine. L'effet combiné du contrat de licence et du contrat de fourniture permettait entre autres à Glaxo Canada d'acheter de la ranitidine, de la soumettre à un processus permettant son administration et de la commercialiser sous la marque de commerce Zantac.

L'appelant, le ministre du Revenu national, a établi à l'égard de Glaxo Canada de nouvelles cotisations pour les années d'imposition 1990, 1991, 1992 et 1993, en vertu de la version applicable alors du par. 69(2) de la Loi (maintenant le par. 247(2)), parce que les prix payés par cette société pour se procurer de la ranitidine étaient plus élevés que ceux qui auraient été raisonnables dans les circonstances si elle n'avait pas eu de lien de dépendance avec son fournisseur. Glaxo Canada a interjeté appel à la Cour canadienne de l'impôt, qui a confirmé la nouvelle cotisation, sauf pour un ajustement mineur, au motif que le contrat de licence et le contrat de fourniture devaient être examinés séparément. La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel et renvoyé l'affaire à la Cour de l'impôt pour nouvelle détermination du « montant raisonnable » payable dans le cas des opérations effectuées par Glaxo Canada pour acquérir de la ranitidine.

Arrêt : Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés.

Le paragraphe 69(2) oblige le tribunal à déterminer si le prix de transfert était supérieur au montant qui aurait été raisonnable dans les circonstances si les parties n'avaient eu aucun lien de dépendance entre elles. S'il existe des opérations autres que l'achat qui sont pertinentes pour trancher cette question, elles ne doivent pas être négligées. Le paragraphe 69(2) ne donne pas en soi d'indications sur la façon de déterminer le « montant raisonnable » qui aurait été payable si les parties n'avaient eu aucun lien de dépendance. Les *Principes* de 1979 de l'OCDE ainsi que les *Principes* de 1995 de cette même organisation n'ont pas la même force contraignante qu'une loi canadienne. En revanche, ils

are consistent with prices determined between parties dealing at arm's length.

A proper application of the arm's length principle requires that regard be had for the "economically relevant characteristics" of the arm's length and non-arm's length circumstances to ensure they are "sufficiently comparable". Where there are no related transactions or where related transactions are not relevant to the determination of the reasonableness of the price in issue, a transaction-by-transaction approach may be appropriate. However, "economically relevant characteristics of the situations being compared" may make it necessary to consider other transactions that impact the transfer price under consideration. In each case, it is necessary to address this question by considering the relevant circumstances and, if required, transactions other than the purchasing transactions must be taken into account.

Such circumstances will include agreements that may confer rights and benefits in addition to the purchase of property where those agreements are linked to the purchasing agreement. The objective is to determine what an arm's length purchaser would pay for the property and the rights and benefits together where the rights and benefits are linked to the price paid for the property. However, transfer pricing is not an exact science and it is highly unlikely that any comparisons will yield identical circumstances and the court will be required to exercise its best informed judgment in establishing a satisfactory arm's length price.

In this case, Glaxo Canada was paying for at least some of the rights and benefits under the Licence Agreement as part of the purchase prices for ranitidine from Adechsa. As such, the Licence Agreement could not be ignored in determining the reasonable amount paid to Adechsa under s. 69(2), which applies not only to payment for goods but also to payment for services. Considering the Licence and Supply Agreements together offers a realistic picture of the profits of Glaxo Canada. The prices paid by Glaxo Canada to Adechsa were a payment for a bundle of at least some rights and benefits under the Licence Agreement and product under the Supply Agreement. The generic comparators used by the Tax Court do not reflect the economic and business reality of Glaxo Canada and, at least without adjustment, do not indicate the price that would be reasonable in the circumstances, had Glaxo Canada and

proposent un certain nombre de méthodes pour déterminer si des prix de transfert sont compatibles avec ceux dont ont convenu des parties n'ayant aucun lien de dépendance.

Pour bien appliquer le principe de pleine concurrence, il est nécessaire de tenir compte des « caractéristiques économiques » des opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance pour s'assurer que ces caractéristiques sont « suffisamment comparables ». Lorsqu'il n'y a pas d'opération liée, ou lorsque les opérations liées ne sont pas pertinentes dans la détermination du caractère raisonnable du prix en cause, la méthode transaction par transaction peut convenir. Toutefois, « les caractéristiques économiques des situations prises en compte » peuvent rendre nécessaire l'examen d'autres opérations ayant une incidence sur le prix de transfert en cause. Dans chaque cas, il est nécessaire d'aborder cette question à la lumière des circonstances pertinentes et, au besoin, d'autres opérations que les opérations d'achat pourraient devoir être prises en compte.

Parmi ces circonstances, mentionnons les ententes susceptibles de conférer des droits et des avantages en sus du bien acheté, lorsque ces ententes sont liées au contrat d'achat. L'objectif de cet examen consiste à déterminer ce qu'un acheteur sans lien de dépendance paierait à la fois pour le bien et pour de tels droits et avantages lorsqu'il existe un lien entre ceux-ci et le prix payé pour le bien en question. Toutefois, la fixation de prix de transfert n'est pas une science exacte et, comme il est fort peu probable que, quelle que soit la situation comparable choisie, celle-ci présente des circonstances identiques, le tribunal devra exercer un jugement éclairé pour établir un prix de pleine concurrence satisfaisant.

En l'espèce, une partie des prix d'achat versés par Glaxo Canada à Adechsa pour la ranitidine servait de contrepartie pour au moins certains des droits et avantages conférés par le contrat de licence. Par conséquent, le tribunal ne pouvait pas faire abstraction du contrat de licence lorsqu'il déterminait le montant raisonnable qui devait être payé à Adechsa au sens du par. 69(2), lequel s'applique non seulement aux paiements faits pour des biens mais également à ceux faits pour des services. L'examen corrélatif du contrat de licence et du contrat de fourniture permet de brosser un tableau réaliste des bénéfices réalisés par Glaxo Canada. Les prix payés par Glaxo Canada à Adechsa l'étaient en contrepartie d'un ensemble de choses, à savoir au moins un certain nombre de droits et avantages prévus par le contrat de licence et le produit visé par le contrat de fourniture. Les comparaisons faites par la Cour de l'impôt avec

Adechsa been dealing at arm's length. It is only after identifying the circumstances arising from the Licence Agreement that are linked to the Supply Agreement that arm's length comparisons under any of the OECD methods or other methods may be determined.

The assumption that the prices paid by Glaxo Canada for ranitidine were greater than the amount that would have been reasonable in the circumstances had Glaxo Canada and Adechsa been dealing at arm's length has not been demolished. As found by the Federal Court of Appeal, the matter should be remitted to the Tax Court to be redetermined, having regard to the effect of the Licence Agreement on the prices paid by Glaxo Canada for the supply of ranitidine from Adechsa. Whether or not compensation for intellectual property rights is justified in this particular case is a matter for determination by the Tax Court.

Cases Cited

Distinguished: *Singleton v. Canada*, 2001 SCC 61, [2001] 2 S.C.R. 1046; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; **referred to:** *Gabco Ltd. v. Minister of National Revenue* (1968), 68 D.T.C. 5210; *Hickman Motors Ltd. v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 336.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Income Tax Act and to make certain provisions and alterations in the statute law related to or consequential upon the amendments to that Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 1.
Act to amend the Income War Tax Act, S.C. 1939, c. 46, s. 13.
Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, ss. 17(3) [rep. 1970-71-72, c. 63, s. 1], 69(2) [ad. *idem*].
Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 20(1)(c)(i), 69(2) [rep. 1998, c. 19, s. 107], 212(1)(d), 215(1), 247(2) [ad. *idem*, s. 238].
Income Tax Act, S.C. 1948, c. 52, s. 17(3).
Income Tax Amendments Act, 1997, S.C. 1998, c. 19, ss. 107, 238.
Income War Tax Act, R.S.C. 1927, c. 97, s. 23B [ad. 1939, c. 46, s. 13].

les fabricants de produits pharmaceutiques génériques ne correspondent pas à la réalité économique et commerciale de Glaxo Canada et, à tout le moins à défaut d'ajustements, ne permettent pas de déterminer si le prix qui aurait été raisonnable dans les circonstances si Glaxo Canada et Adechsa n'avaient pas eu de lien de dépendance. C'est uniquement après avoir dégagé les circonstances relatives au contrat de licence qui peuvent être rattachées au contrat de fourniture que des comparaisons au regard de situations de libre concurrence peuvent être effectuées au moyen de l'une ou l'autre des méthodes proposées par l'OCDE, ou de toute autre méthode.

L'hypothèse suivant laquelle les prix que Glaxo Canada a payés pour se procurer de la ranitidine étaient plus élevés que ceux qui auraient été raisonnables dans les circonstances si Adechsa et elle n'avaient pas eu de lien de dépendance entre elles n'a pas été démolie. Comme a conclu la Cour d'appel fédérale, l'affaire doit être renvoyée à la Cour de l'impôt pour qu'elle réexamine la question en tenant compte de l'incidence du contrat de licence sur les prix payés par Glaxo Canada pour se procurer de la ranitidine auprès d'Adechsa. C'est à la Cour de l'impôt qu'il appartiendra de décider s'il est justifié ou non en l'espèce de reconnaître l'existence d'une contrepartie pour les droits de propriété intellectuelle.

Jurisprudence

Distinction d'avec les arrêts : *Singleton c. Canada*, 2001 CSC 61, [2001] 2 R.C.S. 1046; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; **arrêts mentionnés :** *Gabco Ltd. c. Minister of National Revenue* (1968), 68 D.T.C. 5210; *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336.

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1948, ch. 52, art. 17(3).
Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148, art. 17(3) [abr. 1970-71-72, ch. 63, art. 1], 69(2) [aj. *idem*].
Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets, L.C. 1993, ch. 2, art. 11(1).
Loi de 1997 modifiant l'impôt sur le revenu, L.C. 1998, ch. 19, art. 107, 238.
Loi de l'impôt de guerre sur le revenu, S.R.C. 1927, ch. 97, art. 23B [aj. 1939, ch. 46, art. 13].
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 20(1)(c)(i), 69(2) [abr. 1998, ch. 19, art. 107], 212(1)(d), 215(1), 247(2) [aj. *idem*, art. 238].
Loi modifiant la Loi de l'impôt de guerre sur le revenu, S.C. 1939, ch. 46, art. 13.
Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu, effectuant certains changements et introduisant certaines

Patent Act Amendment Act, 1992, S.C. 1993, c. 2, s. 11(1).

Authors Cited

Organisation for Economic Co-operation and Development. *Transfer Pricing and Multinational Enterprises: Report of the OECD Committee on Fiscal Affairs*. Paris: The Organisation, 1979.

Organisation for Economic Co-operation and Development. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: The Organisation, 1995.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Nadon, Layden-Stevenson and Stratas J.J.A.), 2010 FCA 201, 405 N.R. 307, 2010 D.T.C. 5124, [2010] 6 C.T.C. 220, [2010] F.C.J. No. 953 (QL), 2010 CarswellNat 2409, setting aside a decision of Rip A.C.J., 2008 TCC 324, 2008 D.T.C. 3957, [2008] T.C.J. No. 249 (QL), 2008 CarswellNat 1666. Appeal and cross-appeal dismissed.

Wendy Burnham, Eric Noble and Karen Janke-Curliss, for the appellant/respondent on cross-appeal.

Al Meghji, Joseph M. Steiner, Amanda Heale and Pooja Samtani, for the respondent/appellant on cross-appeal.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

I. Introduction

[1] Transfer pricing issues arise when entities of multinational corporations resident in different jurisdictions transfer property or provide services to one another. These entities do not deal at arm's length and, thus, transactions between these entities may not be subject to ordinary market forces. Their absence may result in prices being set so as to divert profits from the appropriate tax jurisdiction. Since 1939, the *Income Tax Act* has included provisions under which a Canadian taxpayer may

dispositions dans la législation relatifs ou consécutifs aux modifications apportées à la présente loi, L.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 1.

Doctrine et autres documents cités

Organisation de Coopération et de Développement Économiques. *Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*. Paris : L'Organisation, 1995.

Organisation de Coopération et de Développement Économiques. *Prix de transfert et entreprises multinationales : Rapport du Comité des Affaires Fiscales de l'OCDE*. Paris : L'Organisation, 1979.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Nadon, Layden-Stevenson et Stratas), 2010 CAF 201, 405 N.R. 307, 2010 D.T.C. 5124, [2010] 6 C.T.C. 220, [2010] A.C.F. n° 953 (QL), 2010 CarswellNat 5563, qui a infirmé une décision du juge en chef adjoint Rip, 2008 CCI 324, 2008 D.T.C. 3957, [2008] A.C.I. n° 249 (QL), 2008 CarswellNat 6307. Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

Wendy Burnham, Eric Noble et Karen Janke-Curliss, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident.

Al Meghji, Joseph M. Steiner, Amanda Heale et Pooja Samtani, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident.

Version française de jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

[1] Lorsque des entités faisant partie de sociétés multinationales résidant dans divers pays se transfèrent des biens ou se fournissent des services réciproquement, il peut se soulever des questions relativement à l'établissement des prix de transfert ou de fourniture. En effet, de telles entités n'agissent pas sans lien de dépendance et, de ce fait, les opérations ou transactions qu'elles effectuent entre elles ne sont pas forcément soumises aux forces ordinaires du marché. Lorsque ces forces ne jouent pas, il

be reassessed to include, in Canadian profits, the difference between the prices for property paid to a non-resident with which it does not deal at arm's length and what those prices would have been had they been dealing at arm's length.

[2] The Minister of National Revenue reassessed GlaxoSmithKline Inc. ("Glaxo Canada") for the taxation years 1990, 1991, 1992, and 1993, pursuant to the then-applicable s. 69(2) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (the "Act"), on the basis that the prices Glaxo Canada paid to a supplier with which it did not deal at arm's length, for ranitidine, the active ingredient in the anti-ulcer drug Zantac, were greater than an amount that would have been reasonable in the circumstances had they been dealing at arm's length. (Section 69(2) of the Act was repealed in 1998 (S.C. 1998, c. 19, s. 107) and has been replaced by s. 247(2) of the Act (ad. *idem*, s. 238)). The reassessment increased Glaxo Canada's income by the difference between the highest price paid by generic pharmaceutical companies and that paid by Glaxo Canada for ranitidine. Glaxo Canada appealed to the Tax Court of Canada, where Rip A.C.J. (as he then was) upheld, with one minor revision, the reassessment. On Glaxo Canada's further appeal, the Federal Court of Appeal allowed the appeal and remitted the matter to the Tax Court for reconsideration. The Minister has appealed that decision to this Court.

[3] The issue on appeal is the correct application of s. 69(2): in particular, what circumstances are to be taken into account in determining the reasonable arm's length price against which to compare the non-arm's length transfer price. Glaxo Canada

peut arriver que les prix soient fixés de manière à soustraire des bénéficiaires aux administrations fiscales compétentes. Or, depuis 1939, la *Loi de l'impôt sur le revenu* comporte des dispositions qui permettent d'établir, à l'égard d'un contribuable canadien, une nouvelle cotisation tenant compte, dans les bénéfices qu'il a réalisés au Canada, de la différence entre le prix qu'il a payé pour acquérir un bien d'un non-résident avec lequel il a un lien de dépendance et celui qu'il aurait payé en l'absence d'un tel lien.

[2] Le ministre du Revenu national a établi à l'égard de GlaxoSmithKline Inc. (« Glaxo Canada ») de nouvelles cotisations pour les années d'imposition 1990, 1991, 1992 et 1993, en vertu de la version applicable alors du par. 69(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) (la « Loi »), au motif que les prix payés par cette société pour se procurer de la ranitidine — l'ingrédient actif du médicament antiulcèreux Zantac — auprès d'un fournisseur avec lequel elle avait un lien de dépendance étaient plus élevés que ceux qui auraient été raisonnables dans les circonstances s'ils n'avaient pas eu ce lien de dépendance (le par. 69(2) de la Loi a été abrogé en 1998 (L.C. 1998, ch. 19, art. 107) et remplacé par le par. 247(2) de la Loi (aj. *idem*, art. 238)). La nouvelle cotisation a eu pour effet d'augmenter le revenu de Glaxo Canada d'une somme correspondant à la différence entre le prix le plus élevé payé pour la ranitidine par des sociétés pharmaceutiques fabriquant des produits génériques et celui payé par Glaxo Canada. Cette dernière a interjeté appel à la Cour canadienne de l'impôt. Le juge en chef adjoint Rip (maintenant juge en chef) a confirmé la nouvelle cotisation, sauf pour un ajustement mineur. Glaxo Canada a fait appel de ce jugement à la Cour d'appel fédérale, qui lui a donné gain de cause et a renvoyé l'affaire à la Cour de l'impôt pour réexamen. Le ministre se pourvoit contre cette décision devant notre Cour.

[3] La question en litige dans le présent pourvoi est celle de savoir comment il convient d'appliquer le par. 69(2) et, en particulier, quelles sont les circonstances à prendre en compte dans la détermination du prix raisonnable de pleine concurrence avec

cross-appeals the decision of the Federal Court of Appeal to remit the matter to the Tax Court for re-hearing and reconsideration. If this Court denies the Minister's appeal, Glaxo Canada argues that the matter should not be remitted because it has successfully demolished the Minister's assumptions, thus fully discharging the taxpayer's burden in appealing the reassessment. For the reasons that follow, I would dismiss both the appeal and the cross-appeal.

II. Facts

[4] Between 1990 and 1993, the respondent, Glaxo Canada, purchased ranitidine, the active pharmaceutical ingredient in the brand-name anti-ulcer drug Zantac, from Adechsa S.A., a related non-resident company, for between \$1,512 and \$1,651 per kilogram. During the same period, two Canadian generic pharmaceutical companies, Apotex Inc. and Novopharm Ltd., purchased ranitidine from other sources for use in their generic anti-ulcer drugs for between \$194 and \$304 per kilogram.

[5] At the relevant time Glaxo Canada was a wholly owned subsidiary of Glaxo Group Ltd., which itself was a wholly owned subsidiary of Glaxo Holdings plc, a United Kingdom corporation. In addition to its ownership of Glaxo Canada, Glaxo Group was the parent of other companies, which discovered, developed, manufactured and marketed branded pharmaceutical products. These products were then placed in a delivery mechanism such as a tablet, liquid or gel and marketed and sold throughout the world through subsidiaries such as Glaxo Canada or independent arm's length distributors.

lequel peut être comparé le prix de transfert qui n'a pas été établi dans des conditions de pleine concurrence. Glaxo Canada a formé un pourvoi incident contre la décision de la Cour d'appel fédérale renvoyant l'affaire à la Cour de l'impôt pour nouvelle audience et réexamen. Glaxo Canada soutient que si notre Cour déboute le ministre de son pourvoi, l'affaire ne devrait pas être renvoyée à la Cour de l'impôt, étant donné que Glaxo Canada aurait alors réfuté avec succès les hypothèses formulées par le ministre, s'acquittant ainsi pleinement du fardeau imposé à tout contribuable qui interjette appel d'une nouvelle cotisation. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter à la fois le pourvoi et le pourvoi incident.

II. Les faits

[4] De 1990 à 1993, l'intimée, Glaxo Canada, a acheté de la ranitidine — l'ingrédient pharmaceutique actif d'un médicament antiulcéreux commercialisé sous la marque nominale Zantac — de Adechsa S.A., une société affiliée non-résidente, à des prix variant entre 1 512 \$ et 1 651 \$ le kilogramme. Durant la même période, deux sociétés pharmaceutiques canadiennes fabriquant des produits génériques, à savoir Apotex Inc. et Novopharm Ltd., ont acheté auprès d'autres fournisseurs de la ranitidine à des prix variant entre 194 \$ et 304 \$ le kilogramme pour leurs médicaments antiulcéreux génériques.

[5] Au cours de la période pertinente, Glaxo Canada était une filiale à 100 p. 100 de Glaxo Group Ltd. (le « groupe Glaxo »), lui-même une filiale à 100 p. 100 de Glaxo Holdings plc, une société du Royaume-Uni. En plus d'être propriétaire de Glaxo Canada, le groupe Glaxo était la société mère d'autres sociétés, qui s'occupaient de recherche, de développement, de fabrication et de commercialisation de divers produits pharmaceutiques d'origine. Ces produits étaient ensuite soumis à un processus permettant leur administration sous forme de comprimés, de liquide ou de gel, puis ils étaient commercialisés et vendus partout dans le monde par l'entremise de filiales comme Glaxo Canada ou de distributeurs indépendants sans lien de dépendance.

[6] During the taxation years in issue, Glaxo Canada acted as a secondary manufacturer and marketer which meant that it acquired the active pharmaceutical ingredient, ranitidine, and put it into a delivery mechanism and packaged and marketed Zantac, a patented and trademarked drug used to treat stomach ulcers. Glaxo Group owned the Zantac trademark and the patent for its active ingredient, ranitidine, and granted rights under the patent and trademark to Glaxo Canada under a Licence Agreement. Glaxo Canada purchased ranitidine from Adechsa, a Glaxo Group clearing company located in Switzerland, under a Supply Agreement.

[7] At the heart of this appeal are these two agreements. The Licence Agreement conferred the following rights and benefits on Glaxo Canada:

1. the right under the patents to manufacture, use and sell Glaxo Group products (s. 3(1)(a));
2. the exclusive right to the use of the trademarks owned by Glaxo Group, including Zantac (s. 3(1)(b));
3. the right to receive technical assistance for its secondary manufacturing requirements (s. 3(4));
4. the use of the registration materials prepared by Glaxo Group, to be adapted to the Canadian environment and submitted to the Health Protection Branch (s. 4(2));
5. access to new products, including line extensions (s. 4(1));
6. access to any inventions or improvement in regard to existing drugs (s. 6(1));
7. the right to have a Glaxo World Group company sell to the appellant any raw materials or materials in bulk form (s. 7(1));

[6] Au cours des années d'imposition en cause, Glaxo Canada agissait comme fabricant et distributeur secondaires, c'est-à-dire qu'elle se procurait l'ingrédient pharmaceutique actif, la ranitidine, le soumettait à un processus permettant son administration, puis l'emballait et le commercialisait sous le nom de Zantac, un médicament breveté et portant une marque de commerce qui est utilisé pour traiter les ulcères d'estomac. Le groupe Glaxo était propriétaire de la marque de commerce Zantac et du brevet portant sur son ingrédient actif, la ranitidine. Aux termes d'un contrat de licence, il accordait à Glaxo Canada certains des droits liés au brevet et à la marque de commerce. Glaxo Canada achetait sa ranitidine de Adechsa, une société suisse de distribution du groupe Glaxo, en vertu d'un contrat de fourniture.

[7] Les deux contrats en question sont au cœur du présent pourvoi. Le contrat de licence a concédé à Glaxo Canada les droits et avantages suivants :

1. le droit conféré par les brevets de fabriquer, d'utiliser et de vendre les produits du groupe Glaxo (al. 3(1)a));
2. le droit exclusif d'utiliser les marques de commerce appartenant au groupe Glaxo, y compris la marque Zantac (al. 3(1)b));
3. le droit d'obtenir de l'assistance technique pour ses besoins touchant la fabrication secondaire (par. 3(4));
4. l'utilisation des documents d'enregistrement préparés par le groupe Glaxo, lesquels devaient être adaptés pour le Canada et soumis à la Direction générale de la protection de la santé (par. 4(2));
5. l'accès à de nouveaux produits, y compris un élargissement de la gamme de produits (par. 4(1));
6. l'accès aux inventions ou aux améliorations touchant les médicaments existants (par. 6(1));
7. le droit à ce qu'une société du groupe Glaxo World vende à Glaxo Canada quelque matière première ou produit en vrac (par. 7(1));

- | | |
|--|---|
| <p>8. marketing support in the form of promotional material, medical papers and literature, market research data, and any other information that may be useful in the marketing of products (s. 10(1));</p> <p>9. indemnification against damages arising from patent or trademark infringement actions (s. 13(2));</p> <p>10. technical assistance for setting up new product lines at Glaxo Canada's manufacturing facilities (s. 4(3));</p> <p>11. if the original trademark for a new product cannot be registered or if additional trademarks are necessary, Glaxo Group to take the necessary steps (s. 4(4));</p> <p>12. Glaxo Canada to have an opportunity to sublicense any new third party product obtained by Glaxo Group (s. 5(1));</p> <p>13. in regard to third party products, Glaxo Group to provide any information pertinent to the approval of the product by the Canada Health Protection Branch (s. 5(2));</p> <p>14. Glaxo Group to arrange that technical information in regard to third party products will be granted to Glaxo Canada (s. 5(4)).</p> | <p>8. l'appui à la commercialisation par divers moyens — documents de promotion, littérature médicale, données d'études de marché et tout autre renseignement pouvant faciliter la mise en marché des produits (par. 10(1));</p> <p>9. l'indemnisation des dommages-intérêts découlant d'actions en contrefaçon de brevet ou de marque de commerce (par. 13(2));</p> <p>10. de l'assistance technique pour établir de nouvelles gammes de produits dans les installations de fabrication de Glaxo Canada (par. 4(3));</p> <p>11. si la marque de commerce originale d'un nouveau produit ne pouvait être enregistrée ou si d'autres marques de commerce étaient nécessaires, l'engagement du groupe Glaxo à entreprendre les démarches nécessaires (par. 4(4));</p> <p>12. la possibilité pour Glaxo Canada de concéder une sous-licence relativement à tout nouveau produit obtenu d'un tiers par le groupe Glaxo (par. 5(1));</p> <p>13. en ce qui concerne les produits de tiers, la fourniture par le groupe Glaxo de tout renseignement utile pour l'approbation des produits par la Direction générale de la protection de la santé du Canada (par. 5(2));</p> <p>14. l'engagement par le groupe Glaxo à faire le nécessaire pour assurer la transmission à Glaxo Canada des renseignements techniques se rapportant aux produits de tiers (par. 5(4)).</p> |
|--|---|

[8] Under the Supply Agreement, Glaxo Group set the transfer prices of the active ingredient, ranitidine, using the resale-price method as described by Rip A.C.J.:

Glaxo World used what is referred to as a resale-price method to determine the transfer price of the API [active pharmaceutical ingredient]. Glaxo World and its distributors agreed that a gross margin of 60 percent would be retained by the distributors and the ranitidine was priced accordingly. To use a very simple example, if the ranitidine product was sold for \$10 in Italy, the transfer price would be \$4; if the ranitidine product was

[8] Suivant le contrat de fourniture, le groupe Glaxo a fixé les prix de transfert de l'ingrédient actif, la ranitidine, en appliquant la méthode du prix de revente, méthode que le juge en chef adjoint Rip a décrite ainsi :

Glaxo World a utilisé ce qui est connu sous le nom de méthode du prix de revente en vue de fixer le prix de transfert de l'IPA [ingrédient pharmaceutique actif]. Glaxo World et ses distributeurs s'étaient entendus pour que les distributeurs conservent une marge brute de 60 p. 100 et ils avaient fixé le prix de la ranitidine en conséquence. Il est possible d'illustrer la chose au moyen d'un exemple fort simple : si le produit à base de

sold for \$20 in France, the transfer price would be \$8. Appellant's counsel described the process as follows:

the starting point for determining the price to the distributor was the in-market price for the finished ranitidine product;

from that in-market price the parties agreed, assuming specified conditions were satisfied, a gross profit margin [to] be retained by the distributor (approximately 60%); and

the remainder would be remitted back to Glaxo Group in the form of transfer price, royalties, [or both]. Where the distributor was to pay both transfer prices and royalties, they would be considered together to determine the distributor's gross profit margin after payment of the royalty. [para. 47]

(2008 TCC 325, 2008 D.T.C. 3957)

This method resulted in prices of over \$1,500 per kilogram for ranitidine paid by Glaxo Canada to Adechsa. The combined effect of the Licence and Supply agreements enabled Glaxo Canada, among other things, to purchase the active ingredient ranitidine, put it in a delivery mechanism, and market it under the trademark Zantac.

[9] During the taxation years in issue, two Canadian generic pharmaceutical companies, Apotex and Novopharm, sold generic anti-ulcer pharmaceutical products in Canada. These companies purchased ranitidine at lower prices than Glaxo Canada, between \$194 and \$304 per kilogram, from arm's length suppliers. There was no evidence that the supply contracts of Apotex or Novopharm conferred anything beyond the supply of ranitidine.

[10] These generic companies were able to market generic versions of drugs whose patent was still in effect by reason of the compulsory licensing

ranitidine coûtait dix dollars en Italie, le prix de transfert était de quatre dollars; si le produit à base de ranitidine coûtait vingt dollars en France, le prix de transfert s'élevait à huit dollars. L'avocat de l'appelante a décrit le processus en ces termes :

[TRADUCTION]

le point de départ aux fins de la détermination du prix pour le distributeur était le prix de détail du produit à base de ranitidine fini;

à partir du prix de détail, les parties s'entendaient, à supposer que des conditions précises soient remplies, sur la marge bénéficiaire brute que le distributeur devait conserver (soit environ 60 p. 100);

le restant était remis à Glaxo Group sous la forme de prix de transfert, de redevances [ou des deux]. Lorsque le distributeur devait payer à la fois un prix de transfert et des redevances, il était tenu compte tant du prix que de la redevance pour déterminer la marge bénéficiaire brute du distributeur une fois la redevance payée. [par. 47]

(2008 CCI 324 (CanLII))

L'application de cette méthode s'est traduite par des prix excédant 1 500 \$ le kilogramme dans le cas de la ranitidine achetée par Glaxo Canada à Adechsa. L'effet combiné du contrat de licence et du contrat de fourniture permettait entre autres à Glaxo Canada d'acheter l'ingrédient actif, la ranitidine, de le soumettre à un processus permettant son administration et de le commercialiser sous la marque de commerce Zantac.

[9] Au cours des années d'imposition en cause, deux fabricants canadiens de produits pharmaceutiques génériques, Apotex et Novopharm, vendaient des produits pharmaceutiques antiulcéreux génériques au Canada. Ces sociétés se procuraient auprès de fournisseurs avec lesquels elles n'avaient pas de lien de dépendance de la ranitidine à des prix inférieurs à ceux payés par Glaxo Canada, soit entre 194 \$ et 304 \$ le kilogramme. Rien n'indique que les contrats de fourniture d'Apotex ou de Novopharm leur conféraient quelque autre avantage que la ranitidine.

[10] Ces fabricants de médicaments génériques étaient en mesure de commercialiser des versions génériques de médicaments dont le brevet était

scheme that existed for pharmaceutical products in Canada up to February 1993 (*Patent Act Amendment Act, 1992*, S.C. 1993, c. 2). This scheme allowed generic versions of patented pharmaceutical products to be marketed and sold in Canada in exchange for a royalty payment to the patent owner. The licences granted to Apotex and Novopharm predated December 20, 1991, and therefore continued to subsist, notwithstanding repeal of the compulsory licensing scheme in February 1993 (ad. *idem*, s. 11(1)).

[11] The Minister reassessed Glaxo Canada for its 1990, 1991, 1992, and 1993 taxation years, increasing its income by some \$51 million under s. 69(2) of the Act on the basis that it had paid Adechsa more than a reasonable amount for the purchase of ranitidine.

III. Tax Court of Canada, 2008 TCC 324, 2008 D.T.C. 3957 (Rip A.C.J.)

[12] Rip A.C.J. affirmed the Minister's reassessment. He found that *Singleton v. Canada*, 2001 SCC 61, [2001] 2 S.C.R. 1046, required the Licence and Supply agreements to be considered independently. As a result, he did not consider whether the rights and benefits under the Licence Agreement were a relevant circumstance in determining the appropriate arm's length price for the supply of ranitidine.

[13] Rip A.C.J. employed the comparable uncontrolled price ("CUP") method, referred to in the Organisation for Economic Co-operation and Development ("OECD") *Transfer Pricing and Multinational Enterprises: Report of the OECD Committee on Fiscal Affairs* (1979) (the "1979 Guidelines") and the OECD's revised 1995 *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* (1995) (the "1995 Guidelines"), to test the reasonableness of Glaxo Canada's ranitidine transactions. He found

toujours en cours de validité en raison du régime des licences obligatoires auquel tous les produits pharmaceutiques étaient assujettis au Canada jusqu'en février 1993 (*Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets*, L.C. 1993, ch. 2). Ce régime permettait de commercialiser et de vendre au Canada des versions génériques de produits pharmaceutiques brevetés moyennant paiement de redevances aux titulaires des brevets. Comme les licences octroyées à Apotex et à Novopharm étaient antérieures au 20 décembre 1991, elles sont demeurées valides malgré l'abrogation du régime des licences obligatoires en février 1993 (aj. *idem*, par. 11(1)).

[11] Le ministre a établi à l'égard de Glaxo Canada de nouvelles cotisations pour les années d'imposition 1990, 1991, 1992 et 1993, augmentant le revenu de celle-ci d'environ 51 millions de dollars en vertu du par. 69(2) de la Loi, au motif qu'elle avait versé à Adechsa une somme plus élevée que le montant qui aurait été raisonnable pour acheter la ranitidine.

III. Cour canadienne de l'impôt, 2008 CCI 324 (CanLII) (le juge en chef adjoint Rip)

[12] Le juge en chef adjoint Rip a confirmé la nouvelle cotisation établie par le ministre. Il a conclu que l'arrêt *Singleton c. Canada*, 2001 CSC 61, [2001] 2 R.C.S. 1046, exigeait un examen séparé du contrat de licence et du contrat de fourniture. Il ne s'est donc pas demandé si les droits et les avantages conférés par le contrat de licence constituaient une circonstance pertinente pour déterminer le prix de pleine concurrence approprié à payer pour se procurer de la ranitidine.

[13] Pour vérifier le caractère raisonnable des opérations de Glaxo Canada relatives à la ranitidine, le juge en chef adjoint Rip a utilisé la méthode du prix comparable sur le marché libre (la « méthode du PCML ») dont il est question dans une publication de l'Organisation de coopération et de développement économiques (« OCDE ») intitulée *Prix de transfert et entreprises multinationales : Rapport du Comité des Affaires Fiscales de l'OCDE* (1979) (les « Principes de 1979 ») et la révision de ces principes publiée en 1995 par l'OCDE sous le

that the appropriate comparator transaction was the highest price paid by the generic pharmaceutical companies for ranitidine from arm's length suppliers. Under this approach, he found the prices Glaxo Canada paid to Adechsa for ranitidine were greater than the reasonable amount had they been dealing at arm's length. Aside from allowing a \$25 per kilogram increment for granulation, he upheld the reassessment of the Minister.

IV. Federal Court of Appeal, 2010 FCA 201, 405 N.R. 307 (Nadon, Layden-Stevenson and Stratas J.J.A.)

[14] Nadon J.A., writing for a unanimous panel, found that the Tax Court had erred in not considering the Licence Agreement when determining whether the prices paid by Glaxo Canada for ranitidine were reasonable under s. 69(2). He said that *Singleton* was not relevant and that the test of "reasonable in the circumstances" included all circumstances that an arm's length purchaser would have to consider. Based on *Gabco Ltd. v. Minister of National Revenue* (1968), 68 D.T.C. 5210 (Ex. Ct.), Nadon J.A. adopted the "reasonable business person" test, which required an inquiry into the circumstances that an arm's length purchaser would consider relevant when deciding what price to pay (para. 69). He found that Rip A.C.J. had erred when he assessed the "fair market value" of ranitidine based on the amounts paid by the generic pharmaceutical companies to arm's length suppliers.

[15] Having determined that *Singleton* did not preclude looking at both the Supply and Licence

titre *Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales* (1995) (les « Principes de 1995 »). Il a estimé que le facteur de comparaison approprié était le prix le plus élevé payé pour la ranitidine par les fabricants de produits pharmaceutiques génériques à des fournisseurs avec lesquels ils n'avaient pas de lien de dépendance. Suivant cette méthode, il a conclu que les prix payés par Glaxo Canada à Adechsa pour l'achat de la ranitidine étaient plus élevés que ceux qui auraient été raisonnables si ces deux sociétés n'avaient pas eu de lien de dépendance. Le juge a donc confirmé la nouvelle cotisation du ministre, sauf pour un ajustement à la hausse de 25 \$ le kilogramme pour la granulation.

IV. Cour d'appel fédérale, 2010 CAF 201 (CanLII) (les juges Nadon, Layden-Stevenson et Stratas)

[14] Le juge Nadon, qui s'exprimait au nom d'une formation unanime, a conclu que la Cour de l'impôt avait commis une erreur en ne tenant pas compte du contrat de licence pour déterminer si les prix payés par Glaxo Canada pour la ranitidine étaient raisonnables au sens du par. 69(2). Il a de plus affirmé que l'arrêt *Singleton* ne s'appliquait pas et que, pour déterminer le montant qui aurait été « raisonnable dans les circonstances », il fallait prendre en considération l'ensemble des circonstances dont un acheteur sans lien de dépendance aurait eu à tenir compte. Se fondant sur la décision *Gabco Ltd. c. Minister of National Revenue* (1968), 68 D.T.C. 5210 (C. de l'É.), le juge Nadon a adopté le critère « de l'homme ou de la femme d'affaires raisonnable », critère qui commande l'examen des circonstances que l'acheteur sans lien de dépendance jugerait pertinentes pour décider du prix à payer (par. 69). Il a conclu que le juge en chef adjoint Rip avait commis une erreur lorsqu'il avait calculé la « juste valeur marchande » de la ranitidine en se basant sur les sommes payées par les fabricants de produits pharmaceutiques génériques à des fournisseurs avec lesquels ils n'avaient aucun lien de dépendance.

[15] Après avoir décidé que l'arrêt *Singleton* n'empêchait pas d'examiner à la fois le contrat de

agreements and applying the “reasonable business person” test, Justice Nadon found that the Licence Agreement was central to Glaxo Canada’s business reality, and that it would be so even if the relationship with Adechsa was at arm’s length. Therefore, it was a “circumstance” that had to be taken into account when determining whether the prices paid by Glaxo Canada for ranitidine were reasonable. In his view, the Tax Court erred in using the purchase prices of ranitidine of the generic pharmaceutical companies to determine whether the Glaxo Canada prices were reasonable, as the Licence Agreement created fundamentally different circumstances for Glaxo Canada’s transactions.

[16] However, Nadon J.A. found that the burden on the taxpayer had not been fully discharged as the “reasonable amount” remained to be determined for Glaxo Canada’s ranitidine transactions. He remitted the matter to the Tax Court for re-determination.

V. Analysis

A. *Transfer Pricing in the Income Tax Act*

[17] The first transfer pricing provision in the Canadian *Income Tax Act* was enacted as s. 23B of the *Income War Tax Act*, R.S.C. 1927, c. 97, by *An Act to amend the Income War Tax Act*, S.C. 1939, c. 46, s. 13. The provision was re-enacted as s. 17(3) of *The Income Tax Act*, S.C. 1948, c. 52, and again as s. 17(3) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148. Section 17(3) of the 1952 Act is almost identical to s. 69(2) first enacted in 1971 (S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 1), with immaterial modifications in 1985 (R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)).

fourniture et le contrat de licence ni d’appliquer le critère de « l’homme ou de la femme d’affaires raisonnable », le juge Nadon a conclu que le contrat de licence occupait une place centrale dans la réalité commerciale de Glaxo Canada et qu’il en serait ainsi même si Glaxo Canada n’avait pas de lien de dépendance avec Adechsa. Le contrat de licence constituait donc une « circonstance » dont il fallait tenir compte pour déterminer si les prix payés par Glaxo Canada pour la ranitidine étaient raisonnables. De l’avis du juge Nadon, la Cour de l’impôt avait commis une erreur en utilisant les prix d’achat payés pour la ranitidine par les fabricants de produits pharmaceutiques génériques pour déterminer si ceux payés par Glaxo Canada étaient raisonnables, étant donné que le contrat de licence créait une situation tout à fait différente dans le cas des opérations réalisées par Glaxo Canada.

[16] Le juge Nadon a toutefois conclu que le contribuable ne s’était pas entièrement acquitté du fardeau qui lui incombait, puisque le « montant raisonnable » n’avait pas encore été déterminé dans le cas des opérations effectuées par Glaxo Canada pour acquérir de la ranitidine. Il a donc renvoyé l’affaire à la Cour de l’impôt pour réexamen.

V. Analyse

A. *Établissement du prix de transfert dans la Loi de l’impôt sur le revenu*

[17] La première disposition législative fiscale canadienne concernant l’établissement du prix de transfert a été l’art. 23B de la *Loi de l’impôt de guerre sur le revenu*, S.R.C. 1927, ch. 97, édictée par la *Loi modifiant la Loi de l’impôt de guerre sur le revenu*, S.C. 1939, ch. 46, art. 13. Cette disposition a été édictée de nouveau par le par. 17(3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, S.C. 1948, ch. 52, puis par le par. 17(3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148. Le paragraphe 17(3) de la Loi de 1952 était presque identique au par. 69(2), lequel a été édicté pour la première fois en 1971 (S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 1) et a fait l’objet de modifications mineures en 1985 (L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.)).

[18] The 1985 version of s. 69(2) applicable to the years 1990-1993 reads:

(2) Where a taxpayer has paid or agreed to pay to a non-resident person with whom the taxpayer was not dealing at arm's length as price, rental, royalty or other payment for or for the use or reproduction of any property, or as consideration for the carriage of goods or passengers or for other services, an amount greater than the amount (in this subsection referred to as "the reasonable amount") that would have been reasonable in the circumstances if the non-resident person and the taxpayer had been dealing at arm's length, the reasonable amount shall, for the purpose of computing the taxpayer's income under this Part, be deemed to have been the amount that was paid or is payable therefor.

[19] On the facts of this case, the section asks whether the prices Glaxo Canada paid Adechsa for ranitidine were greater than what would have been reasonable if Adechsa and Glaxo Canada had been dealing at arm's length. The challenge is to find an arm's length proxy that replicates the circumstances of Glaxo Canada as closely as possible in respect of its acquisition of ranitidine.

B. *The OECD Methods of Determining Reasonable Transfer Prices*

[20] In the courts below and in this Court, there has been reference to the 1979 *Guidelines* and the 1995 *Guidelines* (the "*Guidelines*"). The *Guidelines* contain commentary and methodology pertaining to the issue of transfer pricing. However, the *Guidelines* are not controlling as if they were a Canadian statute and the test of any set of transactions or prices ultimately must be determined according to s. 69(2) rather than any particular methodology or commentary set out in the *Guidelines*.

[21] Section 69(2) does not, itself, offer guidance as to how to determine the "reasonable amount" that would have been payable had the parties been dealing at arm's length. However, the *Guidelines*

[18] Voici le texte du par. 69(2) qui était en vigueur en 1985 et s'appliquait aux années 1990 à 1993 :

(2) Lorsqu'un contribuable a payé ou est convenu de payer à une personne non-résidente avec qui il avait un lien de dépendance, soit à titre de prix, loyer, redevance ou autre paiement pour un bien ou pour l'usage ou la reproduction d'un bien, soit en contrepartie du transport de marchandises ou de voyageurs ou d'autres services, une somme supérieure au montant qui aurait été raisonnable dans les circonstances si la personne non-résidente et le contribuable n'avaient eu aucun lien de dépendance, ce montant raisonnable est réputé, pour le calcul du revenu du contribuable en vertu de la présente partie, correspondre à la somme ainsi payée ou payable.

[19] Eu égard aux faits de la présente affaire, il faut, pour l'application de cette disposition, se demander si les prix que Glaxo Canada a payés à Adechsa pour acquérir sa ranitidine étaient supérieurs au montant qui aurait été raisonnable dans les circonstances si Adechsa et Glaxo Canada n'avaient eu aucun lien de dépendance. La difficulté consiste à trouver une situation comparable où le vendeur n'aurait pas eu de lien de dépendance et où les circonstances correspondent le plus possible à celles de Glaxo Canada en ce qui concerne l'acquisition de ranitidine.

B. *Méthodes proposées par l'OCDE pour déterminer des prix de transfert raisonnables*

[20] Devant les juridictions inférieures et devant notre Cour, on s'est référé aux *Principes* de 1979 et aux *Principes* de 1995 (les « *Principes* »). Les *Principes* font état de méthodes de fixation du prix de transfert et de commentaires à cet égard. Ils n'ont cependant pas la même force contraignante qu'une loi canadienne et, en dernière analyse, le critère à appliquer à un ensemble d'opérations ou de prix doit être établi suivant le par. 69(2) et non pas selon quelque commentaire ou méthode énoncé dans les *Principes*.

[21] Le paragraphe 69(2) ne donne pas en soi d'indications sur la façon de déterminer le « montant raisonnable » qui aurait été payable si les parties n'avaient eu aucun lien de dépendance.

suggest a number of methods for determining whether transfer prices are consistent with prices determined between parties dealing at arm's length.

[22] In the Tax Court, the parties relied on four methods from the *Guidelines* to assess the reasonableness of the prices Glaxo Canada paid Adechsa. The Minister relied on the CUP method and the cost plus method (see 1979 *Guidelines*, at paras. 48 and 63). The CUP method compares the prices in comparable transactions between parties dealing at arm's length with the transfer prices paid by the taxpayer being reassessed. The *Guidelines* say this is the most direct way of determining the arm's length price. This is the method under which the Minister compared the Glaxo Canada transfer prices with the prices paid by Apotex and Novopharm.

[23] However, the 1995 *Guidelines* also say that the arm's length transactions must be carefully considered for comparability with the transfer price transactions. Transactions are only comparable if:

1. None of the differences (if any) between the transactions being compared or between the enterprises undertaking those transactions could materially affect the price in the open market; or
2. Reasonably accurate adjustments can be made to eliminate the material effects of such differences. (See 1995 *Guidelines*, at para. 1.15.)

[24] The cost plus method is based upon the foreign suppliers' costs, plus an appropriate mark-up. However, the 1979 *Guidelines* say that the method "raise[d] problems both as regards assessing costs . . . and the appropriate mark-up for profit" (para. 63). They suggest its usefulness may be

En revanche, les *Principes* proposent un certain nombre de méthodes pour déterminer si des prix de transfert sont compatibles avec ceux dont ont convenu des parties n'ayant aucun lien de dépendance.

[22] Devant la Cour de l'impôt, les parties se sont fondées sur quatre méthodes proposées dans les *Principes* pour évaluer le caractère raisonnable des prix payés par Glaxo Canada à Adechsa. Le ministre s'est appuyé sur la méthode du PCML et sur celle du prix de revient majoré (voir les *Principes* de 1979, par. 48 et 63). Dans le cas de la méthode du PCML, on compare les prix payés dans le cadre d'opérations comparables réalisées par des parties sans lien de dépendance à ceux qu'a payés le contribuable faisant l'objet de la nouvelle cotisation. Aux termes des *Principes*, il s'agit de la méthode la plus directe pour déterminer le prix de pleine concurrence. C'est celle qu'a utilisée le ministre pour comparer les prix de transfert payés par Glaxo Canada à ceux payés par Apotex et par Novopharm.

[23] Les *Principes* de 1995 précisent toutefois qu'il faut étudier attentivement les opérations réalisées entre parties sans lien de dépendance pour s'assurer de leur comparabilité avec celles impliquant un prix de transfert. Des opérations ne sont comparables que si l'une des conditions suivantes est remplie :

1. Aucune différence (s'il en existe) entre les transactions faisant l'objet de la comparaison ou entre les entreprises effectuant ces transactions, n'est susceptible d'avoir une incidence sensible sur la marge sur le prix pratiqué sur le marché libre, ou
2. des correctifs suffisamment exacts peuvent être apportés pour supprimer les effets matériels de ces différences. (Voir les *Principes* de 1995, par. 1.15.)

[24] La méthode du prix de revient majoré est fondée sur le prix de revient du fournisseur étranger, majoré d'une marge bénéficiaire appropriée. Les *Principes* de 1979 soulignent toutefois que « [l]es problèmes posés par cette méthode concernent le calcul des coûts [. . .] et la marge bénéficiaire

as a means of verifying prices after other methods have been applied. The Minister used the cost plus method to verify the arm's length prices he determined under the CUP method.

[25] Glaxo Canada relied on the resale price, the transactional net margin and the CUP methods, using a set of European comparators. As described above, the resale-price method starts with the price charged by the reseller (Glaxo Canada) in the market for the product (Zantac). The price is then reduced by the proportion representing the reseller's cost and appropriate profit, i.e. the reseller's gross profit margin. The balance is the transfer price for the product purchased from the related non-resident supplier (Adechsa). This gross profit margin is then compared to the gross profit margin earned by independent arm's length resellers. The 1979 *Guidelines* observe that this method is the most useful when applied to marketing operations. Glaxo Canada compared its gross profit margin with those of independent European distributors of Zantac.

[26] The transactional net margin method looks at the net profit relative to a base such as costs, sales or assets in a controlled transaction as compared to the net profit ratio earned by the same taxpayer in comparable uncontrolled transactions. If this is not possible, consideration may be given to the net profit relative to costs, sales or assets of an independent enterprise, provided the circumstances are comparable and adjustments may be made to obtain reliable results.

[27] Glaxo Canada's CUP approach utilized the prices paid by European independent distributors of Zantac which Glaxo Canada submitted approximated the prices paid by Glaxo Canada to Adechsa.

normale » (par. 63). On y mentionne qu'elle peut être utile pour vérifier des prix à la suite de l'application d'autres méthodes. Le ministre a utilisé cette méthode du prix de revient majoré pour vérifier le bien-fondé des prix de pleine concurrence qu'il avait déterminés selon la méthode du PCML.

[25] Pour sa part, Glaxo Canada s'est fondée sur la méthode du prix de revente, sur la méthode transactionnelle de la marge nette et sur la méthode du PCML, en appliquant une série d'éléments de comparaison européens. Comme il a été expliqué précédemment, la méthode du prix de revente part du prix demandé par le revendeur (Glaxo Canada) sur le marché pour le produit (Zantac). Ce prix est ensuite réduit d'un montant correspondant aux frais et au bénéfice approprié du revendeur, c'est-à-dire à la marge bénéficiaire brute de ce dernier. Le reste est considéré comme le prix de transfert du produit acheté au fournisseur non-résident apparenté (Adechsa). La marge bénéficiaire brute est ensuite comparée à celle réalisée par des revendeurs indépendants sans lien de dépendance. On souligne dans les *Principes* de 1979 que cette méthode est particulièrement utile lorsqu'elle est appliquée à des opérations de commercialisation. Glaxo Canada a comparé sa marge bénéficiaire brute à celle des distributeurs européens indépendants de Zantac.

[26] La méthode transactionnelle de la marge nette consiste à déterminer, à partir d'une base — par exemple les coûts, les ventes ou l'actif —, la marge bénéficiaire nette obtenue par le contribuable au titre d'une opération entre entreprises associées par référence à la marge bénéficiaire nette que le même contribuable réalise au titre d'opérations comparables sur le marché libre. Lorsque ce n'est pas possible, on peut tenir compte du bénéfice net par rapport aux coûts, aux ventes ou à l'actif d'une entreprise indépendante, à condition que la situation soit comparable et que des correctifs puissent être apportés en vue d'obtenir des résultats fiables.

[27] Dans son application de la méthode du PCML, Glaxo Canada a utilisé les prix payés par des distributeurs européens indépendants de Zantac, prix qui selon elle correspondaient en gros à ceux qu'elle avait payés à Adechsa.

C. *The Transactional Approach Adopted by the Tax Court*

[28] Rip A.C.J. rejected Glaxo Canada's evidence and submissions. Utilizing the CUP method, Rip A.C.J. compared the prices paid by Glaxo Canada with those paid by the Canadian generic companies for ranitidine and found that the highest generic prices paid were in the range of \$300 per kilogram, while Glaxo Canada was paying over \$1,500 per kilogram.

[29] Glaxo Canada had argued that the comparison with generic companies was inappropriate. It said that the Licence Agreement must be taken into account, as it conferred certain rights and benefits related to the purpose for which its ranitidine was purchased.

[30] However, Rip A.C.J. found that *Singleton* precluded him from considering the Licence Agreement. Absent the Licence Agreement, the prices paid under the Supply Agreement had to be considered as being only for ranitidine. There could thus be no compensation for other rights or benefits under the Supply Agreement. Because the prices paid by Glaxo Canada and the generic companies were both solely for ranitidine, there were no differences between the transactions that might justify higher transfer prices than the prices paid by Apotex and Novopharm (aside from a \$25 per kilogram charge for granulation that Glaxo Canada was allowed).

[31] The question before Rip A.C.J. was the determination of the reasonable price under s. 69(2). Critical to that determination was whether the Licence Agreement was a circumstance to be taken into account.

[32] The Minister argues that this Court's decisions in *Singleton* and *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, along with the *Guidelines*, require a transactional, sometimes called a transaction-by-transaction, approach when determining the reasonable transfer price under

C. *La méthode transactionnelle adoptée par la Cour de l'impôt*

[28] Le juge en chef adjoint Rip a rejeté les éléments de preuve et les arguments présentés par Glaxo Canada. Appliquant la méthode du PCML, il a comparé les prix payés par Glaxo Canada pour la ranitidine à ceux payés par des fabricants canadiens de produits génériques, et il a conclu que les prix les plus élevés payés par ces derniers avoisinaient 300 \$ le kilogramme, alors que Glaxo Canada payait plus de 1 500 \$ le kilogramme.

[29] Glaxo Canada avait soutenu que la comparaison avec les fabricants de médicaments génériques n'était pas pertinente. Elle affirmait qu'il fallait tenir compte du contrat de licence, étant donné qu'il conférait certains droits et avantages liés à l'objet pour lequel elle avait acheté sa ranitidine.

[30] Le juge en chef adjoint Rip a toutefois conclu que l'arrêt *Singleton* l'empêchait de tenir compte du contrat de licence. Sans le contrat de licence, il fallait considérer que les prix payés en application du contrat de fourniture visaient uniquement l'achat de la ranitidine. Ce contrat ne prévoyait donc pas de contrepartie pour d'autres droits ou avantages. Comme les prix payés par Glaxo Canada et les fabricants de médicaments génériques ne visaient dans les deux cas que la ranitidine, il n'existait entre ces opérations aucune différence susceptible de justifier l'établissement de prix de transfert plus élevés que ceux payés par Apotex et par Novopharm (abstraction faite des frais de granulation de 25 \$ le kilogramme accordés à Glaxo Canada).

[31] La question à laquelle le juge en chef adjoint Rip devait répondre concernait l'établissement du prix raisonnable au sens du par. 69(2). Pour ce faire, il était essentiel de décider si le contrat de licence était une circonstance dont il fallait tenir compte.

[32] Le ministre soutient que, conjugués aux *Principes*, les arrêts rendus par notre Cour dans les affaires *Singleton* et *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, requièrent l'application de la méthode transactionnelle, parfois appelée méthode de transaction par transaction, pour déterminer le

s. 69(2). In the Tax Court, the Minister explained that the transaction-by-transaction approach is one in which the transaction in issue must be considered independently from surrounding circumstances, other transactions, or other realities. In this Court, the Minister submitted that “each transfer is to be treated as a separate transaction” (A.F., at para. 46). Accordingly, the Licence Agreement would be irrelevant.

(1) *Singleton*

[33] The Minister submits that *Singleton* and *Shell*, decided under s. 20(1)(c)(i) of the Act, are authority for the proposition that a transaction-by-transaction approach must be followed under s. 69(2). *Singleton* involved the deductibility from income of interest paid and payable on borrowed money under s. 20(1)(c)(i), of the *Income Tax Act*. In *Singleton*, the taxpayer used funds from his capital account at his law firm to assist in financing the purchase of a home. He then used borrowed funds to replace the funds he was withdrawing from his capital account. The sole issue was whether borrowed money was “used for the purpose of earning income”. This Court found that the borrowed funds were used to invest in the law firm for the purpose of earning income and, therefore, the interest payable thereon was deductible for income tax purposes. The fact that the borrowing occurred because the taxpayer wanted to use his equity in the firm to buy a house was irrelevant for determining the use of the borrowed funds. For purposes of s. 20(1)(c)(i), it would be wrong to collapse the transaction withdrawing funds from the firm to purchase the house and the borrowing transaction to replenish the capital account at the firm. It was the requirement to treat the two transactions separately that caused Rip A.C.J., at para. 78, to say that s. 69(2) required the Supply and Licence agreements to be treated separately.

prix de transfert raisonnable au sens du par. 69(2). Devant la Cour de l'impôt, le ministre a expliqué que, selon la méthode transaction par transaction, l'opération en litige doit être examinée indépendamment des circonstances de l'affaire, d'autres opérations ou d'autres réalités. Devant notre Cour, il a fait valoir que [TRADUCTION] « chaque transfert doit être considéré comme une opération distincte » (m.a., par. 46). En conséquence, le contrat de licence ne serait pas pertinent.

(1) *Singleton*

[33] Le ministre soutient que les arrêts *Singleton* et *Shell*, qui portaient sur l'application du sous-al. 20(1)(c)(i) de la Loi, permettent d'affirmer que le par. 69(2) exige l'application de la méthode transaction par transaction. L'affaire *Singleton* concernait la possibilité pour un contribuable de déduire de son revenu, en vertu du sous-al. 20(1)(c)(i) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des intérêts payés et payables sur de l'argent emprunté. Le contribuable en question avait utilisé une partie des fonds du compte de capital qu'il possédait dans son cabinet d'avocats pour financer l'achat d'une maison. Il avait par la suite emprunté de l'argent pour remplacer les sommes qu'il avait retirées de son compte de capital. La seule question en litige était celle de savoir si l'argent emprunté avait été « utilisé en vue de tirer un revenu ». Notre Cour a conclu que l'argent emprunté avait été utilisé pour être investi dans le cabinet d'avocats en vue de tirer un revenu et que, par conséquent, les intérêts payables sur ce prêt étaient déductibles sur le plan fiscal. Le fait que le contribuable avait contracté l'emprunt en vue d'utiliser son avoir dans le cabinet d'avocats pour acheter une maison n'était pas pertinent pour déterminer l'utilisation de l'argent emprunté. Il serait erroné, pour l'application du sous-al. 20(1)(c)(i), de considérer comme un tout l'opération par laquelle le contribuable avait retiré de l'argent qu'il possédait dans le cabinet d'avocats pour acheter une maison et le prêt qu'il avait contracté pour renflouer le compte en capital de ce même cabinet. Ce serait l'obligation de considérer les deux opérations séparément qui a amené le juge en chef adjoint Rip à déclarer, au par. 78, que le par. 69(2) commandait que le contrat de fourniture et le contrat de licence soient considérés séparément.

[34] With respect, the approach of the Tax Court judge and the argument of the Minister ignore the difference between s. 20(1)(c)(i) and s. 69(2). Nothing in s. 20(1)(c)(i) entitles a court to search for anything other than the use to which the borrowed funds are put. The factual determination is simply whether the use of borrowed funds was for the purpose of earning income.

[35] Section 20(1)(c)(i) does not ask whether it is unreasonable to claim the interest deduction; nor does it require a comparison of transactions to determine if the deduction is reasonable. By contrast, s. 69(2) requires the court to determine whether the transfer price was greater than the amount that would have been reasonable in the circumstances, had the parties been dealing at arm's length. If transactions other than the purchasing transaction are relevant in determining this question, they must not be ignored.

(2) *Shell*

[36] The issue in *Shell* similarly involved s. 20(1)(c)(i). Again the issue involved whether borrowed funds were used for the purpose of earning income. In *Shell*, the taxpayer had entered into an agreement to borrow \$150 million in New Zealand currency at an interest rate of 15.4 percent. The taxpayer converted these funds into U.S. currency, which was then used for business purposes. Through a series of foreign currency transactions relating to the devaluation of the New Zealand currency over the course of the loan, *Shell* was able to reduce its effective rate of interest to 9.1 percent, while still claiming an income tax deduction based on the 15.4 percent interest rate on the initial transaction.

[37] The issue in *Shell*, as in *Singleton*, turned on whether the borrowed funds, once converted into U.S. currency, could properly be considered to be used for the purpose of earning income. The Court found that it was irrelevant that the funds had been

[34] En toute déférence, le raisonnement suivi par le juge de la Cour de l'impôt et l'argument présenté par le ministre font abstraction de la différence qui existe entre le sous-al. 20(1)c(i) et le par. 69(2). La première disposition n'a pas pour effet d'autoriser le tribunal à s'interroger sur autre chose que l'utilisation qui a été faite de l'argent emprunté. La question de fait à trancher consiste simplement à se demander si l'argent emprunté a servi ou non à tirer un revenu.

[35] La question à laquelle il faut répondre pour l'application du sous-al. 20(1)c(i) n'est pas de savoir s'il est déraisonnable de réclamer la déduction d'intérêts; cette disposition n'exige pas non plus que le tribunal compare des opérations pour décider si la déduction est raisonnable. En revanche, le par. 69(2) oblige le tribunal à déterminer si le prix de transfert était supérieur au montant qui aurait été raisonnable dans les circonstances si les parties n'avaient eu aucun lien de dépendance entre elles. S'il existe des opérations autres que l'achat qui sont pertinentes pour trancher cette question, elles ne doivent pas être négligées.

(2) *Shell*

[36] Dans l'affaire *Shell*, le litige portait aussi sur le sous-al. 20(1)c(i). Là encore, il s'agissait de déterminer si l'argent emprunté avait servi à tirer un revenu. Le contribuable avait emprunté 150 millions de dollars en devises de la Nouvelle-Zélande à un taux d'intérêt de 15,4 p. 100, puis converti ces fonds en devises américaines, qui avaient ensuite été utilisées à des fins commerciales. Par une série d'opérations en devises étrangères tablant sur la dépréciation de la devise néo-zélandaise pendant la durée du prêt, *Shell* avait réussi à ramener son taux d'intérêt réel à 9,1 p. 100, tout en continuant à réclamer une déduction d'impôt sur le revenu en fonction du taux d'intérêt de 15,4 p. 100 applicable à l'opération initiale.

[37] Dans *Shell*, tout comme dans *Singleton*, il s'agissait de décider si, à la suite de sa conversion en dollars américains, l'argent emprunté pouvait à juste titre être considéré comme ayant été utilisé en vue de tirer un revenu. La Cour a conclu qu'il

converted into U.S. currency as part of a sophisticated tax scheme. The Minister was not entitled to re-characterize the taxpayer's *bona fide* legal relationships.

[38] This differs significantly from s. 69(2). The requirement of s. 69(2) is that the price established in a non-arm's length transfer pricing transaction is to be redetermined as if it were between parties dealing at arm's length. If the circumstances require, transactions other than the purchasing transactions must be taken into account to determine whether the actual price was or was not greater than the amount that would have been reasonable had the parties been dealing at arm's length. *Shell* is therefore also inapplicable to a determination under s. 69(2).

(3) Guidelines Do Not Require a Transaction-by-Transaction Approach

[39] The Minister also relied on para. 1.42 of the 1995 *Guidelines* to justify the transaction-by-transaction requirement. Paragraph 1.42 provides:

Ideally, in order to arrive at the most precise approximation of fair market value, the arm's length principle should be applied on a transaction-by-transaction basis.

The Minister submits that para. 1.42 requires the court to focus only on the particular transaction at issue and, thus, does not permit the Licence Agreement to inform the determination of the reasonableness of the prices paid for ranitidine under the Supply Agreement.

[40] However, para. 1.42 is not as restrictive as the Minister submits. It also provides:

... there are often situations where separate transactions are so closely linked or continuous that they cannot be evaluated adequately on a separate basis.

Thus, while a transaction-by-transaction approach may be ideal, the 1995 *Guidelines* themselves recognize that it is not appropriate in all cases.

importait peu que les fonds aient été convertis en devises américaines dans le cadre d'un montage fiscal complexe. Le ministre ne pouvait procéder à une nouvelle qualification des rapports juridiques véritables établis par le contribuable.

[38] La situation est radicalement différente dans le cas du par. 69(2). Cette disposition requiert en effet que le prix établi lors d'une opération de transfert avec lien de dépendance soit fixé à nouveau, comme si cette opération avait été conclue par des parties sans lien de dépendance. Si les circonstances l'exigent, d'autres opérations que les opérations d'achat pourraient devoir être prises en compte afin de déterminer si le prix effectivement payé était ou non supérieur au montant qui aurait été raisonnable si les parties n'avaient pas eu de lien de dépendance. L'arrêt *Shell* ne s'applique donc pas pour trancher un litige fondé sur le par. 69(2).

(3) Les Principes n'exigent pas l'application de la méthode transaction par transaction

[39] Le ministre a aussi invoqué le passage suivant du par. 1.42 des *Principes* de 1995 pour justifier le recours à la méthode transaction par transaction :

En théorie, pour se rapprocher le plus possible de la juste valeur du marché, le principe de pleine concurrence doit être appliqué transaction par transaction.

Suivant le ministre, le par. 1.42 oblige le tribunal à se concentrer uniquement sur l'opération en cause, de sorte que le contrat de licence ne saurait influencer sur l'évaluation du caractère raisonnable des prix payés pour la ranitidine aux termes du contrat de fourniture.

[40] Le paragraphe 1.42 n'est toutefois pas aussi restrictif que le prétend le ministre. En effet, il prévoit également ce qui suit :

... bien souvent des transactions distinctes sont si étroitement liées ou continues qu'il n'est pas possible de se prononcer correctement sans les prendre en compte dans leur ensemble.

En conséquence, bien que la méthode transaction par transaction puisse en théorie être la méthode idéale, les *Principes* de 1995 reconnaissent eux-mêmes qu'elle ne convient pas dans tous les cas.

[41] Further, the general statement in the 1995 *Guidelines* regarding the arm's length principle at para. 1.15 also provides guidance as to when related transactions should be taken into account:

Application of the arm's length principle is generally based on a comparison of the conditions in a controlled transaction with the conditions in transactions between independent enterprises. In order for such comparisons to be useful, the economically relevant characteristics of the situations being compared must be sufficiently comparable. To be comparable means that none of the differences (if any) between the situations being compared could materially affect the condition being examined in the methodology (e.g. price or margin), or that reasonably accurate adjustments can be made to eliminate the effect of any such differences. [Emphasis added.]

[42] Thus, according to the 1995 *Guidelines*, a proper application of the arm's length principle requires that regard be had for the "economically relevant characteristics" of the arm's length and non-arm's length circumstances to ensure they are "sufficiently comparable". Where there are no related transactions or where related transactions are not relevant to the determination of the reasonableness of the price in issue, a transaction-by-transaction approach may be appropriate. However, "economically relevant characteristics of the situations being compared" may make it necessary to consider other transactions that impact the transfer price under consideration. In each case, it is necessary to address this question by considering the relevant circumstances.

D. *The Licence Agreement Is Relevant in the Circumstances*

[43] For the above reasons, in my respectful opinion, Rip A.C.J. was in error when he found that he was precluded from considering the Licence Agreement. Nonetheless, while consideration of the Licence Agreement was not precluded, the question still remains as to whether he should have considered it.

[41] En outre, l'énoncé général figurant au par. 1.15 des *Principes* de 1995 relativement au principe de pleine concurrence donne lui aussi des indications sur les situations dans lesquelles il convient de tenir compte d'opérations liées :

L'application du principe de pleine concurrence se fonde généralement sur une comparaison entre les conditions pratiquées pour une transaction entre entreprises associées et celles pratiquées pour une transaction entre entreprises indépendantes. Pour qu'une telle comparaison soit significative, il faut que les caractéristiques économiques des situations prises en compte soient suffisamment comparables. Cela signifie qu'il ne doit pas y avoir de différences entre les situations comparées pouvant notablement influencer sur l'élément examiné du point de vue méthodologique (par exemple le prix ou la marge bénéficiaire) ou si des correctifs suffisamment fiables peuvent être utilisés pour éliminer l'incidence de telles différences. [Je souligne.]

[42] Par conséquent, suivant les *Principes* de 1995, pour bien appliquer le principe de pleine concurrence, il est nécessaire de tenir compte des « caractéristiques économiques » des opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance pour s'assurer que ces caractéristiques sont « suffisamment comparables ». Lorsqu'il n'y a pas d'opération liée, ou lorsque les opérations liées ne sont pas pertinentes dans la détermination du caractère raisonnable du prix en cause, la méthode transaction par transaction peut convenir. Toutefois, « les caractéristiques économiques des situations prises en compte » peuvent rendre nécessaire l'examen d'autres opérations ayant une incidence sur le prix de transfert en cause. Dans chaque cas, il est nécessaire d'aborder cette question à la lumière des circonstances pertinentes.

D. *Le contrat de licence est pertinent dans les circonstances*

[43] En toute déférence et pour les motifs que je viens d'exposer, le juge en chef adjoint Rip a fait erreur en concluant qu'il n'était pas autorisé à tenir compte du contrat de licence. Cependant, même si rien ne s'opposait à la prise en considération de ce contrat, il faut néanmoins se demander si le juge aurait dû le faire.

[44] Because s. 69(2) requires an inquiry into the price that would be reasonable in the circumstances had the non-resident supplier and the Canadian taxpayer been dealing at arm's length, it necessarily involves consideration of all the circumstances of the Canadian taxpayer relevant to the price paid to the non-resident supplier. Such circumstances will include agreements that may confer rights and benefits in addition to the purchase of property where those agreements are linked to the purchasing agreement. The objective is to determine what an arm's length purchaser would pay for the property and the rights and benefits together where the rights and benefits are linked to the price paid for the property.

[45] The business of Glaxo Canada was the secondary manufacturing and marketing of brand-name pharmaceuticals, including Zantac. Glaxo Canada also engaged in research and development although there is no indication that its research and development work pertained to Zantac. Glaxo Canada's purchase of ranitidine must be understood, having regard to this business reality.

[46] Rip A.C.J. found, at para. 86, that "it was by virtue of the Licence Agreement that the appellant was required to purchase its ranitidine from Glaxo approved sources". The parties have not disputed this finding.

[47] There were only two approved sources, one of which was Adechsa. Thus, in order to avail itself of the benefits of the Licence Agreement, Glaxo Canada was required to purchase the active ingredient from one of these sources. This requirement was not the product of the non-arm's length relationship between Glaxo Canada and Glaxo Group or Adechsa. Rather, it arose because Glaxo Group controlled the trademark and patent of the brand-name pharmaceutical product Glaxo Canada wished to market. An arm's length distributor wishing to market Zantac might well be faced with the same requirement.

[44] Comme le par. 69(2) exige que le tribunal s'interroge sur le prix qui aurait été raisonnable dans les circonstances si le fournisseur non-résident et le contribuable canadien n'avaient eu aucun lien de dépendance entre eux, son application suppose nécessairement l'examen de toutes les circonstances relatives au contribuable canadien qui sont pertinentes à l'égard du prix payé par ce dernier au fournisseur non-résident. Parmi ces circonstances, mentionnons les ententes susceptibles de conférer des droits et des avantages en sus du bien acheté, lorsque ces ententes sont liées au contrat d'achat. L'objectif de cet examen consiste à déterminer ce qu'un acheteur sans lien de dépendance paierait à la fois pour le bien et pour de tels droits et avantages lorsqu'il existe un lien entre ceux-ci et le prix payé pour le bien en question.

[45] Glaxo Canada exerçait des activités de fabrication et de commercialisation secondaires de produits pharmaceutiques d'origine, dont le Zantac. Elle menait aussi des activités de recherche et de développement, bien que rien n'indique que ces activités concernaient le Zantac. C'est donc dans le contexte de cette réalité commerciale qu'il faut examiner les achats de ranitidine effectués par Glaxo Canada.

[46] Le juge en chef adjoint Rip a conclu, au par. 86, qu'« aux termes du contrat de licence, l'appelante était tenue d'acheter sa ranitidine de sources approuvées par Glaxo ». Les parties n'ont pas contesté cette conclusion.

[47] Or, il n'existait que deux sources approuvées, dont l'une était Adechsa. En conséquence, pour être en mesure de se prévaloir des avantages conférés par le contrat de licence, Glaxo avait l'obligation de se procurer l'ingrédient actif auprès de l'une ou l'autre de ces sources. Cette obligation ne résultait pas des liens de dépendance existant entre Glaxo Canada et le groupe Glaxo ou Adechsa, mais plutôt du contrôle que le groupe Glaxo exerçait sur la marque de commerce et le brevet relatifs au produit pharmaceutique d'origine que Glaxo Canada souhaitait commercialiser. Tout distributeur sans lien de dépendance qui souhaiterait commercialiser le Zantac pourrait fort bien être astreint à la même obligation.

[48] The effect of the link between the Licence and Supply agreements was that an entity that wished to market Zantac was subject to contractual terms affecting the price of ranitidine that generic marketers of ranitidine products were not.

[49] As such, the rights and benefits of the Licence Agreement were contingent on Glaxo Canada entering into a Supply Agreement with suppliers to be designated by Glaxo Group. The result of the price paid was to allocate to Glaxo Canada what Glaxo Group considered to be appropriate compensation for its secondary manufacturing and marketing function in respect of ranitidine and Zantac.

[50] Rip A.C.J. appears to have been concerned that a multinational organization, by requiring a Canadian subsidiary to acquire a product from a specified supplier, would escape the requirement to have its prices measured against arm's length prices (para. 89). However, whatever price was determined by Glaxo Group would be subject to s. 69(2) and the requirement that the transfer pricing transactions be measured against transactions between parties dealing with each other at arm's length.

[51] Thus, it appears that Glaxo Canada was paying for at least some of the rights and benefits under the Licence Agreement as part of the purchase prices for ranitidine from Adechsa. Because the prices paid to Adechsa were set, in part, as compensation to Glaxo Group for the rights and benefits conferred on Glaxo Canada under the Licence Agreement, the Licence Agreement could not be ignored in determining the reasonable amount paid to Adechsa under s. 69(2), which applies not only to payment for goods but also to payment for services.

[52] Considering the Licence and Supply agreements together offers a realistic picture of the profits of Glaxo Canada. It cannot be irrelevant that

[48] Vu le lien entre le contrat de licence et le contrat de fourniture, les entités qui souhaitaient commercialiser le Zantac étaient assujetties à des modalités contractuelles ayant une incidence sur le prix de la ranitidine, modalités auxquelles les distributeurs de produits génériques à base de ranitidine n'étaient pour leur part pas soumis.

[49] Par conséquent, le bénéfice des droits et des avantages conférés par le contrat de licence dépendait de la signature, par Glaxo Canada, d'un contrat de fourniture avec des fournisseurs désignés par le groupe Glaxo. Le prix payé avait pour effet d'accorder à Glaxo Canada une contrepartie que le groupe Glaxo estimait être appropriée pour les fonctions de fabrication et de commercialisation secondaires exercées par Glaxo Canada relativement à la ranitidine et au Zantac.

[50] Il semble que le juge en chef adjoint Rip ait été préoccupé par le fait qu'une entreprise multinationale pourrait éviter, en obligeant une filiale canadienne à se procurer un produit auprès d'un fournisseur déterminé, que ses prix soient mesurés par rapport à des prix de pleine concurrence (par. 89). Cependant, tout prix fixé par le groupe Glaxo aurait été assujéti au par. 69(2) et à l'obligation que les opérations impliquant des prix de transfert soient mesurées par rapport à des opérations conclues entre des parties n'ayant aucun lien de dépendance.

[51] En conséquence, il semble qu'une partie des prix d'achat versés à Adechsa pour la ranitidine servait de contrepartie pour au moins certains des droits et avantages conférés par le contrat de licence. Parce que les prix payés à Adechsa visaient donc en partie à compenser le groupe Glaxo pour les droits et les avantages conférés à Glaxo Canada par le contrat de licence, le tribunal ne pouvait faire abstraction de ce contrat lorsqu'il déterminait le montant raisonnable qui devait être payé à Adechsa au sens du par. 69(2), lequel s'applique non seulement aux paiements faits pour des biens mais également à ceux faits pour des services.

[52] L'examen corrélatif du contrat de licence et du contrat de fourniture permet de brosser un tableau réaliste des bénéfices réalisés par Glaxo Canada.

Glaxo Canada's function was primarily as a secondary manufacturer and marketer. It did not originate new products and the intellectual property rights associated with them. Nor did it undertake the investment and risk involved with originating new products. Nor did it have the other risks and investment costs which Glaxo Group undertook under the Licence Agreement. The prices paid by Glaxo Canada to Adechsa were a payment for a bundle of at least some rights and benefits under the Licence Agreement and product under the Supply Agreement.

[53] I agree with the Federal Court of Appeal that Rip A.C.J. erred in refusing to take account of the Licence Agreement. It was that refusal which led him to find that the prices the generic pharmaceutical companies paid for ranitidine were comparable under the CUP method. However, the generic comparators do not reflect the economic and business reality of Glaxo Canada and, at least without adjustment, do not indicate the price that would be reasonable in the circumstances, had Glaxo Canada and Adechsa been dealing at arm's length.

[54] I agree with Justice Nadon that "the amount that would have been reasonable in the circumstances" if Glaxo Canada and Adechsa had been dealing at arm's length has yet to be determined (para. 79). This will require a close examination of the terms of the Licence Agreement and the rights and benefits granted to Glaxo Canada under that Agreement.

[55] However, with respect to royalties, I would observe that the Licence Agreement expressly provides under clause 11(1)(b):

(ii) in the event that GLAXO CANADA purchases raw materials or bulk or finished Product from

Le fait que cette dernière agissait principalement comme fabricant et distributeur secondaires n'est pas sans pertinence. Glaxo Canada ne créait pas de nouveaux produits et n'était pas l'origine des droits de propriété intellectuelle associés à de tels produits. Elle ne faisait pas les investissements requis pour la création de nouveaux produits et ne courait pas les risques liés à ces activités. Elle n'assumait pas non plus les autres risques et frais d'investissement que le groupe Glaxo avait pris à sa charge aux termes du contrat de licence. Les prix payés par Glaxo Canada à Adechsa l'étaient en contrepartie d'un ensemble de choses, à savoir au moins un certain nombre de droits et avantages prévus par le contrat de licence et le produit visé par le contrat de fourniture.

[53] À l'instar de la Cour d'appel fédérale, je suis d'avis que le juge en chef adjoint Rip a commis une erreur en refusant de tenir compte du contrat de licence. C'est ce refus qui l'a amené à conclure que les prix payés par les fabricants de produits pharmaceutiques génériques pour la ranitidine constituaient des éléments comparables pour l'application de la méthode du PCML. Toutefois, les comparaisons faites avec de tels fabricants ne correspondent pas à la réalité économique et commerciale de Glaxo Canada et, à tout le moins à défaut d'ajustements, ne permettent pas de déterminer les prix qui auraient été raisonnables dans les circonstances si Glaxo Canada et Adechsa n'avaient pas eu de lien de dépendance.

[54] Je souscris également à la conclusion du juge d'appel Nadon selon laquelle « la somme qui aurait été raisonnable dans les circonstances » si l'appelante et Adechsa n'avaient pas eu de lien de dépendance reste à déterminer (par. 79). Pour ce faire, il faudra examiner attentivement les modalités du contrat de licence ainsi que les droits et les avantages conférés à Glaxo Canada par ce contrat.

[55] Toutefois, en ce qui concerne les redevances, je tiens à signaler que le contrat de licence prévoit expressément ce qui suit à l'article 11(1)(b) :

[TRADUCTION]

(ii) pour le cas où GLAXO CANADA achète des matières premières ou un Produit en vrac ou fini au

GROUP or an Associate it is the parties' express intention that no royalties be payable by GLAXO CANADA on the importation of such raw materials or bulk or finished Product but only on GLAXO CANADA's Net Sales of Product in the Territory;

- (iii) GLAXO CANADA shall not be required to pay any royalty or license fee as a condition of the sale by GROUP or its Associates to GLAXO CANADA of merchandise for export to the Territory and such merchandise shall be priced in accordance with a separate agreement between the parties without regard to royalties payable hereunder [as contemplated in sub-clause 7(1) hereof]
- (iv) no royalty shall be payable by GLAXO CANADA on its manufacture or use of the Products but only on its sales of the Products; [Text in brackets in original.]

[56] Glaxo Canada's pleadings in the Tax Court did not rely on s. 212(1)(d) or s. 215(1) of the Act, which provide for tax payable by non-residents on royalties or similar payments for the right to use any patent or trademark in Canada and for withholding tax on behalf of the non-resident. There is no evidence that Glaxo Canada withheld any amounts of the prices it paid to Adechsa in respect of royalties for the use or the right to use the ranitidine patent or Zantac trademark.

[57] Although I said above that the purchase price appeared to be linked to some of the rights and benefits conferred under the Licence Agreement, I make no determination in these reasons as to whether the rights under the ranitidine patent granted to Glaxo Canada to manufacture and sell Zantac and the exclusive right to use the Zantac trademark are linked to the purchase price paid by Glaxo Canada to Adechsa. However, arguably, if the purchase price includes compensation for intellectual property rights granted to Glaxo Canada,

GROUPE ou à une entreprise associée, les parties conviennent expressément qu'aucune redevance n'est payable par GLAXO CANADA au titre de l'importation de ces matières ou Produit et que des redevances ne sont payables que sur les ventes nettes par GLAXO CANADA du Produit sur le territoire;

- (iii) GLAXO CANADA n'est pas tenue de payer quelque redevance ou droit de licence que ce soit comme condition de la vente à GLAXO CANADA, par le GROUPE ou par ses entreprises associées, d'une marchandise à exporter sur le territoire, et le prix de cette marchandise doit être établi conformément à un accord distinct conclu par les parties indépendamment des redevances payables au titre des présentes [ainsi qu'il est prévu au paragraphe 7(1)];
- (iv) des redevances ne sont payables par GLAXO CANADA que sur ses ventes de Produits et non au titre de la fabrication ou de l'utilisation par elle des Produits; [Texte entre crochets dans l'original.]

[56] Dans ses actes de procédure devant la Cour de l'impôt, Glaxo Canada n'a invoqué ni l'al. 212(1)d) ni le par. 215(1) de la Loi, lesquels prévoient, dans le premier cas, l'impôt payable par les non-résidents sur les redevances ou paiements semblables qui leur sont faits en vue d'obtenir le droit d'utiliser un brevet ou une marque de commerce au Canada, et, dans le second cas, les retenues fiscales qui doivent être faites au nom des non-résidents. Il n'y a aucune preuve indiquant que Glaxo Canada a retenu, sur les paiements effectués à Adechsa au titre des prix d'achat, quelque somme que ce soit à l'égard de redevances versées en vue d'utiliser, ou d'obtenir le droit d'utiliser, le brevet relatif à la ranitidine ou la marque de commerce Zantac.

[57] Bien que j'aie dit précédemment qu'il semble exister un lien entre le prix d'achat et certains des droits et avantages conférés par le contrat de licence, je ne me prononce pas dans les présents motifs sur la question de savoir si les droits découlant du brevet relatif à la ranitidine qui sont concédés à Glaxo Canada pour l'autoriser à fabriquer et à vendre du Zantac, ainsi que le droit exclusif d'utiliser la marque de commerce Zantac, sont liés ou non au prix d'achat payé par Glaxo Canada à Adechsa. Il est cependant permis de soutenir que, si ce prix

there would have to be consistency between that and Glaxo Canada's position with respect to Part XIII withholding tax. This issue was not specifically argued in this Court and may be addressed by the parties in the Tax Court and considered by the Tax Court judge when considering whether any specific rights and benefits conferred on Glaxo Canada under the Licence Agreement are linked to the price for ranitidine paid to Adechsa.

[58] In any event, there are rights and benefits under the Licence Agreement referred to in para. 7 above, other than the patent and trademark rights granted to Glaxo Canada. For example, guaranteed access to new products, the right to the supply of raw materials and materials in bulk, marketing support, and technical assistance for setting up new product lines all appear to have some value.

[59] In addition, while, as Rip A.C.J. found, Glaxo Canada's ranitidine and generic ranitidine are chemically equivalent and bio-equivalent, he also found that there was value in the fact that Adechsa's ranitidine manufactured under Glaxo Group's "good manufacturing practices" "may confer a certain degree of comfort that the good has minimal impurities and is manufactured in a responsible manner" (para. 118). Zantac is priced higher than the generic products, presumably, at least in part, because of that "degree of comfort" that Rip A.C.J. acknowledged.

[60] These are all features of the Licence Agreement and the requirement to purchase from a Glaxo-approved source that add value to the ranitidine that Glaxo Canada purchased from Adechsa over and above the value of generic ranitidine without these rights and benefits. They should justify some recognition in determining what an arm's length purchaser would be prepared to pay for the

d'achat comprend une contrepartie pour les droits accordés à Glaxo Canada en matière de propriété intellectuelle, il faudrait alors que la position de cette dernière à l'égard de la retenue fiscale prévue à la partie XIII soit compatible avec une telle conclusion. Cette question n'a pas été explicitement débattue devant notre Cour. Elle pourra l'être par les parties devant la Cour de l'impôt, et le juge de cette cour pourra en tenir compte lorsqu'il déterminera si certains droits et avantages précis conférés à Glaxo Canada aux termes du contrat de licence sont liés au prix payé à Adechsa pour la ranitidine.

[58] Quoi qu'il en soit, les droits et les avantages conférés par le contrat de licence dont il est question au par. 7 des présents motifs ne se limitent pas aux droits accordés à Glaxo Canada par le brevet et la marque de commerce. Par exemple, il semble que l'accès garanti à de nouveaux produits, le droit d'être approvisionnée en matières premières et produits en vrac, l'appui à la commercialisation et l'assistance technique pour établir de nouvelles gammes de produits revêtent tous une certaine valeur.

[59] En outre, bien que, comme a conclu le juge en chef adjoint Rip, la ranitidine générique est chimiquement équivalente et bioéquivalente à la ranitidine de Glaxo Canada, il a également reconnu une certaine valeur au fait que la ranitidine d'Adechsa fabriquée conformément aux « bonnes pratiques de fabrication » du groupe Glaxo était susceptible de « conférer un certain degré d'assurance en ce qui concerne le fait que la marchandise renferme fort peu d'impuretés et qu'elle est fabriquée d'une façon responsable » (par. 118). On peut supposer que le prix plus élevé du Zantac par rapport à celui des produits génériques s'explique, en partie du moins, par ce « degré d'assurance » mentionné par le juge en chef adjoint Rip.

[60] Ces diverses caractéristiques du contrat de licence et de l'obligation d'acheter de sources approuvées par Glaxo sont autant d'aspects qui ajoutent à la valeur de la ranitidine achetée par Glaxo Canada à Adechsa par rapport à celle de la ranitidine générique, laquelle n'est pas assortie de tels droits et avantages. Ces caractéristiques devraient se voir accorder une certaine considération dans la

same rights and benefits conveyed with ranitidine purchased from a Glaxo Group source. It is only after identifying the circumstances arising from the Licence Agreement that are linked to the Supply Agreement that arm's length comparisons under any of the OECD methods or other methods may be determined.

[61] I would offer the following additional guidance with respect to the redetermination. First, s. 69(2) uses the term "reasonable amount". This reflects the fact that, to use the words of the 1995 *Guidelines*, "transfer pricing is not an exact science" (para. 1.45). It is doubtful that comparators will be identical in all material respects in almost any case. Therefore, some leeway must be allowed in the determination of the reasonable amount. As long as a transfer price is within what the court determines is a reasonable range, the requirements of the section should be satisfied. If it is not, the court might select a point within a range it considers reasonable in the circumstances based on an average, median, mode, or other appropriate statistical measure, having regard to the evidence that the court found to be relevant. I repeat for emphasis that it is highly unlikely that any comparisons will yield identical circumstances and the Tax Court judge will be required to exercise his best informed judgment in establishing a satisfactory arm's length price.

[62] Second, while assessment of the evidence is a matter for the trial judge, I would observe that the respective roles and functions of Glaxo Canada and the Glaxo Group should be kept in mind. Glaxo Canada engaged in the secondary manufacturing and marketing of Zantac. Glaxo Group is the owner of the intellectual property and provided other rights and benefits to Glaxo Canada. Transfer

détermination du prix qu'un acheteur sans lien de dépendance serait disposé à payer pour obtenir les mêmes droits et avantages et pour se procurer de la ranitidine auprès d'une source approuvée par le groupe Glaxo. C'est uniquement après avoir dégagé les circonstances relatives au contrat de licence qui peuvent être rattachées au contrat de fourniture que des comparaisons au regard de situations de libre concurrence peuvent être effectuées au moyen de l'une ou l'autre des méthodes proposées par l'OCDE, ou de toute autre méthode.

[61] J'aimerais formuler les indications additionnelles suivantes en vue du réexamen de la question. Premièrement, le par. 69(2) emploie les mots « montant raisonnable », expression qui reflète le fait que, pour reprendre les mots mêmes des *Principes* de 1995, « la fixation de prix de transfert n'est pas une science exacte » (par. 1.45). Il y a peu de chances que dans pratiquement tous les cas, les situations comparables retenues soient identiques à tous égards. Il convient donc de laisser place à une certaine latitude dans la détermination du montant raisonnable. Dès lors que le prix de transfert se situe à l'intérieur de ce que le tribunal estime être une fourchette raisonnable, les conditions prévues au par. 69(2) seraient respectées. Dans le cas contraire, le tribunal pourrait retenir, à l'intérieur de cette fourchette, un montant qu'il considère raisonnable dans les circonstances en appliquant une mesure statistique appropriée — par exemple une moyenne, une médiane ou une valeur modale —, eu égard aux éléments de preuve qu'il a jugé pertinents. Je tiens à réitérer que comme il est fort peu probable que, quelle que soit la situation comparable choisie, celle-ci présente des circonstances identiques, le juge de la Cour de l'impôt devra exercer un jugement éclairé pour établir un prix de pleine concurrence satisfaisant.

[62] Deuxièmement, bien que l'appréciation de la preuve relève du juge de première instance, je soulignerai qu'il ne faut pas perdre de vue les fonctions et les rôles respectifs de Glaxo Canada et du groupe Glaxo. La première exerçait des activités de fabrication et de commercialisation secondaires du Zantac. Le second, auquel appartiennent les droits de propriété intellectuelle, accordait d'autres droits

pricing should not result in a misallocation of earnings that fails to take account of these different functions and the resources and risks inherent in each. As discussed above, whether or not compensation for intellectual property rights is justified in this particular case is a matter for determination by the Tax Court judge.

[63] Third, prices between parties dealing at arm's length will be established having regard to the independent interests of each party to the transaction. That means that the interests of Glaxo Group and Glaxo Canada must both be considered. An appropriate determination under the arm's length test of s. 69(2) should reflect these realities.

[64] Fourth, in this case, there is some evidence that indicates that arm's length distributors have found it in their interest to acquire ranitidine from a Glaxo Group supplier, rather than from generic sources. This suggests that higher-than-generic transfer prices are justified and are not necessarily greater than a reasonable amount under s. 69(2).

[65] I would dismiss the appeal, and for the reasons below, dismiss the cross-appeal and remit the matter to Rip A.C.J. (now Chief Justice) for redetermination.

VI. Cross-Appeal

[66] Glaxo Canada cross-appeals, arguing that the decision of the Federal Court of Appeal to remit the matter to the Tax Court for redetermination should be overturned. It asks this Court to set aside the reassessment on the basis that it has satisfied its burden as a taxpayer because it has "demolished" the assumptions of the Minister.

et avantages à Glaxo Canada. La détermination du prix de transfert ne devrait pas se traduire par une mauvaise répartition des gains, qui ne tiendrait pas compte de ces différentes fonctions ainsi que des ressources et des risques inhérents à chacune. Comme il a été mentionné précédemment, c'est au juge de la Cour de l'impôt qu'il appartiendra de décider s'il est justifié ou non en l'espèce de reconnaître l'existence d'une contrepartie pour les droits de propriété intellectuelle.

[63] Troisièmement, les prix fixés par des parties n'ayant pas de lien de dépendance seront établis eu égard aux intérêts propres de chacune des parties à l'opération. Il s'ensuit qu'il faut tenir compte à la fois des intérêts du groupe Glaxo et de ceux de Glaxo Canada. Le calcul qui sera effectué conformément au critère de l'absence de lien de dépendance prévu au par. 69(2) devrait refléter ces réalités.

[64] Quatrièmement, il existe en l'espèce certains éléments de preuve tendant à indiquer que des distributeurs sans lien de dépendance ont estimé qu'il était dans leur intérêt de se procurer leur ranitidine auprès de l'un des fournisseurs du groupe Glaxo plutôt que de sources de produits génériques. Ce fait donne à penser que des prix de transfert plus élevés que ceux de produits génériques sont justifiés et ne sont pas forcément supérieurs au montant raisonnable visé au par. 69(2).

[65] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et, pour les motifs qui suivent, de rejeter également le pourvoi incident et de renvoyer l'affaire au juge en chef adjoint Rip (maintenant juge en chef) pour réexamen.

VI. Le pourvoi incident

[66] Glaxo Canada a formé un pourvoi incident dans lequel elle soutient que la décision de la Cour d'appel fédérale de renvoyer l'affaire à la Cour de l'impôt pour réexamen devrait être infirmée. Elle demande à notre Cour d'annuler la nouvelle cotisation au motif que, ayant [TRADUCTION] « démolit » les hypothèses du ministre, elle s'est acquittée du fardeau qui lui incombait en tant que contribuable.

[67] The Federal Court of Appeal remitted the matter to the Tax Court on the basis that Glaxo Canada had not discharged its burden of demonstrating that the prices it paid Adechsa for ranitidine were reasonable under s. 69(2):

As a result, I conclude that the Judge erred in law in failing to apply the proper test in determining “the amount that would have been reasonable in the circumstances” if the appellant and Adechsa had been dealing at arm’s length. Counsel for the appellant argued that in the event that we agreed with him that the Judge erred in not considering the License Agreement, we should then determine “the reasonable amount”. In my view, that determination ought to be made by the Judge, who heard the parties for well over forty days, and not by this Court. [para. 82]

The Federal Court of Appeal declined to make such a determination on the basis that it could not properly assess the adequacy of the record on this point and remitted the matter to the Tax Court judge to consider whether a decision can be made on the basis of the existing record or whether additional evidence is necessary.

[68] Glaxo Canada argues that the choice of the generic comparator transactions by the Minister constitutes the basis of the Minister’s assessment. Therefore, the burden on Glaxo Canada was only to demonstrate that the transactions of the generic pharmaceutical companies were not the proper comparator. In Glaxo Canada’s view, such a finding would demolish the basis of the assessment, thus, discharging its burden.

[69] The Minister argues that the basis of the assessment was the determination that the prices Glaxo Canada paid for ranitidine were not reasonable. The selection of the generic comparators was only a means which the Minister had chosen to demonstrate the unreasonableness.

[67] La Cour d’appel fédérale a renvoyé l’affaire à la Cour de l’impôt au motif que Glaxo Canada ne s’était pas acquittée du fardeau qui lui incombaient de démontrer que les prix qu’elle avait payés à Adechsa pour la ranitidine étaient raisonnables au sens du par. 69(2) :

Je conclus donc que le juge a commis une erreur de droit en n’appliquant pas le bon critère pour déterminer « la somme qui aurait été raisonnable dans les circonstances » si l’appelante et Adechsa n’avaient pas eu de lien de dépendance. L’avocat de l’appelante a fait valoir que, pour le cas où nous serions d’accord avec lui pour dire que le juge a commis une erreur en ne tenant pas compte du contrat de licence, nous devrions ensuite déterminer ce qui constitue « la somme raisonnable ». À mon avis, il incombait non pas à nous mais au juge, qui a entendu les parties pendant plus d’une quarantaine de jours, de tirer cette conclusion. [par. 82]

La Cour d’appel fédérale a refusé de procéder à une telle détermination, expliquant qu’elle n’était pas en mesure de dire si le dossier était suffisant à cet égard. Elle a renvoyé l’affaire au juge de la Cour de l’impôt pour qu’il décide si la détermination pouvait être effectuée à la lumière du dossier existant ou si des éléments de preuve supplémentaires étaient nécessaires.

[68] Glaxo Canada prétend que, comme le choix par le ministre d’opérations réalisées par des sociétés pharmaceutiques fabriquant des produits génériques comme situations comparables est à la base de la cotisation qu’il a établie, il lui incombait uniquement de démontrer que ces opérations ne constituaient pas le bon élément de comparaison. De l’avis de Glaxo Canada, si le tribunal conclut en ce sens, elle aura démolie le fondement de la cotisation et se sera ainsi acquittée de son fardeau de preuve.

[69] Le ministre affirme de son côté que le fondement de la cotisation est sa conclusion que les prix payés par Glaxo Canada pour la ranitidine n’étaient pas raisonnables. Sa décision de choisir des fabricants de produits génériques comme élément de comparaison était simplement un moyen qu’il avait retenu pour démontrer le caractère déraisonnable des prix.

[70] The basis of the assessment is found in the assumptions in the Minister's Amended Reply to Glaxo Canada's Amended Notice of Appeal. Assumptions 14p) and r.A) provide:

- p) the Appellant paid Adechsa, with whom it was not dealing at arm's length, a price for ranitidine which was greater than the amount that would have been reasonable in the circumstances if the Appellant and Adechsa had been dealing at arm's length;
- r.A) any amounts paid by the appellant to Adechsa over and above the prices paid by other Canadian pharmaceutical companies (as detailed in Schedule A attached) were not for the supply of ranitidine;

[71] Glaxo Canada argues, in effect, that only assumption 14r.A) constitutes the basis of the assessment and that it has demolished that assumption. The Minister argues that the basis of the assessment is assumption 14p). The text of the assumptions supports the position of the Minister. Here assumption 14p) sets out the statutory basis for the reassessment, placing the reassessment squarely under s. 69(2). The taxpayer's liability is governed by the Act and the Minister's authority to reassess arises from invoking a particular provision or provisions of the Act.

[72] In *Hickman Motors Ltd. v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 336, Justice L'Heureux-Dubé states that the taxpayer's burden is to "demolish" the exact assumptions made by the Minister but no more" (para. 92 (emphasis deleted)). Here, it is safe to say that assumption 14r.A) by the Minister of the prices paid by Apotex and Novopharm as CUP transactions, without adjustments, was indeed demolished. However, assumption 14p) was not.

[73] Indeed, at the Tax Court, Glaxo Canada sought to establish the reasonableness of the prices it paid, though its evidence and argument were not accepted by the Tax Court judge. In other words,

[70] Le fondement de la cotisation se trouve dans les hypothèses formulées par le ministre dans sa Réponse modifiée à l'Avis d'appel modifié de Glaxo Canada. Voici les hypothèses 14p) et r.A) :

[TRADUCTION]

- p) l'Appelante a payé à Adechsa, avec qui elle avait un lien de dépendance, un prix pour la ranitidine qui était supérieur au montant qui aurait été raisonnable dans les circonstances si l'Appelante et Adechsa n'avaient eu aucun lien de dépendance;
- r.A) les sommes payées par l'Appelante à Adechsa en sus des prix payés par d'autres sociétés pharmaceutiques canadiennes (ainsi qu'il est précisé à l'annexe A ci-jointe) n'étaient pas versées pour la ranitidine fournie;

[71] Glaxo Canada soutient en fait que l'hypothèse 14r.A) constitue le seul fondement de la cotisation et qu'elle a démolie cette hypothèse. Le ministre affirme pour sa part que l'hypothèse 14p) est le fondement de la cotisation. Le texte des hypothèses étaye la position du ministre. Dans le cas qui nous occupe, l'hypothèse 14p) énonce la disposition législative sur laquelle repose la nouvelle cotisation, qu'elle fait carrément relever du par. 69(2). L'obligation du contribuable est régie par la Loi et le ministre tient son pouvoir d'établir une nouvelle cotisation d'une ou de plusieurs dispositions particulières de celle-ci.

[72] Dans l'arrêt *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336, la juge L'Heureux-Dubé affirme que le fardeau du contribuable « consiste [. . .] à "démolir" les présomptions exactes qu'a utilisées le ministre, mais rien de plus » (par. 92 (soulignements omis)). En l'espèce, on peut sans crainte affirmer que l'hypothèse 14r.A) du ministre selon laquelle les prix payés par Apotex et par Novopharm constituent, sans ajustement, des opérations comparables pour l'application de la méthode du PCML a effectivement été démolie. Par contre, l'hypothèse 14p) ne l'a pas été.

[73] D'ailleurs, devant la Cour de l'impôt, Glaxo Canada a tenté de démontrer le caractère raisonnable des prix qu'elle avait payés, mais le juge de la Cour de l'impôt n'a pas retenu les éléments de

it accepted the burden of demonstrating that the prices it paid were reasonable within the meaning of s. 69(2). Had it been successful in establishing that the prices it paid were reasonable, assumption 14p) as well as 14r.A), would have been demolished.

[74] As it stands, the assumption that the prices paid by Glaxo Canada for ranitidine were greater than the amount that would have been reasonable in the circumstances, had Glaxo Canada and Adechsa been dealing at arm's length, has not been demolished. Therefore, assumption 14p) remains standing.

[75] At the Federal Court of Appeal, Glaxo Canada argued that that court could determine "the reasonable amount". If the Federal Court of Appeal could determine the reasonable amount, I cannot see why it could not remit the matter to the Tax Court for that very determination.

[76] Like the Federal Court of Appeal, I would remit the matter to the Tax Court to be redetermined, having regard to the effect of the Licence Agreement on the prices paid by Glaxo Canada for the supply of ranitidine from Adechsa. The Tax Court judge should consider any new evidence the parties seek to adduce and that he may choose to allow.

VII. Conclusion

[77] I would dismiss the appeal with costs throughout; dismiss the cross-appeal with costs in this Court and remit the matter to the Tax Court for redetermination.

Appeal and cross-appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant/respondent on cross-appeal: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

preuve ni les arguments qu'elle avait présentés. En d'autres termes, Glaxo Canada a accepté qu'il lui incombait de démontrer que les prix qu'elle avait payés étaient raisonnables au sens du par. 69(2). Si elle avait réussi à le faire, l'hypothèse 14p) ainsi que l'hypothèse 14r.A) auraient toutes les deux été démolies.

[74] Pour l'heure, l'hypothèse suivant laquelle les prix que Glaxo Canada a payés pour se procurer de la ranitidine étaient plus élevés que ceux qui auraient été raisonnables dans les circonstances si Adechsa et elle n'avaient pas eu de lien de dépendance entre elles n'a pas été démolie. Par conséquent, l'hypothèse 14p) tient toujours.

[75] Devant la Cour d'appel fédérale, Glaxo Canada a fait valoir que celle-ci pouvait déterminer « le montant raisonnable ». Si la Cour d'appel fédérale pouvait déterminer le montant raisonnable, je ne vois pas pourquoi elle ne pouvait pas renvoyer l'affaire à la Cour de l'impôt pour qu'elle se prononce sur cette question précise.

[76] À l'instar de la Cour d'appel fédérale, je suis d'avis de renvoyer l'affaire à la Cour de l'impôt pour qu'elle réexamine la question en tenant compte de l'incidence du contrat de licence sur les prix payés par Glaxo Canada pour se procurer de la ranitidine auprès d'Adechsa. Le juge de la Cour de l'impôt devrait examiner les nouveaux éléments de preuve que les parties demanderont à lui présenter et qu'il voudra recevoir.

VII. Conclusion

[77] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens devant toutes les cours, de rejeter le pourvoi incident avec dépens devant notre Cour et de renvoyer l'affaire à la Cour de l'impôt pour réexamen.

Pourvoi et pourvoi incident rejetés avec dépens.

Procureur de l'appelante/intimée au pourvoi incident : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intimée/appelante au pourvoi incident : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.