

Minister of Revenue for the Province of Ontario *Appellant*;

and

James Scott McCreath, Michelle A. McCreath, Martin R. McCreath, Ralph Scott McCreath, Paul C. McCreath and Annie Franceschini *Respondents*.

1975: March 20, 21; 1976: February 25.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Spence and Dickson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Taxation—Estate tax—Succession duties—Trusts—Property passing on death—Exemptions—Reservations of interest to settlor—Reservation of power to resettle—The Succession Duty Act, R.S.O. 1960, c. 386, ss. 1(p) (viii), 5(1) (g).

M died domiciled in Ontario and was survived by her husband and four young children. During her lifetime M established a trust the corpus of which at the date of her death had a value of \$25,016,600. There was constituted only one trust fund, initially of a voting trust certificate for 99,986 common shares and thereafter such shares, securities or other assets as might be substituted. During the lifetime of M the trustee was required to pay or apply the whole net income of the trust fund to or for the benefit of M and her children or, in its discretion, to any one or more of the group. On the death of M the trustee was to dispose of the fund among M's issue or such of them as she might by will direct and subject to such terms and conditions as she might by will direct. In default of such direction distribution was to be among her issue in equal shares *per stirpes*. M died without exercising her power of direction. The issues raised on appeal were, first, whether M reserved to herself an interest in the corpus of the trust so as to make it "property passing" on her death [s. 1 (p) (viii)] and, second, whether actual and *bona fide* possession and enjoyment of the property was assured and retained to the entire exclusion of M by her issue so as to exempt the property from tax [s. 5(1) (g)].

Held: The appeal should be allowed.

Per Laskin C.J. and Martland, Spence and Dickson JJ.: The property passing under the settlement was the

Ministre du Revenu de la Province de l'Ontario *Appelant*;

et

James Scott McCreath, Michelle A. McCreath, Martin R. McCreath, Ralph Scott McCreath, Paul C. McCreath et Annie Franceschini *Intimés*.

1975: les 20 et 21 mars; 1976: le 25 février.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Spence et Dickson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Impôt—Impôt sur les biens transmis par décès—Droits successoraux—Fiducies—Biens transmis par le décès—Exemptions—Réservation d'un droit au constituant—Réservation du pouvoir de faire une nouvelle disposition—The Succession Duty Act, R.S.O. 1960, c. 386, art. 1p)(viii) et 5(1)g).

M est décédée en Ontario, où elle était domiciliée, laissant son mari et quatre jeunes enfants. De son vivant, M a constitué une fiducie dont le capital, à la date de son décès, avait une valeur de \$25,016,600. Un seul fonds de fiducie était constitué, comprenant à l'origine un certificat de fiducie donnant droit de vote représentant 99,986 actions ordinaires et, par la suite, les actions, valeurs mobilières et autres biens qui pouvaient y être substitués. Du vivant de M, la fiduciaire devait verser tous les revenus nets du fonds de fiducie à M et à ses enfants ou à leur profit ou, à la discrétion de ladite fiduciaire, à l'un ou à plusieurs d'entre eux, ou à affecter lesdits revenus de la même façon. A la mort de M, la fiduciaire devait disposer du fonds en faveur des enfants de M ou de ceux d'entre eux qu'elle aurait désignés par testament et selon les modalités y stipulées. En l'absence de dernières volontés, le capital devait être distribué aux enfants en parts égales, par souches. M est décédée sans formuler de dernières volontés. Les questions litigieuses qui se posent sont: premièrement, M s'est-elle réservée un droit sur les biens faisant l'objet de la fiducie de nature à en faire «des biens transmis» par son décès [art. 1p) (viii)] et, deuxièmement, les enfants de M avaient-ils et ont ils conservé, à l'exclusion complète de celle-ci, la possession et la jouissance réelles et de bonne foi des biens reçus de manière à exempter ceux-ci de l'impôt [art. 5(1)g)].

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Spence et Dickson: Les biens transmis en vertu de la constitu-

equitable interest in the voting trust certificate representing the 99,986 common shares which were transferred by M to the trustee. "Interest" as used in s. 1(p) (viii) of the Act is to be given a meaning wider than that which it would have in a technical conveyancing context. Receipt of income from a trust fund pursuant to the terms of the trust would suggest such an interest, in the sense of a pecuniary stake, in the fund. The trial judge rightly held that s. 1(p) (viii) applied. The property was not however exempt under s. 5(1) (g). Section 5(1) (g) and s. 1(p) (viii) must be read in light of the policy of the Act *viz.* to tax all *inter vivos* gifts from which the donor failed to detach himself or herself; for these sections to work harmoniously within the total context of the Act, s. 5(1) (g) must be restricted to situations where the donor has totally excluded himself or herself from the subject property. Thus where the donor fails to divest total control or income benefits s. 5(1) (g) is inapplicable to exempt from tax, and the corpus and income cannot be severed for purposes of this section.

Per Judson J.: The reservation by M of a testamentary power of appointment of the corpus among her children brings the case within s. 1(p) (viii) as a reservation of a power to resetttle. Moreover M, as a beneficiary under a discretionary trust, had clearly not entirely excluded herself from any benefit, as the wording of s. 5(1) (g) required.

[*Attorney General v. Heywood* (1887), 19 Q.B.D. 326; *Attorney General v. Farrell*, [1931] 1 K.B. 81; *Gartside v. Inland Revenue Commissioners*, [1968] A.C. 553; *Re Weir's Settlement*, [1970] 1 All E.R. 297; *Sainsbury v. Inland Revenue Commissioners*, [1969] 3 All E.R. 919; *In re Cochrane*, [1905] 2 I.R. 626, *aff'd*. [1906] 2 I.R. 200; *Commissioner for Stamp Duties of New South Wales v. Perpetual Trustee Co.*, [1943] A.C. 425; *St. Aubyn v. Attorney General*, [1952] A.C. 15; *Oakes v. Commissioner of Stamp Duties of New South Wales*, [1954] A.C. 57; *Minister of National Revenue v. National Trust Co.*, [1949] S.C.R. 127; *Gorkin v. Minister of National Revenue*, [1962] S.C.R. 363; *Commissioner of Internal Revenue v. Estate of Church* (1949), 335 U.S. 632 referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹ dismissing an appeal from a judgment of Fraser J. allowing an appeal from

¹ [1973] 3 O.R. 413n, [1976] C.T.C. 178.

tion étaient les droits en *equity* d'un certificat de fiducie donnant droit de vote représentant 99,986 actions ordinaires que M a transmises à la fiduciaire. Il faut donner au mot «droit», tel qu'employé à l'art. 1(p)(viii) de la Loi, un sens plus large que celui qu'il aurait dans le contexte strict du transfert de biens. L'encaissement de revenus d'un fonds fiduciaire, conformément aux clauses de la fiducie, laisse présumer l'existence d'un tel droit, au sens d'intérêts pécuniaires, sur le fonds. Le juge de première instance a eu raison de conclure à l'application de l'art. 1(p)(viii). Toutefois, les biens n'étaient pas exempts de droits de succession à cause de l'art. 5(1)g). Il faut lire l'art. 5(1)g) et l'art. 1(p)(viii) compte tenu du but de la Loi, soit de taxer toutes les donations entre vifs dont l'auteur ne s'est pas dessaisi, car l'application harmonieuse de ces articles dans le contexte global de la Loi exige que l'art. 5(1)g) ne s'applique que dans les cas où le donateur s'exclut complètement des biens donnés. Ainsi, quand le donateur ou la donatrice ne se départit pas du contrôle des biens ou des revenus en provenant, l'art. 5(1)g) ne peut servir de base à une exemption fiscale, et le capital et les revenus ne peuvent pas être dissociés aux fins de cet article.

Le juge Judson: Puisque M s'est réservée le pouvoir de léguer par testament, à ses enfants, le capital de la fiducie, cette affaire doit être placée dans le cadre de l'art. 1(p)(viii) car il s'agit-là d'une réservation du pouvoir de faire une nouvelle disposition des biens. De plus, M, en tant que bénéficiaire d'une fiducie discrétionnaire, ne s'est manifestement pas exclue entièrement de tout avantage comme l'exige le libellé de l'art. 5(1)g).

[Arrêts mentionnés: *Attorney General v. Heywood* (1887), 19 Q.B.D. 326; *Attorney General v. Farrell*, [1931] 1 K.B. 81; *Gartside v. Inland Revenue Commissioners*, [1968] A.C. 553; *Re Weir's Settlement*, [1970] 1 All E.R. 297; *Sainsbury v. Inland Revenue Commissioners*, [1969] 3 All E.R. 919; *In re Cochrane*, [1905] 2 I.R. 626, confirmé à [1906] 2 I.R. 200; *Commissioner for Stamp duties of New South Wales v. Perpetual Trustee Co.*, [1943] A.C. 425; *St. Aubyn v. Attorney General*, [1952] A.C. 15; *Oakes v. Commissioner of Stamp Duties of New South Wales*, [1954] A.C. 57; *Ministre du Revenu national c. National Trust Co.*, [1949] R.C.S. 127; *Gorkin c. Ministre du Revenu national*, [1962] R.C.S. 363; *Commissioner of Internal Revenue v. Estate of Church* (1949) 335 U.S. 632.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Fraser qui avait accueilli l'appel

¹ [1973] 3 O.R. 413n, [1976] C.T.C. 178.

statements of succession duty under *The Succession Duty Act* of Ontario. Appeal allowed.

Blemus Wright, and *Graham Stoodley*, for the appellant.

J. J. Robinette, Q.C., for the respondents.

E. M. Henry, Q.C., for Michelle McCreath.

The judgment of Laskin C.J. and Martland, Spence and Dickson JJ. was delivered by

DICKSON J.—This case mirrors the ongoing struggle between taxing authorities, casting an ever wider net to garner succession duties or estate taxes, and taxpayers adopting ever more sophisticated means of escaping that net. One cannot reproach the taxpayer or his professional advisors for so arranging affairs as legitimately to minimize tax impact but there are times when the schemes devised introduce rather fine legal distinctions and the line determining tax liability becomes difficult to draw. The complexity is enhanced by the importation of concepts from traditional conveyancing law and the injection of fine subtleties from the law of trusts. The casuistry reaches its apogee in the case of *inter vivos* transactions in which the donor wants to retain effective, but unobtrusive, lifetime control of the property gifted and yet create the impression, through the language of the gifting instrument, that he or she has disposed wholly and irrevocably of the subject-matter of the gift.

Mrs. Myrtle Louise McCreath died domiciled in Ontario on May 21, 1968, survived by her husband and four young children. During her lifetime Mrs. McCreath established a trust (the 1948 Trust), the corpus of which, at the date of her death, had a value of \$25,016,600. The indenture by which the Trust was created, so far as pertinent to the present appeal, reads:

THIS INDENTURE made this 29th day of November, 1948.

BETWEEN:

MYRTLE LOUISE McCREATH, of the City of Toronto, in the County of York, hereinafter called the 'Settlor'

OF THE ONE PART

de déclarations de droits successoraux faites en vertu du *Succession Duty Act* de l'Ontario. Pourvoi accueilli.

Blemus Wright et *Graham Stoodley*, pour l'appelant.

J. J. Robinette, c.r., pour les intimés.

E. M. Henry, c.r., pour Michelle McCreath.

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Martland, Spence et Dickson a été rendu par

LE JUGE DICKSON: Cette affaire reflète la lutte incessante entre les autorités fiscales qui agrandissent toujours leur filet pour amasser de plus en plus de droits successoraux ou d'impôts sur les biens transmis par décès, et les contribuables qui utilisent des moyens de plus en plus raffinés pour y échapper. On ne peut reprocher au contribuable ou à ses conseillers fiscaux de s'arranger pour réduire au minimum son fardeau fiscal, mais parfois les méthodes imaginées s'appuient sur des distinctions juridiques si subtiles qu'il devient difficile de déterminer où commence l'assujettissement à l'impôt. La complexité est accrue par l'apport de concepts du droit traditionnel sur la transmission des biens et l'introduction de subtilités issues du droit des fiducies. La casuistique atteint son apogée dans le cas des actes entre vifs où le donateur veut conserver effectivement la haute main, quoique de façon discrète, sur les biens donnés tout en laissant entendre, aux termes de l'acte, qu'il a disposé entièrement et de manière irrévocable de l'objet de la donation.

Le 21 mai 1968, M^{me} Myrtle Louise McCreath est décédée en Ontario, où elle était domiciliée, laissant son mari et quatre jeunes enfants. De son vivant, M^{me} McCreath a constitué une fiducie (la fiducie de 1948), dont le capital, à la date de son décès, avait une valeur de \$25,016,600. Voici les stipulations pertinentes au présent pourvoi contenues dans l'acte de fiducie:

[TRADUCTION] ACTE passé le 29 novembre 1948.

ENTRE:

MYRTLE LOUISE McCREATH, de la ville de Toronto, dans le comté de York, ci-après appelée la «Constituante»

D'UNE PART

—and—

NATIONAL TRUST COMPANY, LIMITED hereinafter called the 'Trustee'

OF THE OTHER PART

WHEREAS the Settlor will be entitled to a voting trust certificate representing 99,986 common shares in the capital stock of Mount Royal Paving & Supplies Limited;

AND WHEREAS the Settlor desires to establish a trust respecting the said voting trust certificate as hereinafter set forth;

AND WHEREAS the foregoing recitals are made by the Settlor and not by the Trustee;

NOW THEREFORE THIS INDENTURE WITNESSETH that in consideration of the sum of one dollar by each of the parties hereto to the other paid, the receipt whereof by each of the parties is hereby acknowledged, it is agreed by and between the parties hereto as follows:

1. The Settlor shall forthwith after the receipt thereof deliver to the Trustee a voting trust certificate representing 99,986 common shares in the capital stock of Mount Royal Paving & Supplies Limited and the Trustee shall receive such voting trust certificate to constitute a trust fund to be held, applied and dealt with by the Trustee upon the following trusts:

(a) During the lifetime of the Settlor to pay or apply the whole net income of the trust fund in each year to or for the benefit of the Settlor, and her issue from time to time alive or some one or more of the Settlor and her said issue as the Trustee may from time to time in its absolute discretion determine and if paid or applied to or for the benefit of more than one of them to pay or apply the same in such proportions as the Trustee may from time to time in its absolute discretion determine.

(b) On the death of the Settlor, if she shall die leaving issue her surviving, to hold the trust fund in trust for the issue of the Settlor or such one or more of them and in such proportions and subject to such terms and conditions as the Settlor may by will direct and in default of such direction or insofar as the same may be void or shall not extend or take effect to pay or transfer the trust fund to the issue of the Settlor who shall be living at her death and if more than one in equal shares per stirpes.

—et—

NATIONAL TRUST COMPANY, LIMITED ci-après appelée la «Fiduciaire»

D'AUTRE PART

CONSIDÉRANT que la Constituante a droit à un certificat de fiducie donnant droit de vote représentant 99,986 actions ordinaires du capital social de Mount Royal Paving & Supplies Limited;

CONSIDÉRANT que la Constituante veut constituer un acte de fiducie relatif audit certificat de fiducie donnant droit de vote, comme ci-après stipulé;

CONSIDÉRANT que la Constituante, et non la Fiduciaire, a exprimé les considérants qui précèdent:

LE PRÉSENT ACTE ATTESTE EN CONSÉQUENCE qu'en contrepartie de la somme d'un dollar versée par les parties l'une à l'autre, que chacune des parties par les présentes reconnaît avoir reçue, les parties conviennent de ce qui suit:

1. La Constituante doit remettre à la Fiduciaire sur réception dudit acte un certificat de fiducie donnant droit de vote représentant 99,986 actions ordinaires du capital social de Mount Royal Paving & Supplies Limited et la Fiduciaire doit accepter ce certificat afin de constituer un fonds de fiducie que la Fiduciaire doit détenir et administrer conformément aux dispositions suivantes:

a) Elle doit, du vivant de la Constituante, chaque année, verser à la Constituante ou affecter à son profit tous les revenus nets du fonds de fiducie, ou les verser à un ou plusieurs des descendants qu'elle pourra avoir, ou les affecter à leur avantage, à l'entière discrétion de ladite Fiduciaire, qui décidera également, s'il y a plus d'un bénéficiaire, de la part de chacun.

b) Elle doit, au décès de la Constituante, si celle-ci laisse des descendants, garder le fonds de fiducie en fidéicomis pour l'un ou les descendants de la Constituante, dans la proportion et selon les modalités du testament de cette dernière et, en l'absence d'une telle indication, ou si ses dernières volontés s'avèrent nulles ou ne s'appliquent pas ou n'ont pas d'effet, verser ou céder le fonds en fiducie aux descendants survivants à la Constituante, et le partage, le cas échéant, se fera en parts égales par souches.

(Paragraphs 1(c) and 1(d) relate to the eventuality of the Settlor dying without children.)

2. If any person should become entitled to any share in the capital of the trust fund before attaining the age of twenty-one years the share of such person shall be held and kept invested by the Trustee and the income and capital or so much thereof as the Trustee in its absolute discretion considers necessary or advisable shall be used for the benefit of such person until she or he attains the age of twenty-one years.

3. The Trustee may make any payments for any person under the age of twenty-one years to the parent or guardian of any such person whose receipt shall be a sufficient discharge to the Trustee.

4. The Trustee and any successor trustee shall be entitled at any time to resign on thirty days' notice in writing to the Settlor or upon such shorter notice as the Settlor may accept as sufficient. In the event of any such resignation, the Settlor shall by instrument in writing forthwith appoint another trustee to fill the vacancy resulting. At any time or from time to time the Settlor during her lifetime may remove the Trustee and appoint another trustee in its place. Such removal and appointment may be made by instrument in writing signed by the Settlor. The trustee hereunder shall at all times be a trust company having a paid up capital and surplus of not less than \$5,000,000 and with an office in the City of Toronto.

5. The said voting trust certificate and all other securities or sums of money constituting the trust fund shall be registered or deposited in the name of the Trustee.

6. The Trustee shall be entitled to be reimbursed for all expenses incurred by it hereunder and shall be entitled to reasonable remuneration for its services under this agreement and as may from time to time be agreed upon with the Trustee by the Settlor. The Settlor agrees to pay such remuneration. Provided that after the death of the Settlor the remuneration payable to the Trustee shall be such remuneration as may be allowed by a Judge of the Surrogate Court of the County of York and shall be payable out of the income from the trust fund received by the Trustee.

7. Notwithstanding anything in this agreement contained, if under the provisions of the voting trust agreement the voting trust certificate constituting the trust fund becomes exchangeable for any shares, securities or other assets of any nature whatsoever, the Trustee shall be entitled to surrender the said voting trust certificate and to receive in exchange therefor such shares, securities or other assets which

(Les alinéas c) et d) du par. 1 visent le cas où la Constituante meurt sans enfant.)

2. Si une personne obtient, avant l'âge de vingt et un ans, quelque part du capital du fonds de fiducie, la Fiduciaire doit conserver la part de cette personne, la placer et en utiliser les revenus et le capital, en tout ou en partie de façon que ladite Fiduciaire, à son entière discrétion, considère nécessaire ou utile, au profit de ladite personne jusqu'à ce qu'elle atteigne vingt et un ans.

3. La Fiduciaire peut effectuer tout paiement au profit d'une personne âgée de moins de vingt et un ans, à son père, à sa mère ou à son tuteur, dont la quittance suffira à décharger la Fiduciaire.

4. La Fiduciaire et tout fiduciaire lui succédant peut, en tout temps, renoncer à sa charge après avoir donné à la Constituante un avis écrit de trente jours ou moins si la Constituante est d'accord. En ce cas, la Constituante doit aussitôt par écrit nommer un autre fiduciaire afin de remplacer la démissionnaire. La Constituante peut en tout temps, de son vivant, révoquer la Fiduciaire et la remplacer. La Constituante peut procéder à cette révocation et à cette nomination par un écrit portant sa signature. La fiduciaire nommée en vertu des présentes devra toujours être une société de fiducie dont le capital libéré et le surplus dépassent \$5,000,000 et qui a une place d'affaires dans la ville de Toronto.

5. Ledit certificat de fiducie donnant droit de vote et toutes les autres valeurs mobilières et sommes d'argent composant le fonds de fiducie doivent être inscrits ou déposés au nom de la Fiduciaire.

6. La Fiduciaire a droit au remboursement de tous ses débours faits en vertu des présentes et à une rémunération raisonnable pour ses services en vertu du présent contrat, conformément à ce que pourront convenir de temps à autre la Fiduciaire et la Constituante. La Constituante convient de verser ladite rémunération. Toutefois, après le décès de la Constituante, la rémunération payable à la Fiduciaire sera la rémunération que déterminera un juge du tribunal des homologations du comté de York et elle sera versée à même les revenus tirés du fonds de fiducie par la Fiduciaire.

7. Nonobstant toute stipulation contraire du présent acte, si, en vertu des conditions du contrat relatif au certificat de fiducie donnant droit de vote, ce certificat composant le fonds de fiducie devient échangeable contre des actions, des valeurs mobilières ou d'autres biens de quelque nature que ce soit, la Fiduciaire a le droit de céder ledit certificat de fiducie donnant droit de vote et d'accepter en échange ces actions, valeurs

shall thereupon constitute the trust fund and may retain the same for such length of time as the Trustee in its absolute discretion shall decide, with power to the Trustee to sell such shares, securities or other assets and to reinvest the proceeds thereof in such investment as it considers advisable without being limited to investments authorized by law for trustees.

By the terms of the indenture there was only one trust fund constituted, comprising initially a voting trust certificate representing 99,986 common shares in the capital stock of Mount Royal Paving & Supplies Limited and thereafter such shares, securities or other assets as might be substituted pursuant to para. 7. During the lifetime of Mrs. McCreath the primary trust to which the trustee was subject was one requiring it to pay or apply the whole net income of the trust fund to or for the benefit of Mrs. McCreath and her children or, in its discretion, to any one or more of the group. (At the time of the creation of the trust Mrs. McCreath had only one child, six months of age.) By the terms of the 1948 Trust the trustee could, theoretically, in the exercise of its discretion, pay all the income to Mrs. McCreath or exclude her entirely. The record discloses that Mrs. McCreath received income from the 1948 Trust in 1966, 1967 and 1968 but it is silent as to distribution of income in prior years.

On the death of Mrs. McCreath the primary duty of the trustee was to dispose of the trust fund among the issue of Mrs. McCreath or such of them as she might by will direct and subject to such terms and conditions as she might by will direct. In default of such direction, the capital of the fund was to be distributed among her issue in equal shares *per stirpes*. Although Mrs. McCreath retained the power by will to choose which of her issue should be the object of her bounty, she died without exercising that power.

Thus there were many "strings" attached to the property of which Mrs. McCreath purported to dispose.

The appeal arises under *The Succession Duty Act* of Ontario R.S.O. 1960, c. 386, and the crucial questions to be answered are: (i) Did Mrs.

mobilières ou autres biens qui constitueront alors le fonds de fiducie; elle peut conserver ceux-ci aussi longtemps qu'elle voudra, à son entière discrétion ou les vendre et en réinvestir le produit, à son gré, sans devoir se limiter aux placements que la loi régissant les fiduciaires autorise.

Aux termes de cet acte, un seul fonds de fiducie était constitué, comprenant à l'origine un certificat de fiducie donnant droit de vote représentant 99,986 actions ordinaires du capital social de Mount Royal Paving & Supplies Limited et par la suite les actions, valeurs mobilières et autres biens qui pourraient y être substitués conformément à la clause 7. Du vivant de M^{me} McCreath, la principale obligation de la fiduciaire était de verser tous les revenus nets du fonds de fiducie à M^{me} McCreath et à ses enfants ou à leur profit ou, à la discrétion de ladite fiduciaire, à l'un ou à plusieurs d'entre eux, ou à affecter lesdits revenus de la même façon. (Au moment de la création de la fiducie, M^{me} McCreath n'avait qu'un seul enfant, âgé de six mois.) Aux termes de la fiducie de 1948, la fiduciaire pouvait, en théorie, verser à son gré tous les revenus à M^{me} McCreath ou ne rien lui payer. Le dossier révèle que M^{me} McCreath a reçu des revenus de la fiducie de 1948 en 1966, 1967 et 1968, mais il n'est pas fait mention de la distribution des revenus au cours des années précédentes.

A la mort de M^{me} McCreath, la principale obligation de la fiduciaire consistait à disposer du fonds de fiducie en faveur des enfants de M^{me} McCreath ou de ceux d'entre eux qu'elle aurait désignés par testament et selon les modalités y stipulées. En l'absence de dernières volontés, le capital du fonds devait être distribué aux enfants en parts égales, par souches. Quoique M^{me} McCreath ait conservé le pouvoir de désigner par testament celui ou ceux de ses enfants qui pourraient être légataires, elle est décédée avant de l'avoir fait.

Ainsi les biens dont voulait disposer M^{me} McCreath lui demeuraient «attachés» de plusieurs manières.

Ce pourvoi est régi par le *Succession Duty Act* de l'Ontario, R.S.O. 1960, c. 386 et les principales questions qui se posent sont: (i) M^{me} McCreath

McCreath, either expressly or by implication, reserve to herself an interest in the property passing under the trust so as to make it "property passing on the death of the deceased" as defined in s. 1(p) (viii) of the Act? (ii) Was actual and *bona fide* possession and enjoyment of the property assumed by the issue of Mrs. McCreath and retained to the entire exclusion of Mrs. McCreath so as to exempt the property from tax by the operation of s. 5(1) (g)? I would answer the first question in the affirmative, the second question in the negative and allow the appeal of the Minister.

In coming to these conclusions it is necessary to turn first to ss. 6 and 12 of *The Succession Duty Act*, for they establish the taxing scheme. Section 6 shows the incidence of taxation:

6. Subject to sections 4 and 5, on the death of any person whether he dies domiciled in Ontario or elsewhere,

(a) where any property situate in Ontario passes on his death, duty shall be levied on such property in accordance with the dutiable value thereof;

(b) where there is any transmission, duty shall be levied on the person to whom there is such transmission, with respect to such transmission, in accordance with the dutiable value thereof;

(c) where any disposition, other than of realty situate outside Ontario, is made in Ontario on or after the 1st day of July, 1892, to any person who is resident in Ontario at the date of death of the deceased, duty shall be levied on such person, with respect to such disposition, in accordance with the dutiable value thereof;

Section 12 is the section imposing liability:

12.—(1) Every person resident in Ontario at the date of death of the deceased to whom or for whose benefit any property situate in Ontario passes on the death of the deceased is liable for the duty levied on the proportion of such property that so passes to him or for his benefit, together with such interest as may be payable thereon.

Subject to ss. 4 and 5 of the Act, succession duty is payable on the death of any person domiciled in Ontario or elsewhere where any property situate in Ontario passes on his death. The Act is drafted so as to catch all forms of transactions which have

s'est-elle réservée, expressément ou implicitement, un droit sur les biens faisant l'objet de la fiducie de nature à en faire [TRADUCTION] «des biens transmis au décès du *de cujus*», selon la définition de l'al. p)(viii) de l'art. 1 de la Loi? (ii) Les enfants de M^{me} McCreath avaient-ils et ont-ils conservé, à l'exclusion complète de celle-ci, la possession et la jouissance réelles et de bonne foi des biens reçus de manière à exempter ceux-ci des droits payables en vertu de l'al. g) du par. (1) de l'art. 5? Je suis d'avis de répondre par l'affirmative à la première question, par la négative à la deuxième et d'accueillir le pourvoi du Ministre.

Pour arriver à ces conclusions, il faut d'abord examiner les art. 6 et 12 du *Succession Duty Act*, qui établissent le régime fiscal. L'article 6 prévoit la portée de l'impôt:

[TRADUCTION] 6. Sous réserve des articles 4 et 5, au décès de toute personne, domiciliée en Ontario ou non au moment de sa mort,

a) ses biens situés en Ontario transmis par décès, sont frappés de droits selon la valeur imposable;

b) s'il y a des legs, des droits sont imposés au légataire selon la valeur imposable des biens transmis;

c) lorsqu'une disposition, n'ayant pas pour objet des biens immobiliers situés hors de l'Ontario, a été faite après le 1^{er} juillet 1892, en faveur d'une personne qui réside en Ontario au moment du décès du *de cujus*, cette personne est assujettie à l'impôt eu égard à cette disposition, selon la valeur imposable, de celle-ci.

L'article 12 prévoit l'assujettissement aux droits:

[TRADUCTION] 12.—(1) Quiconque résidant en Ontario à la date du décès du *de cujus*, à qui ou au profit de qui des biens situés en Ontario sont transmis au décès *de cujus*, est tenu de payer les droits imposés sur la part des biens qu'elle a reçus ou qui ont été transmis à son profit, ainsi que l'intérêt qui pourra devenir payable.

Sous réserve des art. 4 et 5 de la Loi, il faut payer des droits de succession lors du décès d'une personne domiciliée en Ontario ou ailleurs lorsqu'un bien situé en Ontario est transmis au décès. La Loi est rédigée de manière à comprendre toutes

the result of transferring property on death. Therefore "property passing on the death of the deceased" is broadly defined and is deemed to include, according to s. 1(*p*) (viii):

any property passing under any past or future settlement, including any trust, whether expressed in writing or otherwise and if contained in a deed or other instrument effecting the settlement, whether such deed or other instrument was made for valuable consideration or not, as between the settlor and any other person, made by deed or other instrument not taking effect as a will, whereby an interest in such property or the proceeds of sale thereof for life, or any other period determinable by reference to death, is reserved either expressly or by implication to the settlor, or whereby the settlor may have reserved to himself the right by the exercise of any power to restore to himself, or to reclaim the absolute interest in such property, or the proceeds of sale thereof, or to otherwise resettle the same or any part thereof, . . .

The Act also taxes certain recipients of "dispositions", defined in s. 1(*f*), and "transmissions", defined in s. 1(*s*). We are not concerned in this appeal with transmissions. Dispositions are defined in part as follows:

(*f*) "disposition" means:

(i) any means whereby any property passes or is agreed to be passed, directly or indirectly, from the deceased during his lifetime to any person,

(ii) any means whereby any person is benefited, directly or indirectly, by any act of the deceased during the lifetime of the deceased,

and such means includes,

(ix) any creation of trust, . . .

Section 5(1) (*g*) of the Act is of importance in exempting certain dispositions. It reads:

5.—(1) No duty shall be levied on any of the following property, nor on any person to whom there are any transmissions of any of the following property, with respect to such transmissions, nor on any person to whom any of the following dispositions are made, with respect to such dispositions, and such property and dispositions shall not be included in the aggregate value

les opérations dont l'effet est de transmettre un bien au décès. Par conséquent, l'expression [TRADUCTION] «biens transmis au décès du *de cujus*» est définie d'une manière large et est censée comprendre, selon l'al. *p*) (viii) de l'art. 1:

[TRADUCTION] les biens transmis en vertu d'une constitution passée ou future, y compris une fiducie, exprimée par écrit ou autrement, et, si elle est contenue dans un acte ou autre instrument effectuant la constitution, que cet acte ou autre instrument constate un contrat à titre onéreux ou à titre gratuit entre le constituant et toute autre personne, faite par acte ou autre instrument ne pouvant pas valoir comme testament, par lequel le constituant retient, expressément ou implicitement, de son vivant, ou pour une autre période calculable par rapport à la date de son décès, un droit sur ces biens ou le produit de leur vente, ou par lequel le constituant peut s'être réservé le droit de retour de ces biens, d'en reprendre la propriété ou le produit de leur vente ou d'en disposer autrement, en tout ou en partie. . . .

La Loi assujettit aussi à l'impôt certains bénéficiaires de «dispositions», définies à l'al. *f*) de l'art. 1 et de «transferts», définis à l'al. *s*) de l'art. 1. Il n'est pas question de transferts dans le présent pourvoi. Voici, en partie, la définition des dispositions:

[TRADUCTION] *f*) Par «disposition», on entend:

(i) toute mesure par laquelle un bien est transmis ou par laquelle on convient de le transmettre, directement ou indirectement, du *de cujus*, de son vivant, à toute personne,

(ii) toute mesure par laquelle une personne est avantagée, directement ou indirectement, par un acte fait par le *de cujus* de son vivant,

ces mesures comprennent

(ix) toute création d'une fiducie, . . .

L'alinéa *g*) du par. (1) de l'art. 5 de la *Loi*, est important dans le cadre des exemptions de certaines dispositions. Il prévoit:

[TRADUCTION] 5.—(1) Les biens ci-après énumérés ne sont frappés d'aucun droit, et aucun droit n'est exigé du bénéficiaire desdits biens, objet du transfert, ni du bénéficiaire des dispositions ci-après énumérées, et lesdits biens et dispositions ne sont pas compris dans la

nor included for the purpose of determining any rate of duty,

(g) any disposition where actual and *bona fide* enjoyment and possession of the property, in respect of which the disposition is made, was assumed more than five years before the date of death of the deceased by the person to whom the disposition is made, or by a trustee for such person, and thenceforward retained to the entire exclusion of the deceased or of any benefit to him whether voluntary or by contract or otherwise;

Reservation of an interest under s. 1(p)(viii)

It is essential, I think, to identify with some precision the "property" which can be said to have passed in the settlement of 1948. This question usually presents difficulty, especially in an Act such as the present one which provides no statutory definition. In the present case the question of definition is of particular importance because counsel for the respondents submits in effect that Mrs. McCreath made two gifts, one a gift of the equitable interests in the net income from the trust fund and the other a gift of the equitable remainder in the corpus of the fund. With respect, I do not agree with this reading of the indenture. In my view the "property passing" under the settlement was the equitable interest in a voting trust certificate representing 99,986 common shares in the capital stock of Mount Royal Paving & Supplies Limited which were transferred by Mrs. McCreath to the trustee.

If the "property" for purposes of s. 1(p)(viii) is such equitable interest, the next question is whether Mrs. McCreath retained an "interest" therein. In all the circumstances it seems to me difficult to say that she did not reserve an interest in the property, the subject-matter of the trust. Collectively she and her children were entitled to all of the income.

The word "interest" is capable of many meanings. In my opinion it is to be given in *The Succession Duty Act* a meaning wider than that which it would have in a technical conveyancing context. The trial judge, Fraser J., determined that

valeur totale ni pris en considération pour déterminer le taux des droits,

g) toute disposition en vertu de laquelle la jouissance et la possession réelles et de bonne foi des biens qui font l'objet de la disposition, ont été assumées plus de cinq ans avant la date du décès du *de cuius* par le bénéficiaire de ladite disposition, ou par un fiduciaire pour celui-ci et dès lors retenues à l'entière exclusion du *de cuius* et de tout avantage pour lui, que ce soit volontairement, par contrat ou autrement; . . .

Réservation d'un droit en vertu de l'al. p)(viii) de l'art. 1

Je crois qu'il est essentiel de déterminer avec quelque précision les «biens» dont on peut dire qu'ils ont été transmis par la constitution de 1948. Cette question suscite habituellement des problèmes, surtout dans le contexte d'une loi comme la présente qui ne fournit aucune définition des termes. En l'espèce, ce point revêt une importance particulière, parce que l'avocat des intimés prétend en fait que M^{me} McCreath a fait deux donations, la donation des droits en *equity* des revenus nets du fonds de fiducie et la donation du solde en *equity* du capital du fonds. Respectueusement, je ne suis pas d'accord avec cette interprétation de l'acte. A mon avis, les «biens transmis» en vertu de la constitution étaient les droits en *equity* d'un certificat de fiducie donnant droit de vote représentant 99,986 actions ordinaires du capital social de Mount Royal Paving & Supplies Limited lesquelles actions ont été transmises par M^{me} McCreath à la fiduciaire.

Si les «biens» aux fins de l'al. p)(viii) de l'art. 1 sont ces droits en *equity*, il s'agit de savoir ensuite si M^{me} McCreath a conservé un «droit» sur ceux-ci. Vu toutes les circonstances, il est difficile, me semble-t-il, de dire qu'elle n'a pas conservé des droits sur les biens faisant l'objet de la fiducie. Elle et ses enfants avaient collectivement droit à tous les revenus.

Le mot «droit» peut avoir plusieurs sens. A mon avis, dans le *Succession Duty Act*, il faut lui donner un sens plus large que celui qu'il aurait dans le contexte strict du transfert de biens. En première instance, le juge Fraser a conclu que la

the settlor did have an interest in the income from the 1948 Trust and s. 1(p)(viii) applied, and I think he was right. Receipt of income from a trust fund pursuant to the terms of the trust would suggest an interest, in the sense of a pecuniary stake, in the fund. Fraser J. held, however, that the 1948 Trust was exempt from taxation under s. 1(p)(viii) of the Act because its creation was a disposition exempt from taxation by virtue of s. 5(1)(g). The majority of the Court of Appeal (Evans and McGillivray JJ.A.) assumed, without deciding, that the corpus of the trust would attract succession duty under s. 6 of the Act as property falling within s. 1(p)(viii) but, in common with Mr. Justice Fraser, held that the corpus was exempt from succession duty by reason of s. 5(1)(g) of the Act. In the view of Mr. Justice Jessup no interest in the corpus was reserved by the settlor and in any event s. 5(1)(g) applied.

There are no Canadian precedents to illuminate s. 1(p)(viii). Two English authorities construing tax legislation in almost identical wording may afford some guidance. In *Attorney General v. Heywood*², s. 38(2)(c) of the *Customs and Inland Revenue Act*, 1881 (U.K.) c. 12 was in issue. It taxed:

(c) Any property passing under any past or future voluntary settlement made by any person dying on or after such day [June 1, 1881] by deed or any other instrument not taking effect as a will, whereby an interest in such property for life, or any other period determinable by reference to death, is reserved either expressly or by implication to the settlor, or whereby the settlor may have reserved to himself the right, by the exercise of any power, to restore to himself, or to reclaim the absolute interest in such property.

In *Heywood* the settlor created a trust fund of £43,000 held on the following trusts: to pay income to such of the settlor, his wife and children for the settlor's life as the trustee should choose and on the settlor's death to hold the property in trust for

constituante avait un droit sur les revenus de la fiducie de 1948 et que l'al. p)(viii) de l'art. 1 s'appliquait et je crois qu'il avait raison. L'encaissement de revenus d'un fonds fiduciaire, conformément aux clauses de la fiducie, laisse présumer l'existence d'un droit, au sens d'intérêts pécuniaires, sur le fonds. Le juge Fraser a cependant statué que la fiducie de 1948 était exempte d'impôt en vertu de l'al. p)(viii) de l'art. 1 de la Loi, parce que sa création constituait une disposition exempte d'impôt en vertu de l'al. g) du par. (1) de l'art. 5. La Cour d'appel à la majorité (les juges Evans et McGillivray) ont estimé, sans toutefois trancher la question, que le capital de la fiducie serait frappé de droits de succession en vertu de l'art. 6 de la Loi en tant que biens visés par l'al. p)(viii) de l'art. 1. Toutefois, ils se sont rangés à l'avis du juge Fraser, que le capital était exempt de droits de succession à cause de l'al. g) du par. (1) de l'art. 5 de la Loi. Selon le juge d'appel Jessup, la constituante n'a conservé aucun droit sur le capital et, de toute façon, l'al. g) du par. (1) de l'art. 5 s'applique.

Il n'existe aucune jurisprudence canadienne qui vienne faciliter l'interprétation de l'al. p)(viii) de l'art. 1. Deux arrêts anglais portant sur l'interprétation de textes législatifs fiscaux presque identiques peuvent fournir quelque indication. Dans *Attorney General v. Heywood*², il s'agissait d'examiner l'al. c) du par. (2) de l'art. 38 du *Customs and Inland Revenue Act*, 1881 (R.-U.), c. 12). Il frappait de droits:

[TRADUCTION] c) Les biens transmis en vertu d'une constitution expresse passée ou future faite par une personne décédée le 1^{er} juin 1881 ou depuis par acte ou autre instrument ne pouvant pas valoir comme testament, par lequel le constituant se réserve, expressément ou implicitement, de son vivant ou pour une période calculable par rapport à la date de son décès, un droit sur ces biens ou par lequel le constituant peut s'être réservé le droit de récupérer ces biens ou de reprendre la propriété absolue de ceux-ci.

Dans l'affaire *Heywood*, le constituant avait créé un fonds fiduciaire de £43,000 détenu selon les modalités suivantes: verser, au choix du fiduciaire, les revenus au constituant, à son épouse ou à ses enfants du vivant du constituant et au décès

² (1887), 19 Q.B.D. 326.

² (1887), 19 Q.B.D. 326.

the widow and children. It was argued that all that was reserved to the settlor was a mere possibility or contingency, and not an interest. Stephen J. held that the settlor had retained an interest for life within the terms of the statute and Wills J. stated, p. 331:

The application of the word "interest" is not confined to a vested or a necessarily contingent interest. The Act was meant to cast a wider net than such a construction would imply. The settlor here could only be deprived of the benefit he would otherwise get under the settlement by the exercise of the power of depriving him of such benefit which was vested in the trustees, and unless the trustees so deprived him he would necessarily get a benefit.

The same interpretation of "interest" was adopted in *Attorney-General v. Farrell*³, where the settlor was also a discretionary object of income of a trust for his life with a gift over on his death and Lord Hanworth M.R. had this to say, p. 98:

However, even without the support which can be gathered from *Drummond v. Collins*, [1915] A.C. 1011, I think it is too late for us to reopen the question which was decided in *Attorney-General v. Heywood*; and I think that for the purposes of the interpretation of s. 38, sub-s. 2(c), it must be held that where there is a discretionary trust, a possible object of that trust holds an interest within sub-s. 2(c).

It is the respondents' contention that the term "interest" should have a more technical meaning than in *Heywood*. They rely on *Gartside v. Inland Revenue Commissioners*⁴, where the discretionary object of a trust was held not to have an "interest in possession" for purposes of s. 43 of the *Finance Act*, 1940 (U.K.), c. 29. In that case, the terms of the trust gave the trustee the power to distribute all or part of the income among a class comprising the settlor's son, wife and issue for the son's life or to accumulate the income and provided for a gift over on the son's death. Lord Reid (Lords Morris and Guest concurring) held at p. 607:

de celui-ci conserver les biens en fiducie pour la veuve et les enfants. On a prétendu qu'il ne restait au constituant qu'une simple possibilité ou éventualité, et non un droit. Le juge Stephen a statué que le constituant avait conservé un droit viager au sens de la loi et le juge Wills dit, à la p. 331:

[TRADUCTION] Le mot «droit» ne signifie pas seulement un droit acquis ou la conséquence nécessaire d'un droit. Le législateur a voulu donner à ce mot un sens plus large que celui que pareille interprétation comporterait. Le constituant ne pouvait être privé en l'espèce du profit qu'il aurait retiré autrement de la constitution, que si les fiduciaires exerçaient la faculté qu'ils avaient de l'en priver; dans le cas contraire, il retirerait nécessairement un profit.

On a retenu la même interprétation de «droit» dans *Attorney General v. Farrell*³, où le constituant était le bénéficiaire possible de son vivant des revenus d'une fiducie, laquelle emportait une donation à son décès. Le maître des rôles Lord Hanworth disait à la p. 98:

[TRADUCTION] Toutefois, même sans l'appui que nous pouvons tirer de *Drummond v. Collins*, [1915] A.C. 1011, je pense qu'il est trop tard pour réexaminer la question qui a été tranchée dans *Attorney General v. Heywood*; je pense qu'aux fins de l'interprétation de l'al. c) du par. (2) de l'art. 38, il faut décider que lorsqu'il s'agit d'une fiducie discrétionnaire, un bénéficiaire éventuel de cette fiducie détient un droit au sens de l'al. c) du par. 2.

Les intimés prétendent que le mot «droit» devrait avoir un sens plus précis que celui donné dans *Heywood*. Ils se fondent sur *Gartside v. Inland Revenue Commissioners*⁴, où il fut décidé que le bénéficiaire éventuel d'une fiducie n'avait pas de [TRADUCTION] «droit dans la possession» aux fins de l'art. 43 du *Finance Act*, 1940 (R.-U.), c. 29. Dans cette affaire, la fiducie accordait au fiduciaire le pouvoir de partager les revenus, en tout ou en partie, entre les membres d'un groupe comprenant le fils du constituant, sa femme et ses enfants du vivant du fils, ou d'accumuler les revenus et prévoyait une donation au décès du fils. Lord Reid (à l'avis duquel souscrivaient lord Morris et lord Guest) a statué à la p. 607:

³ [1931] 1 K.B. 81 (C.A.).

⁴ [1968] A.C. 553 (H.L.).

³ [1931] 1 K.B. 81 (C.A.).

⁴ [1968] A.C. 553 (H.L.).

... an examination of the relevant provisions of this legislation leads to the clear conclusion that objects of a discretionary trust do not have interests extending to the whole or any part of the income of the trust fund and it must follow that they do not have interests in the fund within the meaning of section 2(1) (b).

While this quotation would seem to support the respondents' contention that the deceased did not have an interest here, in my opinion *Gartside* is inapplicable. The section of the statute in issue in *Gartside* is very different from s. 1(p)(viii). Section 43 of the *Finance Act, 1940* (U.K.) read as follows:

43. (1) Subject to the provisions of this section, where an interest limited to cease on a death has been disposed of or has determined, whether by surrender, assurance, divesting, forfeiture or in any other manner (except by the expiration of a fixed period at the expiration of which the interest was limited to cease), whether wholly or partly, and whether for value or not, after becoming an interest in possession, ...

(a) if, had there been no disposition or determination as aforesaid of that interest and no disposition of any interest expectant upon or subject to that interest, the property in which the interest subsisted would have passed on the death under section one of the *Finance Act, 1894*, that property shall be deemed by virtue of this section to be included as to the whole thereof in the property passing on the death; or

(b) if, had there been no disposition or determination as aforesaid of that interest and no disposition of any interest expectant upon or subject to that interest, the property in which the interest subsisted would have been deemed by virtue of paragraph (b) of subsection (1) of section two of the said Act to be included to a particular extent in the property passing on the death, the property in which the interest subsisted shall be deemed by virtue of this section to be included to that extent in the property passing on the death.

For a full understanding of *Gartside's* case, s. 43 must be read in conjunction with s. 2(1)(b) and s. 7(7) of the Act which dealt with the extent and valuation of the interest. Section 43(1)(b), it will be observed, is concerned with life interests in possession and not interests *simpliciter*. The section deems certain life interests to be property passing on death. The English statute, which is an

[TRADUCTION] Si l'on examine les dispositions pertinentes de cette loi, il est certain que les droits des bénéficiaires d'une fiducie discrétionnaire ne s'étendent pas à l'ensemble ou à une partie des revenus du fonds fiduciaire; il s'ensuit que les bénéficiaires ne détiennent pas de droits sur le fonds au sens de l'al. b) du par. (1) de l'art. 2.

Bien que cette citation semble appuyer la prétention des intimés selon laquelle le *de cujus* en l'espèce ne détenait pas de droit, à mon avis, *Gartside* ne s'applique pas. L'article de la loi visé dans *Gartside* est très différent de l'al. p)(viii) de l'art. 1. L'article 43 du *Finance Act, 1940*, se lit comme suit:

[TRADUCTION] **43. (1)** Sous réserve des dispositions du présent article, lorsqu'un droit qui doit s'éteindre au décès a été cédé ou a été résolu, que ce soit à la suite d'un abandon, d'une assurance, d'une renonciation, d'une déchéance ou de toute autre manière (sauf par l'expiration d'un délai donné auquel moment le droit devait prendre fin), que ce soit en tout ou en partie, et que ce soit à titre onéreux ou non, après être devenu un droit dans la possession, ...

a) si, sans la cession ou la résolution de ce droit comme susdit ou sans la cession d'un droit éventuel en dépendant ou assujetti à lui, les biens sur lesquels subsistait le droit auraient été transmis par décès conformément à l'art. 1 du *Finance Act* de 1894, l'ensemble de ces biens est censé, en vertu du présent article, être compris dans les biens transmis par décès; ou

b) si, sans la cession ou la résolution de ce droit comme susdit ou sans la cession d'un droit éventuel en dépendant ou assujetti à lui, les biens sur lesquels subsistait le droit seraient censés en vertu de l'al. b) du par. (1) de l'art. 2 de ladite Loi être compris jusqu'à une proportion donnée dans les biens transmis au décès, les biens sur lesquels subsistait le droit sont censés en vertu du présent article être compris jusqu'à cette proportion dans les biens transmis par décès.

Pour bien comprendre l'affaire *Gartside*, il faut lire l'art. 43 en corrélation avec l'al. b) du par. (1) de l'art. 2 et le par. (7) de l'art. 7 de la Loi, qui traitent de la portée et de l'évaluation du droit. On remarquera que l'al. b) du par. (1) de l'art. 43 porte sur les rentes viagères en possession et non sur les droits purs et simples. L'article considère certaines rentes viagères comme des biens transmis

estate tax act, taxes life interests because their termination affects the value of the property and the benefit accruing from their cessation increases the property value on a death (not necessarily the death of the original donor). In Ontario there is no equivalent section for taxing a life interest, as the concern is with the change in ownership of property on death, and not with the increase in value of the estate by a death. The necessity of valuation of successive life interests under the English Act demands greater precision in the identification and quantification of an "interest"; otherwise, as a practical matter, computation of tax becomes virtually impossible in respect of discretionary income trusts. Such is not the case under the Ontario Act, where the concern is with the failure of a donor to disassociate himself totally from *inter vivos* gifts, thus retaining some interest in the subject-matter until death. The English section is different in orientation from s. 1(p)(viii) where the extent of the interest is of no consequence.

Lord Reid recognized such a distinction and expressly endorsed the finding of the Courts in *Heywood* and *Farrell* in words that are apposite here at p. 612:

It is always proper to construe an ambiguous word or phrase in light of the mischief which the provision is obviously designed to prevent, and in light of the reasonableness of the consequences which follow from giving it a particular construction.

Here (in *Heywood*), if "interest" were given a narrow or technical meaning, it would be very easy to defeat the obvious purpose of the provision by setting up a discretionary trust and choosing trustees who might be expected to exercise their discretion in favour of the settlor. And, on the other hand, no unreasonable consequences would follow if the word were given a wider meaning so as to include possible benefit that would come to the settlor in a certain event . . .

Lord Wilberforce spoke in similar words at p. 620:

For section 38(2)(c) is concerned, broadly, with the case of persons who settle their property, yet wish to benefit

par décès. La loi anglaise, qui est une loi concernant les droits de succession, taxe les rentes viagères parce que leur extinction a un effet sur la valeur des biens et que le bénéfice résultant de leur extinction accroît la valeur des biens au décès (pas nécessairement au décès du donateur initial). En Ontario, il n'existe pas de disposition équivalente qui comprend les rentes viagères, car on vise le changement de propriétaire des biens au décès et non l'accroissement de la valeur de la succession qu'entraîne un décès. La nécessité qu'impose la Loi anglaise d'évaluer les rentes viagères successives requiert une plus grande précision de la définition et de la portée d'un «droit»; autrement, il devient pratiquement impossible de calculer l'impôt sur les fiducies discrétionnaires produisant des revenus. La situation est différente en vertu de la Loi ontarienne, qui vise le défaut du donateur de se départir complètement des biens donnés entre vifs, en conservant un certain droit sur l'objet donné jusqu'à son décès. L'article de la Loi anglaise n'a pas le même but que l'al. p)(viii) de l'art. 1, où la portée du droit est sans effet.

Lord Reid a reconnu cette distinction et a adopté expressément les conclusions des tribunaux dans *Heywood* et dans *Farrell* en des termes appropriés à l'espèce présente à la p. 612:

[TRADUCTION] Il est toujours bon d'interpréter un mot ou une expression ambiguë en tenant compte du mal que cette disposition a manifestement pour but de prévenir et de la cohérence des conséquences qui découlent d'une interprétation donnée.

En l'espèce (dans *Heywood*), si l'on donnait au mot «droit» un sens étroit ou formel, il serait très facile de contrarier le but manifeste de la disposition en établissant une fiducie discrétionnaire et en choisissant des fiduciaires que l'on sait tout disposés à exercer en faveur du constituant leur pouvoir discrétionnaire. En revanche, les conséquences ne seraient pas incohérentes si l'on donnait un sens plus large à ce mot de manière à y inclure un avantage éventuel qui serait versé au constituant à l'occasion d'un certain événement . . .

Lord Wilberforce s'est exprimé en des termes semblables à la p. 620:

[TRADUCTION] Quant à l'al. c) du par. (2) de l'art. 38, il vise, de façon générale, le cas des personnes qui

from it so long as they live. To tax them in such a case is perfectly understandable, however large or small the reserved benefit may be and whether it is defined in extent or undefined. No definition is necessary, because the measure of the charge is the whole value of the property. So naturally no reference is made to "extent"—the mere fact of reservation is enough. I think, therefore, that the decisions in principle are acceptable.

Fraser J. distinguished the finding in *Gartside* on the basis that there was in that case, unlike the present, a power to accumulate. In so doing, in my opinion, with respect, he erred as cases subsequent to *Gartside* rejected this as a basis for distinction (*Re Weir's Settlement*⁵, *Sainsbury v. Inland Revenue Commissioners*⁶).

I conclude that Mrs. McCreath retained an interest in the settled property for purposes of s. 1(p) (viii) by making herself one of the possible objects of the discretionary trust. The primary objects of the donor's bounty are "the Settlor and her issue from time to time alive", and, in fact, the settlor did receive income pursuant to para. 1(a). Mrs. McCreath could apply to the Court to require the trustee to respect the terms of the trust if it refused to exercise its discretion. The fact that a discretionary object may have no interest in property law terms because she has no "right" to a definable amount of income is irrelevant. I do not believe that the niceties and arcana of ancient property law should be fastened upon with mechanical rigidity to determine the effect of a modern taxation statute whose purpose is plain.

Exemption under s. 5(1)(g)

Since the trust property is property passing on death, it would seem that it should be subject to duty according to s. 6(a) of the Act. The respondents contend, however, that the corpus of the trust

disposent de leurs biens mais qui veulent en profiter tant qu'elles vivront. L'imposition est tout à fait normale en pareil cas, quelle que soit l'importance de la part réservée ou que sa portée soit délimitée ou non. Il n'est pas nécessaire qu'elle le soit, l'impôt portant sur la valeur totale des biens. La portée n'est donc pas en jeu; il suffit qu'il y ait eu réservation. Je suis donc d'avis que les décisions sont acceptables en principe.

Le juge Fraser a fait une distinction avec la décision dans *Gartside* en raison de l'existence dans cette affaire, contrairement à la présente, d'une clause de capitalisation. J'estime respectueusement que ce faisant, il s'est trompé puisque les décisions ultérieures à *Gartside* ont rejeté cet argument comme fondement à une distinction (*Re Weir's Settlement*⁵, *Sainsbury v. Inland Revenue Commissioners*⁶).

Je conclus que M^{me} McCreath a conservé aux fins de l'al. p)(viii) de l'art. 1, un droit sur les biens dont elle a disposé en se désignant elle-même comme un des bénéficiaires éventuels de la fiducie discrétionnaire. Les premiers bénéficiaires de la libéralité de la donatrice sont [TRADUCTION] «la Constituante... les descendants qu'elle pourra avoir». De fait, la constituante a perçu des revenus en vertu de l'al. a) du par. 1. M^{me} McCreath pouvait demander au tribunal d'ordonner à la fiduciaire de respecter les conditions de la fiducie si celle-ci refusait d'exercer son pouvoir discrétionnaire. Que le bénéficiaire éventuel n'ait aucun droit aux termes du droit des biens parce qu'il n'a pas «droit» à un montant déterminable de revenus n'est pas pertinent. Je ne pense pas qu'il faille s'en tenir rigoureusement aux subtilités et aux arcanes de l'ancien droit des biens pour déterminer l'effet d'une loi fiscale moderne dont le but est évident.

Exemption en vertu de l'al. g) du par. (1) de l'art. 5

Comme les biens en fiducie sont des biens transmis par décès, ils sembleraient être imposables conformément à l'al. a) de l'art. 6 de la Loi. Toutefois, les intimés prétendent que le capital de

⁵ [1970] 1 All E.R. 297 (C.A.).

⁶ [1969] 3 All E.R. 919 (Ch.).

⁵ [1970] 1 All E.R. 297 (C.A.).

⁶ [1969] 3 All E.R. 919 (Ch.).

is exempted from tax by the operation of s. 5(1)(g) (*supra*) as a disposition made more than five years before death and held to the exclusion of the donor.

Counsel for the Minister argued that the respondents could not claim the benefit of s. 5(1)(g) if the trust property was "property passing upon death". Section 5(1)(g) excludes from duty "any disposition" made by the deceased where the property disposed of was assumed to the entire exclusion of the deceased more than five years before his death. It is the contention of the Minister that the exception given by this clause is, by its very words, restricted to what the Act treats as a "disposition". It is then urged that when the Legislature made s. 6 of the Act subject to ss. 4 and 5, it meant no more than to exempt those things that were taxed as dispositions if, *as dispositions*, they were exempt under ss. 4 or 5.

Since the Minister claimed to tax here under s. 1(p)(viii) and s. 6(a) rather than s. 1(f)(i) and s. 6(c), it is argued that s. 5(1)(g) cannot aid the respondents. With all due respect, I cannot read ss. 5 and 6 in these terms. The opening words of s. 6 are "Subject to ss. 4 and 5". These words apply to all the subsections in which tax liability is stated in s. 6, and not just to specific ones in ss. 5 and 6 with corresponding words. It appears that a given piece of property can be both a "property passing on death" and a "disposition" and, in either case, s. 5(1)(g) can take effect.

It has been suggested that a restrictive approach to the term "disposition" is justified by the legislative history of ss. 5 and 6. The concept of a "disposition" and the provision for exempting certain dispositions from duty were introduced as part of a legislative package amending *The Succession Duty Act* in 1937. However, I am not convinced that the method of enacting the statutory provisions related to dispositions shows that the word "disposition" in ss. 5(1)(g) and 6(c) is to be inter-

la fiducie est exempt d'impôt par l'application de l'al. g) du par. (1) de l'art. 5 (précité), parce que c'est une disposition faite plus de cinq ans avant le décès et sur laquelle le donateur n'a conservé aucun contrôle.

L'avocat du Ministre a soutenu que les intimés ne pouvaient pas réclamer le bénéfice de l'al. g) du par. (1) de l'art. 5 si les biens en fiducie étaient des [TRADUCTION] «biens transmis par décès». L'alinéa g) du par. (1) de l'art. 5 exempte de droit «toute disposition» faite par le *de cuius* lorsque le constituant n'exerce aucun contrôle sur les biens, objet de la disposition, au moins cinq ans avant son décès. Le Ministre prétend que le libellé même de cette disposition restreint l'exemption à ce que la Loi considère comme une «disposition». On prétend ensuite que lorsque la Législature a assujéti l'art. 6 de la *Loi* aux art. 4 et 5, elle ne visait qu'à exempter ce qui était taxé en tant que disposition si, à ce titre, elles étaient exemptées en vertu des art. 4 et 5.

Comme le Ministre prétend imposer des droits en l'espèce en vertu de l'al. p)(viii) de l'art. 1 et de l'al. a) de l'art. 6 plutôt que de l'al. f)(i) de l'art. 1 et de l'al. c) de l'art. 6, on soutient que l'al. g) du par. (1) de l'art. 5 ne peut pas aider les intimés. Respectueusement, je ne peux pas interpréter ainsi les art. 5 et 6. Les premiers mots de l'art. 6 sont [TRADUCTION] «Sous réserve des articles 4 et 5». Ces mots s'appliquent à toutes les dispositions de l'art. 6 qui prévoient l'assujettissement à l'impôt et non uniquement à certaines dispositions particulières des art. 5 et 6 au libellé correspondant. Il semble qu'un bien peut être à la fois un «bien transmis par décès» et une «disposition» et, dans les deux cas, l'al. g) du par. (1) de l'art. 5 peut s'appliquer.

On a soutenu que le passé des art. 5 et 6 justifiait une interprétation restrictive du mot «disposition». Le concept de «disposition» et la clause en exemptant certaines de l'imposition ont été introduits en 1937 par une modification complète du *Succession Duty Act*. Toutefois, je ne suis pas convaincu que la façon dont les articles de la loi relatifs aux dispositions ont été adoptés indique qu'il faut interpréter le mot «disposition» de l'al. g) du par. (1) de l'art. 5 et de l'al. c) de l'art. 6 de

puted to exclude items that are also "property passing on death."

Counsel for the Minister also argued that the result reached by the trial judge was never intended by the Legislature. According to the holding, s. 5(1)(g) would exempt the corpus of a gift property, even if the settlor retained a life interest in the income. In the absence of s. 5(1)(g), such an interest would taint the gift and make the property subject to tax by the operation of s. 1(p)(viii). I do not think that any incompatibility between s. 1(p)(viii) and s. 5(1)(g) need necessarily result. The concern in s. 5(1)(g) is that the donor of a gift made more than five years before death be entirely excluded from the subject-matter of the gift or any benefit from the gift. In deciding what constitutes exclusion or retention of benefit, the courts have used complex and often convoluted reasoning. The test adopted is best explained in *Green's Death Duties*, 7th ed. (1971), at p. 143:

If it is found that the deceased, instead of reserving an interest in the property given, has retained and excluded from the gift some beneficial interest, the interest which he has retained is not a reservation in relation to the interest which he has given: it is simply something which was not included in the gift. The principle is that what a donor keeps back is no gift.

See also 15 *Halsbury's* (3d) at p. 21.

There are several English cases which elaborate and apply this test. In *In re Cochrane*⁷, the deceased settled a mortgage with the annual income up to the value of £575 to his daughter and any excess income to him for his daughter's life; the corpus to his daughter on settlor's death if she survived him; the reversion to him if she predeceased him. It was held that only the capitalized value of the excess income and the capitalized value of the contingent reversion were taxable on settlor's death. Similar results were achieved in *Commissioner for Stamp Duties of New South*

manière à exclure ce qui peut également être un «bien transmis par décès».

L'avocat du Ministre a prétendu également que le législateur n'a jamais recherché le but atteint par le juge de première instance. Selon ce dernier, l'al. g) du par. (1) de l'art. 5 exempterait le capital des biens donnés, même si le constituant se réservait une rente viagère sur le revenu. Sans l'al. g) du par. (1) de l'art. 5, une telle rente altérerait la nature de la donation et assujettirait les biens à l'impôt par application de l'al. p)(viii) de l'art. 1. Je ne pense pas qu'une incompatibilité quelconque entre l'al. p)(viii) de l'art. 1 et l'al. g) du par. (1) de l'art. 5 entraîne automatiquement pareil résultat. Au sens de l'al. g) du par. (1) de l'art. 5, le donateur de biens transmis plus de cinq ans avant son décès doit n'avoir aucun contrôle sur l'objet de la donation ni en recevoir quelque bénéfice. Pour décider ce qui constitue l'absence de contrôle ou la réservation d'un bénéfice, les tribunaux ont suivi un raisonnement complexe et souvent contourné. La meilleure explication du critère adopté se trouve dans *Green's Death Duties*, 7^e éd. (1971), à la p. 143):

[TRADUCTION] S'il est jugé que le *de cujus*, au lieu de se réserver un droit sur les biens donnés, a conservé un droit réel qu'il a exclu de la donation, ce droit ne constitue pas une réservation à l'égard du droit donné: il s'agit simplement d'un élément qui ne fait pas partie de la donation. Le principe est que ce que le donateur conserve pour lui ne peut être considéré comme une donation.

Voir aussi 15 *Halsbury's* (3d), à la p. 21.

Plusieurs arrêts anglais ont étudié et appliqué ce critère. Dans *In re Cochrane*⁷, le *de cujus* a constitué une hypothèque dont le revenu annuel jusqu'à concurrence de £575 devait être versé à sa fille et, du vivant de celle-ci, il devait percevoir le surplus; le capital était légué à sa fille à son décès, si elle lui survivait et dans le cas du prédécès de celle-ci, il y avait retour du capital. Il a été statué que seules étaient imposables au décès du constituant la valeur capitalisée de l'excédent de revenu et la valeur capitalisée du retour éventuel. Les mêmes conclusions ont été tirées dans *Commissioner for*

⁷ [1905] 2 I.R. 626, affd. [1906] 2 I.R. 200.

⁷ [1905] 2 I.R. 626, conf. [1906] 2 I.R. 200.

*Wales v. Perpetual Trustee Co.*⁸, and *St. Aubyn v. Attorney-General*⁹, where Lord Radcliffe stated at p. 49:

All these decisions proceed upon a common principle, namely, that it is the possession and enjoyment of the actual property given that has to be taken account of, and that if that property is, as it may be, a limited equitable interest or an equitable interest distinct from another such interest which is not given or an interest in property subject to an interest that is retained, it is of no consequence for this purpose that the retained interest remains in the beneficial enjoyment of the person who provides the gift.

In *Commissioner for Stamp Duties, New South Wales v. Perpetual Trustee Co.*, *supra*, Lord Russell of Killowen, delivering the judgment of the Board, said in a passage at pp. 445-446 which is cited with approval in *St. Aubyn's* case and in *Oakes v. Commissioner of Stamp Duties of New South Wales*¹⁰:

There is nothing laid down as law in that case which conflicts with the view that the entire exclusion of the donor from possession and enjoyment which is contemplated by s. II, sub-s.I of the Act of 1889 [the forerunner of section 43 of the *Finance Act, 1940*] is entire exclusion from possession and enjoyment of the beneficial interest in property which has been given by the gift, and that possession and enjoyment by the donor of some beneficial interest therein which he has not included in the gift is not inconsistent with the entire exclusion from possession and enjoyment which the sub-section requires.

The matter was further refined in *Oakes'* case in the following passage from the judgment of Lord Reid, at p. 79:

The contrast is between reserving a beneficial interest and only giving such interests as remain on the one hand, and on the other hand reserving power to take benefit out of, or at the expense of, interests which are given. . . .

A similar approach was adopted in the Canadian case of *Minister of National Revenue v. National Trust Co.*¹¹. A father settled shares with income to his daughter for life and corpus to her

*Stamp Duties of New South Wales v. Perpetual Trustee Co.*⁸, et dans *St. Aubyn v. Attorney-General*⁹, où lord Radcliffe disait à la p. 49:

[TRADUCTION] Toutes ces décisions sont fondées sur le même principe, savoir qu'il faut déterminer qui a la possession et la jouissance des biens effectivement donnés et, si ces biens sont, comme il arrive parfois, un droit en *equity* limité ou un droit en *equity* distinct d'un autre droit semblable qui n'est pas donné, ou un droit sur des biens assujettis à un droit réservé, il est sans conséquence à cet égard que le disposant conserve l'usufruit (beneficial enjoyment) du droit réservé.

Dans *Commissioner for Stamp Duties, New South Wales v. Perpetual Trustee Co.*, (précitée), lord Russell of Killowen, prononçant le jugement de la Chambre, a dit dans un passage, aux pp. 445 et 446, qui est cité et adopté dans *St. Aubyn* et dans *Oakes v. Commissioner of Stamp Duties of New South Wales*¹⁰.

[TRADUCTION] Aucun principe de droit exposé dans cette affaire ne contredit l'opinion selon laquelle l'exclusion totale du donateur de la possession et de la jouissance que vise le par. I de l'art. II de la Loi de 1889 [le précurseur de l'art. 43 du *Finance Act* de 1940] est l'exclusion totale de la possession et de la jouissance d'un droit réel sur les biens faisant l'objet de la donation. La possession et la jouissance par le donateur d'un droit réel sur ceux-ci qu'il n'a pas inclus dans la donation, ne sont pas incompatibles avec l'exclusion totale de la possession et de la jouissance exigée par le paragraphe.

Lord Reid a encore raffiné la question dans le passage suivant de l'arrêt *Oakes*, à la p. 79:

[TRADUCTION] La différence réside entre la réservation d'un droit réel et la donation des autres droits d'une part, et, d'autre part, la réservation de la faculté de tirer un profit des droits donnés ou à leurs dépens . . .

La Cour a adopté un point de vue semblable dans l'affaire canadienne *Ministre du Revenu national c. National Trust Co.*¹¹. Un père disposa d'actions dont le revenu, de son vivant, était paya-

⁸ [1943] A.C. 425 (P.C.).

⁹ [1952] A.C. 15 (H.L.).

¹⁰ [1954] A.C. 57.

¹¹ [1949] S.C.R. 127.

⁸ [1943] A.C. 425 (P.C.).

⁹ [1952] A.C. 15 (H.L.).

¹⁰ [1954] A.C. 57.

¹¹ [1949] R.C.S. 127.

on his death if she survived him; otherwise reversion to the settlor. This Court held that the contingent reversion was not a reservation of benefit excluding him from the exemption of s. 7 of the *Dominion Succession Duty Act*, 1940-41 (Can.). As Kerwin J. stated at p. 132:

It logically follows from the principle set forth above, that is, that the reversion of the father is something not comprised in the gift to the daughter, that the former was excluded from any benefit in the subject matter of the gift.

Founding on the line of cases mentioned, the respondents argue that the corpus in the 1948 Trust was a disposition (s. 1(f)(i) or (ii)) from which the deceased was excluded from benefit. The retention of the income interest was something *not* given (*i.e.*, reserved out of the gift) and not a benefit flowing from the gift.

One should not be too quick to adopt the holdings in these cases and find them applicable to s. 5(1)(g) of the Ontario *Succession Duty Act*. Our concern here is the interpretation of a statute, and such a task requires consideration of the total context in which a given word or section is found. There is a major structural difference between the English and, to a lesser extent, the Canadian Acts which were construed in the cases cited. The English statute contains provisions similar to both s. 1(p)(viii) and s. 5(1)(g), but both are phrased as "recapture" provisions. Thus, if a given scheme does not fall within one section for taxation purposes, it will be caught by the other. The Canadian Act had both a recapture and exemption scheme, found in ss. 3(1)(d) and 7(1)(g) (as amended by 1941-42 (Can.), c. 25, ss. 4, 6). Both provisions dealt with gifts with reservations of benefits in terms similar to s. 5(1)(g) of the Ontario Act. In contrast the Ontario statute is structured with a recapture section (s. 1(p)(viii)) differing in form from its exemption section (s. 5(1)(g)). Whereas there is no difficulty in interpreting two recapture sections compatibly (as in the English experience), there is danger that an exempting section may be read incompatibly with a recapture section, if the

ble à sa fille, à qui était légué le capital au décès dudit père, si elle lui survivait; dans le cas contraire, il y avait retour au disposant. La présente Cour a statué que le retour éventuel n'était pas une réservation d'avantages le privant de l'exemption de l'art. 7 de la *Loi fédérale sur les droits successoraux*, 1940-41 (Can.). Le juge Kerwin dit à la p. 132:

[TRADUCTION] Il découle logiquement du principe exposé ci-dessus, selon lequel le retour au père n'est pas un élément compris dans la donation à la fille, que le père ne retirait aucun avantage de l'objet de la donation.

Se fondant sur la jurisprudence mentionnée, les intimés prétendent que le capital de la fiducie de 1948 constituait une disposition (al. f)(i) ou (ii) de l'art. 1) dont le *de cujus* ne pouvait tirer aucun avantage. La réservation de la participation au revenu était quelque chose qui *n'avait pas* été donné (*c.-à-d.*, exclu de la donation) et non pas un avantage découlant de la donation.

Il ne faut pas adopter trop vite les conclusions de ces arrêts et décider qu'elles s'appliquent à l'al. g) du par. (1) de l'art. 5 du *Succession Duty Act* de l'Ontario. Nous avons en l'espèce à interpréter une loi et cette tâche demande l'examen de tout le contexte où un mot ou un article donné se trouve. Il y a une importante différence structurale avec la législation anglaise et, à un moindre degré, avec la législation canadienne que l'on a interprétées dans les affaires citées. La loi anglaise contient des dispositions semblables et à l'al. p)(viii) de l'art. 1, et à l'al. g) du par. (1) de l'art. 5, mais toutes deux sont rédigées comme des dispositions de «récupération». Par conséquent, si une opération donnée n'est pas visée par un article aux fins de l'impôt, elle le sera par l'autre. La Loi canadienne contenait à la fois une disposition de récupération et une disposition d'exemption, soit l'al. d) du par. (1) de l'art. 3 et l'al. g) du par. (1) de l'art. 7 (tel que modifié par les art. 4 et 6 du c. 25, 1941-42 (Can.)). Les deux dispositions portaient sur des donations avec réservation d'avantages dans des termes semblables à ceux de l'al. g) du par. (1) de l'art. 5 de la Loi ontarienne. Par contre, dans la Loi ontarienne, l'article de récupération (l'al. p)(viii) de l'art. 1) est rédigé différemment de

two differ in wording, so as to free from tax in one part of the Act all those who have been caught by another provision. That is the concern in interpreting the Ontario Act. Because of the recapture/exemption dichotomy unique to this Act, the English cases cannot bind the Court's interpretation thereof, nor even provide much guidance. In the judgment of this Court in *Gorkin (Adilman Estate) v. Minister of National Revenue*¹², it was said, at p. 368 that when Parliament inserts a recapturing section in a *Succession Duty Act*:

It must be assumed that it was placed there so as to include, as a succession, a certain type of transaction which would not otherwise have been included under any of the other paragraphs.

. . . .

We must read s. 5(1)(g) and s. 1(p)(viii) in light of the policy of the Act, which is to tax all *inter vivos* gifts from which the donor failed to detach himself. The repondents' argument rests upon severance of income and corpus yet we have not been referred to any case, and I have been unable to find one, in which severability of beneficial interests in a gift of shares, between capital and income, has been recognized.

The United States Supreme Court dealt with the possibility of severing income and corpus in *Commissioner of Internal Revenue v. Estate of Church*¹³, and rejected such a proposition. Mr. Justice Black stated, at p. 645:

Church did not even risk attaching an unbreakable cable to the most valuable property attribute of the stocks, their income. He simply retained this valuable property, the right to the income, for himself until death, when for

l'article d'exemption (l'al. g) du par. (1) de l'art. 5). Alors qu'il n'y a pas de difficulté à interpréter deux articles de récupération de manière compatible (comme en Angleterre), il est à craindre que l'on interprète de manière incompatible un article d'exemption et un article de récupération, si les deux articles sont rédigés différemment, avec le résultat que l'on exempté de l'impôt dans une partie de la Loi tous ceux qui avaient été visés par une autre disposition. C'est là la difficulté de l'interprétation de la Loi ontarienne. A cause de la dichotomie entre les articles de récupération et d'exemption propres à cette Loi, la jurisprudence anglaise ne peut pas lier la Cour dans son interprétation de ces dispositions ni même l'orienter. Cette Cour a statué dans l'affaire *Gorkin (Adilman Estate) c. Ministre du Revenu national*¹², à la p. 368, que lorsque le Parlement introduit un article de récupération dans une *Loi sur les droits successoraux*:

[TRADUCTION] Il faut présumer qu'il a été placé là pour inclure, dans les biens transmis par décès, un certain type d'opération qui autrement n'aurait été visée par aucune autre disposition.

. . . .

Nous devons lire l'al. g) du par. (1) de l'art. 5 et l'al. p)(viii) de l'art. 1 compte tenu du but de la Loi, soit de taxer toutes les donations entre vifs dont l'auteur ne s'est pas dessaisi. L'argument des intimés repose sur la disjonction du revenu et du capital, mais on ne nous a cité aucun arrêt, et je n'ai pu en trouver un seul, où l'on ait reconnu, à l'occasion d'une donation d'actions, la distinction entre les droits réels qui se rattachent au capital et ceux qui se rattachent au revenu.

La Cour suprême des États-Unis a considéré la possibilité de dissocier le revenu et le capital dans *Commissioner of Internal Revenue v. Estate of Church*¹³, et elle l'a rejetée. Le juge Black dit, à la p. 645:

[TRADUCTION] Church ne s'était même pas aventuré à attacher un lien incassable à ce qui donne le plus de valeur aux actions, à savoir leur revenu. Il a simplement retenu ce droit au revenu, jusqu'à son décès; à ce

¹² [1962] S.C.R. 363.

¹³ (1949), 335 U.S. 632.

¹² [1962] R.C.S. 363.

¹³ (1949), 335 U.S. 632.

the first time the stock with all its property attributes "passed" from Church to the trust beneficiaries.

... an estate tax cannot be avoided by any trust transfer except by a bona fide transfer in which the settlor, absolutely, unequivocally, irrevocably, and without possible reservations, parts with all of his title and all of his possession and all of his enjoyment of the transferred property.

On the wording of the trust document I can find no reason to regard the property which passed here as two separate and distinct dispositions, one of income and one of corpus. Essentially the subject-matter of the gift was a block of shares. In paragraph 1 of the indenture the trustee undertook to receive the voting trust certificate "to constitute a trust fund". Thus, when Mrs. McCreath received income, the benefit came from property which she had purported fully to have given away, her interest in the shares of Mount Royal Paving & Supplies Limited. Although the trust indenture provides that the income from the trust fund is to be handled in one manner and the corpus in another, that does not have the effect of constituting two properties. The matters are dealt with in separate sub-paragraphs, it is true, but we do not stop at mere form in taxing matters. The substance of the matter in my view is that there was one gift, the subject-matter being 99,986 common shares in the capital stock of Mount Royal Paving & Supplies Limited. The income from the 1948 Trust was part of the gift and not something "not comprised in" the gift of corpus. If a father gives a parcel of revenue-bearing real estate to his son and retains the income or a portion of the income from the real estate, it could not seriously be contended that the father had been entirely excluded from the property disposed of.

If, as I have found, an interest was reserved to Mrs. McCreath in the property passing, within the meaning of s. 1(p)(viii), it would follow that the disposition made by her was not such that the possession and enjoyment of the property by the persons to whom the disposition was made was retained to the entire exclusion of Mrs. McCreath,

moment-là, pour la première fois, les actions et tous les droits qui en découlent «ont été transférés» de Church aux bénéficiaires de la fiducie.

... on ne peut éviter un impôt sur les successions par une cession fiduciaire, sauf par un transfert de bonne foi par lequel le constituant se départit de façon absolue, non équivoque et irrévocable, et sans réserve possible, de tout titre, possession et jouissance des biens transférés.

D'après le texte de l'acte de fiducie, je ne peux trouver aucun motif justifiant de considérer les biens transférés en l'espèce comme deux dispositions séparées et distinctes, l'une visant le revenu et l'autre le capital. Essentiellement, un paquet d'actions constituait l'objet de la donation. Au paragraphe 1 de l'acte, la fiduciaire s'est engagée à recevoir le certificat de fiducie donnant droit de vote «afin de constituer un fonds de fiducie». Par conséquent, lorsque M^{me} McCreath a reçu des revenus, cet avantage provenait de biens qu'elle avait voulu donner de façon absolue, à savoir son droit dans les actions de Mount Royal Paving & Supplies Limited. Quoique l'acte de fiducie prévoit des traitements différents pour les revenus du fonds de fiducie et pour le capital, cela n'a pas pour résultat de constituer deux catégories distinctes de biens. Il est vrai que l'acte en traite dans deux alinéas séparés, mais nous ne pouvons considérer simplement la forme dans les questions fiscales. A mon avis, il n'y avait au fond qu'une seule donation, dont l'objet était 99,986 actions ordinaires du capital social de Mount Royal Paving & Supplies Limited. Les revenus de la fiducie de 1948 faisaient partie de la donation et n'étaient pas quelque chose «non inclus» dans la donation du capital. Si un père donne à son fils une partie d'un immeuble productif de revenus et s'en réserve les revenus en tout ou en partie, on ne peut pas sérieusement prétendre que le père avait été entièrement exclu du bien ainsi cédé.

Si, comme je l'ai conclu, un droit sur les biens transmis était réservé à M^{me} McCreath, au sens de l'al. p)(viii) de l'art. 1, il s'ensuivrait qu'aux termes de la disposition, la possession et la jouissance des biens par les personnes en faveur de qui cette disposition était faite, n'ont pas été retenues à l'exclusion totale de M^{me} McCreath, au sens de

within the meaning of s. 5(1)(g). It seems to me that Mrs. McCreath, during her lifetime, remained effectively in control of that which she affected to dispose of, not only by the possible income interest, but also because of the right to designate by will which of her children should receive the corpus on her death and subject to what terms and conditions. One must look at the substance of the matter to see what the donor parted with and what she retained. Mrs. McCreath derived actual benefit from the voting trust certificates or the underlying shares or their dividends. The transfer of the shares of Mount Royal Paving & Supplies Limited to the trustee was, in my opinion, a colourable gift and not a *bona fide* disposition of the type which s. 5(1)(g) is intended to exempt. Section 1(p)(viii) and s. 5(1)(g) have a common purpose, taxation of those who purport to gift their property during life but, in reality, fail to do so. The sections should be complementary as in the English and Canadian Acts and not interpreted absurdly so as to catch the donor at one point and then free him at another. If s. 1(p)(viii) and s. 5(1)(g) are to work harmoniously within the total context of the Act, s. 5(1)(g) must be restricted to situations where the donor totally excludes himself from the subject property.

I sum up these reasons with the following conclusions:

1. The corpus is "property passing on death" under s. 1(p)(viii) because an "interest" was retained for the settlor's life;

2. The property is not exempted under s. 5(1)(g) even though it is a disposition made more than five years before death. Whenever the donor fails to divest himself or herself of control of or income benefits from the property, the section is inapplicable to exempt from tax, and the corpus and income cannot be severed for purposes of this section if the donor retains an income interest.

l'al. g) du par. (1) de l'art. 5. Il m'apparaît que M^{me} McCreath a, de son vivant, conservé effectivement la haute main sur ce dont elle prétendait avoir disposé, non seulement à cause de sa participation possible au revenu, mais également à cause du droit d'indiquer par testament lequel ou lesquels de ses enfants recevraient le capital à son décès et selon quelles modalités. Il faut examiner le fond de l'opération pour découvrir ce dont la donatrice s'est départie et ce qu'elle a conservé. M^{me} McCreath a tiré un avantage réel du certificat de fiducie donnant droit de vote ou des actions qu'il représente ou de leurs dividendes. Le transfert des actions de Mount Royal Paving & Supplies Limited à la fiduciaire constituait, selon moi, une donation déguisée et non une disposition de bonne foi relevant de la catégorie de celles exemptées par l'al. g) du par. (1) de l'art. 5. L'alinéa p)(viii) de l'art. 1 et l'al. g) du par. (1) de l'art. 5 ont un but commun, soit d'imposer ceux qui prétendent donner leurs biens de leur vivant mais qui, en réalité ne le font pas. Les dispositions se doivent d'être complémentaires comme dans la législation anglaise et canadienne et non pas interprétées de façon absurde de manière à attraper le donateur à un endroit pour le relâcher à un autre. Pour que l'al. p)(viii) de l'art. 1 et l'al. g) du par. (1) de l'art. 5 s'appliquent en harmonie dans le contexte global de la Loi, l'al. g) du par. (1) de l'art. 5 ne doit s'appliquer que dans les cas où le donateur s'exclut complètement des biens donnés.

Je résume ces motifs dans les conclusions suivantes:

1. Le capital est «un bien transmis par le décès» en vertu de l'al. p)(viii) de l'art. 1, parce qu'un «droit» a été retenu pendant la vie de la constituante;

2. Les biens ne sont pas exempts en vertu de l'al. g) du par. (1) de l'art. 5, même s'il s'agit d'une disposition faite plus de cinq ans avant le décès. Quand le donateur ou la donatrice ne se départit pas du contrôle des biens ou des revenus en provenant, l'alinéa ne peut servir de base à une exemption fiscale, et le capital et les revenus ne peuvent pas être dissociés aux fins de cet alinéa si le donateur retient une participation aux revenus.

I would accordingly allow the appeal with costs throughout and order that the statements of succession duty dated June 24, 1971 served on the respondents should include the value of the 1948 Trust.

JUDSON J.—The facts and the full terms of the trust are set out in the reasons of Dickson J. I will deal first with the question whether the subject-matter of the trust is property passing on death within the meaning of s. 1(p)(viii) of the Act, which reads:

1. (p) (viii) any property passing under any past or future settlement, including any trust, whether expressed in writing or otherwise and if contained in a deed or other instrument effecting the settlement, whether such deed or other instrument was made for valuable consideration or not, as between the settlor and any other person, made by deed or other instrument not taking effect as a will, whereby an interest in such property or the proceeds of sale thereof for life, or any other period determinable by reference to death, is reserved either expressly or by implication to the settlor, or whereby the settlor may have reserved to himself the right by the exercise of any power to restore to himself, or to reclaim the absolute interest in such property, or the proceeds of sale thereof, or to otherwise resettle the same or any part thereof, ...

The trial judge held that it was property passing on death because Mrs. McCreath, as a potential beneficiary of the discretionary trust of income, had reserved an interest for life. I do not find it necessary to deal with this nor with the question whether we should decline to adopt the English authorities such as *Gartside v. Inland Revenue Commissioners*¹⁴, and *Re Weir's Settlement*¹⁵, which held that such a beneficiary had no enforceable interest under the English legislation. I would bring this case within s. 1(p)(viii) because Mrs. McCreath reserved by s. 1(b) of the trust a testamentary power of appointment of the corpus of the trust among her children. My opinion is that this testamentary power of appointment was a reservation of a power to resettle the property and is squarely within the concluding words of s. 1(p)(viii).

Je suis par conséquent d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours et d'ordonner que la valeur de la fiducie de 1948 soit incluse dans les états des droits de succession datés du 24 juin 1971 et signifiés aux intimés.

LE JUGE JUDSON—Dans ses motifs, le juge Dickson a exposé les faits et les modalités complètes de la fiducie. Je vais d'abord examiner la question à savoir si l'objet de la fiducie constitue un bien transmis par décès au sens de l'al. 1(p)(viii) de l'art. 1, qui prévoit:

[TRADUCTION] 1. p) (viii) les biens transmis en vertu d'une constitution passée ou future, y compris une fiducie, exprimée par écrit ou autrement, et, si elle est contenue dans un acte ou autre instrument effectuant la constitution, que cet acte ou autre instrument constate un contrat à titre onéreux ou à titre gratuit entre le constituant et toute autre personne, faite par acte ou autre instrument ne pouvant pas valoir comme testament, par lequel le constituant retient expressément ou implicitement, de son vivant, ou pour une autre période calculable par rapport à la date de son décès, un droit sur les biens ou le produit de leur vente, ou par lequel le constituant peut s'être réservé le droit de retour de ces biens ou d'en reprendre la propriété ou le produit de leur vente ou d'en disposer autrement en tout ou en partie, ...

Le juge de première instance a statué qu'il s'agissait de biens transmis par décès, parce que M^{me} McCreath, en tant que bénéficiaire éventuelle des revenus de la fiducie discrétionnaire, s'était réservé une rente viagère. J'estime qu'il n'est pas nécessaire de statuer là-dessus ni sur la question de savoir si nous devons refuser de suivre la jurisprudence anglaise comme *Gartside v. Inland Revenue Commissioners*¹⁴ et *Re Weir's Settlement*¹⁵, qui ont décidé que pareil bénéficiaire n'avait pas de droit exécutoire en vertu de la loi anglaise. Je place cette affaire dans le cadre de l'al. p)(viii) de l'art. 1, parce que M^{me} McCreath s'est réservée, à l'al. b) de l'art. 1 de l'acte de fiducie, le pouvoir de léguer par testament, à ses enfants, le capital de la fiducie. J'estime que ce pouvoir de désigner par testament les bénéficiaires constitue une réservation du pouvoir de faire une nouvelle disposition des biens et est visé directement par les derniers mots de l'al. p)(viii) de l'art. 1.

¹⁴ [1968] A.C. 553.

¹⁵ [1970] 1 All E.R. 297.

¹⁴ [1968] A.C. 553.

¹⁵ [1970] 1 All E.R. 297.

I am also of the opinion that this settlement is a disposition within s. 6(c) of the Act and that this disposition is not exempted by s. 5(1)(g). Section 6(c) of the Act reads:

6. Subject to sections 4 and 5, on the death of any person whether he dies domiciled in Ontario or elsewhere,

(c) where any disposition, other than of realty situate outside Ontario, is made in Ontario on or after the 1st day of July, 1892, to any person who is resident in Ontario at the date of death of the deceased, duty shall be levied on such person, with respect to such disposition, in accordance with the dutiable value thereof; . . .

The exempting section 5(1)(g) reads as follows:

5. (1) (g) any disposition where actual and *bona fide* enjoyment and possession of the property in respect of which the disposition is made, was assumed more than five years before the date of death of the deceased by the person to whom the disposition is made, or by a trustee for such person, and thenceforward retained to the entire exclusion of the deceased or of any benefit to him whether voluntary or by contract or otherwise; . . .

Whatever one may say about the meaning of the word "interest" under s. 1(p)(viii), it has no application to s. 5(1)(g). Section 5(1)(g) requires retention by the donee "to the entire exclusion of the deceased or of any benefit to him whether voluntary or by contract or otherwise." Mrs. McCreath, as beneficiary under a discretionary trust is clearly within this wording.

I would allow the appeal with costs.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: F. W. Callaghan, Toronto.

Solicitors for the respondents: Ongley & Blair, Toronto.

Solicitor for the respondent, Michelle McCreath: E. M. Henry, Official Guardian, Toronto.

Je suis également d'avis qu'il s'agit d'une disposition au sens de l'al. c) de l'art. 6, laquelle n'est pas exemptée par l'al. g) du par. (1) de l'art. 5. Voici le texte de l'al. c) de l'art. 6:

[TRADUCTION] 6. Sous réserve des articles 4 et 5, au décès de toute personne, domiciliée en Ontario ou non au moment de sa mort,

c) lorsqu'une disposition, n'ayant pas pour objet des biens immobiliers situés hors de l'Ontario, a été faite après le 1^{er} juillet 1892, en faveur d'une personne qui réside en Ontario au moment du décès du *de cuius* cette personne est assujettie à l'impôt, eu égard à cette disposition, selon la valeur imposable de celle-ci; . . .

L'alinéa g) du par. (1) de l'art. 5 qui prévoit l'exemption se lit comme suit:

5. (1) g) toute disposition en vertu de laquelle la jouissance et la possession réelles et de bonne foi des biens qui font l'objet de la disposition, ont été assumées plus de cinq ans avant la date du décès du *de cuius* par le bénéficiaire de ladite disposition, ou par un fiduciaire pour celui-ci et dès lors retenues à l'entière exclusion du *de cuius* et de tout avantage pour lui que ce soit volontairement, par contrat ou autrement; . . .

Quel que soit le sens que l'on donne au mot «droit» à l'al. p)(viii) de l'art. 1, il ne s'applique pas à l'al. g) du par. (1) de l'art. 5. L'alinéa g) du par. (1) de l'art. 5 exige la rétention par le donataire «à l'entière exclusion du *de cuius* et de tout avantage pour lui, que ce soit volontairement, par contrat ou autrement». M^{me} McCreath, en tant que bénéficiaire d'une fiducie discrétionnaire est manifestement visée par ce texte.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelant: F. W. Callaghan, Toronto.

Procureurs des intimés: Ongley & Blair, Toronto.

Procureur de l'intimée, Michelle McCreath: E. M. Henry, Official Guardian, Toronto.