

A-73-73

A-73-73

**Kingsdale Securities Co. Limited (Appellant)**

v.

**Minister of National Revenue (Respondent)**

Court of Appeal, Urie and Ryan JJ., and Bastin D.J.—Toronto, September 30 and October 1, 2, and 3; Ottawa, December 4, 1974.

*Income tax—Family companies—Operated by general partnership—Plan to meet legislation respecting associated companies—Family trusts to enter limited partnership—Trusts never established—Income Tax Act, s. 138A (en. 1963, c. 21, s. 26(1))—Federal Court Rule 1711—The Limited Partnerships Act, R.S.O. 1970, c. 247, s. 10—The Partnerships Act, R.S.O. 1970, c. 339, s. 2—The Interpretation Act, R.S.O. 1970, c. 225, s. 30.28.*

The appellant's predecessor, George E. Shnier & Company Limited, was incorporated in 1949, to engage in the manufacturing and distribution of floor, rubber and building products. In 1962, a partnership was formed to operate the Shnier company and another family concern. The equal partners were five corporations, controlled by five Shnier brothers. On the death of George Shnier, another corporation controlled by a Shnier brother was admitted to the partnership. After indications in the Canadian budget of June 1963, of changes in the taxation of associated companies, the Shniers planned a new structure to carry on the business. Five brothers were each to constitute a trust; in each case the trustees would include the brother concerned; beneficiaries to be named would be the wives of the Shnier brothers, their children and other relatives. A limited partnership, consisting of the five trusts (as limited partners) and the appellant company (as general partner), would then be formed, to take over the business from the general partnership, by purchase from the personal corporations; declarations of limited partnership would be filed and payment made to the limited partnership of \$75,000 by each of the family trusts; the appellant company was to be the managing partner. Trial exhibit 39, page 20, illustrated the tax effect that might result.

For the taxation years 1964-1967, the appellant's return of one sixth of the net income from the limited partnership was based on the contention that each of the five family trusts made returns declaring one sixth of the profit, after appropriate deduction for distribution to the *cestuis que trust*. The Minister did not re-assess the family trusts but he re-assessed the appellant for all of the income from the limited partnership on the ground that no trusts came into existence and hence all net income from the partnership was taxable in the hands of the appellant as the true owner of the business.

*Held*, (by a majority), the appeal should be dismissed.

**Kingsdale Securities Co. Limited (Appelante)**

c.

**a Le ministre du Revenu national (Intimé)**

Cour d'appel, les juges Urie et Ryan et le juge suppléant Bastin—Toronto, les 30 septembre et 1<sup>er</sup>, 2 et 3 octobre; Ottawa, le 4 décembre 1974.

*Impôt sur le revenu—Compagnies familiales—Fonctionnant sous forme de société en nom collectif—Projet pour faire face à la législation concernant les compagnies associées—Fiducies familiales formant une société en commandite—Fiducies jamais créées—Loi de l'impôt sur le revenu, art. 138A (adoptée en 1963, c. 21, art. 26(1))—Règle 1711 de la Cour fédérale—The Limited Partnerships Act, S.R.O. 1970, c. 247, art. 10—The Partnerships Act, S.R.O. 1970, c. 339, art. 2—The Interpretation Act, S.R.O. 1970, c. 225, art. 30.28.*

La George E. Shnier & Company Limited, compagnie dont l'appelante a pris la suite, a été constituée en 1949 en vue de fabriquer et de commercialiser des revêtements de sol, des produits en caoutchouc et des matériaux de construction. En 1962, une société a été formée pour gérer la compagnie Shnier et une autre affaire familiale. Les associés à participation égale en étaient cinq compagnies contrôlées par cinq frères Shnier. A la mort de George Shnier, une autre compagnie contrôlée par un frère Shnier fut admise dans la société. Comme le budget canadien de juin 1963 semblait prévoir des modifications dans l'imposition des compagnies associées, les frères Shnier établirent une nouvelle organisation pour exploiter l'entreprise. Chacun des cinq frères devait constituer une fiducie dont il serait un des fiduciaires; les bénéficiaires en seraient les épouses des cinq frères Shnier, leurs enfants et autres parents. Une société en commandite comprenant les cinq fiducies (comme commanditaires) et la compagnie appelante (comme gérante) devait être alors constituée pour reprendre l'affaire de la société en nom collectif en achetant la participation des compagnies personnelles; des déclarations de société en commandite devaient être déposées et chaque fiducie familiale apporter \$75,000 à la société en commandite. La pièce 39 du dossier, page 20, faisait ressortir les incidences fiscales qui pourraient en résulter.

Pour les années d'imposition de 1964 à 1967, l'appelante avait déclaré le sixième du revenu net provenant de la société en commandite au motif que chacune des cinq fiducies familiales déclarait le sixième des bénéfices après prélèvement des montants appropriés revenant aux bénéficiaires. Les fiducies familiales n'ont pas fait l'objet de cotisations nouvelles, mais le Ministre établit une nouvelle cotisation pour l'appelante portant sur la totalité du revenu provenant de la société en commandite, au motif que les fiducies n'ont pas été formées et que, partant, la totalité du revenu net provenant de la société était imposable entre les mains de l'appelante en qualité de propriétaire réel de l'affaire.

*Arrêt* (rendu à la majorité): l'appel est rejeté.

*Per Urie and Ryan J.J.*: The main purpose of the plan was to reduce, within legal bounds, the impact of tax that might result from the budget proposals. On the whole of the documentation and the findings of the Trial Judge, which were supported by the evidence, it was clear that neither a limited nor a general partnership was entered into. The trusts settled in the agreement of March or April 1964 were not established when the partnership agreement was said to have been made on or before January 1, 1964. The assumption that they could be partners was in error; trusts were ineligible under the law of Ontario, where the trust agreement was purported to be made (section 2 of *The Partnerships Act*, R.S.O. 1970, c. 339 and section 30.28 of *The Interpretation Act*, R.S.O. 1970, c. 225). As for the trustees, they signed the trust agreement, not as partners, but in their capacity as trustees. The appellant did not carry on the family business on behalf of the trusts in partnership and the net income was properly taxed in its hands.

*Per Bastin D.J.* (dissenting): The re-assessment by the Minister rested on the ground that the various steps taken by the Shnier brothers, purporting to establish trusts for the benefit of their wives and children, were merely an attempt to cloak or disguise the distribution of the profits of the family businesses, which, in fact, remained with the appellant. Since the trusts were actually established, irrevocably vesting in trustees for the wives and children of the families, an interest in the family businesses, the appellant should succeed.

*Owners of the Ship Tasmania v. Smith* (1890) 15 A.C. 223; *Lamb v. Kincaid* (1907) 38 S.C.R. 516; *Johnston v. M.N.R.* [1948] S.C.R. 486; *Von Hatzfeldt-Wildenburg v. Alexander* [1912] 1 Ch. 284; *Ayrshire Pullman Motor Services v. C.I.R.*, 14 T.C. 754; *Stanley v. National Fruit Company* [1929] 3 W.W.R. 522 and *London Passenger Transport Board v. Moscrop* [1942] A.C. 332; 111 L.J. Ch. 50, discussed.

INCOME tax appeal.

COUNSEL:

*H. Buchwald, Q.C.* and *M. Greene* for appellant.

*D. K. Laidlaw, Q.C.*, for respondent.

SOLICITORS:

*Buchwald, Asper, Henteleff, Zitzerman, Goodwin, Greene & Shead*, Winnipeg, for appellant.

*McCarthy & McCarthy*, Toronto, for respondent.

Les juges Urie et Ryan: le but principal du projet était de réduire, par des moyens légaux, l'incidence fiscale des propositions budgétaires. D'après l'ensemble du dossier et les conclusions du juge de première instance, corroborées par la preuve, il était clair que ni une société en nom collectif, ni une société en commandite n'avaient vu le jour. Les fiducies prévues dans l'accord de mars ou d'avril 1964 n'avaient pas été constituées à la date présumée du contrat de société, le 1<sup>er</sup> janvier 1964 ou antérieurement. C'est une erreur de prétendre qu'elles avaient pu participer à la formation de la société; elles ne le pouvaient pas en vertu de la Loi de l'Ontario où aurait été conclu l'accord en vue de la création des fiducies (voir l'article 2 de *The Partnerships Act*, S.R.O. 1970, c. 339 et l'article 30.28 de *The Interpretation Act*, S.R.O. 1970, c. 225). En ce qui concerne les fiduciaires, ils ont signé l'accord de fiducie, non en tant qu'associés, mais en leur qualité de fiduciaires. L'appelante n'a pas géré l'entreprise familiale au nom d'une société composée des fiduciaires et c'est à bon droit que le revenu net à été imposé entre ses mains.

Le juge suppléant Bastin (dissident): la nouvelle cotisation établie par le Ministre est fondée sur l'idée que les diverses mesures prises par les frères Shnier, en vue de créer des fiducies au bénéfice de leurs épouses et enfants, ne constituaient qu'une tentative destinée à simuler la répartition des bénéfices des entreprises de la famille, qu'en fait l'appelante conservait. Puisque les fiducies ont été effectivement créées, conférant une participation irrévocable dans les entreprises familiales aux fiduciaires pour le compte des épouses et enfants Shnier, l'appelante devrait avoir gain de cause.

Arrêts examinés: *Owners of the ship Tasmania c. Smith* (1890) 15 A.C. 223; *Lamb c. Kincaid* (1907) 38 R.C.S. 516; *Johnston c. M.R.N.* [1948] R.C.S. 486; *Von Hatzfeldt-Wildenburg c. Alexander* [1912] 1 Ch. 284; *Ayrshire Pullman Motor Services c. C.I.R.* 14 T.C. 754; *Stanley c. National Fruit Company* [1929] 3 W.W.R. 522 et *London Passenger Transport Board c. Moscrop* [1942] A.C. 332; 111 L.J. Ch. 50.

APPEL en matière d'impôt sur le revenu.

AVOCATS:

*H. Buchwald, c.r.*, et *M. Greene* pour l'appelante.

*D. K. Laidlaw, c.r.*, pour l'intimé.

PROCUREURS:

*Buchwald, Asper, Henteleff, Zitzerman, Goodwin, Greene & Shead*, Winnipeg, pour l'appelante.

*McCarthy & McCarthy*, Toronto, pour l'intimé.

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

URIE J.: This is an appeal from a judgment of the Trial Division, dismissing the appeal of the appellant from re-assessment by the respondent of the appellant's taxable income for the years 1964 to 1967 inclusive. Each re-assessment attributed to the appellant's taxable income for the relevant years all of the net income from what purported to be a limited partnership in which the appellant was the general partner. The appellant had included in its tax returns for those years only one-sixth of the net income derived from the alleged limited partnership. The limited partners were said to be five family trusts, each of which likewise declared one-sixth of the net profit of the partnership in their respective returns for the years in question after appropriate deductions for distributions made to the *cestuis que trust*. No re-assessments of the trusts nor of the *cestuis que trust* for any of the taxation years in question were issued by the respondent excluding the share of the net income of the partnership allocated to each.

The issue simply stated is whether the appellant, as it contends, was the owner of only a one-sixth interest in a limited partnership and was thereby taxable on only a one-sixth share of the taxable income thereof or was, in fact, liable for tax on the whole of the taxable income of the business, since no partnership ever came into existence, at least for tax purposes, as the respondent contends. This depends in part at least on whether or not trusts were ever created, and, if so, whether or not they ever became limited partners with the appellant as general partner in the business from which the income in question was derived. The respondent's contention is that no trusts came into existence so that for the taxation years in question all income derived from the alleged partnership was taxable in the hands of the appellant as the true owner of the business.

As the learned Trial Judge pointed out the answers to the questions depend primarily on the facts and his review of the evidence suf-

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

LE JUGE URIE: Il s'agit d'un appel du jugement de la Division de première instance rejetant l'appel de l'appelante concernant les nouvelles cotisations établies par l'intimé et afférentes au revenu imposable de celle-ci pour les années 1964 à 1967 inclusivement. Chaque nouvelle cotisation a intégré au revenu imposable de l'appelante, pour les années en question, la totalité du revenu net provenant d'une prétendue société en commandite dont elle était la gérante. L'appelante, pour ces années, n'avait inclus dans ses déclarations d'impôt que le sixième du revenu net provenant de la prétendue société en commandite. Les associés étaient censés être cinq fiduciaires familiales, dont chacune avait également inscrit le sixième des bénéfices nets de la société dans ses déclarations pour les années en question, après déduction des sommes revenant aux bénéficiaires. L'intimé n'a pas établi, pour les fiduciaires ni pour les bénéficiaires, de nouvelles cotisations afférentes aux années en question si ce n'est pour la portion du revenu net de la société attribuée à chacun d'eux.

Le point litigieux se résume à savoir si l'appelante, comme elle le soutient, détenait une participation d'un sixième dans la société en commandite et était donc imposable seulement sur le sixième du revenu imposable de la société ou si en fait, comme le soutient l'intimé, elle était imposable sur la totalité du revenu net de l'entreprise, puisque aucune société n'a été formée, du moins aux fins d'impôt. La solution repose en partie sur la réponse à la question de savoir si les fiduciaires ont été établies ou non et, dans l'affirmative, si elles sont devenues des commanditaires, l'appelante étant la gérante, de l'entreprise dont dérive le revenu en question. L'intimé soutient qu'aucune fiducie n'a vu le jour de sorte que, pour les années d'imposition en question, tout le revenu tiré de la prétendue société était imposable entre les mains de l'appelante en tant que propriétaire réel de l'entreprise.

Comme le savant juge de première instance le fit remarquer, la réponse à ces questions dépend d'abord des faits et son analyse des preuves

ficiently appears from the following excerpts from his reasons for judgment.

George E. Shnier & Company Ltd. was incorporated on April 22, 1948. From that time on it was engaged in the distribution and manufacturing of flooring, rubber and building products. Its name was changed to G.E. Shnier Co. Limited on December 27, 1963 and by further letters patent issued November 7, 1969 to Kingsdale Securities Co. Limited, the present appellant. Prior to December 31, 1961 the shareholdings of the company were as follows:

George E. Shnier	40%
Norman Shnier	20%
Irving Shnier	20%
Cecil Shnier	20%

The four Shniers were brothers. Another brother, Allan, operated a similar business in Winnipeg. His company was Eagle Distributing Co. Limited.

For a number of years there had been dissension among the shareholders of George E. Shnier & Company Ltd. These differences were resolved in 1961. I shall not go into lengthy detail but as of January 1, 1962 a partnership had been formed to operate the businesses formerly carried on by George E. Shnier & Company Ltd. and Eagle Distributing Co. Limited. The partners were five corporations each having an equal interest. These corporations were owned as follows:

George Edward Corporation Ltd. (George E. Shnier)  
Phil Shnier Limited (Phil Shnier)  
Eagle Distributing Co. Limited (Allan Shnier)  
Norman Shnier Limited (Norman Shnier)  
Irving Shnier Limited (Irving Shnier)

This corporate partnership carried on business under the name of G.E. Shnier Co. and Eagle Distributing Co.

On July 27, 1962 George E. Shnier died and Wabash Enterprises Ltd. (owned by Cecil Shnier) became a partner. The interest of George Edward Corporation Ltd. in the partnership was bought by the other corporate partners. Earlier in time the wives of certain of the brothers had purchased interests in the now appellant company. After George Shnier's death ownership of that company was in the wives of the five remaining brothers.

In June of 1963 the federal government introduced a budget. It was indicated there might be some serious taxation changes affecting associated companies. The legal and accounting advisers of the Shnier brothers were concerned about the implications vis-à-vis the Shnier businesses, as were the Shnier brothers themselves, and in July and later, proposals were put forward chiefly by the legal advisers as to setting up a new structure to carry on the business. While there were, from time to time, some variations in the proposed schemes for re-structure, the dominant theme was to continue the business as a partnership and to bring in as partners family trusts with limited liability. Evidence was

apparaît clairement dans les extraits suivants des motifs de son jugement:

La George E. Shnier & Company Ltd. fut constituée en compagnie le 22 avril 1948. A partir de cette date, elle a exploité une entreprise de fabrication et de distribution de produits en caoutchouc et de matériaux de construction et de revêtements de sol. Le 27 décembre 1963, elle prit le nom de G. E. Shnier Co. Limited et le 7 novembre 1969, par de nouvelles lettres patentes, elle le changea à nouveau en Kingsdale Securities Co. Limited, appelante en l'espèce. Avant le 31 décembre 1961, les actions de la compagnie étaient réparties de la façon suivante:

George E. Shnier	40%
Norman Shnier	20%
Irving Shnier	20%
Cecil Shnier	20%

Il s'agissait là de quatre frères. Un autre frère, Allan, exploitait une affaire du même genre à Winnipeg. Sa compagnie s'appelait Eagle Distributing Co. Limited.

Depuis un certain nombre d'années, la mésentente régnait entre les actionnaires de la George E. Shnier & Company Ltd., mais en 1961, ces différends furent réglés. Je n'entre-rais pas trop dans les détails, mais le 1<sup>er</sup> janvier 1962 une société fut formée afin de gérer les entreprises anciennement exploitées par George E. Shnier & Company Ltd. et Eagle Distributing Co. Limited. Les associées étaient cinq compagnies détenant toutes une participation égale. Ces compagnies appartenaient respectivement aux personnes suivantes:

George Edward Corporation Ltd. (George E. Shnier);  
Phil Shnier Limited (Phil Shnier);  
Eagle Distributing Co. Limited (Allan Shnier);  
Norman Shnier Limited (Norman Shnier);  
Irving Shnier Limited (Irving Shnier);

Ces compagnies associées faisaient affaire sous les raisons sociales de G. E. Shnier Co. et Eagle Distributing Co.

George E. Shnier est décédé le 27 juillet 1962 et la Wabash Enterprises Ltd. (appartenant à Cecil Shnier) devint associée. Les autres associés rachetèrent la part qui appartenait à la George Edward Corporation Ltd. A une époque antérieure, les épouses de certains des frères avaient acheté des parts dans la compagnie appelante. Après le décès de George Shnier, les épouses des cinq autres frères restèrent propriétaires de la compagnie.

Au mois de juin 1963, le gouvernement fédéral présenta un budget qui laissait prévoir d'importants changements dans le mode d'imposition des compagnies associées. Les conseillers juridiques et financiers des frères Shnier s'inquiétaient des répercussions que ces dispositions pourraient avoir sur les entreprises Shnier. Les frères Shnier eux-mêmes étaient inquiets et, au mois de juillet ainsi que par la suite, des propositions furent avancées surtout par les conseillers juridiques afin de doter les entreprises de nouvelles structures. Malgré des variations dans les divers projets de réorganisation, l'idée principale était la poursuite de l'entreprise sous forme de société, mais d'adjoindre à titre d'asso-

given at trial on behalf of the appellant that one of the objects in the change-over was to develop the aspects of family and estate planning, and that was the reason for the setting up of trusts. In my opinion that aspect was minor; the main purpose was to try and reduce, within legal bounds, the impact of tax that might result from the budget proposals (I have kept in mind the well-known principle that everyone is entitled to so order legally his affairs that the tax attaching is less than it might otherwise be: *C.I.R. v. Duke of Westminster* [1936] A.C. 1.) The legal advisers' letter of July 19, 1963 to a firm of accountants, with copies to Norman and Cecil Shnier, sets out the initial proposal.

On October 7, 1963 the legal advisers sent a detailed document to the accountants and to the five Shnier brothers (Exhibit 39) outlining the steps to be taken. This memorandum proposed that the five Shniers would each immediately constitute a trust by a declaration of trust, that three trustees would be appointed, the principal one being the Shnier brother, and that beneficiaries would be named. The object was that the wives, children and other relatives would become *cestuis que trust*. A limited partnership was then to be formed consisting of the five trusts and G. E. Shnier Co. Limited (now the appellant). The five trusts were to contribute \$75,000 each to the partnership and the interest of G. E. Shnier Co. Limited in the existing business was to be reduced in a certain manner to a similar sum of \$75,000. The corporate partner was to be the general partner and the trusts to be limited partners. The partnership was to trade under the same name as before. At page 20 of the Exhibit an illustration gives the tax effect which might result.

I emphasize that at the date of this memorandum "declaratory" trusts were contemplated, and not "settled" trusts.

At a meeting held in Toronto on October 20, 1963, it was decided that rather than setting up declaratory trusts, five different, non-resident persons would settle \$50 each on one of each of five trusts. Shortly thereafter, Cecil Shnier testified that he telephoned his brother Jack in Oklahoma City, Oklahoma, with the latter's wife Esther on the extension phone, and told him of the proposed family trusts and that the five Canadian brothers would like to have him and Esther as two of the settlors. He testified, too, that he later had similar conversations with Aubrey and Peggy Cooper, both also in Oklahoma, and the latter a second cousin of the Shnier brothers. He did not recall having spoken to the fifth proposed settlor, Anne Rose, Jack Shnier's mother-in-law. However, he testified that he reported back to his brothers and their legal adviser that he had spoken to the other

ciés, des fiducies familiales à responsabilité limitée. L'audience, on a déclaré au nom de l'appelante qu'un des buts de ce changement était d'organiser la planification du patrimoine familial et que c'était la raison de la création des fiducies. A mon avis cet aspect était secondaire; le but principal était de réduire, dans la légalité, les incidences de l'impôt compte tenu des propositions budgétaires. (Je garde à l'esprit le principe bien connu selon lequel chacun a le droit, dans les limites de la loi, d'arranger ses affaires afin de réduire sa charge fiscale: *C.I.R. c. Duke of Westminster* [1936] A.C. 1). C'est dans une lettre que les conseillers juridiques ont envoyée le 19 juillet 1963 à un cabinet d'experts comptables, avec copies à Norman et Cecil Shnier, que l'on trouve le projet initial.

Le 7 octobre 1963, les conseillers juridiques envoyèrent aux comptables et aux cinq frères Shnier un document détaillé (pièce 39) précisant les diverses étapes. Ce document proposait la constitution immédiate d'une fiducie pour chacun des cinq frères Shnier au terme d'une déclaration de fiducie, la nomination des trois fiduciaires, le fiduciaire principal étant un Shnier, ainsi que la nomination des bénéficiaires. Le but était de nommer bénéficiaires les épouses, les enfants et d'autres parents. Une société en commandite devait alors être formée par les cinq fiducies et la G. E. Shnier Co. Limited, compagnie appelante en l'espèce. La participation de chacune des cinq fiducies à la société était fixée à \$75,000 et on devait également trouver un moyen de réduire à cette somme la part que possédait la G. E. Shnier Co. Ltd. dans l'entreprise. La compagnie associée devait être la gérante et les fiducies, les commanditaires. La société devait faire affaire sous la même raison sociale qu'auparavant. Page 20 de la pièce, on trouve une illustration des effets de ce projet du point de vue fiscal.

Je souligne qu'à la date de cet exposé, on envisageait la constitution de «fiducies déclaratoires» et non de «fiducies constituées».

A une réunion tenue à Toronto le 20 octobre 1963, il a été décidé qu'au lieu de constituer des fiducies déclaratoires, cinq non-résidents différents donneraient chacun \$50 à chacune des cinq fiducies. Le témoin Cecil Shnier a déclaré que, peu de temps après, il avait appelé son frère Jack au téléphone à Oklahoma City (Oklahoma), Esther la femme de ce dernier étant à l'écoute avec un appareil supplémentaire, l'avait mis au courant des fiducies familiales envisagées et lui avait dit que les cinq frères canadiens désiraient que lui et Esther soient deux des auteurs ou disposants. Il a ajouté que par la suite il avait eu des conversations analogues avec Aubrey et Peggy Cooper, tous deux aussi d'Oklahoma, cette dernière étant une cousine issue de germains des frères Shnier. Il ne se souvenait pas en avoir parlé au cinquième disposant envisagé, Anne Rose, la belle-mère de

four who had consented to act and that each would make a gift to the trustees to constitute the trusts. This later appeared to be the sum of \$50.

Subsequently, in the latter part of December at a meeting during a bar mitzvah held in Regina at which Jack, Esther and Anne Rose were said to have been present, although the evidence is not satisfactory as to the presence of the latter two, Cecil testified that the Shnier brother's legal adviser reviewed and explained the draft trust deed which he had prepared. Jack glanced over this document following which he turned over \$250 in cash to Irving, purportedly representing five gifts of \$50 each as the capital settled to create the trusts. None of the eventual settlors signed any documents at that time nor did any of them at any time repay to him the \$50 he said that he had advanced on behalf of each of them.

The evidence of the Oklahoma relatives was taken on commission by the respondent and read in at the trial. The evidence of all five settlors is clear that they did not sign the trust documents until March or April 1964. In respect to the commission evidence the learned Trial Judge's comments are as follows:

None of the settlors can recall whether or not, when they received the documents, the other signatures [of the trustees] had been affixed. Jack Shnier said his brother Cecil spoke with him by telephone in the fall of 1963 and asked him and his wife to be settlors and said the matter would be explained further at the bar mitzvah on December 26, 1963 in Regina. He testified further that the other settlors were selected at Regina and not in Oklahoma City by telephone. Jack said he had no prior discussion with the Coopers or Anne Rose concerning these trusts until the documents themselves were received in the spring.

Jack Shnier's evidence is clear he had not agreed to anything before going to Regina, even as to becoming a settlor. He may have mentioned the telephone conversation to his wife but he had no discussion of trusts with the Coopers or Anne Rose before leaving Oklahoma City.

Esther Shnier testified she first heard of a proposed trust at the bar mitzvah in Regina, and her knowledge came from

Jack Shnier. Cependant, il a témoigné qu'il avait informé ses frères et leur conseiller juridique qu'il en avait parlé aux quatre autres qui avaient accepté d'agir et que chacun ferait un don aux fiduciaires pour constituer les fiducies. Il s'est avéré par la suite qu'il s'agissait d'une somme de \$50.

Par la suite, à la fin de décembre, à une réunion qui eut lieu à l'occasion d'une cérémonie de bar mitzvah tenue à Regina et à laquelle Jack, Esther et Anne Rose, dit-on; étaient présents, quoique la preuve de la présence des deux derniers n'ait pas été satisfaisante, le conseiller juridique des frères Shnier, d'après le témoignage de Cecil, a analysé et expliqué le projet d'acte de fiducie qu'il avait préparé. Jack jeta un coup d'œil sur ce document, après quoi il remit \$250 en espèces à Irving, somme qui était censée représenter cinq dons de \$50 chacun à titre de capital engagé pour créer les fiducies. Aucun des disposants éventuels n'a signé de documents à ce moment et aucun d'entre eux à ce moment n'a remboursé à Jack les \$50 qu'il prétend avoir avancés au nom de chacun d'eux.

Le témoignage des parents d'Oklahoma a été recueilli sur commission rogatoire demandée par l'intimé et lu à l'audience. Le témoignage de chacun des cinq disposants indique clairement qu'ils n'ont pas signé les documents de fiducie avant mars ou avril 1964. Le savant juge de première instance a fait les commentaires suivants sur les dépositions recueillies sur commission rogatoire:

Aucun des auteurs ne se souvient si, lors de leur réception des documents, ces derniers portaient les autres signatures (des fiduciaires). Jack Shnier déclare que, lors d'une conversation téléphonique en automne 1963, son frère Cecil lui a demandé ainsi qu'à son épouse d'être disposant en ajoutant qu'il lui donnerait des explications supplémentaires lors du bar mitzvah du 26 décembre 1963 à Regina. De plus, il a déclaré en témoignage que les autres auteurs furent choisis à Regina et par téléphone à Oklahoma City. Jack dit ne pas avoir discuté de ces fiducies avec les Cooper ou avec Anne Rose avant de recevoir les documents au printemps.

Il ressort du témoignage de Jack Shnier qu'il n'avait rien accepté, même pas de devenir disposant, avant d'aller à Regina. Il lui semblait avoir peut-être mentionné cette conversation téléphonique à sa femme, mais il affirme ne pas avoir discuté des fiducies avec les Cooper ni avec Anne Rose avant de quitter Oklahoma City.

Esther Shnier a affirmé avoir entendu parler pour la première fois de la fiducie proposée au bar mitzvah de

her husband. Anne Rose said a trust was not mentioned to her at Regina, and the first she had to do with it or the documentation of it was when she signed the deed at Jack's request in the spring of 1964.

Aubrey Cooper said his first knowledge of any trust or of acting as a settlor was when Jack brought the deed of trust to him in the spring of 1964 for his signature and explained it to him. Peggy Cooper's evidence is to the same effect as her husband's.

It was brought out in cross-examination of Cecil Shnier that he had gone to Oklahoma City just prior to the taking of the commission evidence and had endeavoured to refresh the memory of the Oklahoma relatives, presumably to accord with his version of what had occurred.

It is important to note that the learned Trial Judge made a number of findings of fact:

1. He stated that "I cannot accept Cecil's evidence of his telephone conversations with Esther, Aubrey and Peggy requesting them to act as settlors."

2. He stated that "In my view Jack Shnier's testimony is to be preferred and I think he describes the situation as it really was, certainly prior to the bar mitzvah."

3. He found that "as of the date of the bar mitzvah the five alleged settlors had not agreed to anything and had not at that date any intention, in the legal sense, to create a trust."

4. He found that the trusts were not created until the settlors actually signed the printed documents at some date in March or April 1964.

5. He accepted Jack Shnier's evidence given on commission that any discussions were with him alone, other than what he may have told his wife, and that he did not see a draft trust deed.

6. He rejected the evidence of witnesses called on behalf of the appellant who testified otherwise *viva voce*.

7. He was satisfied that none of the settlors had any part in the selection of the trustees and some did not know who some of them were, even at the date their evidence was taken on commission.

Regina et c'est son mari qui lui en parla. Anne Rose a déclaré qu'on ne lui a pas parlé de la fiducie à Regina et que son premier contact avec ce projet remonte au moment où, à la demande de Jack, elle signa l'acte au printemps 1964.

Aubrey Cooper a déclaré que la première fois qu'il a entendu parler d'une fiducie ou de la possibilité de devenir disposant remonte au moment où, au printemps 1964, Jack lui apporta l'acte de fiducie à signer et le lui a expliqué. Le témoignage de Peggy Cooper corrobore celui de son mari.

Le contre-interrogatoire de Cecil Shnier fit ressortir qu'il s'était rendu à Oklahoma City avant que les dépositions devant la commission rogatoire n'aient lieu et qu'il a essayé de rafraîchir la mémoire de sa famille d'Oklahoma afin, semble-t-il, que leur version des faits s'accorde avec la sienne.

Il est important de noter que le savant juge de première instance a fait un certain nombre de constatations de fait:

1. Il a déclaré: «je ne peux pas accepter le témoignage de Cecil au sujet des conversations téléphoniques qu'il a eues avec Esther, Aubrey et Peggy pour leur demander d'agir à titre d'auteurs des fiducies».

2. Il a déclaré: «je souscris plutôt au témoignage de Jack Shnier et, du moins pour la période qui précède le bar mitzvah, je pense que sa version des faits est plus exacte».

3. Il a constaté qu'«à la date du bar mitzvah, les cinq prétendus auteurs n'avaient convenu de rien et n'avaient pas à cette date l'intention, au sens juridique de ce mot, de constituer une fiducie».

4. Il a constaté que les fiducies ne furent pas constituées avant que les auteurs ne signent en fait les documents imprimés en mars ou avril 1964.

5. Il a accepté le témoignage de Jack Shnier recueilli sur commission rogatoire selon lequel il déclare avoir participé seul aux discussions, bien qu'il en ait touché un mot à sa femme, et ne pas avoir vu le projet d'acte de fiducie.

6. Il a rejeté les dépositions à l'effet contraire faites à l'audience par les témoins de l'appelante.

7. Il a été convaincu qu'aucun des disposants n'avait pris part aux choix des fiduciaires et que quelques-uns d'entre eux ne connaissaient pas certains des fiduciaires, même à la date où leur déposition a été recueillie sur commission rogatoire.

8. He was further satisfied that the settlors did not know the name of the particular family for which they were creating the respective trusts until they received the trust deeds for signature.

9. He drew the inference from the evidence of Jack Shnier and Aubrey Cooper that none of the settlors would have signed the document if Jack's attorney, who examined it, had advised against it.

10. He held that on the facts the settlors did not evince any intention, either in fact or in law to create the trusts relied on in this case until the date they signed the trust deeds.

A careful review of the transcript of evidence reveals, in my opinion, that there was ample evidence upon which the learned Trial Judge could have based his findings of fact and, so far as I can ascertain, he did not make them on any wrong principle. Counsel for the appellant argued that because the evidence of each of the settlors was taken on commission this Court was in just as good a position as the Trial Judge to determine its credibility, *vis-à-vis* that of his witnesses who testified *viva voce*.

While it is clear from the jurisprudence that where, at a trial, in addition to *viva voce* evidence, some evidence is taken on commission, in respect of the latter, a Court of Appeal is in as favourable a position to decide on its effect as the Trial Judge, this does not mean that where *viva voce* evidence is rejected and the commission evidence is accepted the Court of Appeal is precluded from accepting the Trial Judge's finding in respect of the latter. I am of the opinion that the learned Trial Judge in this case having heard Cecil Shnier's testimony and assessed its credibility, and having explicitly rejected it, could quite properly express a preference for and accept the commission evidence and his finding in respect thereto ought not to be disturbed unless he was manifestly in error. A review of the transcript of the commission evidence discloses nothing to lead to the conclusion that his findings were erroneous and, therefore, in my view, they ought to be accepted by this Court.

8. Il a été également convaincu que, jusqu'à la réception des actes de fiducie aux fins de signature, les auteurs ignoraient le nom de la famille au bénéfice le laquelle ils constituaient la fiducie.

9. Il a déduit des témoignages de Jack Shnier et de Aubrey Cooper qu'aucun des auteurs n'aurait signé les documents si l'avocat de Jack, qui les avait analysés, l'avait déconseillé.

10. Il a estimé d'après les faits qu'avant la date de la signature des documents, aucun des auteurs n'avait montré la moindre intention, soit en fait soit en droit, de constituer les fiducies sur lesquelles portent cette action.

Un examen attentif de la transcription des dépositions révèle, à mon avis, que le savant juge de première instance avait suffisamment d'éléments pour fonder ses constatations de fait et, dans la mesure où je puis m'en assurer, il ne les a fondées sur aucun faux principe. Les avocats de l'appelante ont soutenu que la déposition de chacun des auteurs ayant été recueillie sur commission rogatoire, cette cour était aussi bien placée que le juge de première instance pour en apprécier la crédibilité par rapport aux dépositions orales de ses témoins.

La jurisprudence établit clairement que, si au cours d'un procès, outre les dépositions orales, certaines dépositions sont recueillies sur commission rogatoire, une cour d'appel est aussi bien placée que le juge de première instance pour apprécier ces dernières, mais cela ne signifie pas que, si on rejette les dépositions orales pour accepter celles recueillies sur commission rogatoire, la cour d'appel ne peut plus accepter les constatations du juge de première instance en ce qui concerne ces dernières. Je suis d'avis que le savant juge de première instance en l'espèce, après avoir entendu le témoignage de Cecil Shnier, en avoir apprécié la crédibilité, et l'avoir expressément rejeté, pouvait à bon droit, déclarer qu'il préférerait et acceptait les dépositions recueillies sur commission rogatoire et sa constatation à ce sujet ne devrait pas être écartée sauf s'il s'était trompé manifestement. Un examen de la transcription des dépositions recueillies sur commission rogatoire ne révèle rien qui puisse amener à la conclusion que ses

However, that does not end the matter and the Court is left with four problems raised by counsel for the appellant with which I must deal:

1. If trusts were created in March or April 1964, as was intimated by the learned Trial Judge, did they, in fact, come into existence at that time and, if so, could they have retrospective or retroactive effect as contended by the appellant?
2. If they could not have retrospective or retroactive effect, did any trusts at any time come into existence and, if so, how?
3. Was a limited partnership brought into being on or about January 1, 1964, in which the appellant was a general partner, and the five family trusts limited partners?
4. If no limited partnership was formed, did a general partnership come into existence when the partnership agreement was entered into at or about the time of the execution of the trust deeds by the settlors?

It may be worthy of note that the appellant was the party endeavouring to establish the validity of the trusts. To do so one would have thought it would necessitate that each of the settlors relate the events which led or inspired each of them to create the trusts. Yet none of these persons, all of whom were related to the Shnier brothers, were called by the appellant at trial to assist in proving its case but were examined on commission by the respondent. As a result their evidence became part of the respondent's case. Their testimony shows some real inconsistencies with that of the appellant's witnesses and apparently was not, in the Trial Judge's view, markedly weakened by the cross-examination of counsel for the appellant. Their knowledge of the nature of the trusts, the beneficiaries, the trustees and the purposes was, to say the least, limited and casts real doubt on their ability to form the necessary intention to create the trusts pleaded.

constatations étaient erronées et, en conséquence, j'estime que cette cour devrait les accepter.

Cependant, cela n'épuise pas la question et la Cour se trouve en face de quatre problèmes soulevés par les avocats de l'appelante, que je dois examiner:

1. Si les fiducies ont été créées en mars ou avril 1964, comme l'a laissé entendre le savant juge de première instance, sont-elles effectivement nées à ce moment-là et, dans l'affirmative, pouvaient-elles, comme le soutient l'appelante, avoir effet rétroactif?
2. En l'absence de rétroactivité, des fiducies ont-elles pu naître à un moment et, dans l'affirmative, de quelle manière?
3. Le 1<sup>er</sup> janvier 1964, ou vers cette date, une société en commandite, dont l'appelante était la gérante et les cinq fiducies familiales les commanditaires, a-t-elle vu le jour?
4. Si aucune société en commandite n'a été formée, une société en nom collectif est-elle née quand le contrat de société est intervenu à la date de la signature des actes de fiducie par les auteurs ou aux environs de cette date?

Il y a lieu de noter que c'est l'appelante qui cherchait à établir la validité des fiducies. Pour ce faire, on aurait pensé que chacun des auteurs aurait dû faire le récit des événements qui l'ont conduit ou incité à constituer une fiducie. Or, l'appelante n'a cité au procès, pour l'aider à établir son point de vue, aucune de ces personnes, qui sont toutes apparentées aux frères Shnier, mais elles ont été interrogées sur commission rogatoire émise à la requête de l'intimé. En conséquence, leur témoignage a servi à établir le point de vue de l'intimé. Apparemment, leurs dépositions, qui sur certains points contredisent nettement celles des témoins de l'appelante, n'ont pas été, de l'opinion du juge de première instance, sensiblement affaiblies par le contre-interrogatoire des avocats de l'appelante. Leurs connaissances sur la nature, les bénéficiaires, les fiduciaires et les buts de la fiducie étaient, pour le moins, rudimentaires et faisaient douter de leur capacité d'avoir l'intention nécessaire pour créer les fiducies en question.

It is also significant, in my view, that the only trustees who were called to testify by the appellant were two of the five Shnier brothers despite the fact that the families of each were to be among the beneficiaries of the trusts. The brothers' legal adviser, who was a trustee of four of the trusts, was the only other witness called by the appellant. None of the other brothers were called nor were any of the other trustees named in the trust deeds, all of whose evidence might well have thrown some light on the manner in which the trusts came into existence.

With respect to question 1 above, counsel for the appellant argued that, accepting the Trial Judge's findings of fact, the trusts came into existence when the deeds were executed and had retrospective and retroactive effect either (a) to the date appearing on the face thereof, or (b) to the date upon which the bank accounts were opened in the names of the respective trusts or (c) to the date of the bar mitzvah, at which time it was alleged Jack Shnier confirmed the terms of the trust on behalf of himself and as agent for the other settlors or (d) to December 20 when the settlement received from Jack Shnier in the total sum of \$250 was paid to the extent of \$50 into each of the five trust bank accounts.

In Snell's *Principles of Equity*, 27th ed. at page 111 it was said:

Section 4. The Three Certainties

It was laid down by Lord Langdale M.R. (*Knight v Knight* (1840) 3 Beav. 148 at 173) that for the creation of a trust three things are necessary:

- (i) The words must be so used that on the whole they ought to be construed as imperative;
- (ii) The subject-matter of the trust must be certain; and
- (iii) The objects or persons intended to have the benefit of the trust must be certain.

These are called "the three certainties." (See generally, Glanville Williams (1940) 4 M.L.R. 20).

Accepting as I do the findings of fact of the learned Trial Judge, none of the settlors, with the possible exception of Jack Schnier, had evinced any intention to create a trust for ascertainable beneficiaries at least until the trust deeds were received in Oklahoma in March or April 1964. Moreover, no monies were advanced by any settlor except Jack Shnier nor

Autre fait significatif à mon avis, les seuls fiduciaires que l'appelante ait cités à témoigner étaient deux des cinq frères Shnier malgré que les familles de chacun figurent parmi les bénéficiaires des fiducies. Le conseiller juridique des frères, fiduciaire de quatre des cinq fiducies, fut le seul témoin cité par l'appelante. On n'a cité aucun des autres frères ni aucun des autres fiduciaires figurant dans l'acte de fiducie, dont les témoignages auraient pu fournir quelques éclaircissements sur la manière dont les fiducies ont été créées.

En ce qui concerne la première question, les avocats de l'appelante soutiennent que, en acceptant les constatations de fait du juge de première instance, les fiducies ont pris naissance à la signature des actes, avec effet rétroactif, soit (a) à la date qui figure sur les actes, soit (b) à la date d'ouverture des comptes bancaires au nom des fiducies respectives, soit (c) à la date de la cérémonie de bar mitzvah, date à laquelle on prétend que Jack Shnier a approuvé les termes de la fiducie en son nom personnel et en qualité de mandataire des autres auteurs, soit (d) le 20 décembre quand la somme totale de \$250 versée par Jack Shnier a été déposée au compte bancaire de chacune des cinq fiducies à concurrence de \$50 pour chacune.

Dans l'ouvrage de Snell, *Principles of Equity*, 27<sup>e</sup> édition à la page 111, il est dit:

[TRADUCTION] Article 4. Les trois certitudes

Lord Langdale, maître des rôles, a posé le principe (*Knight c. Knight* (1840) 3 Beav. 148 à la p. 173) que trois choses sont nécessaires à la création d'une fiducie:

- (i) les termes doivent être utilisés de telle façon que le libellé soit péremptoire;
- (ii) l'objet de la fiducie doit être certain; et
- (iii) l'affectation des fonds ou les personnes destinées à bénéficier de la fiducie doivent être certaines.

C'est ce qu'on appelle «les trois certitudes». (Voir d'une manière générale Glanville Williams (1940) 4 M.L.R. 20).

D'après les constatations de fait du juge de première instance auxquelles je souscris, aucun des disposants à l'exception peut-être de Jack Shnier, n'a manifesté la moindre intention de constituer une fiducie au profit de bénéficiaires déterminés, du moins jusqu'à la réception des actes de fiducie à Oklahoma en mars ou avril 1964. En outre, aucun auteur, sauf Jack Shnier,

authorized to be advanced by him on their behalf even after the execution of the trust deeds. Neither had they appointed trustees nor did some know even the names of some of the trustees they purported to appoint.

At page 115 Snell has this to say:

4. Absence of certainties. The effect of the absence of any of the certainties may be summarised as follows. The paramount certainty is that of subject-matter, in the first sense; if there is no certainty as to the property to be held upon trust, the entire transaction is nugatory. Next, if that certainty is present but there is no certainty of words, the person entitled to the trust property holds free from any trust. Finally, if both these certainties are present but there is uncertainty of objects, there is a resulting trust for the settlor for "once establish that a trust [of definite property] was intended, and the legatee cannot take beneficially" (*Briggs v Penny* (1851) 3 Mac. & G. 546 at 557, *per* Lord Truro L.C.) the same applies where there is uncertainty of the subject-matter as regards the beneficial interest, unless one of the beneficiaries can establish a claim to the whole.

It seems to me that in advancing the argument that the deeds of trust, after execution thereof, should be given retrospective or retroactive effect, the appellant is saying that the oral agreements allegedly made in December to become settlors or the opening of the bank accounts, constituted agreements to create trusts in the future. In Underhill's *Law of Trusts and Trustees*, 12th ed., the author of this authoritative work discusses the validity of that kind of agreement at page 47, where he says:

The rule that a valid agreement to create a trust *in futuro*, is sufficient to create a trust *in praesenti*, so as to bind the property in the hands of the parties, or those having notice of the agreement, depends on the maxim that

Equity regards that as done which ought to be done.

It follows, therefore, that where a trust is alleged to have been created by an agreement to do something, its validity depends on the question whether the agreement is one of which courts of equity would decree specific performance(s). If it was merely a voluntary promise (or even a covenant under seal, not supported by valuable consideration), no trust will be created; for equity gives no assistance to volunteers, and consequently there is nothing which can, under the foregoing maxim, be regarded by the court as done.

The findings of the learned Trial Judge make it clear that none of the settlors were even volunteers at that date. That being the case there were no enforceable agreements. Logical-

n'a avancé de fonds et aucun d'eux n'a autorisé ce dernier à faire aucune avance de fonds en leur nom, même après la signature des actes de fiducies. Ils n'ont pas désigné de fiduciaires et ignoraient même les noms de certains fiduciaires qu'ils étaient censés désigner.

A la page 115, Snell a précisé ce qui suit:

[TRADUCTION] 4. Absence de certitudes. On peut résumer ainsi les conséquences de l'absence de l'une des certitudes. La certitude principale vise l'objet, pris dans le premier sens; s'il n'y a pas de certitude quant aux biens confiés en fiducie, toute la transaction est nulle. Ensuite, si cette certitude existe et que les termes soient ambigus, la personne qui a droit aux biens les détient libres de toute fiducie. Enfin, si ces deux certitudes existent et que la destination des biens soit incertaine, il y a une fiducie qui fait retour au disposant car «une fois qu'il est établi qu'une fiducie [portant sur des biens déterminés] a été prévue et que le légataire ne peut pas recueillir les biens» (*Briggs c. Penny* (1851) 3 Mac. & G. 546 à la p. 557, motifs du lord chancelier Truro), on applique la même règle que lorsque l'incertitude porte sur l'objet en ce qui concerne les droits des bénéficiaires, à moins que l'un d'entre eux puisse prétendre à la totalité des biens.

Il me semble qu'en avançant l'argument suivant lequel les actes de fiducie, après leur signature, devraient avoir un effet rétroactif, l'appelante affirme que les engagements verbaux prétendument pris en décembre par les parents d'Oklahoma de devenir disposants ou l'ouverture des comptes bancaires, constituaient des engagements à créer des fiducies pour l'avenir. Dans *Law of Trusts and Trustees*, 12<sup>e</sup> édition, Underhill, l'auteur de cet ouvrage qui fait autorité, discute de la validité de cette espèce d'engagement à la page 47 quand il écrit:

[TRADUCTION] La règle qui veut qu'un engagement valable de créer une fiducie *in futuro* suffit à créer une fiducie *in praesenti*, conférant ainsi la saisine des biens aux parties et liant les tiers qui en ont connaissance, repose sur la maxime:

L'*equity* considère comme fait ce qui devrait être fait.

Il s'ensuit donc que, si on prétend avoir constitué une fiducie par un engagement à faire quelque chose, la fiducie ne sera valable que dans la mesure où les tribunaux d'*equity* ordonneraient l'exécution en nature de l'engagement. S'il s'agissait d'un engagement à titre gratuit (ou même d'une convention passée sous le sceau non assortie d'une considération appréciable en argent) aucune constitution de fiducie n'en résulterait; car l'*equity* ne vient pas au secours des donataires et, en conséquence, la cour, en vertu de cette maxime, considérerait que rien n'a été fait.

Les constatations du savant juge de première instance indiquent clairement qu'aucun des disposants n'agissait à titre gratuit à cette date. Ceci étant, il n'y avait pas d'engagement pou-

ly then, it seems to follow that there could be no retrospective or retroactive effect given to the trust deeds after their execution.

With respect to question 2, the appellant argued that if the trust deeds had no retrospective effect, executory trusts were created through the fiduciary control of the trusts' bank accounts by the trustees, and these were the same trusts whose terms were reduced to writing and confirmed by the trust deeds. The fallacy of this argument is that on the evidence, as found by the Trial Judge, none of the settlors had evinced any interest in creating trusts at the time the trust accounts were opened in the names of the trustees by one of the Shnier brothers. While executory trusts can be created using fewer formalities than are required in bringing executed trusts into existence, they cannot be created unless the intention of the settlors can be ascertained. Since the earliest at which their intention could have been ascertained was, as found by the learned Trial Judge, not until March or April 1964, no executory trusts could have come into existence prior to that time.

The appellant then argued that if the execution of the trust deeds did not have retroactive or retrospective effect and no executory trusts were found to have existed, declaratory trusts were created by the opening of the trust bank accounts. This argument fails, it seems to me, on two grounds.

Firstly, the uncontradicted evidence is that the Shnier brothers rejected the original idea of creating the trusts by declaration and elected to have them brought into existence by settlements made by non-resident settlors. All that was done thereafter, including all documentation in relation to the plan, was directed to the creation of trusts in that fashion. The appellant cannot, in my view, thereafter be heard to say that if no trusts were created by settlement then trusts were created by declarations, presumably of the trustees of each purported trust, by implication from the opening of the trust bank accounts. The whole scheme was founded by adopting a

vant être sanctionné par les tribunaux. Alors, il semble découler logiquement que les actes de fiducie, après leur signature, ne pouvaient avoir d'effet rétroactif.

<sup>a</sup> En ce qui concerne la deuxième question, l'appelante a soutenu que si les actes de fiducie n'avaient pas d'effet rétroactif, des fiducies à parfaire avaient été constituées par le contrôle qu'exerçaient les fiduciaires sur les comptes bancaires des fiducies et qu'il s'agissait des mêmes fiducies dont les clauses ont été rédigées et confirmées dans les actes de fiducies. On découvre la fausseté de cet argument dans les <sup>b</sup> preuves, d'où il ressort, d'après les constatations du juge de première instance, qu'aucun des auteurs n'a manifesté le moindre intérêt dans la constitution des fiducies au moment de l'ouverture par l'un des frères Shnier des comptes en fiducie aux noms des fiduciaires. Bien que leur création exige moins de formalités que celle des fiducies définitives, les fiducies à parfaire ne peuvent être constituées sans qu'on soit en mesure de constater l'intention des <sup>c</sup> disposants. D'après les constatations du savant juge de première instance, leur intention n'a pas pu être manifeste avant mars ou avril 1964; aucune fiducie à parfaire n'a donc pu exister avant cette date.

<sup>d</sup> L'appelante a alors soutenu que si la signature des actes de fiducie n'avait pas d'effet rétroactif et si on ne pouvait constater l'existence d'aucune fiducie à parfaire, l'ouverture des comptes bancaires en fiducie a créé des fiducies déclaratoires. Cet argument ne peut être retenu, me semble-t-il, pour deux raisons.

<sup>e</sup> Premièrement, les preuves non réfutées établissent que les frères Shnier ont écarté l'idée <sup>f</sup> initiale de créer les fiducies par déclaration et ont choisi de les constituer par des versements effectués par des non résidents. Tout ce qui a été fait par la suite, y compris toute la documentation concernant le projet, tendait à la création de fiducies de cette façon. A mon avis, on ne peut pas admettre que l'appelante déclare par la suite que si les fiducies n'ont pas été créées par versements, elles l'ont alors été par des déclarations <sup>g</sup> présumément faites par les fiduciaires de chaque prétendue fiducie, ceci découlant de l'ouverture des comptes bancaires en fiducie.

particular course of action and if this course failed, I am not aware of any operation of law which can turn the failure into success by alleging an entirely different concept, particularly when that concept was earlier specifically rejected as a possible course of action. The fact is that the expressed intention of the trustees is found in the executed trust documents and that intention was not declaratory in nature but was to hold the moneys advanced by the settlors on the trusts therein stated. If, as I believe, these documents have failed to have created any trusts effective as at January 1, 1964, the trustees, in my opinion, cannot invoke any rule of law or of equity to make them effective at that date by changing the nature of the trust.

Secondly, the amended notice of appeal from the re-assessments based the appeal on the partnership agreement in which each of the limited partners is one of the trusts and each is described as "a Trust created by Deed of Trust, dated the 2nd day of December A.D. 1963 through its Trustees for the time being . . .". No plea was made, even in the alternative, that the trusts were declaratory trusts and not trusts settled by the Oklahoma relatives pursuant to the trust deeds. It was not until during the course of argument at trial that this line of reasoning was adopted by the appellant. In my view, the appellant having proceeded to trial on the basis of the validity of certain documents, ought not to be permitted to invite either the Trial Judge or this Court to consider the case on an entirely different basis.

In *The Owners of the Ship Tasmania v. Smith* (1890) 15 A.C. 223 at p. 225, Lord Herschell, dealing with a point which was taken by the plaintiff for the first time in the Court of Appeal, had this to say:

My Lords, I think that a point such as this, not taken at the trial, and presented for the first time in the Court of Appeal, ought to be most jealously scrutinised. The conduct of a cause at the trial is governed by, and the questions asked of the witnesses are directed to, the points then suggested. And it is obvious that no care is exercised in the elucidation of facts not material to them. [The emphasis is mine.]

Tout le projet était basé sur l'adoption d'une ligne de conduite donnée et si cette ligne de conduite a échoué, je ne connais pas d'opération juridique qui puisse changer l'échec en réussite en invoquant un concept totalement différent, surtout lorsque ce concept avait été auparavant expressément écarté comme fondement d'une ligne de conduite possible. Le fait est que l'intention expresse des fiduciaires se trouve dans les documents de fiducie signés et que cette intention n'était pas de nature déclaratoire mais consistait à affecter les fonds avancés par les disposants aux fiducies qui y étaient prévues. Si, comme je le pense, ces documents n'ont pas réussi à créer de fiducies valables au 1<sup>er</sup> janvier 1964, je suis d'avis que les fiduciaires ne peuvent invoquer aucune règle de droit ou d'équité pour les rendre valables à cette date en changeant la nature de la fiducie.

Deuxièmement, l'avis d'appel modifié, visant les nouvelles cotisations, fondait l'appel sur le contrat de commandite en vertu duquel chacun des commanditaires était l'une des fiducies, chacune étant décrite comme [TRADUCTION] «une fiducie créée par acte de fiducie, en date du 2 décembre 1963 par l'intermédiaire de ses fiduciaires actuels . . .». On n'a pas plaidé, même subsidiairement, qu'il s'agissait de fiducies déclaratoires et non pas de fiducies constituées par les parents d'Oklahoma conformément aux actes de fiducie. Ce n'est qu'au cours des débats en première instance que l'appelante a adopté ce raisonnement. A mon avis, l'appelante ayant intenté l'action en se fondant sur la validité de certains documents, on ne devrait pas l'autoriser à demander soit au juge de première instance soit à cette cour d'examiner l'affaire sur une base totalement différente.

Dans l'arrêt *The Owners of the Ship Tasmania c. Smith* (1890) 15 A.C. 223 à la p. 225, lord Herschell, examinant un point que le demandeur avait soulevé pour la première fois devant la cour d'appel, eut à déclarer:

[TRADUCTION] Mes Seigneurs, je pense qu'on devrait examiner d'une manière très minutieuse un point comme celui-ci, qui n'a pas été soulevé en première instance et est présenté pour la première fois en cour d'appel. Le déroulement d'un procès en première instance est commandé par les points qui y sont soulevés et les questions posées aux témoins s'y rapportent. Et il est évident qu'on ne se soucie pas d'éluci-

It appears to me that under these circumstances a Court of Appeal ought only to decide in favour of an appellant on a ground there put forward for the first time, if it be satisfied beyond doubt, first, that it has before it all the facts bearing upon the new contention, as completely as would have been the case if the controversy had arisen at the trial; and next, that no satisfactory explanation could have been offered by those whose conduct is impugned if an opportunity for explanation had been afforded them when in the witness box. [The emphasis is mine.]

In *Lamb v. Kincaid* (1907) 38 S.C.R. 516 at 539, Duff J. as he then was, referred to the *Tasmania* case (*supra*) with approval and stated:

Had it been suggested at the trial that the plaintiffs ought to have proceeded in the manner now suggested, it is impossible to say what might have proved to be the explanation of the fact that the plaintiffs did not so proceed. Many explanations occur to one, but such speculation is profitless; and I do not think the plaintiffs can be called upon properly at this stage to justify their course from the evidence upon the record. A court of appeal, I think, should not give effect to such a point taken for the first time in appeal, unless it be clear that, had the question been raised at the proper time, no further light could have been thrown upon it.

There are many other authorities to the same effect but unlike those cases in which the new ground was first raised on appeal, the alternative position was in this case raised during argument before the learned Trial Judge. However, at that time the cases for both parties had been closed, so that no further evidence could have been adduced by the defendant at that stage to rebut the argument and the same principles should, therefore, apply. Presumably, the defendant had led evidence which was material in defending the case pleaded against him. Neither this Court nor the Trial Judge ought to be put in a position of deciding whether or not all possible evidence had been adduced to counter any argument made by the other party unless it is satisfied beyond all reasonable doubt that all requisite evidence had been adduced to enable the defendant to rebut the plaintiff's new position. I am not so satisfied and thus, I do not think that the appellant's submissions that declaratory trusts may have been created ought to be considered by this Court or need to have been considered by the learned Trial Judge.

der les faits qui ne concernent pas ces points. [C'est moi qui souligne].

Il me paraît que, dans ces circonstances, une cour d'appel ne devrait statuer en faveur d'un appellant sur un motif qui est soulevé pour la première fois que si elle est indubitablement convaincue d'une part qu'on lui a soumis tous les faits relatifs à la nouvelle prétention, aussi complètement qu'on l'aurait fait si la controverse était survenue en première instance; et d'autre part que les témoins dont la conduite est mise en cause n'auraient pu offrir d'explication satisfaisante s'ils avaient eu l'occasion de s'expliquer quand ils étaient à la barre des témoins. [C'est moi qui souligne.]

Dans l'affaire *Lamb c. Kincaid* (1907) 38 R.C.S. 516 à la page 539, le juge Duff, alors juge puîné, s'est référé, en l'approuvant, à l'arrêt *Tasmania* (précité) et déclarait:

[TRADUCTION] Si on avait affirmé en première instance que les demandeurs devraient suivre la procédure que l'on suggère maintenant, on ne peut savoir comment ils auraient expliqué le fait qu'ils n'ont pas procédé de cette façon. Plusieurs explications me viennent à l'esprit, mais une telle spéculation est sans intérêt; et je ne pense pas que l'on puisse légitimement, à ce stade, inviter les demandeurs à justifier leurs attitudes révélées par les preuves figurant au dossier. Une cour d'appel, à mon avis, ne devrait pas donner suite à un tel point, soulevé pour la première fois en appel, à moins d'avoir la certitude que la question, eût-elle été soulevée en temps opportun, n'aurait pu être élucidée davantage.

Il y a beaucoup d'autres arrêts dans le même sens, mais contrairement aux affaires dans lesquelles le moyen nouveau a été soulevé pour la première fois en appel, en l'espèce il l'a été au cours des débats devant le savant juge de première instance. Cependant, à ce moment-là les deux parties avaient déjà terminé leur plaidoyer de sorte que le défendeur, à ce stade, ne pouvait plus produire de preuve pour réfuter l'argument; par conséquent, les mêmes principes devraient s'appliquer. Probablement le défendeur avait déjà produit des preuves pertinentes pour répliquer aux arguments invoqués contre lui. On ne devrait pas placer cette cour ni le juge de première instance dans la situation d'avoir à décider si toutes les preuves possibles ont été opposées à chacun des moyens soulevés par l'autre partie, à moins que cette cour ou le juge de première instance soit parfaitement convaincu que toutes les preuves requises permettant au défendeur de réfuter le nouveau moyen du demandeur ont été présentées. Je n'ai pas cette conviction et je ne pense donc pas que cette cour doive prendre en considération la prétention de l'appelante relative à la création proba-

Questions 3 and 4 are based on the assumption that valid trusts somehow came into existence at some time. The questions in effect ask whether, if they did, a partnership, either limited or general, came into existence as at January 1, 1964 or at some later date. This presupposes that trusts can become partners.

It is, I think, self-evident that trusts are not themselves legal entities. They operate through their trustees. The partnership agreement was purportedly made January 1, 1964 at Toronto, Ontario, so that I think it may be safely assumed that the law of the Province of Ontario relating to partnership applies.

Section 2 of *The Partnerships Act*, R.S.O. 1970, c. 339 reads as follows:

2. Partnership is the relation that subsists between persons carrying on a business in common with a view to profit, but the relation between the members of a company or association that is incorporated by or under the authority of any special or general Act in force in Ontario or elsewhere, or registered as a corporation under any such Act, is not a partnership within the meaning of this Act. R.S.O. 1960, c. 288, s. 2, amended.

Section 30 of *The Interpretation Act*, R.S.O. 1970, c. 225, defines a person as follows:

30.28 "person" includes a corporation and the heirs, executors, administrators or other legal representatives of a person to whom the context can apply according to law;

It is obvious that none of the five Shnier family trusts *per se* are "persons" within the meaning of those sections and thus could not become partners in a business in common with a view to profit. Counsel for the appellant agreed with this proposition but argued that while the trusts were spoken of as the partners, and it did not matter whether as limited or general partners, the actual partners were the trustees who acted as such for the benefit of the various trusts for whom they acted. To ascertain the validity of this argument one must, of course, look at the partnership agreement.

In doing so it may first be observed that the party of the second part is described as "The

ble de fiducies déclaratoires, ou que le savant juge de première instance aurait dû le faire.

Les troisième et quatrième questions se fondent sur l'hypothèse qu'à un moment donné, des fiducies valables ont vu le jour d'une manière ou d'une autre. En admettant cette hypothèse, il s'agit de savoir si une société, en commandite ou en nom collectif, a été créée le 1<sup>er</sup> janvier 1964 ou postérieurement. Il faut alors présupposer que les fiducies peuvent former une société.

Il est évident, il me semble, que les fiducies ne sont pas des entités juridiques en soi. Elles agissent par l'intermédiaire de leurs fiduciaires. Le contrat de société est censé avoir été signé à Toronto (Ontario) le 1<sup>er</sup> janvier 1964, de sorte qu'à mon avis on puisse admettre sans risque d'erreur que le droit des sociétés de la province de l'Ontario est applicable.

L'article 2 de *The Partnerships Act*, S.R.O. 1970, c. 339 se lit comme suit:

[TRADUCTION] 2. La société est le rapport existant entre des personnes qui exploitent ensemble une entreprise, mais le rapport entre les actionnaires d'une compagnie ou les membres d'une association, constituée par ou en vertu de toute loi générale ou spéciale en vigueur en Ontario ou ailleurs, ou enregistrée en tant que corporation en vertu d'une telle loi, ne constitue pas une société au sens de la présente loi. S.R.O. 1960, c. 288, art. 2, modifié.

L'article 30 de *The Interpretation Act*, S.R.O. 1970, c. 225, définit une personne comme suit:

[TRADUCTION] 30.28 «Une personne» comprend une corporation, les héritiers, exécuteurs testamentaires, administrateurs ou autres représentants légaux d'une personne visée par le contexte, conformément à la loi.

Il est évident qu'aucune des cinq fiducies familiales des Shnier ne constitue une «personne» en soi au sens de ces articles et ainsi ne pouvait s'associer dans une entreprise commerciale. Les avocats de l'appelante le reconnaissent mais prétendent que, malgré la désignation d'associées donnée aux fiducies, peu importe qu'elles fussent commanditaires ou gérants, les vrais associés étaient les fiduciaires qui agissaient comme tels, au profit et au nom des diverses fiducies. Pour apprécier la validité de cet argument, il faut naturellement examiner le contrat de société.

Ce faisant, il y a lieu de remarquer d'abord que la partie mentionnée en second lieu est

Irving Shnier Family Trust, created by Deed of Trust dated the 2nd day of December, 1963, through its trustees for the time being hereinafter referred to as the Irving Trust." Each of the parties of the third, fourth, fifth and sixth parts, which are the respective trusts of each of the other brothers, is similarly described with the particular given name and thereafter, throughout the whole of the document the partners are so referred to. Nowhere in the document is the name of any trustee mentioned as a partner or for any other reason. However, on the signature pages, beneath the name of each trust are inscribed the names of two of the three trustees of each trust, with their signatures. In no case is the name of the third trustee mentioned nor does his signature appear.

In the latter connection it should be noted that paragraph 32 of each trust deed specifies that no contract purporting to bind the trusts shall be binding unless executed by the persons designated to do so from time to time by the trustees. No evidence of which I am aware was adduced to verify the authority of the two trustees who executed the partnership agreement.

Assuming such an authority existed, although no evidence was adduced to this effect, it is clear that the signing trustees executed the agreement in their respective capacities as such and not as partners and this is specifically stated in paragraph 32 of the partnership agreement. If they were signing as partners somewhere in the agreement, one would have expected it to be so stated and, of course, to bind him as a partner the other trustee, it would be expected, should have signed.

Moreover, paragraph 23 of the latter agreement states that "this agreement is entered into specifically subject to the provision of *The Limited Partnership Act* of Ontario . . .". In so far as that Act is concerned, having concluded that there were neither executory nor declaratory trusts in existence on January 1, 1964, and that if any settled trusts were ever created it could not have been before March or April 1964 and then with no retrospective effect, the learned Trial Judge held that no limited partnership ever

décrite comme [TRADUCTION] «la fiducie de la famille d'Irving Shnier, créée par acte de fiducie en date du 2 décembre 1963, par l'intermédiaire de ses fiduciaires actuels ci-après appelés la fiducie Irving». Chacune des parties mentionnées en troisième, quatrième, cinquième et sixième lieux qui sont les fiducies respectives de chacun des autres frères, est décrite d'une manière analogue avec le propre nom qui lui a été donné et ce nom est utilisé par la suite tout au long du document pour désigner les associés. Nulle part dans le document le nom d'un fiduciaire n'est mentionné ni à titre d'associé, ni à aucun autre titre. Cependant, à la page où les signatures sont apposées, sous le nom de chaque fiducie figurent les noms de deux des trois fiduciaires de chaque fiducie, avec leur signature. Le nom du troisième fiduciaire n'est jamais mentionné et sa signature n'apparaît pas.

A ce sujet, il y a lieu de noter que le paragraphe 32 de chaque acte de fiducie précise qu'aucun contrat valable ne pourra lier les fiducies s'il n'est signé par les personnes désignées pour ce faire ou de temps à autre par les fiduciaires. A ma connaissance aucune preuve n'a été produite pour établir l'authenticité du mandat des deux fiduciaires qui ont signé l'acte de société.

En admettant qu'un tel mandat ait existé, quoiqu'aucune preuve en ce sens n'ai été produite, il est clair que les fiduciaires signataires ont signé l'acte en leur qualité respective de fiduciaires et non à titre d'associés, ce qui est spécialement précisé au paragraphe 32 du contrat de société. S'ils avaient signé en qualité d'associés, on se serait attendu à ce que cela fut précisé dans le contrat et, naturellement, ils n'auraient pu, sans la signature de l'autre fiduciaire, lier ce dernier en tant qu'associé.

En outre, le paragraphe 23 de ce dernier contrat précise que [TRADUCTION] «ce contrat est passé sous réserve expresse des dispositions de *The Limited Partnership Act* de l'Ontario . . .». Dans la mesure où cette loi s'applique, le savant juge de première instance, après avoir conclu qu'il n'existait au 1<sup>er</sup> janvier 1964 ni fiducie à parfaire ni fiducie déclaratoire et que, si des fiducies constituées avaient été créées, cela n'a pu se faire avant mars ou avril 1964 et alors sans effet rétroactif, a décidé qu'aucune

came into existence. Since the declarations of limited partnership filed in Ontario and Manitoba refer to trusts in existence prior to January 1, 1964, and since none were, it logically follows that the findings of the Trial Judge were correct.

On consideration of the whole of the documentation, therefore, it is abundantly clear that the appellant's argument that either a limited or general partnership was ever entered into cannot prevail, because there is, in my opinion, in that documentation ample evidence that it was assumed that the five trusts were and could properly be parties. This is, in my opinion, an untenable assumption on the evidence and there was never in fact or in law a legal, binding limited or general partnership brought into existence, the trustees having signed the partnership agreement not as partners but in their capacities as trustees. That being the case, the appellant did not carry on the family business on behalf of the trusts in partnership and the net income therefrom was properly taxed in its hands by the respondent. Whether or not by their conduct the parties to the various documents have created legal rights and obligations *inter se* is a question which I need not consider since as I have found *vis-à-vis* the respondent, the appellant has failed to demonstrate the validity of the documentation upon which it relied to support its propositions.

For all of the above reasons the appeal should be dismissed with costs.

\* \* \*

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

RYAN J.: The issues before us and the facts of the case are fully set out in the reasons for judgment of my brother Urie J.

It appears that in 1963 a business was being conducted by a partnership under the name G. E. Shnier Company and Eagle Distributing Company. The partners were five corporations, all of the shares of each of which were owned

société en commandite n'a été créée. Comme les déclarations de sociétés en commandite enregistrées en Ontario et au Manitoba se réfèrent à des fiducies existant antérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 1964 et comme aucune n'existait, il s'ensuit logiquement que les constatations du juge de première instance sont exactes.

Après examen de l'ensemble des documents, il est parfaitement clair que la thèse de l'appellante, selon laquelle a été formée une société soit en commandite soit en nom collectif, ne saurait prévaloir, parce qu'à mon avis, ces documents comportent de nombreux éléments établissant qu'il était entendu que les cinq fiducies étaient et pouvaient valablement être des parties. Il s'agit, à mon avis d'un point de vue insoutenable, compte tenu de la preuve, et il n'a jamais existé en droit ou en fait de société légalement constituée, en commandite ou en nom collectif, les fiduciaires ayant signé le contrat de société, non pas en tant qu'associés, mais en leur qualité de fiduciaires. Ceci étant, l'appellante n'a pas exploité l'entreprise familiale au nom des fiducies constituées en société et c'est à bon droit que l'intimé a imposé entre les mains de l'appellante le revenu net en provenant. Savoir si par leur conduite les parties aux divers documents ont créé entre elles des droits et obligations juridiques est une question que je n'ai pas à examiner puisque j'ai constaté qu'en ce qui concerne l'intimé, l'appellante n'a pas réussi à démontrer la validité des pièces qu'elle a invoquées à l'appui de ses prétentions.

Pour tous ces motifs, l'appel est rejeté avec dépens.

\* \* \*

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

LE JUGE RYAN: Mon collègue le juge Urie, dans les motifs de son jugement, a fait un exposé complet des points contestés et des faits de l'espèce.

Il semble qu'en 1963 une entreprise était exploitée par une société sous les raisons sociales de G. E. Shnier Company et Eagle Distributing Company. Les associés en étaient cinq compagnies dont la totalité des actions de cha-

by a different brother of the Shnier family. The names of the corporations, with the name of the shareholding brother in brackets, were Phil Shnier Limited (Phil Shnier), Norman Shnier Limited (Norman Shnier), Irving Shnier Limited (Irving Shnier), Eagle Distributing Co. Limited (Allan Shnier) and Wabash Enterprises Limited (Cecil Shnier). As of January 1, 1962, the partnership had acquired the business by transfers from the appellant, which was then operating under the name George E. Shnier Company Ltd.<sup>1</sup> and from Eagle Distributing Co. Limited.

Certain federal tax proposals introduced in June of 1963 indicated that there might be serious taxation changes affecting associated companies. As a result, in July and later, proposals were put forward by legal advisers to the Shnier brothers for setting up a new structure to carry on the business. The proposals may also have had estate planning objectives. The initial proposal was set out in a letter dated July 19, 1963, to a firm of accountants with copies to Norman and Cecil Shnier. Basically the proposal was to substitute for the existing partnership a new partnership, the members of which would be the appellant and five family trusts, one trust for the benefit of the wife and children and other relatives of each of the Shnier brothers who controlled the partnership corporations.

On October 7, 1963, the legal advisers sent a detailed document to the accountants and to the five Shnier brothers outlining the steps to be taken. This memorandum indicated that each of the Shnier brothers would constitute a trust by declaration; that three trustees would be appointed, including the brother declaring the trust; and that the wife of the brother, his children and other relatives would be beneficiaries. A limited partnership was then to be formed consisting of the appellant and the five family

<sup>1</sup> On December 27, 1963, the name of the appellant was changed to G. E. Shnier Co. Limited. The name was again changed to its present name, Kingsdale Securities Co. Limited, on November 7, 1969.

cune appartenait à l'un des frères Shnier. Voici le nom de ces compagnies, le nom du frère actionnaire étant entre parenthèses: Phil Shnier Limited (Phil Shnier), Norman Shnier Limited (Norman Shnier), Irving Shnier Limited (Irving Shnier), Eagle Distributing Co. Limited (Allan Shnier) et Wabash Enterprises Limited (Cecil Shnier). Le 1<sup>er</sup> janvier 1962, la société avait acquis l'entreprise à la suite de cessions consenties par l'appelante, qui faisait alors le commerce sous le nom de George E. Shnier Company Ltd.<sup>1</sup>, et par Eagle Distributing Co. Limited.

Certaines propositions fédérales relatives à l'impôt, formulées au mois de juin 1963, laissaient prévoir d'importants changements dans le mode d'imposition des compagnies associées. En conséquence, au mois de juillet et par la suite, les conseillers juridiques des frères Shnier ont soumis des propositions visant à doter l'entreprise d'une structure nouvelle. Ces propositions ont pu aussi avoir des objectifs de planification successorale. Le projet initial était exposé dans une lettre, en date du 18 juillet 1963, adressée à une firme de comptables, avec copie à Norman et Cecil Shnier. Au fond ce projet consistait à remplacer la société existante par une nouvelle dont les associées seraient l'appelante et cinq fiducies familiales, chaque fiducie étant constituée au profit de la femme, des enfants et d'autres parents de chacun des frères Shnier qui contrôlaient les compagnies constituant la société.

Le 7 octobre 1963, les conseillers juridiques envoyèrent aux comptables et aux cinq frères Shnier un document détaillé précisant les diverses mesures à prendre. Ce document prévoyait la constitution d'une fiducie par chacun des frères Shnier par voie de déclaration; la nomination de trois fiduciaires dont l'un serait le frère ayant fait la déclaration de fiducie; et la désignation de la femme de ce frère, de ses enfants et d'autres parents à titre de bénéficiaires. Une société en commandite serait alors constituée

<sup>1</sup> Le 27 décembre 1963, l'appelante prit le nom de G. E. Shnier Co. Limited. Par suite d'un autre changement intervenu le 7 novembre 1969 le présent nom, Kingsdale Securities Co. Limited, a été adopté.

trusts, with the appellant as general partner and the trusts as limited partners.

A meeting of the Shnier brothers was held on October 20, 1963, at which the setting up of the trusts was discussed. It was decided to have non-resident persons as settlors of the trusts, a different settlor for each. Cecil Shnier had spent some time in Oklahoma City where his brother, Jack Shnier, lived. Jack was married to his cousin Esther, whose mother, Anne Rose, also lived in Oklahoma City, as did Peggy Cooper, a second cousin, and her husband Aubrey Cooper. It was apparently decided that these relatives would be asked to be the settlors, one of each trust, and Cecil was to get in touch with them.

It is, I think, critical to the decision of this case that the original proposal to proceed by way of declaratory trusts was abandoned and the decision to proceed by way of settled trusts substituted. Realization of the plan depended on the effective constitution of the trusts and on the setting up of the contemplated partnership of which the trusts were to be members.

The role of the settlor is, of course, vital in the creation of a settled trust. It is the settlor who transfers to the trustee the property which constitutes the trust fund or *res*; it is the settlor who defines the objects of the trust; it is the settlor who vests powers in the trustee. Only the settlor can do these things. Once the trust is established, the participation of the settlor may come to an end, as was contemplated in this case, but only he can bring the trust into existence.

It is the case of the appellant that the partnership came into existence on or about January 1, 1964, as a result of an agreement of that date between the appellant and the family trusts. This obviously involves a claim that the trusts had been established before the partnership contract was concluded. The appellant also claims that the partnership was registered, in accordance with the laws of Ontario and each other province in which business was carried

par l'appelante et les cinq fiducies familiales, l'appelante étant la gérante et les cinq fiducies les commanditaires.

Les frères Shnier se réunirent le 20 octobre 1963 pour discuter de la constitution des fiducies. Il fut décidé de choisir des non-résidents comme disposants des fiducies, chacune ayant un disposant différent. Cecil Shnier avait séjourné quelque temps à Oklahoma City où demeurait son frère Jack Shnier. Jack avait épousé sa cousine Esther dont la mère, Anne Rose, demeurait également à Oklahoma City tout comme Peggy Cooper, une cousine issue de germains, et son époux Aubrey Cooper. Il fut apparemment décidé qu'on demanderait à chacun de ces parents d'être le disposant d'une fiducie, et Cecil devait entrer en contact avec eux.

Je pense que l'abandon du projet original de créer des fiducies déclaratoires au profit de la création de fiducies constituées a une influence déterminante sur l'arrêt qui sera rendu en l'espèce. La réalisation du projet dépendait de la constitution effective des fiducies et de la formation de la société envisagée dont les fiducies seraient les commanditaires.

Le rôle du disposant ou auteur est naturellement capital dans la création d'une fiducie constituée. C'est le disposant qui cède aux fiduciaires les biens qui constituent le patrimoine ou les fonds de la fiducie; c'est le disposant qui institue les bénéficiaires de la fiducie; c'est lui qui confère des pouvoirs aux fiduciaires. Seul le disposant est habilité à faire ces choses. Une fois la fiducie créée, la participation du disposant peut se terminer, comme c'était prévu dans la présente affaire; mais lui seul peut créer la fiducie.

L'appelante soutient que la société a été créée le 1<sup>er</sup> janvier 1964 ou vers cette date, à la suite d'un contrat portant cette date intervenu entre l'appelante et les fiducies familiales. Cela revient évidemment à soutenir que les fiducies ont été créées avant la conclusion du contrat de société. L'appelante soutient aussi que la société a été enregistrée à titre de société en commandite, l'appelante étant la gérante et les fiducies les commanditaires, conformément aux

on, as a limited partnership, the appellant being the general partner and the trusts limited partners. In support of this case, the appellant sought to establish that prior to the holding of a bar mitzvah in Regina, Saskatchewan, which began on December 26, 1963, the persons who were to be the settlors of the trusts had been selected; that the settlors understood that they were to constitute the trusts by transferring \$50 each to the trustees of their trust; that they knew who were the beneficiaries and what were the objects of the trusts; and that by certain acts which occurred on the occasion of the bar mitzvah the settled trusts were established. There was also evidence which established that declarations of limited partnership were executed by the appellant and the "trustees" of the family trusts and filed in Ontario and in the other provinces in which business was carried on.

Whether the trusts were established at Regina depends in large part upon the oral testimony of Cecil Shnier, of Norman Shnier, and of Israel Asper, and on the commission evidence of the five "settlors", evidence that was taken in Oklahoma. As to this evidence, there is, in the words of the learned Trial Judge, "a serious conflict". The evidence is examined in detail by the Trial Judge and is reviewed by my brother Urie J., and I will not go through it again except to add to my brother Urie J.'s statement this extract from the Trial Judge's summary in respect of the events in Regina:

I shall briefly review the evidence as to what occurred in Regina. Again there is some conflict. It is suggested that Jack Shnier took \$250 to Regina on behalf of himself and the other settlors, in order to make the gift of \$50 to the trustees of each trust. That is not his evidence. He said he goes to Canada frequently and he has always found it much easier and cheaper from an exchange rate point of view to obtain Canadian currency in Oklahoma before he leaves on a trip. He followed that same pattern in December of 1963. He took four or five hundred dollars in Canadian money with him. At some stage he gave \$250 of his own money to someone in Regina. It eventually found its way into the hands of the solicitor who was also present, and who apparently gave it to Phil Shnier. Phil had to leave the bar mitzvah early to return to Toronto. The solicitor and Cecil Shnier say there was a draft trust deed brought to Regina, and the nature of the trust and its terms were explained to the three settlors who had gone to Regina. I accept Jack Shnier's evidence that any discussions were with him alone,

lois de l'Ontario et de chaque autre province où elle faisait affaire. A l'appui de cette prétention l'appelante a essayé d'établir qu'avant la tenue d'une cérémonie de bar mitzvah à Regina (Saskatchewan) qui a débuté le 26 décembre 1963, on avait déjà désigné les personnes qui devaient être les disposants des fiducies; que les disposants comprenaient qu'ils devaient constituer les fiducies en cédant chacun \$50 aux fiduciaires de leur fiducie; qu'ils savaient qui étaient les bénéficiaires de la fiducie et comment les fonds devaient être utilisés; et que, par certains actes accomplis à l'occasion du bar mitzvah, les fiducies constituées ont été créées. Il y a aussi des preuves attestant que l'appelante et les «fiduciaires» des fiducies familiales ont fait des déclarations de société en commandite et les ont enregistrées en Ontario et dans les autres provinces où la société faisait affaire.

La question de savoir si les fiducies ont été créées à Regina dépend dans une large mesure des témoignages oraux de Cecil Shnier, Norman Shnier et Israel Asper et des témoignages des cinq «disposants» recueillis à Oklahoma sur commission rogatoire. En ce qui concerne ces témoignages, ils sont, pour employer le mot utilisé par le savant juge de première instance, «contradictoires». Le juge de première instance a analysé les preuves en détail et mon collègue le juge Urie les a passées en revue et je n'y reviendrai pas sauf pour ajouter à la déclaration de mon collègue le juge Urie cet extrait du résumé du juge de première instance relatif à ce qui s'est passé à Regina:

Je vais examiner brièvement la preuve relative à ce qui s'est passé à Regina. Elle contient des contradictions. Quelqu'un a avancé que Jack Shnier avait apporté \$250 à Regina en son nom et en celui des autres auteurs afin de faire une donation de \$50 aux fiduciaires de chaque fiducie. Ce n'est pas ce que Jack Shnier prétend. Il déclare qu'il se rend fréquemment au Canada et qu'il a toujours trouvé plus pratique et plus économique du point de vue change de se procurer des devises canadiennes à Oklahoma avant d'entreprendre un voyage. C'est ce qu'il fit en décembre 1963. Il prit quatre ou cinq cents dollars canadiens. A Regina, il préleva \$250 sur ses propres fonds pour les donner à quelqu'un qui finit par les remettre à l'avocat qui était également là et qui, semble-t-il, les a donnés à Phil Shnier. Phil Shnier devait quitter la cérémonie du bar mitzvah avant la fin pour rentrer à Toronto. L'avocat et Cecil Shnier ont déclaré qu'un projet d'acte de fiducie fut présenté à Regina et que la nature de cette fiducie ainsi que ses dispositions furent expliqués aux trois disposants qui s'étaient rendus

other than what he may have told his wife, and that he did not see a draft trust deed. I reject the evidence of witnesses called on behalf of the appellant who testified otherwise.

In my view, all that really transpired at Regina was that Jack Shnier was told of the general nature of the proposed trusts, that he would endeavour to have his wife, his mother-in-law and the Coopers act as settlors, that the documents would be eventually sent to him, and if everyone were agreeable, they would be signed.

My brother Urie J. has enumerated the findings of the learned Trial Judge. If these findings are accepted, it is clear that the settled trusts were not established before the partnership contract was allegedly made. In so far as the settlors, other than Jack Shnier, are concerned, none of them transferred property, in this case \$50 each, to the trustees. None of them, including Jack Shnier, defined either the objects of his or her trust, nor settled the powers or discretions of the trustees. Indeed, it is clear from these findings of fact that establishment of the settled trusts was postponed until later, and the draft trust deeds were not executed until March or April of the following year.

It was argued that as the learned Trial Judge did not hear the oral testimony of the Oklahoma relatives but only that of Cecil Shnier and of Norman Shnier and Israel Asper (both of whom were involved in the events connected with the trusts at the Regina bar mitzvah), there is no good reason for this Court to accord his findings of fact the usual presumptive weight accorded by an Appeal Court to factual findings of a Trial Judge. True, because of these circumstances the findings may not be entitled to quite the same weight as would have been the case if all the witnesses had testified before him. That he was faced with the task of resolving conflicts between oral and commission evidence does not, however, mean that we are in as good a position as he: he at least saw and observed Cecil Shnier and the other witnesses who gave pertinent oral testimony. Findings of fact based on conflicting commission evidence and evidence actually heard by the Trial Judge are products of the interrelation of both. It would be misleading, therefore, to say that this Court is in as good a position to assess even the commission evi-

dans cette ville. J'accepte le témoignage de Jack Shnier selon lequel il déclare avoir participé seul aux discussions, bien qu'il en ait touché un mot à sa femme, et ne pas avoir vu le projet d'acte de fiducie. Je rejette les témoignages à l'effet contraire des personnes citées par l'appelante.

<sup>a</sup> A mon avis, voici ce qui s'est vraiment passé à Regina: Jack Shnier fut mis au courant de la nature générale des fiducies projetées, il devait essayer de convaincre sa femme, sa belle-mère et les Cooper d'en être les auteurs, il devait recevoir ultérieurement les documents qu'on signerait si tout le monde était d'accord.

<sup>b</sup> Mon collègue le juge Urie a exposé les constatations du savant juge de première instance. Si elles sont acceptées, il est clair que les fiducies constituées n'ont pas été créées avant la date où le contrat de société est censé avoir été passé. <sup>c</sup> En ce qui concerne les disposants, à l'exception de Jack Shnier, aucun d'entre eux n'a cédé de biens, même pas les \$50, aux fiduciaires. Aucun d'entre eux, y compris Jack Shnier, n'a désigné <sup>d</sup> les bénéficiaires de sa fiducie ni les attributions ou pouvoirs discrétionnaires des fiduciaires. Enfin il apparaît clairement de ces constatations de fait que la création des fiducies constituées a été reportée à plus tard et que les projets d'acte <sup>e</sup> de fiducie n'ont pas été signés avant mars ou avril de l'année suivante.

On a soutenu que, puisque le savant juge de première instance n'avait pas entendu les dépositions des parents d'Oklahoma mais seulement celles de Cecil Shnier, de Norman Shnier et d'Israel Asper (deux d'entre eux ont participé aux discussions relatives aux fiducies qui se sont déroulées au cours du bar mitzvah à Regina), cette cour n'a aucune raison valable d'accorder à ses constatations de fait la présomption d'exactitude qu'une cour d'appel accorde ordinairement aux constatations de fait d'un juge de première instance. Il est vrai, vu les <sup>f</sup> circonstances, qu'on ne doit peut-être pas accorder aux constatations exactement la même valeur que si tous les témoins avaient déposé devant le juge. Le fait qu'il ait eu à résoudre des <sup>g</sup> contradictions entre les dépositions orales et les dépositions recueillies sur commission rogatoire ne signifie pas cependant que nous sommes aussi bien placés que lui: il a au moins vu et observé Cecil Shnier et les autres témoins qui ont donné des témoignages pertinents. Les <sup>h</sup> constatations de fait fondées sur les contradictions entre les dépositions recueillies sur com-

dence as was the Trial Judge. There is a burden on the appellant to show that the findings of the Trial Judge, in so far as they resolve conflicts in evidence, including conflicts between the commission and oral evidence, were erroneous, and this it has failed to do. I would, therefore, accept the Trial Judge's findings. The consequence of these findings is that the trusts were not in existence by the beginning of 1964 and thus that no partnership was established between the appellant and the family trusts. In result then, the appellant has failed to make out its case.

In reaching the conclusion that the appellant has not made out its case, I have considered a possible argument based on a clause in the trust indentures purporting to give the indentures retroactive effect. The deeds of trust in respect of the family trusts were executed in March or April of 1964. Each deed is dated December 2, 1963. "Article I—Settlement" of each of them provides:

1. The Settlor covenants and agrees to, and does hereby, make a gift and settlement upon the Trustees in the amount of \$50.00, and the said sum of \$50.00 shall be paid to the Trustees to be used by them in the manner hereinafter provided, and the Settlor further covenants and agrees that the said gift and settlement of the said sum of money is hereby made irrevocably and absolutely in favour of the Trustees, upon the trusts herein contained.

2. The Settlor shall pay and deliver the said sum of \$50.00 to the said Trustees immediately upon their request, but notwithstanding that there may be some delay in the actual conveyance, assignment and delivery of the said settlement to the said Trustees, the effective commencement date of this Trust shall be the date first above written, and until such time as the said settlement shall have been actually delivered to the said Trustees or any of them, the Trust Property shall consist of the Settlor's promise and covenant to make and deliver the said gift and settlement.

Does the provision in each of the trust indentures that it shall commence on December 2, 1963, operate so as to render effective the limited partnership alleged in the pleadings to have

mission rogatoire et les dépositions faites effectivement devant le juge de première instance sont le résultat de la confrontation des deux. Il serait donc fallacieux de dire que cette cour est aussi bien placée que le juge de première instance même pour apprécier les dépositions recueillies sur commission rogatoire. Il appartient à l'appelante de démontrer que les constatations du juge de première instance, dans la mesure où elles résolvent des contradictions dans les témoignages, y compris les contradictions entre les dépositions recueillies sur commission rogatoire et les dépositions orales, étaient erronées, ce qu'elle n'a pas fait. J'accepte donc les constatations du juge de première instance. Il résulte de ces constatations que les fiducies n'existaient pas au début de 1964 et qu'ainsi aucune société n'a été formée entre l'appelante et les fiducies familiales. Il s'ensuit donc que l'appelante n'a pas prouvé ses prétentions.

En parvenant à la conclusion que l'appelante n'a pas prouvé ses prétentions, j'ai tenu compte d'un argument possible fondé sur une clause des actes de fiducies visant à leur donner effet rétroactif. Ces actes de fiducie concernant les fiducies familiales ont été signés en mars ou avril 1964. Chaque acte porte la date du 2 décembre 1963. L'«article I—Constitution» de chacun d'eux stipule:

[TRADUCTION] 1. Par les présentes, le disposant convient et décide de donner et transférer aux fiduciaires une somme de \$50, ladite somme de \$50 devant être versée aux fiduciaires qui l'utiliseront de la façon décrite ci-après; et en outre le disposant convient et décide que ledit don et transfert de cette somme d'argent est fait de manière irrévocable et définitive en faveur des fiduciaires, conformément aux obligations prévues dans les présentes.

2. Le disposant doit verser et remettre ladite somme de \$50 auxdits fiduciaires dès qu'ils en font la demande, mais, nonobstant tout retard possible dans la transmission, cession et remise effectives de ladite somme auxdits fiduciaires, cette fiducie prendra effet à la première date susmentionnée et, jusqu'à la date du versement effectif auxdits fiduciaires ou à l'un d'eux, le patrimoine de la fiducie sera constitué de la promesse et de l'engagement, de la part du disposant, de faire le don et de remettre la somme.

La clause de chaque acte de fiducie, prévoyant qu'elle prendra effet le 2 décembre 1963, a-t-elle pour résultat de rendre valable la société en commandite qui, d'après les plai-

been created on or about January 1, 1964, and implemented by filing in the appropriate provinces the declarations of limited partnership, and by the execution, some time during the winter or spring of 1964, of the partnership agreement which is dated January 1, 1964, though in fact executed later? The submission would be that by the time the relevant partnership documents were executed, the trusts had been constituted (albeit retroactively), the trustees appointed and in a position under the trust indentures to make the partnership contract. My response is that the family trusts were created, if they were created at all, by execution of the trust indentures. Each of these trusts came into being (if at all) as a result of the execution of the indenture containing a declaration by the settlor of an intention to create the trust and a designation of objects, and by a vesting in the trustees of the trust *res*. The trust came into being, if it did come into being, when the constitutive acts were done. In this case the failure to constitute the family trusts in December 1963 was not corrected by the later execution of the trust indentures containing words purporting to give the trusts antecedent reality, even assuming that the indentures were otherwise effective.

It was submitted that the trusts were established in December 1963 as executory trusts which were implemented in detail and retroactively when the trust deeds were executed in March or April 1964 by the settlors and trustees. This submission was based on the opening of trust bank accounts by Irving Shnier on December 24, 1963; by the payment "on behalf of the settlors of the respective settlement amounts to or to the order of the respective trustees"; the execution by the "trustees" of the declarations of limited partnership as of January 1, 1964; the participation by the "trustees" on behalf of the "trusts" as partners in the "partnership"; and the formal execution by the "settlors" and the "trustees" of the trust indentures in March or April 1964, "thereby causing the said executory trusts to become executed trusts".

doyers, a été formée le 1<sup>er</sup> janvier 1964 ou à une date voisine et définitivement constituée par l'enregistrement dans les provinces voulues, des déclarations de société en commandite et par la signature, au cours de l'hiver ou du printemps 1964, du contrat de société daté du 1<sup>er</sup> janvier 1964, mais qui fut en fait signé postérieurement? Cela reviendrait à dire qu'à la signature des documents appropriés de société, les fiducies avaient été créées (quoique rétroactivement), les fiduciaires désignés et capables, en vertu des actes de fiducies, de passer le contrat de société. A cela je réponds que les fiducies familiales ont été constituées, si tant est qu'elles l'aient jamais été, par la signature des actes de fiducie. Chacune de ces fiducies est née (si elle a pu naître) par suite de la signature par le disposant de l'acte exposant son intention de créer la fiducie et désignant des bénéficiaires et par suite de l'attribution aux fiduciaires du patrimoine de la fiducie. La fiducie est née, dans la mesure où elle a pu naître, quand les actes constitutifs ont été passés. Dans ce cas, le défaut de constituer les fiducies familiales en décembre 1963 n'a pu être corrigé par la signature postérieure des actes de fiducie assortis de clauses destinées à leur conférer une existence rétroactive, même en admettant que les actes aient par ailleurs été valables.

On a soutenu que les fiducies ont été créées en décembre 1963 en tant que fiducies à parfaire qui sont entrées en vigueur dans toutes leurs dispositions et rétroactivement lorsque les disposants et les fiduciaires ont signé les actes de fiducie en mars ou avril 1964. Cette prétention se fonde sur l'ouverture des comptes bancaires en fiducie par Irving Shnier le 24 décembre 1963; sur le versement [TRADUCTION] «pour le compte des disposants, aux fiduciaires respectifs ou à leur ordre des montants respectifs confiés en fiducie»; sur la signature par les «fiduciaires» des déclarations de société en commandite le 1<sup>er</sup> janvier 1964; sur la participation des «fiduciaires» au nom des «fiducies» à titre d'associés de la «société»; et sur la signature en bonne et due forme par les «disposants» et les «fiduciaires» des actes de fiducie en mars ou avril 1964, [TRADUCTION] «transformant ainsi lesdites fiducies à parfaire en fiducies définitives».

It is not clear from the submission whether it is being argued that executory trusts were created in December 1963 by the "trustees" or by the "settlers". If by the "trustees", it is difficult to understand how their "executory trusts", if established (and in my opinion they were not established), could be executed by trust deeds, signed by the "settlers" purporting to create settled trusts. If by the "settlers", it is quite impossible, on the findings of the Trial Judge, to hold that they had the requisite intention to establish even executory trusts in December 1963.

It also seems clear that the argument based on an agency by ratification in respect of the constitution of the trusts fails. The submission was that in Regina Jack Shnier was acting on his own behalf and purporting to act as agent for the other "settlers" in setting up the trusts, and that the execution of the trust indentures by the other "settlers" operated retroactively. The Trial Judge's finding on the events that transpired in Regina is fatal to this submission: "... all that really transpired at Regina was that Jack Shnier was told of the general nature of the proposed trusts, that he would endeavour to have his wife, his mother-in-law and the Coopers act as settlers, that the documents would be eventually sent to him, and if everyone were agreeable, they would be signed".

I have also considered the submission that even if settled trusts were not constituted at the time of the bar mitzvah or by the deposit of the balance of \$50 in each of the settled trust accounts, then declaratory trusts were established. The submission was that by the end of December a bank account had been opened in respect of each of the family trusts. By the end of the year there was deposited in each account \$50, the initial trust *res*, and \$75,000 which had been borrowed from the bank. It was argued that by taking over this account and otherwise acting in relation to the "trust", the trustees of each trust had declared themselves as trustees on the terms of the trusts as set out in the

Dans cette thèse, il n'est pas dit clairement si les fiducies à parfaire ont été créées en décembre 1963 par les «fiduciaires» ou par les «disposants». S'agit-il de création par les «fiduciaires», il est difficile de comprendre comment leurs «fiducies à parfaire», si leur existence était prouvée (ce qui, à mon avis, n'est pas le cas), pouvaient devenir définitives par suite des actes de fiducie signés par les «disposants», qui avaient l'intention de créer des fiducies constituées. S'agit-il de création par les «disposants», il est tout à fait impossible, d'après les constatations du juge de première instance, de penser qu'ils avaient l'intention nécessaire pour constituer même des fiducies à parfaire en décembre 1963.

Il me semble également évident que l'argument fondé sur un mandat ratifié en ce qui concerne la constitution des fiducies ne tient pas. On a soutenu qu'à Regina Jack Shnier agissait en son nom personnel et prétendument en qualité de mandataire des autres «disposants» pour la mise au point des fiducies et que la signature des actes de fiducie par les autres «disposants» a eu un effet rétroactif. Les constatations du juge de première instance relatives à ce qui s'était passé à Regina détruisent cet argument: «... voici ce qui s'est vraiment passé à Regina: Jack Shnier fut mis au courant de la nature générale des fiducies projetées, il devait essayer de convaincre sa femme, sa belle-mère et les Cooper d'en être les auteurs, il devait recevoir ultérieurement les documents qu'on signerait si tout le monde était d'accord».

J'ai aussi pris en considération la thèse selon laquelle, même si des fiducies constituées n'ont pas été créées au cours du bar mitzvah ou par le dépôt de la somme de \$50 dans chacun des comptes des fiducies constituées, des fiducies déclaratoires ont été alors créées. On a soutenu qu'à la fin de décembre un compte bancaire avait été ouvert au nom de chacune des fiducies familiales. A la fin de l'année on avait déposé \$50 dans chaque compte, patrimoine initial de la fiducie, et \$75,000 qui avaient été empruntés à la banque. On a prétendu que, par la prise de possession de ce compte et par d'autres actes se rapportant à la «fiducie», les fiduciaires de chaque fiducie ont assumé les fonctions de fidu-

subsequently executed trust deeds. It seems to me impossible to hold that the "trustees" constituted themselves express trustees by implied declaration when the intention, of which they were aware, was to constitute trusts by way of settlement; the implication urged would be inconsistent with this understanding.

It was argued alternatively that, failing the settled trusts, the "trustees" held the bank accounts on resulting or constructive trusts. On the findings of the Trial Judge, only Jack Shnier transferred money to the "trustees" so that, in my view, only he would have any basis whatever for claiming that the "trustees" held on resulting trusts; even if they did, they would not be holding subject to the terms of the trust documents submitted in evidence and would have no authority to enter into a partnership. It is, I suppose, arguable that the "trustees" held subject to some sort of constructive trust; even so, however, their duties would be restitutionary only, and as constructive trustees they would have no authority to enter into a partnership.

At any rate, declaratory trusts, resulting trusts and constructive trusts were not the trusts relied on by the appellant. With reference to a submission, obviously made in argument at trial, that if settled trusts, whether executed or executory, had not been established by January 1, 1964, declaratory trusts had been, the Trial Judge said:

In my opinion no so-called "declaratory trusts" came into existence. In any event, these are not the trusts relied upon in . . . all the documents tendered to support the limited partnership in question. The declarations of limited partnership are based on "settled trusts", not some vague "declaratory trusts".

These words also apply to the submissions to us based on resulting or constructive trusts.

ciales suivant les modalités des fiducies énoncées dans les actes de fiducies signés postérieurement. Il me semble impossible d'admettre que les «fiduciaires» se sont constitués expressément fiduciaires par voie de déclaration implicite alors qu'on avait l'intention de constituer les fiducies par voie de disposition, ce dont ils étaient au courant; l'implication suggérée irait à l'encontre de cette intention.

On a soutenu subsidiairement qu'en l'absence de fiducies constituées, les fiduciaires détenaient les comptes bancaires par suite de fiducies implicites, c'est-à-dire des fiducies qui font retour au disposant et des fiducies d'office. D'après les constatations du juge de première instance, seul Jack Shnier a cédé de l'argent aux «fiduciaires» de sorte que, à mon avis, lui seul pourrait prétendre d'une manière quelconque que les «fiduciaires» détenaient les comptes par suite de fiducies qui font retour au disposant; même s'il en était ainsi, ils ne pourraient pas les détenir en vertu des clauses des actes de fiducie soumis en preuve et ils n'auraient pas le pouvoir de constituer une société. Il est possible, je suppose, de soutenir que les «fiduciaires» étaient saisis des comptes en vertu d'une espèce de fiducie d'office; même dans ce cas cependant, leurs fonctions se limiteraient à la restitution et, en qualité de fiduciaires d'office, ils n'auraient pas les pouvoirs de constituer une société.

Du reste, l'appelante ne s'est appuyée ni sur des fiducies déclaratoires, ni sur des fiducies faisant retour au disposant, ni sur des fiducies d'office. En ce qui concerne une thèse, avancée évidemment dans les débats en première instance, prétendant que si des fiducies constituées, soit définitives soit à parfaire n'ont pas été créées le 1<sup>er</sup> janvier 1964, des fiducies déclaratoires l'ont été, le juge de première instance déclarait:

J'estime qu'aucune de ces prétendues «fiducies déclaratoires» n'a été constituée. De toute façon, ce n'est pas sur ces fiducies-là qu'on s'appuie en l'espèce et ce ne sont pas ces fiducies-là qui sont mentionnées dans les documents versés à l'appui de la société en commandite. Les actes constitutifs de la société en commandite se fondaient sur des «fiducies constituées» et non sur des vagues «fiducies déclaratoires».

Cette conclusion s'applique aussi aux prétentions qui nous sont soumises, basées sur des

The appellant submitted by way of further alternative that if the settled trusts were not in fact established by the beginning of 1964, it is nevertheless open to us to decide that these trusts did come into existence when the trust deeds were executed by the settlors in March or April of 1964 and that the trusts so created became partners either then or later on the terms of the partnership agreement which appears in evidence as Exhibit 5, or, apart from the agreement, as general partners under a partnership established by course of conduct.

Although I have already summarized the appellant's claims in this case, it may be as well to quote from the notice of appeal (as amended) by which the re-assessments were brought before the Trial Division. This may be helpful in determining whether at this stage these alternative claims are available to the appellant. In the notice of appeal (as amended) the appellant claimed that:

3. On or about the 1st day of January, A.D. 1964, the Appellant, by Agreement of that date, joined together with The Irving Shnier Family Trust, The Norman Shnier Family Trust, The Cecil Shnier Family Trust, The Phil Shnier Family Trust, and The Allan Shnier Family Trust (in each case through its respective Trustees), to constitute a partnership to carry on the business of distributing, merchandising and general selling. The Appellant begs leave to refer to the said Agreement at the Trial of this Action.

4. In accordance with the terms of the said Agreement, and as the facts are, the Appellant became entitled to a one-sixth (1/6) interest in the said partnership which commenced carrying on business on the 1st day of January A.D. 1964, under the firm names and styles of "G.E. Shnier Co." and "Eagle Distributing Co."

5. The said partnership was registered, in accordance with the laws of the Province of Ontario, and each other province in which business was carried on, as a limited partnership, the general partner of which was the Appellant. The remaining partners were special or limited partners of the partnership.

10. The Appellant at no time received, nor was it in any way entitled to receive, more than one-sixth (1/6) of the income realized from the operation of the business of the partnership and the Appellant says that it at all times properly reported all of the income received by it in each of the respective taxation years, all in accordance with the Income Tax Act.

fiducies qui font retour au disposant ou des fiducies d'office.

L'appelante a soutenu par voie d'une autre prétention subsidiaire que, si les fiducies constituées n'ont pas été effectivement créées au début de 1964, nous pouvions néanmoins décider que ces fiducies ont pris naissance quand les actes de fiducie ont été signés par les disposants en mars ou avril 1964 et que les fiducies ainsi créées sont devenues des associées, soit à cette date, soit plus tard, conformément aux modalités du contrat de société qui figure au dossier comme pièce 5 ou, indépendamment du contrat, à titre d'associées en vertu d'une société de fait.

Même si j'ai déjà résumé les prétentions de l'appelante dans cette affaire, il serait peut-être bon de citer un passage de l'avis d'appel modifié, par lequel les nouvelles cotisations ont été soumises à la Division de première instance. Cela peut aider à déterminer si, à ce stade, l'appelante peut soulever les moyens subsidiaires. Dans l'avis d'appel modifié l'appelante prétendait que:

[TRADUCTION] 3. Le 1<sup>er</sup> janvier 1964 ou à une date voisine, l'appelante, suivant contrat portant ladite date, s'est jointe à la fiducie de la famille Irving Shnier, à la fiducie de la famille Norman Shnier, à la fiducie de la famille Cecil Shnier, à la fiducie de la famille Phil Shnier, et à la fiducie de la famille Allan Shnier (chacune représentée par ses fiduciaires respectifs) pour former une société en vue d'exploiter une entreprise de distribution, de commerce et de vente en général. L'appelante demande l'autorisation de se référer audit contrat à l'audition de la présente action.

4. Conformément aux modalités dudit contrat, et d'après les faits, l'appelante a obtenu une participation d'un sixième (1/6) dans ladite société qui a commencé à fonctionner le 1<sup>er</sup> janvier 1964 sous les raisons sociales de «G. E. Shnier Co.» et «Eagle Distributing Co.».

5. Ladite société a été enregistrée, conformément aux lois de la province de l'Ontario et de celles de chacune des autres provinces où elle faisait affaire, à titre de société en commandite dont la gérante était l'appelante. Les autres associés en étaient les commanditaires.

10. L'appelante n'a jamais reçu et n'a jamais eu droit à recevoir plus d'un sixième (1/6) du revenu provenant de l'exploitation de l'entreprise de la société et l'appelante affirme qu'elle a toujours correctement déclaré tous les revenus qu'elle recevait pour chacune des années respectives d'imposition, le tout conformément à la Loi de l'impôt sur le revenu.

On these allegations the appellant went to trial.

The submission that the partnership came into existence when the trust deeds were executed and the partnership agreement was signed raises issues not in my opinion covered by the pleadings. My brother Urie J. has analyzed authorities respecting the raising of new issues at the appellate level, and I agree with his conclusions. In my view it is not open to the appellant to raise these issues at this stage. When I say this, I realize that it may be argued that the allegations in paragraphs 3, 4 and 5 of the notice of appeal do call into issue both the partnership agreement and the efficacy of the trust indentures. The allegations assert, however, that the partnership, and thus the trusts, came into being at a particular time and in a particular sequence of events. To seek to use the allegations in paragraphs 3, 4 and 5 to cover an allegation that the partnership came into being some months later than January 1, 1964, as a consequence of the execution of the trust indentures in March or April and the execution of the partnership agreement at the same time or later seems to me to be stretching the words used too far. The appropriate procedure in my view would have been to make the allegation by way of express alternative. If this had been done, I cannot say that I am certain that the allegations would have evoked substantially the same response in evidence led, in examination and cross-examination, in the citation of authority, and in argument.

I find even greater difficulty in entertaining the submission that it is open to us to decide that family trusts were created by execution of the trust deeds in March or April of 1964 and thereafter that a general partnership was established between all of the co-trustees by a course of conduct in relation to the "partnership" business. It seems likely that this issue, if seasonably raised, would have given the trial a different tone.

I would dismiss the appeal with costs.

\* \* \*

C'est avec ces allégations que l'appelante a introduit l'instance.

La thèse selon laquelle la société a pris naissance quand les actes de fiducie et le contrat de société ont été signés soulève des points qui, à mon avis, ne sont pas compris dans les plaidoiries. Mon collègue le juge Urie a analysé la jurisprudence applicable quand des moyens nouveaux sont soulevés au niveau de l'appel, et je souscris à ses conclusions. A mon avis, l'appelante ne peut pas soulever cette question à ce stade. En faisant cette affirmation, je me rends compte qu'on peut faire valoir que les allégations contenues dans les paragraphes 3, 4 et 5 de l'avis d'appel visent tant le contrat de société que la validité des actes de fiducie. Cependant, dans ces allégations on affirme que la société et, partant, les fiducies ont pris naissance à un moment donné et par une certaine série d'actes. On ne peut, sans faire violence aux mots, essayer de se servir des allégations contenues dans les paragraphes 3, 4 et 5 pour englober l'allégation suivant laquelle la société est née quelques mois après le 1<sup>er</sup> janvier 1964, par suite de la signature des actes de fiducie en mars et en avril et de la signature du contrat de société à la même date ou postérieurement. A mon avis, la procédure appropriée aurait consisté à faire l'allégation par voie de conclusion subsidiaire expresse. Si cela avait été fait, je ne peux pas dire que j'ai la certitude que ces allégations auraient eu le même résultat sur les preuves apportées, les interrogatoires et contre-interrogatoires, la jurisprudence invoquée, et les débats.

Je trouve qu'il est encore plus difficile d'accueillir la thèse selon laquelle nous pouvons décider que les fiducies familiales ont été créées par la signature des actes de fiducie en mars ou avril 1964 et que par la suite une société en nom collectif a été formée par tous les co-fiduciaires en raison de leur attitude en ce qui concerne les affaires de la «société». Il est probable que ce point, s'il avait été soulevé en temps utile, aurait donné au procès une orientation différente.

Je rejette l'appel avec dépens.

\* \* \*

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

BASTIN D.J.: The appellant, Kingsdale Securities Co. Limited, was incorporated under Ontario law on April 22, 1948 under the corporate name George E. Shnier & Company Limited. From that time on until January 1, 1962, it was engaged in the distribution and manufacturing of flooring, rubber and building products.

As of January 1, 1962 the appellant sold its business to a partnership of five corporations, each having an equal interest. Each of these corporations was owned by a member of the Shnier family, all of whom were brothers, as follows:

- (a) George Edward Corporation Ltd. (George E. Shnier)
- (b) Irving Shnier Limited (Irving Shnier)
- (c) Norman Shnier Limited (Norman Shnier)
- (d) Phil Shnier Limited (Phil Shnier)
- (e) Eagle Distributing Co. Limited (Allan Shnier)

The partnership carried on the business under the firm names and styles of G. E. Shnier Co. and Eagle Distributing Co. In July, 1962 George E. Shnier died and the interest of the George Edward Corporation Ltd. in the partnership was subsequently replaced by Wabash Enterprises Ltd., a corporation owned by Cecil Shnier, a sixth brother.

George E. Shnier, at all material times, lived in Toronto until his death. Irving, Norman and Phil Shnier lived, at all material times (and presently reside), in Toronto. Allan and Cecil Shnier lived, at all material times (and presently reside), in Winnipeg.

On December 27, 1963 the appellant (by Supplementary Letters Patent) changed its corporate name from George E. Shnier & Company Limited to G. E. Shnier Co. Limited. On November 7, 1969 the appellant (by further Supplementary Letters Patent) changed its name to Kingsdale Securities Co. Limited, the present name of the appellant.

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

LE JUGE SUPPLÉANT BASTIN: L'appelante, la Kingsdale Securities Co. Limited, a été constituée en compagnie en vertu de la loi ontarienne le 22 avril 1948, sous le nom de George E. Shnier & Company Limited. De cette date au 1<sup>er</sup> janvier 1962, elle a exploité une entreprise de distribution et de fabrication de revêtements de sols, de produits en caoutchouc et de matériaux de construction.

Le 1<sup>er</sup> janvier 1962, l'appelante vendit son entreprise à une société composée de cinq compagnies détenant chacune une participation égale. Comme indiqué ci-dessous, chacune de ces compagnies était la propriété d'un membre de la famille Shnier, les propriétaires étant tous frères:

- a) George Edward Corporation Ltd. (George E. Shnier)
- b) Irving Shnier Limited (Irving Shnier)
- c) Norman Shnier Limited (Norman Shnier)
- d) Phil Shnier Limited (Phil Shnier)
- e) Eagle Distributing Co. Limited (Allan Shnier)

La société exploitait l'entreprise sous les raisons sociales de G. E. Shnier Co. et Eagle Distributing Co. En juillet 1962, George E. Shnier mourut et la participation de la George Edward Corporation Ltd. dans la société a été par la suite reprise par la Wabash Enterprises Ltd., compagnie appartenant à Cecil Shnier, un sixième frère.

George E. Shnier, durant toute la période qui nous intéresse, a vécu à Toronto jusqu'à sa mort. Irving, Norman et Phil Shnier demeuraient, durant toute la période qui nous intéresse, à Toronto où ils résident encore. Allan et Cecil Shnier, durant toute la période qui nous intéresse, demeuraient à Winnipeg et ils y résident encore.

Le 27 décembre 1963, l'appelante, par lettres patentes supplémentaires, changea son nom de George E. Shnier & Company Limited en G. E. Shnier Co. Limited. Le 7 novembre 1969, l'appelante, par de nouvelles lettres patentes supplémentaires, adopta le nom de Kingsdale Securities Co. Limited, son nom actuel.

To avoid the effect of a proposed amendment to the *Income Tax Act*, a plan was prepared by Mr. I. H. Asper to substitute for the general partnership a limited partnership consisting of the appellant as the general partner and five family trusts for the benefit of the wife and children of each Shnier brother, as limited partners. The mechanics of the plan were that the appellant would purchase the family business from the five personal corporations, then enter into an agreement with the five family trusts to form a limited partnership with the appellant as the general partner and the five family trusts as limited partners. There is no ground to question that the partnership business was owned from January 1, 1962 until January 1, 1964 by the five personal corporations and that the sale to the appellant of their interest in the partnership for \$75,000 by each corporation was a valid sale. There is no doubt but that one purpose of the change in ownership of the business was to minimize tax but another purpose was to create a trust for the benefit of the wives and children of the five Shnier brothers.

If in other respects the plan was valid one, I cannot see that the technique for financing the turnover of the business by the bank renders it invalid. The bank loaned the appellant \$375,000 to pay \$75,000 to each personal corporation and on the security of the deposit receipts with respect to these payments, loaned \$75,000 to each of the five family trusts to pay into the partnership and this money was then used by the bank to retire the original loan of \$375,000. No doubt this process may be described as a few strokes of the pen but it does not follow that the transactions were fictitious. The question is, were rights thereby created which between the parties the courts would enforce? If so, then the right of the family trusts to receive 5/6 of the partnership income governs the assessment of income tax.

The plan called for the execution of five trust agreements by a settlor who was to be a relative of the Shnier resident in the United States,

Pour éviter les incidences d'une modification qui devait être apportée à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, I. H. Asper a préparé un projet pour remplacer la société en nom collectif par une société en commandite ayant comme gérante l'appelante et comme commanditaires cinq fiducies familiales établies au profit de la femme et des enfants de chaque frère Shnier. Le projet prévoyait que l'appelante achèterait l'entreprise familiale aux cinq compagnies personnelles, puis passerait un contrat avec les cinq fiducies familiales pour former une société en commandite ayant l'appelante comme gérante et les cinq fiducies comme commanditaires. Il est incontestable que du 1<sup>er</sup> janvier 1962 au 1<sup>er</sup> janvier 1964, l'entreprise de la société appartenait aux cinq compagnies personnelles et que la vente à l'appelante de la participation de chaque compagnie dans la société pour \$75,000 était valable. Il est certain que l'un des objectifs de la mutation intervenue dans la propriété de l'entreprise était de réduire les impôts et qu'un autre objectif était de constituer une fiducie au bénéfice de la femme et des enfants de chacun des cinq frères Shnier.

Si, à tous autres égards, le projet était juridiquement valable, je ne vois pas comment la technique de l'emprunt bancaire utilisée pour financer la cession de l'entreprise pourrait le vicier. L'appelante a reçu de la banque un prêt de \$375,000 utilisé pour verser \$75,000 à chacune des compagnies personnelles; chacune ayant déposé la somme de \$75,000 à la banque, ces dépôts ont servi de garantie au prêt de \$75,000 consenti par la banque à chacune des cinq fiducies familiales, qui en a fait apport à la société; ces sommes ont alors servi à rembourser à la banque le prêt initial de \$375,000. Ce procédé peut certainement être décrit comme un jeu d'écritures mais il ne s'ensuit pas que les transactions étaient fictives. Il s'agit de savoir s'il y a eu création de droits que les parties peuvent faire valoir en justice. Dans l'affirmative, la cotisation à l'impôt sur le revenu doit alors respecter le droit des fiducies familiales à recevoir 5/6 des revenus de la société.

Le projet prévoyait la signature de cinq actes constitutifs de fiducie par un auteur ou disposant qui devait être un parent des Shnier rési-

naming one of the Shnier brothers and two friends as trustees. Each of the agreements contained the following clauses:

ARTICLE I—SETTLEMENT

1. The Settlor covenants and agrees to, and does hereby, make a gift and settlement upon the Trustees in the amount of \$50.00, and the said sum of \$50.00 shall be paid to the Trustees to be used by them in the manner hereinafter provided, and the Settlor further covenants and agrees that the said gift and settlement of the said sum of money is hereby made irrevocably and absolutely in favour of the Trustees, upon the trusts herein contained.

2. The Settlor shall pay and deliver the said sum of \$50.00 to the said Trustees immediately upon their request, but notwithstanding that there may be some delay in the actual conveyance, assignment and delivery of the said settlement to the said Trustees, the effective commencement date of this Trust shall be the date first above written, and until such time as the said settlement shall have been actually delivered to the said Trustees or any of them, the Trust Property shall consist of the Settlor's promise and covenant to make and deliver the said gift and settlement.

The trust agreements were signed in Oklahoma City in March or April 1964 but bore the date of December 2, 1963 which was to be the effective date. One of the settlors paid \$250 to someone on behalf of the trustees about December 28, 1963 and declarations of limited partnership were executed by the trustees named in the trust agreements and were filed in Ontario and the other provinces where the partnership was to carry on business in December 1963 or early in 1964. A partnership agreement dated January 1, 1964 was executed in March or April 1964 by the appellant and the trustees of the five family trusts which made the appellant responsible for all debts of the partnerships. The business was carried on successfully in 1964, 1965, 1966, 1967 and 1968 and income tax returns were made for these years in accordance with the trust agreements and the partnership agreement. On October 1, 1968 the business was sold as a going concern to a corporation called Gesco Distributors Limited and shares in this company were listed on the Toronto Stock Exchange for public trading about March 4, 1969. In June 1969 the Minister of National Revenue re-assessed the appellant for the years 1964, 1965 and 1966 claiming income tax on the 5/6 of the profits of the partnership which it had purported to pay to the

dant aux États-Unis, la nomination de l'un des frères Shnier et de deux amis comme fiduciaires. Chacun des actes contenait les clauses suivantes:

[TRANSDUCTION] ARTICLE I—CONSTITUTION

1. Par les présentes le disposant convient et décide de donner et transférer aux fiduciaires une somme de \$50, ladite somme de \$50 devant être versée aux fiduciaires qui l'utiliseront de la façon décrite ci-après; et en outre le disposant convient et décide que ledit don et transfert de cette somme d'argent est fait de manière irrévocable et définitive en faveur des fiduciaires, conformément aux obligations prévues dans les présentes.

2. Le disposant doit verser et remettre ladite somme de \$50 auxdits fiduciaires dès qu'ils en font la demande, mais nonobstant tout retard possible dans la transmission, cession et remise effectives de ladite somme auxdits fiduciaires, cette fiducie prendra effet à la première date susmentionnée et, jusqu'à la date du versement effectif auxdits fiduciaires ou à l'un d'eux, le patrimoine de la fiducie sera constitué de la promesse et de l'engagement, de la part du disposant, de faire le don et de remettre la somme.

Les actes de fiducie ont été signés à Oklahoma City en mars ou avril 1964, mais portaient la date du 2 décembre 1963 qui devait être la date de leur entrée en vigueur. Vers le 28 décembre 1963, un des disposants a versé la somme de \$250 à quelqu'un au nom des fiduciaires et, en décembre 1963 ou au début de 1964, les fiduciaires désignés dans les actes de fiducie ont signé des déclarations de société en commandite et les ont enregistrées en Ontario et dans les autres provinces où la société devait exercer le commerce. En mars ou avril 1964, l'appelante et les fiduciaires des cinq fiducies familiales ont signé un contrat de société daté du 1<sup>er</sup> janvier 1964 qui rendait l'appelante responsable de toutes les dettes de la société. L'entreprise a été exploitée avec succès en 1964, 1965, 1966, 1967 et 1968 et les déclarations d'impôt sur le revenu ont été faites pour ces années conformément aux actes de fiducie et au contrat de société. Le 1<sup>er</sup> octobre 1968, l'entreprise en plein fonctionnement a été vendue à une compagnie appelée Gesco Distributors Limited et, vers le 4 mars 1969, les actions de cette compagnie ont été inscrites à la Bourse de Toronto pour vente au public. En juin 1969 le ministre du Revenu national a adressé à l'appelante de nouvelles cotisations afférentes aux années 1964, 1965 et 1966, réclamant un impôt

five family trusts.

This proceeding is an appeal by the appellant from four assessments dated June 12, 1969 respecting income taxes for the years 1964, 1965, 1966 and 1967. The issue in this case is therefore were the grounds on which the Minister of National Revenue made these re-assessments valid grounds? A re-assessment made without any ground would be illegal. As stated by Rand J. in the case of *Johnston v. M.N.R.* [1948] S.C.R. 486 at 490, "It must, of course, be assumed that the Crown, as is its duty, has fully disclosed to the taxpayer the precise findings of fact and rulings of law which have given rise to the controversy." We do not know from the material before us whether the Minister made such a disclosure to the appellant but we are entitled to assume that the Minister in his reply has disclosed to the Court the grounds on which he proceeded. The grounds which are specified are as follows:

He denies paragraphs 3, 4, 5, 6, 7 and 8 of the Notice of Appeal and says that during the calendar year 1963 by reason of the anticipation of the enactment of Section 138A(2) of the Income Tax Act which was anticipated would be enacted and would take effect from the 1st day of January, 1964, and which would have the possible effect of associating together all of the simulacrums for the purpose of the Income Tax Act and solely in an attempt to avoid that result the five brothers and their simulacrums and the Appellant executed certain documents and purported to do certain things which were designed to give the appearance of restructuring and reorganizing the business carried on by the Appellant and Eagle.

The allegation that the entire transaction was a sham is repeated in other paragraphs, for example in paragraph 19 there is the statement, "no bona fide trust was ever intended to be or was established"; in paragraph 20, "the partnership agreement . . . was nothing more than a sham or simulacrum"; in paragraph 22, "The purported establishment of the trust and the limited partnership was merely an attempt to cloak or disguise the distribution of the profits from the business carried on by the Appellant in the hope that the Appellant could avoid the payment of taxes on the income earned by it from the business carried on by it."

sur les 5/6 des bénéfices que la société était censée avoir versés aux cinq fiducies familiales.

Il s'agit en l'espèce d'un appel interjeté par l'appelante des quatre cotisations datées du 12 juin 1969, afférentes à l'impôt sur le revenu des années 1964, 1965, 1966 et 1967. Le point en litige consiste donc à déterminer si le ministre du Revenu national a fondé ces nouvelles cotisations sur des motifs valables. Une nouvelle cotisation établie sans motif valable serait illicite. Comme l'a déclaré le juge Rand dans l'arrêt *Johnston c. M.R.N.* [1948] R.C.S., 486 à la page 490, «Il faut, bien sûr, supposer que la Couronne, comme elle en a le devoir, a divulgué complètement au contribuable les conclusions de fait et les interprétations juridiques précises qui ont donné lieu à la controverse.» Les pièces dont nous disposons ne nous permettent pas de savoir si le Ministre a fait une telle révélation à l'appelante mais nous pouvons tenir pour acquis que le Ministre, dans sa réponse, a révélé à la Cour les motifs de son action. Les motifs précisés sont les suivants:

[TRADUCTION] Il conteste les paragraphes 3, 4, 5, 6, 7 et 8 de l'avis d'appel et affirme qu'au cours de l'année civile 1963, en prévision de l'adoption de l'article 138A(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dont on pressentait l'adoption et l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1964 et dont l'effet probable serait de regrouper, aux fins de l'impôt sur le revenu, tous les prête-noms, et dans le seul but d'y échapper, les cinq frères ainsi que leurs prête-noms et l'appelante ont signé certains documents et décidé de faire certaines choses destinées à simuler une restructuration et une réorganisation de l'entreprise exploitée par l'appelante et la Eagle.

On retrouve dans d'autres paragraphes l'allégation que l'ensemble de la transaction était une simulation, par exemple il est dit au paragraphe 19: [TRADUCTION] «on n'a jamais envisagé l'existence ou la constitution d'une vraie fiducie»; au paragraphe 20, [TRADUCTION] «le contrat de société . . . n'était rien d'autre qu'une simulation ou une apparence»; au paragraphe 22, [TRADUCTION] «la prétendue constitution de la fiducie et de la société en commandite était simplement une tentative pour masquer ou déguiser la distribution des bénéfices provenant de l'entreprise que l'appelante exploitait, dans l'espoir qu'elle pourrait éviter le paiement d'impôts sur le revenu tiré de l'entreprise qu'elle exploitait.»

These quotations clearly define the issue in this proceeding, that is, were the various steps taken by the Shnier brothers purporting to establish trusts for the benefit of their wives and children merely an attempt to cloak or disguise the distribution of the profits of the family businesses which in fact remained with the appellant? If such trusts were intended to be and were in fact established irrevocably vesting in trustees for their wives and children an interest in the family businesses, then the appellant should succeed.

A trust is a legal relationship between a person known as a trustee and a person who is a beneficiary with respect to property. A trust for the benefit of a man's wife and children is quite legal and in fact is considered commendable. The court will enforce a trust when a person called a trustee assumes obligations to deal with specific property called the trust property for the benefit of an ascertained beneficiary or *cestui que trust* who may enforce the obligation. No technical words or formalities are needed to create a trust and a trust will exist when it is clear that the person who assumes the obligation with respect to the property considers himself a trustee and assumes that character. A declaration by parol is sufficient to create a trust of personal property. Unless there is a provision when the trust is created providing for its revocation, the trust is irrevocable.

All the factors essential for the creation of five valid irrevocable family trusts existed when the selected trustees accepted their obligations as trustees by acquiring in the case of each trust a one-sixth interest in the family businesses and by signing the declarations of limited partnership. The subsequent execution by the trustees of the formal document merely put in formal language what had already been agreed to. In such circumstances the trusts came into existence at once. The principle is stated by Parker J. in *Von Hatzfeldt-Wildenburg v. Alexander* [1912] 1 Ch. 284 at 288-9, 81 L.J. Ch. 184 as follows:

Ces citations décrivent clairement le fond du litige, c'est-à-dire la question de savoir si les différentes mesures prises par les frères Shnier pour établir des fiducies au profit de leurs femmes et enfants constituaient uniquement une tentative pour masquer ou déguiser la distribution des bénéfices des entreprises familiales qui, en fait, revenaient à l'appelante. Si on avait l'intention de constituer ces fiducies et si en fait elles ont été constituées, conférant irrévocablement aux fiduciaires une participation dans les entreprises familiales au profit des femmes et enfants, alors l'appelante devrait avoir gain de cause.

Une fiducie est un rapport juridique concernant des biens, entre une personne appelée fiduciaire et une personne qui est bénéficiaire. Une fiducie en faveur de la femme et des enfants d'un homme est tout à fait licite et est, en fait, considérée comme louable. La Cour sanctionnera une fiducie quand une personne appelée fiduciaire s'engage à s'occuper de biens certains appelés biens de la fiducie au profit d'un bénéficiaire déterminé ou *cestui que trust*, lequel peut poursuivre l'exécution de l'engagement. Aucune formule sacramentelle ni formalité n'est exigée pour la création d'une fiducie et il y aura fiducie quand il est certain que la personne qui s'engage à propos des biens se considère comme un fiduciaire et en assume le rôle. Une déclaration orale suffit pour créer une fiducie portant sur des biens mobiliers. Sauf si une disposition établie au moment de sa constitution en prévoit la révocation, la fiducie est irrévocable.

Tous les éléments essentiels à la création de cinq fiducies familiales valables et irrévocables se trouvaient réunis quand les fiduciaires désignés ont accepté leurs obligations de fiduciaires en acquérant, pour chaque fiducie, une participation d'un sixième dans les entreprises familiales et en signant les déclarations de société en commandite. La signature subséquente de l'acte approprié par les fiduciaires ne faisait que traduire dans les formes ce dont on avait déjà convenu. Dans ces conditions les fiducies ont été constituées immédiatement. Le juge Parker, dans l'arrêt *Von Hatzfeldt-Wildenburg c. Alexander* [1912] 1 Ch. 284 aux pages 288 et

It appears to be well settled by the authorities that if the documents or letters relied on as constituting a contract contemplate the execution of a further contract between the parties, it is a question of construction whether the execution of the further contract is a condition or term of the bargain, or whether it is a mere expression of the desire of the parties as to the manner in which the transaction already agreed to will in fact go through. In the former case there is no enforceable contract either because the condition is unfulfilled or because the law does not recognise a contract to enter into a contract. In the latter case there is a binding contract and the reference to the more formal document may be ignored.

The obligations of the trustees to hold the interests in the family businesses and to see that the beneficiaries' share of the profits were credited to them on the books of Sarah Investments Limited which for convenience acted as the investment agent for all five trusts could have been enforced by the beneficiaries even if the settlors had never executed the trust deeds. According to uncontradicted evidence the money represented by these profits belonged to the wives and children and to no one else. It became their absolute property and was not returned directly or indirectly to the appellant. Admittedly this money was loaned to the appellant by Sarah Investments Limited, but this appears to have been a sensible and prudent arrangement. Counsel for the respondent repeatedly acknowledged during argument that he takes no exception to the fact that one of the reasons for this arrangement was to minimize income taxes and that it is no part of his case that this arrangement was fraudulent. The question then is whether its effect was to make it appear that 5/6 of the profits of the business were going to the family trusts when in fact they were going to the appellant.

It is admitted that prior to and after January 1, 1964, all the profits over and above the salaries of the five brothers were left in the business. Mr. Lonsdale, a former accountant of the appellant, explained the reason for this at page 670.

The second consideration was simply from my point of view anyway, was to determine how much cash was going to be available to bring back into the organization, because we

289, 81 L.J. Ch. 184, a exposé le principe comme suit:

[TRADUCTION] La jurisprudence semble établir clairement que, si les documents ou lettres constituant un contrat prévoient la conclusion d'un contrat supplémentaire entre les parties, c'est une question d'interprétation de décider si la conclusion du contrat supplémentaire constitue une condition de l'accord ou s'il ne s'agit que d'un simple désir exprimé par les parties quant à la façon dont sera exécutée la transaction qui a déjà été conclue. Dans le premier cas, le contrat n'est pas valable soit parce que la condition n'est pas remplie soit parce que le droit ne reconnaît pas un contrat par lequel une personne s'engage à conclure un autre contrat. Dans l'autre cas, le contrat est valable et on peut ignorer la référence à un document plus solennel.

Même si les disposants n'avaient jamais signé les actes de fiducie, les bénéficiaires auraient pu obliger les fiduciaires à respecter leur obligation de détenir les participations dans les entreprises familiales et de veiller à ce que la part des profits revenant aux bénéficiaires leur soit créditée sur les livres de la Sarah Investments Limited, laquelle, pour des raisons de commodité, agissait en qualité d'agent de placements des cinq fiducies. Selon les preuves non contredites, les fonds représentés par ces profits appartenaient aux femmes et enfants et à personne d'autre. Ils devenaient propriétaires irrévocables de ces fonds qui ne faisaient pas retour à l'appelante ni directement ni indirectement. On sait que la Sarah Investments Limited prêtait ces fonds à l'appelante, mais c'était, paraît-il, un arrangement judicieux et prudent. L'avocat de l'intimé a maintes fois reconnu au cours des plaidoiries qu'il ne trouvait pas à redire au fait que l'une des raisons de cet arrangement était de réduire l'impôt sur le revenu et il n'a jamais prétendu que cet arrangement était entaché de fraude. Il s'agit donc de savoir si cet engagement a eu pour effet de donner l'impression que les 5/6 des bénéfices de l'entreprise allaient aux fiducies familiales alors qu'en fait ils allaient à l'appelante.

Il est admis que, avant et après le 1<sup>er</sup> janvier 1964, tous les profits en sus des salaires des cinq frères étaient laissés dans l'entreprise. Lonsdale, ancien comptable de l'appelante, en a expliqué les raisons à la page 670:

[TRADUCTION] La deuxième préoccupation était simplement, à mon avis du moins, de déterminer le montant des liquidités disponibles à réinvestir dans l'entreprise, car nous étions

were an expanding company, a growing company, and we needed capital, we needed cash and we could not afford to pay out large amounts of cash, so therefore the entire concept really was to strike an average of more or less a bare minimum of okay between the five or six partners, how much can we bring back in and my objective always was to bring back in as much as I possibly could because we needed that money for working capital.

In the case of *Ayrshire Pullman Motor Services v. C.I.R.* 14 T.C. 754, which was referred to by counsel for the respondent, the contract provided, *inter alia*, as follows:

The partnership to be held to have commenced in January, 1926. Capital to be a loan already contributed by the father and such further sums as he might contribute. The children to be interested in the profits equally, the father's interest being the sum advanced and interest thereon only. The children to draw wages but no share of profits until the father's advances were repaid. The father to have the sole general management and to operate alone on the firm's bank account.

The contention of the Crown was that the agreement had not been acted upon because the accumulated profits were not divided at the end of the financial years but were allowed to accumulate to the credit of the five children and the father's indebtedness was not paid off although it could have been paid. But the partnership agreement provided that except for wages, the children should withdraw no profits from the business until the cash loan or loans made by the father should be repaid in full with interest — the father not being entitled to any profits as such. Having found that the agreement was neither a fraud nor a simulate agreement, the Court held that the mere failure to pay off the father's loan could not be regarded as a failure to carry out the agreement since, in view of the expansion of the business, it was desirable to let his capital remain in the business. The Court pointed out that the profits here had been regularly credited to the children and that after payment of the father's loan, such profits belonged to them and to no one else. It is pertinent to note that this partnership agreement which was executed in 1927 was made retroactive to January 1, 1926. It was held that the father was liable for income tax for income which accrued to him during 1926.

une compagnie en expansion, une compagnie en développement, nous avons besoin de capitaux, nous avons besoin de liquidités, et nous ne pouvions pas nous permettre de déboursier de fortes sommes en espèces, de sorte qu'il s'agissait uniquement pour les cinq ou six associés de trouver les bases d'un minimum d'accord sur les montants à réinvestir et mon objectif a toujours été de réinvestir le maximum que je pouvais parce que nous avons besoin de ces sommes comme fonds de roulement.»

Dans l'affaire *Ayrshire Pullman Motor Services c. C.I.R.* 14 T.C. 754, que l'avocat de l'intimé a mentionnée, le contrat prévoyait notamment ce qui suit:

[TRADUCTION] La société est censée avoir été formée en janvier 1926. Le capital sera constitué par un prêt déjà consenti par le père et par d'autres avances qu'il pourrait faire. Les enfants se partageront également les bénéfices, le père n'aura droit qu'à la somme avancée et aux intérêts qu'elle aura produits. Les enfants auront un salaire mais ne pourront toucher de bénéfices avant le remboursement des avances faites par le père. Le père sera le seul gérant et lui seul pourra faire des opérations sur le compte bancaire de l'entreprise.

La Couronne soutenait qu'on n'avait pas respecté le contrat parce qu'à la fin des années financières on n'avait pas réparti les bénéfices accumulés qui avaient cependant été régulièrement portés au crédit des cinq enfants et que la créance du père n'avait pas été remboursée quoique cela fût possible. Mais le contrat de société prévoyait qu'à l'exception des salaires, les enfants ne toucheraient aucun bénéfice de l'entreprise tant que le prêt ou les prêts consentis par le père ne seraient pas intégralement remboursés, intérêts compris—le père n'ayant droit à aucun bénéfice en tant que tel. Ayant conclu que le contrat n'était ni frauduleux ni une simulation, la Cour décida que le simple non-remboursement du prêt du père ne pouvait être considéré comme une non-exécution du contrat puisque, en raison du développement de l'entreprise, il était avantageux d'y laisser les capitaux du père. La Cour fit remarquer que les bénéfices en l'espèce avaient été régulièrement portés au crédit des enfants et qu'après remboursement du prêt paternel, ces profits appartenaient aux enfants et à eux seuls. Il faut justement noter que ce contrat de société, passé en 1927, devait rétroagir au 1<sup>er</sup> janvier 1926. Il a été décidé que le père était soumis à l'impôt sur le revenu qu'il en a retiré au cours de l'année 1926.

The fact that the Shnier business has prospered is support for the conclusion that this policy was a wise one and in the interest of the five Shnier brothers and their wives and children. No doubt the Shnier brothers were well aware of the importance of continuing this policy when they decided to create the family trusts and prudently they selected trustees who, because of friendship or other reasons, would be unlikely to change this policy. This, in my opinion, is not an adverse factor any more than it would be in the case of the beneficial owner of a private corporation who selected directors who would be amenable to his wishes. By the terms of the trust agreement the trustees who were not members of the family and who were in each case in the majority had the power to control the use of the trust funds. There is no ground for holding that in no circumstances would they have done so.

The fact is that under this arrangement a debt which is positively evidenced by accounting records corresponding to the amount of the profits which the family trusts left in the business was created from the partnership to Sarah Investments Limited which for convenience acted as the investment agent of all family trusts. In my opinion there is no ground for holding that this debt is a sham. The wives and children of the Shnier brothers are entitled to enforce their right to this fund, and any conversion of it would be a criminal offence.

It was the intention expressed in the various documents that the limited partnership would take over the business from the general partnership on January 1, 1964 and this intention was carried out by the purchase of the business from the personal corporations, the execution of the declarations of limited partnership and the payment to the limited partnership of their contributions of \$75,000 by each of the family trusts. These actions occurred on or before January 1, 1964 and were consistent with the provision in the partnership agreement that it should operate as at January 1, 1964. I believe that effect should be given to this provision. According to

Le fait que l'entreprise des Shnier se soit développée vient corroborer la conclusion qu'il s'agissait d'une politique sage et dans l'intérêt de chacun des frères Shnier, de leur femme et de leurs enfants. Indubitablement les frères Shnier connaissaient bien les avantages qu'il y avait à poursuivre cette politique quand ils ont décidé de constituer les fiducies familiales et ont judicieusement choisi des fiduciaires qui, par amitié ou pour d'autres raisons, seraient peu disposés à changer cette politique. A mon avis ce n'est pas un élément plus défavorable que ne le serait le choix, par le propriétaire réel d'une compagnie privée, d'administrateurs qu'il peut amener à partager ses vues. Aux termes de l'acte de fiducie, les fiduciaires, qui n'étaient pas des membres de la famille, et étaient majoritaires dans chaque fiducie, avaient le pouvoir de contrôler l'usage des fonds de la fiducie. Rien ne permet de penser qu'ils n'exerceraient jamais ce contrôle.

Le fait est que, en vertu de cet arrangement, une créance, apparaissant clairement dans les registres comptables et correspondant au montant des bénéfices que les fiducies familiales avaient laissé dans l'entreprise, était née à la charge de la société au profit de la Sarah Investments Limited qui, pour des raisons de commodité, agissait en qualité d'agent de placements de toutes les fiducies familiales. A mon avis, il n'y a aucune raison de penser que cette créance était fictive. La femme et les enfants de chacun des frères Shnier pouvaient faire valoir leur droit sur ces fonds dont le détournement constituerait une infraction criminelle.

Suivant l'intention exprimée des divers documents, on voulait que la société en commandite acquière l'entreprise de la société en nom collectif le 1<sup>er</sup> janvier 1964 et cela a été réalisé par l'achat de l'entreprise aux mains des compagnies personnelles, la signature des déclarations de société en commandite et la libération par chaque fiducie familiale du montant de son apport de \$75,000 à la société en commandite. Ces actes ont eu lieu le 1<sup>er</sup> janvier 1964 ou antérieurement et respectaient la clause du contrat de société prévoyant que celle-ci commencerait ses opérations le 1<sup>er</sup> janvier 1964. Je pense que cette clause devrait produire ses

Mr. Robert Murray Beith, the Chief of the Operation, Section A of the Tax Avoidance Division, it is the practice of the Income Tax Department to accept what would appear to be the legal realities of such a situation. His evidence, given in the course of his examination for discovery, is as follows:

A. I can envisage a situation similar to this, perhaps, where five parties come together and agree that as of today they are going to carry on business in partnership and share profits equally and that they do so from that day on, but in fact do so in carrying on the business, et cetera, and there is no agreement in writing until a subsequent date spelling out the terms exactly.

Q. And that would still make it from today's date forward valid for tax purposes?

A. I believe so.

In my opinion the only issue in this action is whether the transfer of the ownership of the family businesses and the creation of the five family trusts was a sham to conceal the fact that all the profits remained with the appellant. I believe that on uncontradicted evidence this issue should be decided in favour of the appellant. There are, however, several other points on which I wish to comment.

As I interpret the reasons for judgment of the learned Trial Judge his *ratio decidendi* is that the limited partnership never came into existence because the declarations of limited partnership contained false statements in that the name of each family trust was followed by the words "created by Deed of Trust dated Dec. 1, 1963" when in fact, although the documents bore this date they were executed several months after the date on which the declarations were made. He reasoned that if there were no limited partnerships, the trusts never came into existence. He devoted a great deal of space to the evidence of the settlors taken on commission but held that in spite of discrepancies in their testimony the trust deeds came into existence in March or April 1964 when the settlors signed them. I believe that the following quotations from the reasons for judgment support my conclusions:

The appellant's case is largely founded on the premise that the trusts came into existence prior to January 1, 1964, that

effets juridiques. D'après Robert Murray Beith, chef d'opérations, section A de la division de l'Évitement fiscal, il est d'usage que le ministère de l'impôt sur le revenu reconnaisse ce qui semble être les réalités juridiques d'une telle situation. Au cours de son interrogatoire préalable, il a fait la déposition suivante:

[TRADUCTION] R. Je peux envisager une situation analogue à celle-ci, peut-être, quand cinq parties se réunissent et décident qu'à partir d'aujourd'hui elles vont exploiter une entreprise en société et se partager également les bénéfices, et elles mettent leur décision en application le jour même mais en fait elles le font en exploitant l'entreprise, etc., et remettent à plus tard la rédaction d'un document constatant avec précision les termes du contrat.

Q. Et la société serait-elle quand même valable à compter d'aujourd'hui, aux fins d'impôt?

R. Je le crois.

A mon avis la seule question en litige est de savoir si la cession de la propriété des entreprises familiales et la création des cinq fiducies familiales constituaient une simulation destinée à cacher le fait que l'appelante gardait tous les bénéfices. Je pense que, sur la base des preuves non réfutées, cette question doit être résolue en faveur de l'appelante. Il y a cependant, plusieurs autres points que je veux commenter.

D'après mon interprétation des motifs du jugement du savant juge de première instance, sa *ratio decidendi* est que la société en commandite n'a jamais vu le jour parce que les déclarations de société en commandite contenaient des mentions erronées en ce que le nom de chaque fiducie familiale était suivi des mots « créée par acte de fiducie en date du 1<sup>er</sup> décembre 1963 » alors qu'en réalité, même si les actes portaient cette date, ils ont été signés plusieurs mois après la date des déclarations. D'après son raisonnement, s'il n'y a pas eu de société en commandite, les fiducies n'ont jamais vu le jour. Il a consacré beaucoup de pages aux témoignages des disposants, recueillis sur commission rogatoire, mais il décida, malgré les contradictions de leurs dépositions, que les actes de fiducie ont vu le jour en mars ou avril 1964, à leur signature par les disposants. Je pense que les extraits suivants des motifs du jugement confirment mes conclusions:

L'appelante fonde principalement ses arguments sur le fait que les fiducies furent constituées avant le 1<sup>er</sup> janvier 1964

a limited partnership as described was entered into and became effective on that date. Declarations and certificates of limited partnership (purportedly effective January 1, 1964) as required by the provincial statutes were filed with the appropriate authorities in British Columbia, the prairie provinces and Ontario. If the trusts did not exist in fact and in law on the date in question, then no limited partnership came into existence, regardless of what all the subsequent documentation may indicate.

I find that as of the date of the bar mitzvah the five alleged settlors had not agreed to anything and had not at that date any intention, in the legal sense, to create a trust. For reasons which I shall subsequently outline, I find that the trusts were not in fact created until the settlors actually signed the printed documents at some date in March or April of 1964.

Here, on the facts as I see them, and I so hold, the settlors did not evince any intention, either in fact or in law, to create the trusts relied on in this case until the date they signed the deeds.

In view of my findings expressed earlier, I hold that no limited partnership as contended came into existence and the appeal must therefore fail.

With regard to the declarations of limited partnership the use of the word "false" in section 10 of the Ontario *The Limited Partnerships Act* should be distinguished from the word inaccurate as the word "false" implies an intention to mislead or deceive which is not present here. When the trustees signed the declarations they were aware of the terms of the trust and had agreed to act and the execution of formal documents was in a sense a matter of form. In these circumstances the principle enunciated by Parker J. in the case of *Von Hatzfeldt-Wildenburg v. Alexander (supra)* would apply, and the trusts would already have come into existence and the words describing the trust would be accurate.

But in any case the effect of a false statement in such a declaration did not destroy the partnership but removed the immunity from liability for the debts of the partnership. Section 10 of *The Limited Partnerships Act* of Ontario reads as follows:

10. No such partnership shall be deemed to have been formed until the certificate has been made, certified and filed, and if any false statement is made in the certificate, all

et qu'à cette date, la société en commandite déjà décrite fut créée et mise sur pied. Ainsi que l'exigent les lois provinciales, les actes constitutifs de cette société (prétendument entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1964) furent déposés auprès des autorités compétentes de la Colombie-Britannique, des provinces des prairies et de l'Ontario. Si les fiducies n'existaient pas en fait et en droit à la date en question, la société en commandite n'avait pas non plus d'existence nonobstant tout ce que les documents ultérieurs peuvent indiquer.

J'en conclus qu'à la date du bar mitzvah, les cinq prétendus auteurs n'avaient convenu de rien et n'avaient pas à cette date l'intention, au sens juridique de ce mot, de constituer une fiducie. Pour des raisons que j'exposerai plus tard, je suis d'avis que les fiducies ne furent pas constituées avant que les auteurs ne signent en fait les documents imprimés en mars ou avril 1964.

En l'espèce, vu mon interprétation des faits, j'estime qu'avant la date de la signature des documents, aucun des auteurs n'avait montré la moindre intention, soit en fait soit en droit, de constituer les fiducies sur lesquelles portent cette action.

Compte tenu de mes conclusions précédentes, j'estime que la société en commandite n'a jamais existé et que cet appel doit donc être rejeté.

En ce qui concerne les déclarations de société en commandite, il faut faire la différence entre le mot «faux» utilisé à l'article 10 de *The Limited Partnerships Act* de l'Ontario et le mot inexact, car le mot «faux» implique une intention d'induire en erreur ou de tromper, qu'on ne retrouve pas ici. A la signature des déclarations, les fiduciaires connaissaient les termes de la fiducie et avaient décidé d'agir, la signature des documents solennels était, dans un sens, une formalité. Dans ces circonstances, le principe exposé par le juge Parker dans l'arrêt *Von Hatzfeldt-Wildenburg c. Alexander*, précité, doit s'appliquer, de sorte que les fiducies auraient déjà été constituées et les expressions utilisées pour décrire la fiducie seraient exactes.

Mais en tout cas, de faux renseignements dans une telle déclaration auraient pour effet non pas de rendre nulle la société mais de rendre inopérante la limitation de responsabilité pour les dettes de la société. L'article 10 de *The Limited Partnerships Act* de l'Ontario est ainsi libellé:

[TRADUCTION] 10. Aucune société en commandite n'est censée avoir été constituée tant que le certificat n'a pas été dressé, certifié et enregistré, et en cas de fausse déclaration

the members of the partnership are liable for all the engagements thereof as general partners.

This section does not destroy the partnership but takes away from the limited partners the exemption from liability for the debts of the firm. The result of a false statement in the certificate is the same in the other provinces involved. The result would be that the partnership continues to exist but all the partners are liable to creditors. But, as the appellant, as general partner, gave an indemnity to the five trusts against the partnership debts in the partnership agreement, it remained an arrangement in the nature of a limited partnership so far as the partners were concerned.

My only comment with respect to the evidence of the settlors taken on commission is that it related to matters of no real significance to them and to matters which had occurred four years before. To accept such evidence without qualification is contrary to normal human experience. This can only be explained by assuming that the learned Trial Judge overlooked the fact that such a long period had elapsed between the events referred to and the date of their examination.

It was suggested during argument that because it has been held in the case of *Johnston v. M. N. R.* [1948] S. C. R. 486 that in an action by a taxpayer to set aside an assessment an onus rests on the taxpayer, the Court is justified in seizing on any flaw in the documentation or formalities to dismiss the action. I am not convinced that the Court should enter on a microscopic scrutiny of the entire transaction and should hold on discovering the slightest flaw that this onus had not been discharged. The effect of a statutory onus was considered in the case of *Stanley v. National Fruit Company* [1929] 3 W.W.R. 522 and was defined as follows [at page 525]:

Sec. 43 of the Act places the onus of proof upon the defendants. This means that the defendants must lose if no evidence of the circumstances of the accident is given at all, or if the evidence leaves the Court in a state of real doubt as to negligence or no negligence, or is so evenly balanced that the Court can come to no sure conclusion as to which of the parties to the accident is to blame. But if the evidence for

dans le certificat, tous les associés de la société sont responsables de tous les engagements de celle-ci comme s'ils étaient des commandités.

Cet article ne rend pas nulle la société mais prive les commanditaires de la limitation de responsabilité pour les dettes de l'entreprise. Une fausse déclaration dans le certificat produit les mêmes effets dans les autres provinces concernées. Il s'ensuit que la société continue d'exister mais que tous les associés sont responsables envers les créanciers. Mais, comme l'appelante, en tant que gérante, s'est engagée envers les cinq fiducies, dans le contrat de société, à répondre des dettes de la société, cela revient à un arrangement plaçant les associés dans la situation de commanditaires.

Je ferai un seul commentaire sur les témoignages des disposants, recueillis sur commission rogatoire, en disant qu'ils concernaient des faits qui, à leurs yeux, n'avaient pas d'importance réelle et qui s'étaient passés quatre années auparavant. Accepter de tels témoignages sans réserve va à l'encontre de l'expérience humaine, et ne peut s'expliquer que si l'on admet que le savant juge de première instance n'a pas tenu compte du fait qu'il s'était écoulée une longue période entre les événements en question et la date de l'interrogatoire.

Au cours des débats, on a suggéré que, parce qu'il a été décidé dans l'affaire *Johnston c. M.R.N.* [1948] R.C.S. 486, que, dans une action intentée par un contribuable en vue d'obtenir l'annulation d'une cotisation, le fardeau de la preuve incombait au contribuable, la Cour est fondée à retenir tout vice relatif aux pièces ou aux formalités, pour rejeter l'action. Je ne suis pas convaincu que cette cour devrait examiner au microscope l'ensemble de la transaction et décider, à la découverte de la moindre imperfection, qu'on ne s'est pas déchargé du fardeau de la preuve. Dans l'arrêt *Stanley c. National Fruit Company* [1929] 3 W.W.R. 522, on a analysé l'effet du fardeau imposé par la loi et on l'a défini comme suit [à la page 525]:

[TRADUCTION] L'article 43 impose aux défendeurs le fardeau de la preuve. Cela signifie que les défendeurs doivent succomber s'il n'y a aucune preuve relative aux circonstances de l'accident ou si les preuves laissent vraiment la cour dans le doute en ce qui concerne la présence ou l'absence de négligence, ou si elles se neutralisent, empêchant ainsi le tribunal de déterminer avec certitude quelle partie est res-

and against is given upon the point in question, the rule in favor of the preponderance of evidence should be applied as in ordinary civil cases, and the statutory onus will cease to be a factor in the case if the Court can come to a definite conclusion one way or the other, after hearing and weighing the whole of the testimony. Nor does the statutory onus increase the degree of diligence required in the owner or driver of a motor vehicle.

It has been said that the law should not incur the reproach of being the destroyer of bargains. A transaction which is not illegal should be upheld if it carries out the intentions of the parties to it or if it should be enforced at the instance of one of the parties by the application of equitable principles such as acquiescence, waiver, *non est factum*, laches estoppel and so forth. If the transaction is valid and subsisting as between the parties to it I know of no principle which empowers the Court to set it aside at the instance of the Minister of National Revenue. If one of the Shnier brothers had quarrelled with his wife and children and had sought to have the trust in their favor declared invalid on the ground of such irregularities as were claimed to exist by the respondent, I am confident that an action for that purpose in the Ontario Courts would have been dismissed. If such an action had come to trial a month before the trial of this action there would be one judgment upholding the trust and a judgment of the Federal Court declaring it invalid. It is impossible to explain such an anomaly.

It is a well established principle of law that a contract cannot confer rights or impose obligations arising under it on any person except the parties to it, and only a party to the contract can sue to enforce it or set it aside. To this rule there would be this exception that if the Minister of National Revenue could show that a contract was a sham intended to make it appear falsely that income was going to one person when in fact it was going to another he can treat it as a nullity. This was the ground on which the re-assessments were made in this case but the evidence did not substantiate the Minister's allegations.

The validity of contracts and business transactions is governed by the law as to property

responsable de l'accident. Mais si sur le point en question il y a des témoignages contradictoires, la règle en faveur de la prépondérance des preuves doit s'appliquer comme dans les procès civils ordinaires et on ne tient pas compte du fardeau imposé par la loi si la cour, après audition et appréciation des témoignages, peut parvenir à une conclusion sûre, dans un sens ou dans l'autre. Le fardeau imposé par la loi n'augmente pas le degré de diligence requise dans la conduite d'un véhicule automobile.

On a dit que la loi ne devrait pas encourir le reproche de détruire les conventions. Une transaction qui n'est pas illicite devrait être maintenue si elle traduit l'intention des parties et l'exécution devrait en être ordonnée à la requête de l'une des parties en application des principes d'*equity* tels que l'acquiescement, la renonciation, l'exception *non est factum*, la forclusion pour inaction etc. Si la transaction est valable et subsiste entre les parties, je ne connais aucun principe qui permette à la Cour de l'annuler à la requête du ministre du Revenu national. Si l'un des frères Shnier s'était querellé avec sa femme et ses enfants et avait essayé de faire prononcer la nullité de la fiducie constituée en leur faveur en invoquant les irrégularités dont l'intimé soutient l'existence, je suis certain que les tribunaux de l'Ontario auraient rejeté une action à cette fin. Si une telle affaire avait été jugé un mois avant la présente action, il y aurait un jugement maintenant la fiducie et un jugement de la Cour fédérale la déclarant nulle. Il est impossible de justifier une telle anomalie.

C'est un principe juridique bien établi qu'un contrat ne peut conférer des droits et imposer des obligations qu'aux seules parties et à personne d'autre, et que seule une partie à un contrat a une action pour en obtenir l'exécution ou l'annulation. A cette règle il y aurait cette exception: si le ministre du Revenu national pouvait démontrer qu'un contrat constitue une simulation destinée à créer l'impression qu'une personne touchait un revenu qui en réalité revenait à une autre, il pourrait le considérer comme nul. C'est sur cette base que les nouvelles cotisations ont été établies en l'espèce, mais la preuve ne corrobore pas les allégations du Ministre.

La validité des contrats et des transactions commerciales relève de la loi régissant la pro-

and civil rights, which is a subject assigned to the provinces by our constitution. It follows that in administering the *Income Tax Act* the Minister of National Revenue must accept the legal position as it exists under provincial law. Adults enjoy wide powers to contract and, generally speaking, rights which they intend to create are inviolable in law subject to the condition that they do not defeat the rights of creditors or contravene a provincial statutory prohibition. *The Bills of Sale Act* and *The Limited Partnerships Act* are aimed at protecting creditors. Parties can agree to create rights retrospectively which will be binding on them and everyone else unless the effect amounts to a fraud on creditors. No such an agreement can affect the underlying principle of income tax law that a tax on income is payable by the person who in fact is entitled to the income during the year in question and the Minister is entitled to impose tax in accordance with the real rather than the apparent nature of the transaction. In all other respects the power granted to the Minister by Parliament must be exercised subject to this constitutional limitation.

It is an elementary provision of the judicial process that persons who will be affected by the judgment of the Court should have an opportunity of being heard. The Courts have always recognized that persons who are or may be indirectly prejudiced by a declaration made by the Court except in very special circumstances should be made parties whether by representative order or otherwise before a declaration affecting their rights is made. *London Passenger Transport Board v. Moscrop* [1942] A. C. 332 at 345, 111 L. J. Ch. 50. Rule 1711 provides for the appointment by the Court of a person to represent a class of persons to be affected by the outcome of the action. It appears to have been overlooked that in adjudicating on the validity of the five family trusts, the rights of the numerous beneficiaries which would no doubt include some infants would be affected. In an action between subject and subject such an order would be made as a matter of course. I do not believe that special circumstances exist-

priété et les droits civils, domaine de compétence que notre constitution attribue aux provinces. Il s'ensuit que, dans l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le ministre du Revenu national doit respecter la situation juridique telle qu'elle existe dans le droit provincial. Les majeurs jouissent d'un pouvoir étendu de contracter et, généralement parlant, les droits qu'ils veulent créer sont légalement inviolables sous réserve qu'ils ne portent pas atteinte aux droits des créanciers et n'enfreignent pas une interdiction édictée par une loi provinciale. *The Bills of Sale Act* et *The Limited Partnerships Act* visent à la protection des créanciers. Les parties peuvent se mettre d'accord pour créer rétroactivement des droits qui auront un effet obligatoire à leur égard et à l'égard des tiers, sauf s'il en résulte une fraude à l'égard des créanciers. Un accord de ce genre ne peut affecter le principe fondamental de droit fiscal en vertu duquel l'impôt sur le revenu est à la charge de la personne qui effectivement a droit au revenu durant l'année en question et le Ministre peut lever l'impôt d'après la nature réelle plutôt qu'apparente de la transaction. A tous autres égards, le pouvoir que le Parlement accorde au Ministre doit s'exercer dans le cadre de cette limitation constitutionnelle.

Un principe élémentaire de l'organisation judiciaire exige que les personnes qui seront affectées par une décision de la cour aient l'occasion de se faire entendre. Les tribunaux ont toujours admis que les personnes susceptibles de subir indirectement un préjudice par suite d'une décision de la cour devraient, sauf en des circonstances très spéciales, être constituées parties, soit par voie d'ordonnance désignant des représentants ou autrement, avant le prononcé d'une décision affectant leurs droits. Voir l'arrêt *London Passenger Transport Board c. Moscrop* (1942) A.C. 332 à la page 345, 111 L.J. Ch. 50. La Règle 1711 prévoit la nomination par la Cour d'une personne pour représenter une catégorie de personnes devant être affectées par le résultat de l'action. Il semble qu'on ait perdu de vue qu'en statuant sur la validité des cinq fiducies familiales, les droits des nombreux bénéficiaires, comprenant certainement des enfants, seraient affectés. Dans une action entre sujets, on aurait naturellement

ed in this case to justify an exception to this Rule.

I would allow the appeal with costs.

rendu une telle ordonnance. Je ne crois pas qu'en l'espèce on se trouvait en présence de circonstances spéciales pouvant justifier une exception à cette Règle.

<sup>a</sup> J'accueillerais l'appel avec dépens.