

T-1903-87

T-1903-87

Walter Gordon Sweeney (Plaintiff)

v.

Her Majesty the Queen (Defendant)

INDEXED AS: SWEENEY v. CANADA (T.D.)

Trial Division, Denault J.—Halifax, February 7; Ottawa, September 6, 1990.

Income tax — Income calculation — Capital gains — Agreement between father and son for purchase of shares in family business, at stipulated price, upon father's death — Termination clause requiring 60 days' notice — Father giving away shares and making will contrary to agreement — After father's death, plaintiff's share purchase tender rejected — Plaintiff's specific performance action settled out of court for \$625,000 — Calculation of adjusted cost base of right to purchase shares — Dispute as to fair market value of right on valuation day — Plaintiff arguing no capital gain — Termination clause integral to agreement — Fair market value to be determined from perspective of third party in bona fide offer — Right without value — Interpretation of "other transactions of any kind whatever" in Income Tax Act, s. 245(2) — Failure to revoke agreement not "benefit" essential to application of s. 245(2) — Right to purchase shares acquired by contract, not gift.

This was an appeal from a reassessment of the plaintiff's 1983 tax return. In 1950 the plaintiff agreed to purchase, for a stipulated sum, his father's shares in the family business upon his death. The agreement provided that the price per share would be reviewable, that the father would not dispose of the shares other than pursuant to the agreement and that if a *bona fide* offer by a third party was considered that the son would have a right of first refusal. It was revocable by either party upon 60 days' notice. On valuation day (December 31, 1971) the father owned 79 of the 100 issued shares, valued at \$1,200,000. The plaintiff was unaware that, contrary to the agreement, his father had given 20 shares to his other children. The father's 1965 will provided that the company should be wound up. The plaintiff argued that such conduct demonstrated that on valuation day, his father considered the agreement void, but that he confirmed the agreement shortly before his death by giving the original to his son for safekeeping. After his father's death in 1983, the plaintiff's tenders to purchase the shares were returned and he commenced an action for specific performance. The litigation was settled out of court and \$625,000 paid in "lieu of damages". The plaintiff did not include this amount in his 1983 tax return. Subsection 26(3) of the *Income Tax Application Rules, 1971* provides that the adjusted cost base is the middle figure of actual cost, fair market value on December 31, 1971, and proceeds of disposition. The issue was the fair market value of the plaintiff's right to purchase his father's shares on valuation day in order to determine the adjusted cost base and capital gain. The plaintiff

Walter Gordon Sweeney (demandeur)

c.

a

Sa Majesté la Reine (défenderesse)RÉPERTORIÉ: SWEENEY c. CANADA (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Denault—Halifax, 7 février; Ottawa, 6 septembre 1990.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Gains en capital — Entente entre un père et son fils au sujet de l'achat d'actions d'une entreprise familiale, pour une somme convenue, au moment du décès du père — La clause révocatoire exige un préavis de 60 jours — Le père a donné les actions et a fait un testament en violation de l'entente — Après la mort du père, l'offre d'achat des actions du demandeur a été rejetée — L'action intentée par le demandeur pour obtenir l'exécution de son droit en nature a été réglée hors cour pour la somme de 625 000 \$ — Calcul du prix de base rajusté du droit d'achat des actions — Litige portant sur la juste valeur marchande du droit au jour de l'évaluation — Le demandeur soutient qu'il n'y a pas gain en capital — La clause révocatoire fait partie de l'entente — La juste valeur marchande doit être calculée dans l'optique d'une offre ferme faite par un tiers — Droit sans valeur — Interprétation de l'expression «autres opérations de quelque nature que ce soit» figurant à l'art. 245(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu — L'omission de révoquer l'entente ne constitue pas un «avantage» au sens de l'art. 245(2) — Le droit d'acheter les actions a été acquis par contrat, et non par donation.

Il s'agit d'un appel interjeté à la suite de l'établissement d'une nouvelle cotisation se rapportant à la déclaration d'impôt sur le revenu du demandeur pour l'année d'imposition 1983. En 1950, le demandeur avait convenu d'acheter, pour une somme déterminée, les actions que son père détenait dans une entreprise familiale au moment du décès de ce dernier. L'entente prévoyait que le prix unitaire des actions pouvait être modifié, que le père ne céderait pas les actions autrement que conformément à l'entente et que si un tiers faisait une offre ferme, le fils aurait un droit de premier refus. La convention était révocable par l'une des parties sur présentation d'un avis de 60 jours. Au jour de l'évaluation (soit le 31 décembre 1971), le père possédait 79 des 100 actions émises, d'une valeur de 1 200 000 \$. Le demandeur ne savait pas qu'en contravention de l'entente, son père avait donné 20 actions à ses autres enfants. Le testament rédigé par le père en 1965 prévoyait que l'entreprise devait être liquidée. Le demandeur soutient qu'un tel comportement montrait qu'au jour de l'évaluation, son père considérait que l'entente était nulle, mais qu'il avait confirmé celle-ci peu de temps avant sa mort en lui remettant l'original pour qu'il le conserve en lieu sûr. Après le décès de son père en 1983, les soumissions du demandeur lui ont été renvoyées et il a intenté une action pour obtenir l'exécution en nature de son droit. L'affaire a été réglée hors cour et la somme de 625 000 \$ a été payée pour tenir lieu de dommages-intérêts. Le demandeur n'a pas inclus ce montant dans sa déclaration d'impôt de 1983. Le paragraphe 26(3) des *Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu* prévoit que le prix de base rajusté est

argued that the fair market value on valuation day was more than the proceeds of disposition, resulting in no capital gain. The Crown argued that the fair market value on valuation day was nil, and that half of the proceeds of disposition was capital gain.

Held, the appeal should be dismissed.

Plaintiff's submission, that the agreement should be appraised as if it did not contain a termination clause, could not be accepted. The clause was part and parcel of the agreement. Even if the father erroneously believed that the agreement was void on December 31, 1971, and there was therefore no likelihood that he would invoke the termination clause, it merely remained there unused, if only because he may have preferred to construe the agreement to be valid at a later date. In view of the numerous limitations in the agreement, the fair market value of the plaintiff's right had to be determined from the perspective of a third party in a *bona fide* offer and these limitations rendered the right without value.

As to the argument that the father's forbearance from terminating the agreement constituted a "transaction" within *Income Tax Act*, subsection 245(2) so that the fair market value of the right according to paragraph 69(1)(c) is to be determined when the transaction was completed (59 days before his death when the termination clause ceased to have effect), subsection 245(2) requires that there in fact be a benefit to the taxpayer. The failure to revoke the agreement did not confer a benefit on the plaintiff. There was no "transaction", in the sense of any act having operative effect in relation to a business or property, 59 days prior to the father's death.

Nor was there merit in the argument that the plaintiff had received a gift of the increased value of the right when his father told him to put the agreement in a safe place shortly before he died. From the father's previous actions in regard to the agreement, it could not be implied that the father was indicating that he would not amend or terminate the agreement. He did not transfer anything to his son. At most he confirmed the agreement.

There was no "gift" or "inheritance" within *Income Tax Act*, paragraph 69(1)(c) at the time of the father's death, due to the certainty that the agreement could no longer be revoked or changed. A right to purchase shares, acquired by contract under seal and for mutual consideration cannot be interpreted as a gift. The essence of a gift is the intentional, voluntary and gratuitous transfer of property. There was no element of gratuitousness in the agreement or will.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 69(1)(c), j
245(2).

Income Tax Application Rules, 1971, S.C. 1970-71-72,

le montant qui n'est pas le plus élevé ni le moins élevé du coût réel du bien, de sa juste valeur marchande au 31 décembre 1971 et du produit de disposition. Le litige porte sur la juste valeur marchande du droit que le demandeur avait d'acheter les actions de son père au jour de l'évaluation en vue

a de déterminer le prix de base rajusté et le gain en capital. Le demandeur soutient que la juste valeur marchande au jour de l'évaluation était supérieure au produit de disposition, de sorte qu'il n'y a pas eu de gain en capital. La Couronne soutient que la juste valeur marchande au jour de l'évaluation était nulle et que la moitié du produit de disposition est un gain en capital.

b *Jugement*: l'appel devrait être rejeté.

L'argument du demandeur, à savoir que l'entente devrait être interprétée comme si elle ne contenait aucune clause révocatoire, ne peut pas être retenu. La clause fait partie de la convention. Même si le père croyait à tort que l'entente était nulle au 31 décembre 1971, et qu'il était peu probable qu'il invoque la clause révocatoire, celle-ci est simplement demeurée inutilisée, ne serait-ce que parce qu'il aurait peut-être préféré considérer l'entente comme valide à une date ultérieure. Compte tenu des nombreuses restrictions contenues dans l'entente, il faut établir la juste valeur marchande du droit du

d demandeur dans l'optique d'une offre ferme faite par un tiers et ces restrictions enlèvent toute valeur à son droit.

En ce qui concerne l'argument selon lequel le fait que le père s'est abstenu de révoquer l'entente constitue une «opération» au sens du paragraphe 245(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, de sorte que la juste valeur marchande du droit doit, selon

e l'alinéa 69(1)c), être établie au moment où l'opération a été effectuée (c'est-à-dire 59 jours avant le décès du père, moment où la clause révocatoire est devenue inopérante), le paragraphe 245(2) exige que le contribuable tire réellement un avantage. L'omission de révoquer l'entente ne confère pas un avantage au contribuable. Il n'y a pas d'opération, au sens d'un

f acte quel qu'il soit, ayant un effet véritable relativement à une entreprise ou à un bien, 59 jours avant le décès du père.

L'argument selon lequel le demandeur a reçu une donation de la valeur accrue du droit lorsque son père lui a dit, peu de temps avant son décès, de conserver l'entente en lieu sûr est lui aussi non fondé. Compte tenu des agissements antérieurs du

g père à l'égard de l'entente, on ne peut en déduire que le père manifestait son intention de ne pas modifier ou révoquer l'entente. Il n'a rien transféré à son fils. Il a tout au plus confirmé l'entente.

Il n'y a pas eu de «donation» ou de «succession» au sens de

h l'alinéa 69(1)c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, au moment où le père est décédé, étant donné que l'entente ne pouvait plus être révoquée ou modifiée. Le droit d'acheter des actions, prévu dans un contrat signé et pour des contreparties mutuelles, ne peut pas être considéré comme une donation. Par définition, la donation est un transfert de bien intentionnel, volontaire et à

i titre gratuit. Il n'y a rien de gratuit dans l'entente ou dans le testament.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 69(1)c), 245(2).

Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le

c. 63, Part III, s. 26(3) (as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 75).

revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, Partie III, art. 26(3) (mod. par S.C. 1973-74, chap. 14, art. 75).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Minister of National Revenue v. Dufresne, Didace, [1967] 2 Ex.C.R. 128; [1967] C.T.C. 153; (1967), 67 DTC 5105; *Boardman (B.M.) et al. v. The Queen*, [1986] 1 C.T.C. 103; (1985), 85 DTC 5628 (F.C.T.D.).

DISTINGUISHED:

Goodwin Johnson (1960) Ltd v The Queen, [1983] CTC 389; (1983), 83 DTC 5417 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

Armstrong's Estate v. C. I. R., 146 F. 2d 457 (7th Cir. 1944).

REFERRED TO:

Minister of National Revenue v. Granite Bay Timber Co. Ltd., [1958] Ex.C.R. 179; [1958] C.T.C. 117; (1958), 58 DTC 1066.

COUNSEL:

M. Jill Hamilton for plaintiff.
Bonnie F. Moon for defendant.

SOLICITORS:

Daley, Black & Moreira, Halifax, for plaintiff.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

DENAULT J.: This is an appeal by the plaintiff, Walter G. Sweeney, from a reassessment by the Minister of National Revenue with respect to the plaintiff's 1983 tax return by which a taxable capital gain of \$312,500 was added to the plaintiff's income. The sole issue for determination in this dispute is the proper calculation of the adjusted cost base of the plaintiff's right to purchase his father's shares in Lawrence Sweeney Fisheries Ltd., pursuant to an agreement of December 18, 1950.

Pursuant to subsection 26(3) of the *Income Tax Application Rules, 1971* [S.C. 1970-71-72, c. 63,

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Minister of National Revenue v. Dufresne, Didace, [1967] 2 R.C.É. 128; [1967] C.T.C. 153; (1967), 67 DTC 5105; *Boardman (B.M.) et autre c. La Reine*, [1986] 1 C.T.C. 103; (1985), 85 DTC 5628 (C.F. 1^{re} inst.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Goodwin Johnson (1960) Ltd c La Reine, [1983] CTC 389; (1983), 83 DTC 5417 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Armstrong's Estate v. C. I. R., 146 F. 2d 457 (7th Cir. 1944).

DÉCISION CITÉE:

Minister of National Revenue v. Granite Bay Timber Co. Ltd., [1958] R.C.É. 179; [1958] C.T.C. 117; (1958), 58 DTC 1066.

AVOCATS:

M. Jill Hamilton pour le demandeur.
Bonnie F. Moon pour la défenderesse.

PROCUREURS:

Daley, Black & Moreira, Halifax, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

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

LE JUGE DENAULT: Il s'agit d'un appel formé par le demandeur, Walter G. Sweeney, contre une nouvelle cotisation établie par le ministre du Revenu national à l'égard de la déclaration d'impôt sur le revenu du demandeur pour l'année d'imposition 1983, qui a ajouté un gain en capital imposable de 312 500 \$ au revenu du demandeur. La seule question en litige est la détermination du prix de base rajusté du droit du demandeur d'acheter les actions que détenait son père dans la firme Lawrence Sweeney Fisheries Ltd., prévu dans une entente conclue le 18 décembre 1950.

Conformément au paragraphe 26(3) des *Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le*

Part III, as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 75], the adjusted cost base would be the middle figure of cost, fair market value as at December 31, 1971, and proceeds of disposition. If two of these figures are the same, the adjusted cost base will be that figure. Both parties are in substantial agreement as to the cost and the proceeds of disposition, they disagree however as to the fair market value of the plaintiff's right as of December 31, 1971 (valuation day). The plaintiff submits that the fair market value at valuation day is in excess of the amount obtained from the proceeds of disposition, and that as a result no capital gain resulted and no tax is owing. The Minister submits that the fair market value of the plaintiff's right at valuation day was nil, and that consequently half of the entire proceeds of disposition is a taxable capital gain.

THE FACTS

The plaintiff returned from his studies in 1948 to enter his father's business. On December 18, 1950 Walter Lawrence Sweeney submitted to his son Gordon an agreement whereby the son could purchase the father's shares in his company, for a stipulated sum upon the father's death. The price agreed upon was \$1,327.13 per share. The agreement provided that the son would contribute towards a life insurance policy for the father, the proceeds of which would be used to purchase the shares; it also provided that the price per share would be reviewable, that the father would not dispose of the shares other than pursuant to the agreement and that if a *bona fide* offer by a third party was considered that the son would have a right of first refusal. The agreement provided furthermore that it could be revoked by either party upon 60 days' notice.

On December 31, 1971, the father was 67 years old, in good health and active in the business. At that time he owned 79 of the 100 shares issued by the company. 20 shares had been given over the past eight years to his three other children without the plaintiff's knowledge, and contrary to the agreement. Moreover the father's will, which was drawn up in 1965, provided that his trustees should continue his interests in Lawrence Sweeney Fisheries Ltd., and then wind up the company. The

revenu [S.C. 1970-71-72, chap. 63, Partie III, mod. par S.C. 1973-74, chap. 14, art. 75], le prix de base rajusté serait le montant qui n'est pas le plus élevé ni le moins élevé du coût du bien, de sa juste valeur marchande au 31 décembre 1971 et du produit de disposition. Si deux de ces montants sont identiques, le prix de base rajusté est réputé être ce montant. Les deux parties sont d'accord sur le coût et le produit de disposition, mais elles ne s'entendent pas sur la juste valeur marchande du droit du demandeur au 31 décembre 1971 (jour de l'évaluation). Le demandeur soutient que la juste valeur marchande au jour de l'évaluation était supérieure au montant provenant du produit de disposition, de sorte qu'il n'y a pas eu de gain en capital et qu'il n'y a pas d'impôt à payer. Le ministre prétend que la juste valeur marchande du droit du demandeur au jour de l'évaluation était nulle et, partant, que la moitié du produit de disposition est un gain en capital imposable.

LES FAITS

Le demandeur a terminé ses études en 1948 et a commencé à travailler dans l'entreprise de son père. Le 18 décembre 1950, Walter Lawrence Sweeney a présenté à son fils Gordon une entente aux termes de laquelle le fils pourrait acheter, pour une somme convenue, les actions que le père détenait dans l'entreprise à la mort de ce dernier. Le prix convenu s'élevait à 1 327,13 \$ l'action. L'entente prévoyait que le fils participerait au paiement d'une police d'assurance-vie au nom du père, dont l'indemnité servirait à acheter les actions; elle prévoyait aussi que le prix unitaire des actions serait modifiable, que le père ne céderait pas les actions autrement qu'en conformité avec l'entente et que si un tiers faisait une offre ferme, le fils aurait un droit de premier refus. L'entente prévoyait finalement que l'une des parties pourrait la révoquer sur présentation d'un avis de 60 jours.

Le 31 décembre 1971, le père, qui était alors âgé de 67 ans, était en bonne santé et participait activement à l'exploitation de l'entreprise. Il possédait alors 79 des 100 actions de la compagnie. Il avait en effet donné 20 actions à ses trois autres enfants au cours des huit années précédentes sans que le demandeur en soit informé et en contravention de l'entente. Il avait aussi fait, en 1965, un testament dans lequel il précisait qu'à sa mort, ses fiduciaires devraient poursuivre sa participation

plaintiff had no knowledge of the existence of this will. The fair market value of the father's remaining shares on valuation day was \$1,200,000.

When the father died on January 20, 1983, he had been ill for merely a week prior to his death. Shortly before his death he had assured his son of the continued validity of their agreement. After his father's death the son obtained the proceeds of the life insurance policy, and tendered to purchase the father's 79 shares in the company for \$104,843 (\$1,327.13 x 79). The tenders were returned by his brother and sisters, and he launched an action before the Supreme Court of Nova Scotia for specific performance of his right of purchase. After three days of hearing the case was settled out of court and the plaintiff was paid \$625,000 in "lieu of damages". It is agreed by the parties that this amount represents the proceeds of disposition of the plaintiff's right. No portion of that capital receipt was included in the plaintiff's 1983 tax return.

PLAINTIFF'S ARGUMENT

The plaintiff has put forward four distinct arguments in support of his position. The principal argument advanced by the plaintiff is that in determining the fair market value of the plaintiff's right at valuation day the agreement setting forth his rights should be evaluated as though it contained no revocation clause. It is on this basis that the plaintiff's expert estimated the valuation day fair market value of the plaintiff's right to be between \$821,000 to \$876,000.

The plaintiff sought to establish that from the mid-1960s up until and including valuation day, the father no longer considered the 1950 agreement to be valid. In support of this contention it was pointed out that from 1957 until 1978, the plaintiff was not involved in the functioning of the company and that when he left in 1957 he stopped paying the yearly premiums on the life insurance policy as stipulated in the contract. Except for a few occasions his father took over that responsibility. Moreover in making gifts of his shares to his other son and to his daughters in the mid-1960s the father breached clause 5 of the agreement, and

dans la compagnie, puis liquider celle-ci. Le demandeur ignorait tout de l'existence de ce testament. La juste valeur marchande des actions du père au jour de l'évaluation était de 1 200 000 \$.

^a Lorsque le père est décédé le 20 janvier 1983, il avait été malade pendant à peine une semaine. Peu de temps avant sa mort, il a affirmé à son fils que l'entente était toujours valable. Après la mort de son père, le fils a touché l'indemnité de la police d'assurance-vie et a offert d'acheter les 79 actions que le père détenait dans la compagnie pour la somme de 104 843 \$ (1 327,13 \$ x 79). Son frère et ses sœurs lui ont renvoyé les soumissions, et il a intenté une poursuite devant la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse pour obtenir l'exécution en nature de son droit d'achat. Après trois jours d'audience, l'affaire a été réglée hors cour et le demandeur a reçu 625 000 \$ à titre de dommages-intérêts. Les deux parties conviennent que cette somme représente le produit de disposition du droit du demandeur. Aucune portion de cette rentrée de capital n'a été incluse dans la déclaration d'impôt sur le revenu du demandeur pour l'année d'imposition 1983.

PRÉTENTIONS DU DEMANDEUR

Le demandeur a fait reposer sa position sur quatre arguments distincts. Il a fait valoir comme argument principal que pour établir la juste valeur marchande de son droit au jour de l'évaluation, il fallait faire comme si l'entente énonçant ses droits ne contenait aucune clause révocatoire. C'est sur cette base que l'expert du demandeur a établi que la juste valeur marchande du droit du demandeur au jour de l'évaluation variait entre 821 000 \$ et 876 000 \$.

^h Le demandeur a tenté de prouver qu'à partir du milieu des années 60 jusqu'au jour de l'évaluation, le père avait cessé de considérer que l'entente conclue en 1950 était valide. Pour appuyer ses dires, il a fait remarquer que de 1957 à 1978, le demandeur n'a pas participé à l'exploitation de la compagnie et qu'à son départ en 1957, il a cessé de payer les primes annuelles de la police d'assurance-vie, comme le prévoyait le contrat. Sauf à quelques occasions, son père s'en est chargé. De plus, en donnant des actions à son autre fils et à ses filles vers le milieu des années 60, le père a enfreint la clause 5 de l'entente, et le testament

his will of 1965 also seems to indicate his belief that the agreement was no longer of value. Finally two memos written by the father, one in April 1967, and one in January 1970, indicate that he was then of the opinion that the agreement was no longer valid.

The Crown objected to the filing of both these memos and of two other letters, as they were unsigned. However the plaintiff established that the memos had been drafted in reply to letters from Walter P. Wakefield, the father's solicitor. It appears from handwritten comments on the memos, from the father's peculiar drafting style, and from the uncontradicted evidence that he constantly wrote memos to himself, that Walter Lawrence Sweeney was the author of these documents and that they should be accepted and filed in Court as such. They therefore also contribute to the submission that the father considered the agreement to be void at the time of valuation day.

However in spite of his belief that the agreement was null and void, it was never revoked or even altered in any way by the parties. In fact the father never even indicated to his son that he privately believed the agreement to be invalid. The father and son worked very closely and enjoyed good relations, even during the time the son moved away to Yarmouth to look after another family business. In 1978 the son returned to help his father in the running of Lawrence Sweeney Fisheries Ltd. In late 1982 the plaintiff was told by an intimate friend of his brother's that he was in for a big surprise when his father died. This prompted the plaintiff to ask his father whether the 1950 agreement was still valid and his father replied: "Certainly!" A few days before Christmas, and just four weeks before his death the father handed the original agreement over to his son and told him: "Keep this in a safe place."

In essence the plaintiff is submitting that, while the father may have later confirmed the validity of the 1950 agreement, at the material time, December 31, 1971, it is submitted that the father considered the agreement to be void. As the father thought the agreement was void, there was virtually no likelihood that the revocation clause would

qu'il a fait en 1965 semble également indiquer qu'il croyait que l'entente n'avait plus aucune valeur. Finalement, deux notes écrites par le père, l'une en avril 1967 et l'autre en janvier 1970, révèlent qu'il était alors d'avis que l'entente n'avait plus aucune valeur.

La Couronne s'est opposée au dépôt de ces deux notes et de deux autres lettres, parce qu'elles n'étaient pas signées. Toutefois, le demandeur a fait la preuve que les notes avaient été rédigées en réponse à des lettres de l'avocat du père, Walter P. Wakefield. Vu les observations manuscrites qui figurent sur les notes, le style de rédaction particulier du père et la preuve non contredite voulant qu'il s'écrivît constamment des notes, il semble que Walter Lawrence Sweeney soit effectivement l'auteur de ces documents et que ceux-ci doivent être acceptés et déposés en preuve comme tels. Par conséquent, ils étayaient aussi l'argument selon lequel le père considérait que l'entente était nulle au jour de l'évaluation.

Quoi qu'il en soit, même si le père croyait que l'entente était nulle, celle-ci n'a jamais été annulée, ni même modifiée d'une quelconque façon par les parties. En fait, le père n'a même jamais fait savoir à son fils qu'il croyait secrètement que l'entente était nulle. Le père et le fils étaient de proches collaborateurs et entretenaient de bonnes relations, même durant la période où le fils s'est installé à Yarmouth pour s'occuper d'une autre entreprise familiale. En 1978, le fils est revenu aider son père à administrer la compagnie Lawrence Sweeney Fisheries Ltd. Vers la fin de 1982, le demandeur a appris d'un ami intime de son frère qu'il aurait une grosse surprise lorsque son père mourrait. Cette remarque a poussé le demandeur à demander à son père si l'entente conclue en 1950 était encore valable, ce à quoi son père a répondu: «Certainement!» Quelques jours avant Noël, et à peine quatre semaines avant sa mort, le père a remis l'original de l'entente à son fils et lui a dit: «Garde-la en lieu sûr».

En résumé, le demandeur prétend que, bien que le père puisse avoir confirmé par la suite la validité de l'entente conclue en 1950, il la tenait pour nulle à l'époque pertinente, soit le 31 décembre 1971. Comme le père était d'avis que l'entente n'avait plus aucune valeur, il est très peu probable que la clause révocatoire aurait été invoquée à ce

have been invoked at that time. The plaintiff submits that given that fact, it is appropriate to read the agreement as if the revocation clause did not exist. The plaintiff relied on the case of *Goodwin Johnson (1960) Ltd v The Queen*, [1983] CTC 389 (F.C.T.D.) for the proposition that the Court should look beyond the specific words of a contract to its surrounding circumstances, to determine the contract's effect, and that it was indeed permissible to find that no termination clause did exist even in a case where it was expressly stipulated in the contract.

Three alternative arguments were also presented by the plaintiff. The first alternative argument starts from the assumption that the termination clause ceased to have effect at least 59 days prior to the father's death, since by its own terms it required a 60-day notice period. Thus from 59 days before his death onward any revocation by the father would have been invalid. On that basis it is submitted that from the beginning of that 59-day period the value of the plaintiff's rights increased considerably by virtue of the fact that the agreement could no longer be revoked. The plaintiff's expert presented uncontested evidence that the value of the 1950 agreement, 59 days prior to the father's death, was close to the value of the shares themselves, that is it was worth between \$8,200,000 and \$8,700,000.

The plaintiff submitted that the agreement allowed the father to pass on one of the family businesses to his eldest son. It remained in effect, unaltered, for 33 years. The plaintiff had suggested to his father over the years that the agreement be reviewed but the father declined. The father confirmed the validity of the agreement just months prior to his death. The plaintiff submits that all these events, perfected by the father's forbearance from terminating the agreement when he was legally able to do so, constitute a "transaction" within the meaning of subsection 245(2) [*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63], in which case the fair market value of the right, according to paragraph 69(1)(c) of the Act, is to be determined not at valuation day but at the time the transaction was completed, namely 59 days prior to death.

moment. Le demandeur soutient que pour cette raison, il faut lire l'entente comme si la clause révocatoire n'existait pas. Le demandeur s'est fondé sur l'arrêt *Goodwin Johnson (1960) Ltd c La Reine*, [1983] CTC 389 (C.F. 1^{re} inst.) pour affirmer que la Cour ne devrait pas s'en tenir uniquement au libellé d'un contrat mais devrait aussi tenir compte du contexte pour évaluer l'incidence du contrat, et qu'il était même permis de conclure à l'inexistence d'une clause révocatoire même lorsqu'elle était expressément prévue au contrat.

Le demandeur a également fait valoir trois arguments subsidiaires. Le premier argument repose sur le postulat que la clause révocatoire est devenue inopérante au moins 59 jours avant la mort du père puisque, telle qu'elle était libellée, elle exigeait une période de notification de 60 jours. Par conséquent, à partir du 59^e jour précédant la mort du père, la révocation de l'entente par ce dernier aurait été nulle. Le demandeur soutient donc que dès le début de cette période de 59 jours, la valeur des droits du demandeur a considérablement augmenté parce que l'entente ne pouvait plus être révoquée. L'expert du demandeur a présenté une preuve non contredite selon laquelle la valeur de l'entente de 1950, 59 jours avant la mort du père, se rapprochait de la valeur des actions, ce qui veut dire qu'elle variait entre 8 200 000 \$ et 8 700 000 \$.

Le demandeur a fait valoir que l'entente autorisait le père à transmettre l'une des entreprises familiales à son fils aîné. Cette entente est demeurée en vigueur, sans avoir subi aucun changement, pendant 33 ans. Le demandeur avait proposé à son père, au fil des ans, de modifier l'entente, mais le père a refusé. Ce dernier a confirmé la validité de l'entente quelques mois à peine avant sa mort. Le demandeur soutient que tous ces événements, liés au fait que le père se soit abstenu de révoquer l'entente au moment où il était juridiquement en mesure de le faire, constituent une «opération» au sens du paragraphe 245(2) [*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, chap. 63], auquel cas la juste valeur marchande du droit doit, selon l'alinéa 69(1)c) de la Loi, être établie non pas au jour de l'évaluation, mais au moment où l'opération a été faite, c'est-à-dire 59 jours avant le décès du père.

Counsel for the plaintiff stressed that the words “other transactions of any kind whatever” have been given a very broad interpretation by the Court, and one that should include the circumstances of this case (*Minister of National Revenue v. Granite Bay Timber Co. Ltd.*, [1958] Ex.C.R. 179; *Minister of National Revenue v. Dufresne, Didace*, [1967] 2 Ex.C.R. 128; and *Boardman (B.M.) et al. v. The Queen*, [1986] 1 C.T.C. 103 (F.C.T.D.)). If the offer of the right to buy the shares can be viewed as a transaction perfected at the time the agreement became irrevocable, then the fair market value, assessed as of that time would be over \$8,000,000, a figure well in excess of the proceeds of disposition and the plaintiff would have no capital gain to declare.

The second alternative argument is that at the time the plaintiff's father delivered to him the agreement with instructions to keep it in a safe place, he was in effect making a gift to the plaintiff of the sizeable increase in value of the agreement due to the fact that the agreement had been handed over to the son for his safe-keeping with the intimation that no changes or revocation would follow. It was submitted that this benefit constituted either a “transaction” within the meaning of subsection 245(2) or a “gift” which again, according to paragraph 69(1)(c) of the Act, would cause the fair market value to be calculated at the time of death when the right to purchase was at its most valuable which would again result in no capital gain for the plaintiff.

The final alternative argument is that a “gift” or “inheritance” occurred within the meaning of paragraph 69(1)(c), at the time of the father's death due to the certainty that no revocation or changes would be made, and that the agreement remained in force. The plaintiff cited the American case *Armstrong's Estate v. C. I. R.* (146 F. 2d 457 (7th Cir. 1944)), for the proposition that such words ought to be interpreted in a broad manner, so that substance may rule over form. In that case it was held that benefits which were derived from a contract entered into during the taxpayer's lifetime, were in substance benefits in the nature of legacies, and should be recognized as such.

L'avocat du demandeur a fait remarquer que la Cour a interprété de façon assez libérale les mots «autres opérations de quelque nature que ce soit» et qu'il fallait prendre en considération les circonstances de l'espèce (*Minister of National Revenue v. Granite Bay Timber Co. Ltd.*, [1958] R.C.É. 179; *Minister of National Revenue v. Dufresne, Didace*, [1967] 2 R.C.É. 128; et *Boardman (B.M.) et autre c. La Reine*, [1986] 1 C.T.C. 103 (C.F. 1^{re} inst.)). Si l'offre du droit d'acheter les actions peut être considérée comme une opération effectuée au moment où l'entente est devenue irrévocable, alors la juste valeur marchande, établie à cette date, dépasserait 8 000 000 \$, chiffre nettement plus élevé que le produit de disposition, et le demandeur n'aurait aucun gain en capital à déclarer.

Le deuxième argument subsidiaire est qu'au moment où le père du demandeur a remis l'entente au demandeur en lui disant de la conserver en lieu sûr, il a, en réalité, fait don au demandeur de l'accroissement considérable de valeur de l'entente puisqu'il a remis celle-ci au fils pour qu'il la garde en lieu sûr, en l'informant qu'elle ne subirait aucune modification et qu'elle ne serait pas révoquée. Le demandeur a soutenu que cet avantage constituait soit une «opération» au sens du paragraphe 245(2), soit une «donation» ce qui, encore une fois, selon l'alinéa 69(1)c) de la Loi, ferait en sorte que la juste valeur marchande serait calculée au moment du décès, moment où la valeur du droit d'achat était la plus élevée, n'entraînant ainsi aucun gain en capital pour le demandeur.

Le dernier argument subsidiaire est qu'il y a eu «donation» ou «succession» au sens de l'alinéa 69(1)c) au moment où le père est décédé, vu qu'il était certain que l'entente ne serait ni modifiée ni révoquée, et qu'elle est demeurée en vigueur. Le demandeur s'est fondé sur l'arrêt américain *Armstrong's Estate v. C. I. R.* (146 F. 2d 457 (7th Cir. 1944)) pour dire que ces mots devaient être interprétés libéralement, de sorte que le fond puisse primer la forme. Dans cette affaire, on a statué que les avantages découlant d'un contrat conclu durant la vie du contribuable étaient, dans le fond, des avantages assimilables à un legs, et qu'ils devaient être reconnus comme tels.

DEFENDANT'S ARGUMENT

The defence consisted entirely of a rebuttal of the plaintiff's arguments. As for the first argument the defendant's expert maintained that a mathematical approach, estimating the impact of each individual limitation on the plaintiff's right at valuation day, was inappropriate. He claimed that the fair market value of the plaintiff's right to purchase the shares upon his father's death had to be determined, as any other property, from the perspective of a third party in a *bona fide* offer. In light of the numerous limitations on the plaintiff's right of purchase the Crown's expert claimed that the fair market value of the right was nil. Among the limits mentioned by the expert in his opinion were: (1) the fact that the father could raise the purchase price at any time and if it were not accepted by the plaintiff or a third party purchaser, the father could terminate the agreement; (2) the fact that should a *bona fide* offer from a third party be made the plaintiff, or any other notional purchaser, would only have 30 days under the agreement to exercise his right of first refusal—not by paying the stated price in the agreement, but by matching the *bona fide* offer; (3) the father could revoke the agreement for any reason with 60 days' notice; and (4) there was nothing to prevent the father from decreasing the value of the company, either through mismanagement or otherwise. The expert insisted first on the termination clause on a 60-day notice being the most negative one, and second on the possibility by the father to change the purchase price.

The Crown also submitted that the fact that the father thought the agreement to be invalid actually strengthened its submission that the right to purchase had no value at valuation day since the informed, prudent party making a *bona fide* offer would have sought to have the father confirm the agreement's continued existence. All these factors, along with the likelihood of litigation concerning the legal validity of the right, would have, in the Crown expert's opinion, rendered the right without value.

PRÉTENTIONS DE LA DÉFENDERESSE

La défense a consisté exclusivement à réfuter les arguments du demandeur. En ce qui concerne le premier argument, l'expert de la défenderesse a soutenu qu'il était incorrect d'employer une approche mathématique, consistant à évaluer l'incidence de chacune des restrictions frappant le droit du demandeur au jour de l'évaluation. Il a prétendu que la juste valeur marchande du droit du demandeur d'acheter les actions au moment du décès de son père devait être calculée, comme pour tout autre bien, dans l'optique d'une offre ferme faite par un tiers. Compte tenu des nombreuses restrictions qui s'appliquaient au droit d'achat du demandeur, l'expert de la Couronne a prétendu que la juste valeur marchande du droit était nulle. Parmi les restrictions dont l'expert a fait état dans son témoignage, il y avait (1) le fait que le père pouvait augmenter le prix d'achat à tout moment et, si ce prix n'était accepté ni par le demandeur ni par un tiers acheteur, il pouvait mettre fin à l'entente; (2) le fait que si un tiers faisait une offre ferme, le demandeur, ou tout autre acheteur théorique, n'aurait disposé que de 30 jours aux termes de l'entente pour exercer son droit de premier refus—non pas en versant le prix mentionné dans l'entente, mais en faisant une offre équivalente à l'offre ferme; (3) le fait que le père pouvait révoquer l'entente pour quelque raison que ce soit en donnant un avis de 60 jours; et (4) le fait que rien n'empêchait le père de réduire la valeur de la compagnie, en la gérant mal ou autrement. L'expert a indiqué que la clause permettant de révoquer l'entente moyennant l'envoi d'un avis de 60 jours était la plus défavorable au demandeur, suivie de la faculté qu'avait le père de modifier le prix d'achat.

La Couronne a également soutenu que le fait que le père pensait que l'entente était nulle renforçait en réalité sa prétention que le droit d'achat ne valait rien au jour de l'évaluation puisque la partie prudente et bien renseignée qui aurait fait une offre ferme aurait demandé au père de confirmer l'existence de l'entente. De l'avis de l'expert de la Couronne, tous ces facteurs, ainsi que la vraisemblance d'une poursuite au sujet de la valeur juridique du droit, auraient enlevé toute valeur au droit.

As for the plaintiff's alternative arguments the Crown responded that no "transaction" within the meaning of subsection 245(2) can be deemed to occur if no benefit accrues to the taxpayer. In this case the Crown submitted that no benefit occurred; the plaintiff merely offered to purchase shares for less than their market value, but his offer was refused. The Crown submitted that the plaintiff's father had not directly or indirectly disposed of any shares or even of a right to purchase shares, and that as no property was transferred there can be no deemed disposition, by way of gift or otherwise.

Finally the Crown submitted that the father's will belies any intention to impart any benefit on the plaintiff by way of gift or inheritance, and that the agreement itself demonstrates that there was a contract, based on mutual consideration, which also belies the suggestion of a gift having been made.

For these reasons the Crown concluded that the cost of the agreement was nil, that the fair market value at valuation day was nil, and that the adjusted cost base pursuant to subsection 26(3) of the *Income Tax Application Rules, 1971* was therefore also nil.

DECISION

I cannot accept the plaintiff's main submission that the 1950 agreement should be appraised at valuation day, as though it did not contain a termination clause. In *Goodwin Johnson (1960) Ltd, supra*, the case relied on by the plaintiff for this submission, the defendant therein had submitted that the timber sales contract between the parties could not be transferred or assigned from the plaintiff to anyone else. Those submissions however were not based on the terms of the contract itself, but merely on statements in correspondence from the provincial Forestry Service. However, the Court found, as a matter of fact, that the contract could have been assigned by way of a power of attorney, to any other reputable operator. There is also some indication in the decision that this matter was not strenuously contested. I see therefore little relevance between that case and the present one. Here the termination clause is part and parcel of the agreement itself.

En ce qui concerne les arguments subsidiaires du demandeur, la Couronne a répondu qu'aucune «opération» au sens du paragraphe 245(2) n'est réputée avoir lieu lorsque le contribuable n'en tire aucun avantage. En l'espèce, la Couronne a soutenu qu'il n'y a pas eu d'avantage; le demandeur a simplement offert d'acheter les actions pour une somme inférieure à leur juste valeur marchande, mais son offre a été rejetée. Selon la Couronne, le père du demandeur n'a ni directement ni indirectement cédé les actions ni même le droit d'acheter ces actions, et puisqu'il n'y a eu aucun transfert de bien, il ne pouvait y avoir de disposition réputée, que ce soit par donation ou autrement.

En dernier lieu, la Couronne a soutenu que le testament du père vient nier toute intention de conférer un avantage au demandeur, que ce soit par donation ou par succession, et que l'entente elle-même confirme la signature d'un contrat fondé sur des contreparties mutuelles, ce qui infirme aussi l'hypothèse d'une donation.

Pour ces motifs, la Couronne conclut que le coût de l'entente était nul, que la juste valeur marchande au jour de l'évaluation était nulle et le prix de base rajusté selon le paragraphe 26(3) des *Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu* était par conséquent nul lui aussi.

DÉCISION

Je ne puis souscrire à l'argument principal du demandeur voulant qu'il faille évaluer l'entente de 1950 au jour de l'évaluation, comme si elle ne contenait aucune clause révocatoire. Dans l'arrêt *Goodwin Johnson (1960) Ltd*, précité, sur lequel le demandeur a fondé cet argument, la défenderesse prétendait que la demanderesse ne pouvait transférer ou céder à quelqu'un d'autre le contrat de coupe de bois liant les parties. Ces prétentions ne reposaient toutefois pas sur les clauses du contrat proprement dit, mais simplement sur des affirmations contenues dans des lettres envoyées par le service sylvicole de la province. Néanmoins, la Cour a conclu qu'en fait, le contrat aurait pu être cédé par procuration à tout autre exploitant jouissant d'une bonne réputation. On semble également indiquer dans l'arrêt que cette question n'avait pas été vivement contestée. Je vois donc peu de rapport entre cette cause et la présente espèce. Dans le cas présent, la clause révocatoire fait partie de l'en-

Even if the Court were to accept the plaintiff's allegation of an erroneous belief by the father that the agreement was invalid, that is certainly no ground for reading the agreement as if it contained no termination clause. The clause merely remains there unused, if only for the very good reason that the father may have preferred to construe the agreement to be valid at a later date, as the mood suited him, and as he later asserted.

I rather agree with the Crown's expert that in view of the numerous limitations in the agreement, the fair market value of the plaintiff's right had to be determined from the perspective of a third party in a *bona fide* offer and that these limitations rendered the right without value.

I now turn to the plaintiff's first alternative argument that since the termination clause had ceased to have effect at least 59 days prior to the father's death, at that point in time the father, even though he was not aware of his upcoming death, conferred a benefit on the plaintiff. It was further argued that numerous events including the father's confirmation of the validity of the agreement a few months prior to his death, perfected by his forbearance from terminating it when he was legally able to do so, constitute a transaction within the meaning of subsection 245(2) of the Act.

I do not share that view. First it is a requisite for the application of subsection 245(2) that there be in fact a benefit to the taxpayer (*Boardman (B.M.) et al. v. The Queen*, [1986] 1 C.T.C. 103 (F.C.T.D.)). In this case, the Court cannot accept that on November 23, 1982, 59 days prior to the father's death and without the benefit of hindsight, the failure by the father to revoke the 1950 agreement had the effect of conferring a benefit to the plaintiff. On that date, there was no "transaction", the word being used in the widest possible sense, "as meaning any act having operative effect in relation to a business or property" (*Minister of National Revenue v. Dufresne Didace*, [1967] 2 Ex.C.R. 128).

tente. Même si la Cour souscrivait à l'allégation du demandeur voulant que le père ait cru à tort que l'entente était nulle, il n'y a certainement pas de raison de faire comme si l'entente ne contenait aucune clause révocatoire. Cette clause est tout simplement demeurée là, inutilisée, ne serait-ce que pour la très bonne raison que le père aurait peut-être préféré considérer l'entente valide à une date ultérieure, lorsque cela lui avait convenu, comme il l'a d'ailleurs affirmé par la suite.

Je suis plutôt d'accord avec l'expert de la Couronne qui a affirmé qu'en raison des nombreuses restrictions contenues dans l'entente, il fallait établir la juste valeur marchande du droit du demandeur dans l'optique d'une offre ferme faite par un tiers, et que ces restrictions ont enlevé toute valeur à son droit.

J'analyserai maintenant le premier argument subsidiaire du demandeur voulant que puisque la clause révocatoire a cessé de s'appliquer au moins 59 jours avant la mort du père, ce dernier, à ce moment, même s'il ignorait l'imminence de sa mort, a conféré un avantage au demandeur. Le demandeur a aussi fait valoir que les circonstances, y compris la confirmation par le père de la validité de l'entente quelques mois avant sa mort, liées au fait qu'il se soit abstenu de révoquer l'entente lorsqu'il était juridiquement capable de le faire, ont constitué une opération au sens du paragraphe 245(2) de la Loi.

Je ne suis pas de cet avis. Premièrement, pour que le paragraphe 245(2) s'applique, il faut d'abord qu'un avantage ait été conféré au contribuable (*Boardman (B.M.) et autre c. La Reine*, [1986] 1 C.T.C. 103 (C.F. 1^{re} inst.)). En l'espèce, la Cour ne peut souscrire à l'affirmation selon laquelle le père a, le 23 novembre 1982, c'est-à-dire 59 jours avant sa mort et non rétrospectivement, du fait qu'il se soit abstenu de révoquer l'entente de 1950, conféré un avantage au demandeur. À cette date, il n'y a pas eu d'«opération», ce mot étant employé dans son acception la plus large possible, [TRADUCTION] «au sens d'un acte quel qu'il soit ayant un effet véritable relativement à une entreprise ou à un bien» (*Minister of National Revenue v. Dufresne, Didace*, [1967] 2 R.C.É. 128).

As to the second alternative argument by the plaintiff that he received a gift from his father when he was told to keep the agreement in a safe place, I see no merit in that argument. From the father's previous actions in regard to the 1950 agreement, it cannot be reasonably implied, as counsel suggested, that by delivering to his son his copy of the agreement the father was indicating that he would not amend or terminate it. The father did not transfer anything to his son, and at the very most, he was then confirming the 1950 agreement, thereby indicating that his son could eventually acquire his remaining shares in the company, under the same terms and conditions.

The final alternative argument is that a "gift" or "inheritance" occurred within the meaning of paragraph 69(1)(c) at the time of the father's death since no revocation or changes could then be made.

Paragraph 69(1)(c) states that:

69. (1) . . .

(c) where a taxpayer has acquired property by way of gift, bequest or inheritance, he shall be deemed to have acquired the property at its fair market value at the time he so acquired it.

Unfortunately for the plaintiff, I fail to see how a right to purchase shares, acquired by contract under seal and for mutual consideration can be interpreted as a gift. The essence of a gift is the intentional, voluntary and gratuitous transfer of property. In the instance, there was no element of gratuitousness in the 1950 agreement and the will of the plaintiff's father stipulating and authorizing treatment of the shares inconsistent with the agreement belies any intention on his part to confer a gift on the plaintiff upon death.

For these reasons, the appeal is dismissed with costs.

En ce qui concerne le deuxième argument subsidiaire voulant que le père ait fait une donation au demandeur lorsqu'il lui a dit de conserver l'entente en lieu sûr, il ne m'apparaît pas fondé. Compte tenu des agissements antérieurs du père à l'égard de l'entente de 1950, on ne peut raisonnablement en déduire, comme l'avocat l'a laissé entendre, qu'en remettant à son fils sa propre copie de l'entente, le père indiquait qu'il ne modifierait ni ne révoquerait l'entente. Le père n'a rien transféré à son fils; il a tout au plus confirmé l'entente de 1950, indiquant par là que son fils pourrait un jour se porter acquéreur du restant des actions de la compagnie, aux mêmes conditions.

Le dernier argument subsidiaire du demandeur est qu'il y a eu une «donation» ou une «succession» au sens de l'alinéa 69(1)c) au moment où le père est mort, étant donné qu'il ne pouvait plus y avoir de révocation ou de modification de l'entente.

L'alinéa 69(1)c) est ainsi libellé:

69. (1) . . .

c) lorsqu'un contribuable a acquis des biens par donation, legs ou succession, il est réputé les avoir acquis pour une somme égale à leur juste valeur marchande à la date de leur acquisition.

Malheureusement pour le demandeur, je ne vois pas comment on peut considérer comme une donation le droit d'acheter des actions, prévu dans un contrat signé et pour des contreparties mutuelles. Par définition, une donation est un transfert de bien intentionnel, volontaire et à titre gratuit. En l'espèce, il n'y avait rien de gratuit dans l'entente de 1950 et le testament, dans lequel le père du demandeur a stipulé que les actions devaient être traitées d'une manière incompatible avec l'entente, vient nier toute intention de sa part de faire une donation au demandeur à sa mort.

Pour ces motifs, l'appel est rejeté avec frais.