

T-3842-76

T-3842-76

John Pullman (Plaintiff)

v.

The Queen (Defendant)

Trial Division, Dubé J.—Toronto, January 12; Ottawa, February 16, 1983.

Income tax — Income calculation — Canadian taxpayer resident in Switzerland — Solicited by Toronto broker to invest in mortgages — Borrowers in U.S.A., Canada and other countries — Taxpayer maintaining Toronto bank account — Broker having power of attorney re same — Whether agency relationship between taxpayer and broker and nature thereof — Taxpayer not carrying on money-lending business in Canada — No act in Canada by taxpayer — Decisions made outside Canada — Taxpayer offering nothing for sale in Canada — Not soliciting in Canada — Canadian income subject to withholding tax — Other amounts not taxable — Appeal allowed — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 231(7), 253(b).

The taxpayer, a Canadian citizen resident in Switzerland, appeals assessments in respect of income from "a money lending business carried on by him in Canada". The taxpayer was a wealthy man who had funds available to invest in mortgages. A Toronto broker would inform the taxpayer of lending opportunities and he would decide in each instance whether to participate. In the course of the two taxation years in question, plaintiff became involved in some 52 of these transactions, 60% of the loans being made to Americans in the U.S.A. and Puerto Rico. Taxpayer maintained a Toronto bank account for these transactions and the broker had a power of attorney to deal with this account. The taxpayer's profit resulted from: interest, commitment fees in compensation for risky loans and stand-by fees. The taxpayer had no *pied-à-terre* in Canada. Many of these loans were negotiated by the broker in last minute telephone calls from the borrowers' places of business in Canada, the United States or other country.

The issue is as to whether all this income—over two million dollars—should be included in income under Part I of the Act, as income earned by a non-resident carrying on business in Canada or whether income from the Canadian loans should be subject to non-resident withholding tax under Part XIII and that from foreign loans not taxed in Canada. Taxpayer argues that he is not taxable under Part I because he was not carrying on a business in Canada. The Minister's position is that the broker had been authorized to act as the taxpayer's "agent in conducting his business of money lending in Canada".

Held, the appeal should be allowed and the assessments referred back for reassessment. The broker held no exclusive

John Pullman (demandeur)

c.

a

La Reine (défenderesse)

Division de première instance, juge Dubé—Toronto, 12 janvier; Ottawa, 16 février 1983.

b

c

d

e

f

g

h

i

j

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Contribuable canadien résidant en Suisse — Sollicité par un courtier de Toronto pour faire des placements sur hypothèques — Emprunteurs aux États-Unis, au Canada et dans d'autres pays — Le contribuable détient un compte en banque à Toronto — Le courtier a une procuration à l'égard de ce compte — Il faut déterminer s'il existe une relation de mandant-mandataire entre le contribuable et le courtier et quelle est sa nature — Le contribuable n'exploitait pas une entreprise de prêts au Canada — Le contribuable n'a pas agi à cette fin au Canada — Décisions prises à l'extérieur du Canada — Le contribuable n'offrait rien en vente au Canada — Aucune sollicitation au Canada — Revenu canadien soumis à la retenue des impôts — Autres sommes non imposables — Appel accueilli — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 231(7), 253(b).

Le contribuable, citoyen canadien résidant en Suisse, interjette appel des cotisations relatives à un revenu provenant «d'une entreprise de prêts d'argent exploitée par lui au Canada». Le contribuable était riche et disposait de fonds pour placements sur hypothèques. Un courtier de Toronto devait informer le contribuable des occasions de prêts et celui-ci décidait dans chaque cas s'il y participerait ou non. Au cours des deux années d'imposition en cause, le demandeur a participé à 52 de ces opérations; 60 % des prêts ont été consentis à des emprunteurs américains aux États-Unis et à Porto Rico. Le contribuable détenait un compte en banque à Toronto pour ces opérations et le courtier avait une procuration lui permettant de se servir de ce compte. Les profits du contribuable provenaient des intérêts, des primes d'engagement en dédommagement du haut risque de certains prêts et des primes de crédits de soutien. Le contribuable n'avait pas de pied-à-terre au Canada. Nombre des opérations étaient négociées par le courtier qui téléphonait à la dernière minute à partir des établissements des emprunteurs au Canada, aux États-Unis ou dans d'autres pays.

Il faut déterminer si toutes ces sommes, s'élevant à plus de deux millions de dollars, devraient être incluses dans les revenus du contribuable conformément à la Partie I de la Loi, comme revenus tirés par un non-résident exploitant une entreprise au Canada ou si les revenus provenant des prêts consentis au Canada devraient être soumis à la retenue des impôts pour non-résidents conformément à la Partie XIII et si les revenus provenant des prêts consentis à l'étranger échappent à l'impôt canadien. Le contribuable soutient qu'il n'est pas assujéti à la Partie I parce qu'il n'exploitait pas d'entreprise au Canada. Le Ministre allègue pour sa part que le courtier a été autorisé par le contribuable à agir comme son «mandataire dans la gestion de son entreprise de prêts d'argent au Canada».

Jugement: l'appel est accueilli et les cotisations sont renvoyées au Ministre pour qu'il établisse de nouvelles cotisations.

agency or general power to bind the taxpayer. Whatever agency existed was limited and specific in nature. But the question was not whether an agency relationship existed but whether the taxpayer carried on a money-lending business in this country. The taxpayer's links with Canada were as follows: phone calls from the broker, a Toronto bank account, the broker's power of attorney and the accounting kept by the broker through one of his Canadian companies. Were these sufficient to constitute "the carrying on of a money lending business in Canada"? Clearly, the taxpayer was carrying on a business but was he doing so in Canada? The taxpayer performed no act in Canada and the basic decisions were made outside this country. The Canadian ingredients were ancillary and merely for convenience. Lending money did not constitute the exercise of a business in Canada. That was dealt with under Part XIII and was subject to a withholding tax. Paragraph 253(b) had no application since it could not be said that the taxpayer was soliciting orders or offering anything for sale in Canada through an agent or servant. Loans are not "offered for sale". Nor did the taxpayer solicit in Canada; he was solicited in Switzerland by the Toronto broker.

Le courtier n'avait aucun mandat exclusif ni aucun pouvoir général d'engager le contribuable. S'il y avait mandat, il était limité et d'un caractère spécifique. Toutefois, la question à résoudre n'était pas de savoir s'il existait une relation de mandant-mandataire mais de savoir si le contribuable exploitait une entreprise de prêts au Canada. Les seuls liens entre le contribuable et le Canada étaient les appels téléphoniques du courtier, un compte en banque à Toronto, la procuration accordée au courtier et la comptabilité tenue par le courtier par l'entremise de l'une de ses sociétés au Canada. Ces liens étaient-ils suffisants pour constituer «l'exploitation d'une entreprise de prêts au Canada»? Le contribuable exploitait manifestement une entreprise, mais l'exploitait-il au Canada? Le contribuable n'a accompli aucun acte au Canada et les décisions principales ont été prises à l'extérieur de ce pays. Les seuls éléments canadiens des opérations étaient secondaires et n'existaient que pour des raisons de commodité. Le prêt d'argent ne constituait pas l'exploitation d'une entreprise au Canada. La Partie XIII s'appliquait à cette opération qui était soumise à la retenue des impôts. L'alinéa 253b) ne s'appliquait pas puisqu'on ne pouvait dire que le contribuable sollicitait des commandes ou offrait en vente quoi que ce soit par l'entremise d'un mandataire ou d'un préposé. Des prêts ne sont pas «offerts en vente». Le contribuable n'a pas sollicité de commandes au Canada; il recevait en Suisse des sollicitations de la part du courtier de Toronto.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Cutlers Guild Limited v. Her Majesty The Queen (1981), 81 DTC 5093 (F.C.T.D.); *Grainger and Son v. Gough*, [1896] A.C. 325 (H.L.).

DISTINGUISHED:

Loeck v. Her Majesty the Queen (1978), 78 DTC 6368 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Kennedy v. De Trafford, [1897] A.C. 180 (H.L.); *Bank of New South Wales and Others v. Commonwealth and Others*, [1948] 76 C.L.R. 1 (H.C. Austr.).

COUNSEL:

Donald Bowman, Q.C. and *W. Innes* for plaintiff.

Ian MacGregor and *Roger Taylor* for defendant.

SOLICITORS:

Stikeman, Elliott, Robarts & Bowman, Toronto, for plaintiff.

Deputy Attorney General of Canada for defendant.

JURISPRUDENCE

e

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Cutlers Guild Limited c. Sa Majesté La Reine (1981), 81 DTC 5093 (C.F. 1^{re} inst.); *Grainger and Son v. Gough*, [1896] A.C. 325 (H.L.).

f

DISTINCTION FAITE AVEC:

Loeck c. Sa Majesté la Reine (1978), 78 DTC 6368 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Kennedy v. De Trafford, [1897] A.C. 180 (H.L.); *Bank of New South Wales and Others v. Commonwealth and Others*, [1948] 76 C.L.R. 1 (H.C. Austr.).

AVOCATS:

Donald Bowman, c.r. et *W. Innes* pour le demandeur.

Ian MacGregor et *Roger Taylor* pour la défenderesse.

i

PROCUREURS:

Stikeman, Elliott, Robarts & Bowman, Toronto, pour le demandeur.

Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

DUBÉ J.: The plaintiff, a resident of Switzerland, appeals the assessments for his 1971 and 1972 taxation years including the total sums of \$1,116,712.10 and \$934,691.04 respectively as income from "a money lending business carried on by him in Canada".

The plaintiff was born in 1901 in Russia and immigrated to Canada with his family at the age of seven. During his adolescent years he moved to the United States where he joined the American Army in the First World War and became a naturalized American citizen in 1943. In 1948 he returned to Canada and became a naturalized Canadian citizen in 1954. In 1960 he moved to Switzerland, became a resident there and married a Swiss lady in 1962. They now both live in Lausanne, Switzerland and share another home at Monte-Carlo, Monaco.

In the course of his early life he accumulated considerable wealth, first in bakery and then in automobile accessories in the United States and later on in the stock market, real estate and money-lending in Canada, personally and through Pullman Holdings Limited.

In 1970 he was approached in Switzerland by a broker by the name of Joseph Burnett who used to be a partner of Sam Gotfrid, a lawyer with whom the plaintiff did business in Toronto. Mr. Burnett was aware that the plaintiff had funds available for investments in mortgages. Both men reached an understanding whereby Mr. Burnett would inform the plaintiff of loan transactions, as they arose, and offer him participation in those loans if he so desired. The plaintiff remained free to accept or reject participation in any transaction. In the course of the relevant period the plaintiff entered into 52 such separate transactions involving some 708 entries.¹ Not all the loan transactions were carried out in Canada. In fact, about 60% of the

¹ Item 6(1) in paragraph 9 of the statement of defence lists an amount of \$4,284.97 for the year 1971. That amount is admitted by the Crown to be a duplication and ought to be corrected in any event.

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

LE JUGE DUBÉ: Le demandeur, qui réside en Suisse, interjette appel de ses cotisations pour les années 1971 et 1972, concernant les montants de 1 116 712,10 \$ et de 934 691,04 \$ respectivement qui ont été considérés comme un revenu provenant [TRADUCTION] «d'une entreprise de prêts d'argent exploitée par lui au Canada».

Le demandeur est né en Russie en 1901 et a immigré avec sa famille au Canada à l'âge de sept ans. Au cours de son adolescence, il s'est installé aux États-Unis; il s'est enrôlé dans l'armée américaine au cours de la Première Guerre mondiale et s'est fait naturaliser citoyen américain en 1943. Il est retourné au Canada en 1948 et est devenu citoyen canadien en 1954. En 1960, il s'est installé en Suisse où il établit sa résidence et épousa une Suisse en 1962. Ils demeurent maintenant tous les deux à Lausanne (Suisse) et partagent une autre maison à Monte-Carlo (Monaco).

Il a accumulé une fortune considérable, dans sa jeunesse, d'abord aux États-Unis dans une entreprise de boulangerie puis dans le commerce d'accessoires d'automobiles et, plus tard au Canada, personnellement ou par l'entremise de Pullman Holdings Limited, dans des opérations boursières, immobilières et financières.

En 1970, il fut contacté en Suisse par un courtier du nom de Joseph Burnett, qui avait déjà été associé à Sam Gotfrid, un avocat avec lequel le demandeur avait fait des affaires à Toronto. M. Burnett savait que le demandeur disposait de fonds pour placements sur hypothèques. Les deux hommes parvinrent à une entente selon laquelle M. Burnett informerait le demandeur des occasions de prêts qui se présenteraient, et lui offrirait de participer à ces prêts, s'il le souhaitait. Le demandeur demeurerait libre d'accepter ou de refuser toute opération de ce genre. À l'époque en cause, il a participé à 52 opérations distinctes qui donnèrent lieu à quelque 708 inscriptions comptables¹. Ces opérations de prêts n'ont pas pris place au Canada

¹ L'article 6(1) du 9^e paragraphe de l'exposé de la défense détaille un montant de 4 284,97 \$ pour l'année 1971. Il est concédé par la Couronne que ce montant est une répétition. Quoiqu'il arrive, cette inscription devrait être corrigée.

loans were made to American borrowers in the United States and Puerto Rico. There was also one loan to a borrower in London, England.

Following the visit of Mr. Burnett in Switzerland the plaintiff opened a second bank account known as "J. P. #2" with the Bank of Commerce, City Hall Branch, Toronto. The plaintiff gave Mr. Burnett a power of attorney to complete the loan transactions through that bank account, that is to withdraw funds from, and to deposit funds into, the bank account on behalf of the plaintiff.

Both Messrs. Pullman and Burnett testified at the trial. They were the only witnesses. According to their evidence, the plaintiff never solicited loans and never held himself out to the public as being ready to lend money. Mr. Burnett was actively and heavily engaged in the financing of building projects such as shopping centres, food stores, convalescent homes, office buildings, etc. At the time of closing, where there appeared to be a need for bridge financing, Mr. Burnett would call the plaintiff in Switzerland (or other prospective money-lenders) and acquaint him with all the essential elements of the transaction. The plaintiff had full confidence in Mr. Burnett and still does. He would assess the situation and decide whether to accept or to reject participation in the transaction. Both parties would negotiate, mostly on the telephone, the interest or the fee to be charged by the plaintiff. The latter was not acquainted with the commission earned by Mr. Burnett.

Apart from interest, the plaintiff would also earn "commitment fees" and "stand-by fees". Commitment fees were additional sums in compensation for risky loans. Stand-by fees were sums paid to the plaintiff for agreeing to make sums available on a stand-by basis, if and when required. The three types of income, that is interest, stand-by and commitment fees are considered by the Minister as income.

seulement. De fait, environ 60 % des prêts ont été consentis à des emprunteurs américains aux États-Unis et à Porto Rico. Il consentit également un prêt à un emprunteur de Londres (Angleterre).

^a À la suite de la visite de M. Burnett en Suisse, le demandeur a ouvert à la Banque de Commerce, à sa succursale de l'Hôtel de ville à Toronto, un deuxième compte en banque sous le nom de «J. P. #2». Il signa en faveur de M. Burnett une procuration permettant à celui-ci de conclure des opérations de prêts en se servant de ce compte en banque, c'est-à-dire lui permettant d'en retirer et d'y déposer des fonds, au nom du demandeur.

^c MM. Pullman et Burnett ont tous les deux témoigné au procès. Ils étaient les seuls témoins. D'après leurs dépositions, le demandeur n'a jamais sollicité de prêts et ne s'est jamais présenté publiquement comme une personne prête à consentir des prêts. M. Burnett s'occupait activement du financement de travaux de construction de centres commerciaux, de magasins d'alimentation, de maisons de convalescence, d'édifices de bureaux, etc. ^d Quand venait le temps de conclure une affaire et qu'il semblait exister un besoin de crédits de relais, M. Burnett appelait le demandeur en Suisse (ou d'autres prêteurs éventuels) et le renseignait sur tous les principaux éléments de l'affaire. Le demandeur faisait alors pleinement confiance à M. Burnett, et c'est toujours le cas. Il étudiait les circonstances et décidait de participer ou non à l'affaire. Les deux intéressés négociaient, le plus souvent par téléphone, les intérêts ou les primes que le demandeur devait recevoir. Ce dernier n'était pas au courant de la commission que gagnait M. Burnett.

^e À part les intérêts, le demandeur recevait aussi des [TRADUCTION] «primes d'engagement» et des [TRADUCTION] «primes de crédits de soutien». Les primes d'engagement étaient des sommes additionnelles reçues en dédommagement du haut risque de certains prêts. Les primes de crédits de soutien étaient des sommes payées au demandeur pour qu'il accepte de mettre des crédits à la disposition de l'emprunteur qui avait le loisir de s'en prévaloir au besoin. Ces trois sortes de revenus, c'est-à-dire ^f les intérêts, les primes de crédits de soutien et ^g d'engagement ont été considérés comme des revenus par le Ministre.

The plaintiff was not the only source of funding available to Mr. Burnett. The latter could and would turn to several other money-lenders. His financing brokerage business is quite considerable, involving millions of dollars and a large staff in Toronto.

The plaintiff himself has no office and no *pied-à-terre* in Canada. He does have some family in this country which he visits from time to time. He keeps the bank accounts aforementioned. A record of his loan transactions with Mr. Burnett was kept by one of Mr. Burnett's several Canadian companies, Kelburn Management Limited, which managed the book-keeping for all of Mr. Burnett's transactions. Most of the loan transactions involving the plaintiff were conducted through another Burnett company, Ruthbern Holdings Limited. Many of the transactions were not negotiated and closed from Mr. Burnett's offices in Toronto but from the borrowers' places of business in Canada, the United States, Puerto Rico and the United Kingdom. It usually was from those places that Mr. Burnett would make last minute telephone calls to money-lenders, including the plaintiff in Switzerland, in order to complete the bridge financing and close the deals.

The central issue to be resolved here is whether all these interests, or stand-by, or commitment fees, totalling over two million dollars, earned by the plaintiff are to be included in his income under Part I of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63], as income earned by a non-resident carrying on a business in Canada, or whether some portion of it—from the Canadian loans—should be subject to non-resident withholding tax under Part XIII of the *Income Tax Act* (Part III of the old *Income Tax Act* [R.S.C. 1952, c. 148]), and the balance—from foreign loans—not taxable at all in Canada. The plaintiff admits that the interest and fees paid to him by Canadian residents is subject to the withholding tax, but claims that he was not carrying on a business in Canada, and therefore should not be included under Part I of the *Income Tax Act*.

Le demandeur n'était pas la seule source de financement dont disposait M. Burnett. Ce dernier pouvait s'adresser à d'autres prêteurs, ce qu'il faisait à l'occasion. Son commerce de courtier en financement est de grande envergure et met en jeu des millions de dollars; il emploie en outre un personnel important à Toronto.

Quant au demandeur, il n'a ni bureau ni *pied-à-terre* au Canada. Il y a de la famille à laquelle il rend visite de temps en temps. Il détient les comptes en banque susmentionnés. Un registre des opérations de prêts avec M. Burnett était tenu par une des compagnies canadiennes de M. Burnett, Kelburn Management Limited, qui tenait la comptabilité de toutes les opérations de M. Burnett. La plupart des opérations de prêts auxquelles le demandeur a participé se faisaient par l'entremise d'une autre compagnie de M. Burnett, Ruthbern Holdings Limited. Nombre de ces opérations n'étaient pas négociées ni conclues au bureau de M. Burnett à Toronto mais aux établissements des emprunteurs au Canada, aux États-Unis, à Porto Rico et au Royaume-Uni. C'était le plus souvent de ces endroits que M. Burnett téléphonait à la dernière minute aux prêteurs, y compris le demandeur en Suisse, afin de parfaire l'entente concernant les crédits de relais et conclure les affaires.

Le litige principal dont la Cour est saisie porte sur la question de savoir si tous ces intérêts ou ces primes d'engagement ou de crédits de soutien, reçus par le demandeur et s'élevant au total à plus de deux millions de dollars, devraient être inclus dans ses revenus conformément à la Partie I de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, chap. 63], comme revenus gagnés par un non-résident exploitant une entreprise au Canada ou si une partie de cette somme, provenant des prêts consentis au Canada, devrait être soumise à la retenue des impôts pour non-résidents conformément à la Partie XIII de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Partie III de l'ancienne *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.R.C. 1952, chap. 148]), le solde, provenant de prêts consentis à l'étranger, échappant à tout impôt canadien. Le demandeur concède que les intérêts et les primes qui lui ont été payés par des résidents canadiens sont soumis à la retenue des impôts, mais il soutient qu'il n'exploitait pas d'entreprise au Canada et que par conséquent il n'était pas assujéti à la Partie I de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

In its defence the Minister assumed that the plaintiff was not a resident of Canada, but that he earned the amounts aforementioned "from a money lending business carried on by him in Canada, which amounts were earned with respect of the following transactions". Then follow a list of 351 transactions for the year 1971 and a list of 357 transactions for the year 1972. The Minister also assumed that the plaintiff was at all material times a Canadian citizen who maintains bank accounts in Toronto, including one entitled "John Pullman #2", in respect of which he has given full power of attorney to Joseph Burnett whom he authorized "to act as his agent in conducting his business of money lending in Canada". The Minister also assumed that the various amounts of commission were paid or deposited into the bank account by Joseph Burnett, Kelburn Management Limited, Ruthbern Holdings Limited and other companies controlled by Joseph Burnett.

In their evidence both the plaintiff and Mr. Burnett denied the existence of any agency relationship between them. Their denial, however, does not settle the point as the existence of an agency is a conclusion of law. The evidence indicates, however, as already mentioned, that Mr. Burnett was under no obligation to bring any particular transactions to the attention of the plaintiff, nor to invite him to participate. Mr. Burnett could have obtained his funding somewhere else, and often did. On his part the plaintiff was under no obligation to accept. He could reject and in fact did on occasion. Mr. Burnett did not necessarily inform the plaintiff as to the commission he was receiving. There was no umbrella agreement, written or oral, binding the two parties to any number, or amount, or volume of transactions. It seems that any other broker from Canada, or elsewhere, could have contacted the plaintiff and made him an offer which he would have assessed and accepted or refused. In that sense, Mr. Burnett was no more an agent of the plaintiff than any other broker seeking funding to close a deal. According to his own evidence, which stands uncontradicted, the plaintiff relied on Burnett because he had confidence in him. Their relationship was profitable to both men.

Dans sa défense, le Ministre est parti du principe que le demandeur n'était pas un résident du Canada mais qu'il avait tiré les sommes susmentionnées [TRADUCTION] «d'une entreprise de prêts d'argent exploitée par lui au Canada, ces sommes ayant été réalisées grâce aux opérations suivantes». Viennent ensuite une liste de 351 opérations pour l'année 1971 et une autre liste de 357 opérations pour l'année 1972. Le Ministre est également parti du principe que le demandeur, à toutes les époques en cause, était un citoyen canadien qui détenait des comptes bancaires à Toronto, dont un sous le nom de «John Pullman #2», à l'égard duquel il avait donné pleine procuration à Joseph Burnett pour [TRADUCTION] «agir comme son mandataire dans la gestion de son entreprise de prêts d'argent au Canada». Le Ministre a aussi tenu pour acquis que les divers montants versés à titre de commissions avaient été payés ou déposés à ce compte par Joseph Burnett, Kelburn Management Limited, Ruthbern Holdings Limited et d'autres sociétés sous le contrôle de Joseph Burnett.

Dans leurs dépositions, le demandeur et M. Burnett nient tous deux l'existence d'une relation de mandant-mandataire entre eux. Toutefois cela ne règle pas la question car l'existence ou non d'une relation de mandant-mandataire est une question de droit. Cependant, comme il a déjà été mentionné, la preuve indique que M. Burnett n'était en aucune façon tenu de porter quelque affaire particulière à l'attention du demandeur ou de l'inviter à y participer. M. Burnett aurait pu obtenir les fonds ailleurs et c'est ce qui est souvent arrivé. Pour sa part, le demandeur n'avait aucune obligation d'accepter. Il pouvait refuser l'offre et c'est ce qu'il a fait à l'occasion. M. Burnett n'était pas tenu de renseigner le demandeur au sujet de la commission qu'il recevait. Il n'existait aucun accord général, écrit ou verbal, fixant à l'égard des deux parties un nombre, un montant ou un volume quelconque d'opérations. Il semble que tout autre courtier du Canada ou d'ailleurs aurait pu communiquer avec le demandeur et lui faire une proposition qu'il aurait pu étudier et accepter ou refuser. En ce sens, M. Burnett n'était pas plus mandataire du demandeur qu'un autre courtier à la recherche de fonds pour conclure un marché. D'après sa propre déposition, qui n'a pas été contestée, le demandeur comptait sur M. Burnett parce qu'il avait confiance en lui. Cette relation était profitable pour les deux.

The term “agent” is very wide and nebulous. “No word is more commonly and constantly abused than the word ‘agent’.”² An agent is one who acts for somebody else. In that very broad sense, Mr. Burnett on many occasions acted on behalf of the plaintiff, such as for the withdrawing or the depositing of sums in the bank account under the power of attorney. It appears, however, from the evidence that Mr. Burnett held no overall exclusive agency and no general power to bind the plaintiff. Whatever agency existed was very limited and specific in its nature.³

The issue to be determined here is not whether there existed an agency between the two, but whether the plaintiff carried on a money-lending business in Canada during the relevant period. The question would be an easy one to answer if the plaintiff had been physically present in Canada with an office there, soliciting business from Canadian borrowers, and lending money directly to them. In the case at bar, however, the plaintiff’s only links to Canada were the phone calls from Mr. Burnett—those that originated from Canada—the bank accounts in Toronto, the power of attorney to Mr. Burnett, the accounting kept by Mr. Burnett through Kelburn Management Limited. Are those links sufficient to constitute “the carrying on of a money lending business in Canada”?

Undoubtedly, the plaintiff was carrying on a business. The frequency, intensity and volume of his money-lending activities lead to the obvious conclusion that he was in the money-lending business. He “habitually or systematically exercised”

² Per Lord Herschell in *Kennedy v. De Trafford*, [1897] A.C. 180 [[H.L.], at p. 188].

³ In a separate inquiry under subsection 231(7) of the *Income Tax Act* Mr. Burnett was interrogated before the Tax Review Board. In the course of an answer he said this: “I then re-arranged the funding of this loan with a Mr. John Pullman, for whom I acted, and he agreed to take it.” Faced with that statement in cross-examination, Burnett explained that he would have been acting for the plaintiff as a solicitor. That answer, however, is difficult to reconcile with his statement in direct examination to the effect that he had left the practice of law because of a conflict of interest with his brokerage business.

Le mot «agent» (mandataire) a un sens large et vague. [TRADUCTION] «Il n’est de mot dont on use ou on abuse autant que le mot “agent”².» Un mandataire (*agent*) est une personne qui agit au nom d’une autre. Dans ce sens très large, M. Burnett a agi en maintes occasions au nom du demandeur, par exemple pour déposer des sommes d’argent dans le compte en banque ou en retirer, en vertu de la procuration. Il semble cependant, selon les preuves, que M. Burnett n’avait aucun mandat général ou exclusif ni aucun pouvoir général d’engager le demandeur. S’il y avait mandat, il était très limité et d’un caractère spécifique³.

La question à résoudre n’est pas de savoir s’il existait une relation de mandant-mandataire entre les deux hommes, mais de savoir si le demandeur exploitait une entreprise de prêts au Canada, à l’époque en cause. La réponse serait évidente si le demandeur avait été physiquement présent au Canada, s’il y avait maintenu un bureau, avait recherché une clientèle d’emprunteurs et leur avait prêté de l’argent directement. En l’espèce cependant, les seuls liens entre le demandeur et le Canada étaient les appels téléphoniques de M. Burnett—quand ils provenaient du Canada—les comptes en banque à Toronto, la procuration à M. Burnett et la comptabilité tenue par M. Burnett, par l’entremise de Kelburn Management Limited. Ces liens sont-ils suffisants pour constituer [TRADUCTION] «l’exploitation d’une entreprise de prêts»?

Sans aucun doute, le demandeur exploitait une entreprise. La fréquence, l’intensité et le volume de ses activités de prêteur d’argent nous forcent à conclure qu’il exploitait une entreprise de prêts. Il a [TRADUCTION] «exploité habituellement ou sys-

² Lord Herschell dans l’arrêt *Kennedy v. De Trafford*, [1897] A.C. 180 [[H.L.], à la p. 188].

³ Au cours d’une autre enquête faite en vertu du paragraphe 231(7) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, M. Burnett fut interrogé par la Commission de révision de l’impôt. Voici ce qu’il a dit dans une réponse: [TRADUCTION] «J’ai alors réorganisé le financement de cet emprunt avec John Pullman pour lequel j’agissais, et il a accepté de faire le prêt.» Contre-interrogé au sujet de cette déclaration, Burnett a expliqué qu’il avait agi pour le demandeur en tant qu’avocat. Il est toutefois difficile de concilier cette réponse avec sa déclaration, au cours de l’interrogatoire, selon laquelle il avait abandonné la pratique du droit pour des raisons de conflits d’intérêts avec son entreprise de courtage.

that business.⁴ All the fees received in connection with the loans, be they interest, commitment fees, or stand-by fees, are income earned from the money-lending business exercised by the plaintiff. All these transactions and earnings are consistent with the background, knowledge, experience and previous activities of the plaintiff. But, was he carrying on a business in Canada?

In a 1981 decision, *Cutlers Guild Limited v. Her Majesty The Queen*,⁵ I had the occasion to review the tests used to determine whether a taxpayer is carrying on a business in another country. While the issue there was the business of selling silverware, still the following excerpt (at page 5095) might be of some assistance in the case at bar:

Whether or not a taxpayer is carrying on a business in another country is a question of fact to be determined in each case. Courts have ruled that the place where sales, or contracts of sale, are effected is of substantial importance. However, the place of sale may not be the determining factor if there are other circumstances present that outweigh its importance.

Another test emanating from the jurisprudence is "Where do the operations take place from which the profits arise?" Soliciting orders in one country may only be ancillary to the exercise of a trade in another county [*sic*]. Certain authorities establish that activities and operations other than contracts for sale constitute the carrying on of a business, especially where these respective activities and operations produce or earn income. While income may be realized through sales, it may not arise entirely from that one activity or operation. Purchasing of merchandise in one country (i.e. Japan) with the view of trading in it elsewhere (Canada) does not, of course, constitute an exercise of the trade in the former country.

In *Loeck v. Her Majesty the Queen*,⁶ Mahoney J. of this Court had to determine whether a non-resident taxpayer who was purchasing and selling investment properties in Canada was carrying on business in this country. This resident of Germany invested in a number of Canadian properties. In 1971 he realized a profit of some \$50,000 on the sale of an apartment building in St. Catharines, Ontario, and in 1972 a profit of some \$70,000 on the sale of two farms just outside the City. In both

⁴ See Lord Morris in *Grainger and Son v. Gough* below at p. 343.

⁵ (1981), 81 DTC 5093 [F.C.T.D.].

⁶ (1978), 78 DTC 6368 [F.C.T.D.].

tématiquement» cette entreprise⁴. Toutes les sommes reçues à l'égard des prêts, qu'il s'agisse d'intérêts, de primes d'engagement ou de crédits de soutien, sont des revenus tirés de l'entreprise de prêts exploitée par le demandeur. Toutes ces opérations et tous ces gains sont compatibles avec ses antécédents, ses connaissances, son expérience et ses activités antérieures. Mais la question demeure: Exploitait-il une entreprise au Canada?

Dans l'arrêt *Cutlers Guild Limited c. Sa Majesté La Reine*⁵, rendu en 1981, j'ai eu l'occasion de passer en revue les critères employés pour déterminer si un contribuable exploitait une entreprise dans un autre pays. Même si, dans cette affaire, il s'agissait d'une entreprise de vente d'argenterie de table, le passage suivant (tiré de la page 5095) peut être de quelque utilité en l'espèce.

La question de savoir si un contribuable exploite une entreprise dans un autre pays est une question de fait qui doit être jugée dans chaque espèce. Les tribunaux ont jugé que l'endroit où sont effectuées les ventes ou l'endroit où sont conclus les contrats de vente revêt une grande importance. Toutefois, l'endroit de la vente peut ne pas constituer le facteur décisif s'il y a d'autres faits qui l'emportent en importance sur ce facteur.

La jurisprudence permet de dégager un autre critère d'évaluation: où se déroulent les activités qui génèrent les bénéfices? La sollicitation de commandes dans un pays peut ne constituer qu'un aspect secondaire de l'exercice d'un commerce dans un autre pays. Certains précédents établissent que les activités et le travail qui ne se rapportent pas aux contrats de vente constituent l'exploitation d'une entreprise, surtout si ces activités et ce travail produisent ou permettent de tirer un revenu. Même si les ventes peuvent être productrices de revenu, il se peut que ce revenu ne provienne pas entièrement de cette activité ou de cette transaction. L'achat de marchandises dans un pays (soit, par exemple, le Japon) dans le but d'en faire le commerce ailleurs (soit, par exemple, le Canada), ne constitue certainement pas l'exercice de ce commerce dans le premier pays.

Dans l'affaire *Loeck c. Sa Majesté la Reine*⁶, le juge Mahoney de cette Cour devait décider si un contribuable non-résident, qui achetait et vendait des biens de placement au Canada, exploitait une entreprise dans ce pays. Ce résident de la République fédérale d'Allemagne avait investi dans un certain nombre de biens fonciers au Canada. Il avait réalisé en 1971 un gain d'environ 50 000 \$ sur la vente d'un immeuble d'appartements situé à St. Catharines (Ontario) et en 1972 un autre gain

⁴ Voir les motifs de lord Morris dans l'affaire mentionnée plus loin *Grainger and Son v. Gough*, à la p. 343.

⁵ (1981), 81 DTC 5093 [C.F. 1^{re} inst.].

⁶ (1978), 78 DTC 6368 [C.F. 1^{re} inst.].

these transactions he invested jointly with a fellow German who had taken up residence in Canada. The resident negotiated the transactions and managed the taxpayer's various Canadian investments. The taxpayer would inspect the investments and opportunities for further investment when he visited Canada on holidays. The accountant prepared their accounts on the basis that the two were partners, while the resident was receiving a management salary. Mahoney J. held that the taxpayer was actively engaged in the business of buying, operating and selling real estate interests in Canada either in partnership with or through the agency of the resident. The business could not be said to be part of a West German enterprise and thus exempt from Canadian taxation under the *Canada-Germany Income Tax Agreement Act, 1956*, [S.C. 1956, c. 33].

I find the Canadian presence much stronger in the *Loeck* case than in the case at bar. After all, Loeck and a Canadian resident, acting in some type of partnership, were buying and selling real estate in Canada. In the case before me, the plaintiff is not actively buying or selling anything in Canada. He participates from abroad in the bridge financing of projects which may be located in the United States, or other countries, as well as in Canada, through a Canadian broker. The plaintiff himself performed no act in Canada, whereas Loeck did, directly and through a managing partner, both involved in Canadian real estate.

An older case before the House of Lords, *Grainger and Son v. Gough*,⁷ deals with the question of carrying on business in the United Kingdom. A French wine merchant used an English firm as its sole agent to obtain orders to be transmitted to their principal for acceptance. The principal would forward the wine directly to the customers at their expense and risk. Accordingly, no contracts were made in England and the only activity there was that of the agent seeking orders. It was held that the French wine merchant was not

⁷ [1896] A.C. 325 [H.L.].

d'environ 70 000 \$ sur la vente de deux fermes situées aux environs de cette ville. Dans les deux cas, il avait investi conjointement avec un compatriote allemand qui avait établi sa résidence au Canada. Ce dernier avait négocié les opérations et géré les divers placements au Canada du contribuable qui inspectait les investissements et recherchait d'autres occasions d'affaires quand il y venait en vacances. Le comptable dressait les comptes en tenant pour acquis que les deux hommes étaient associés, le résident recevant de plus un salaire pour sa gestion. Le juge Mahoney a statué que le contribuable était activement engagé dans une entreprise d'achat, d'exploitation et de vente de biens-fonds au Canada, soit comme associé soit comme mandant du résident. On ne pouvait dire que l'entreprise faisait partie d'une autre entreprise ouest-allemande et était par conséquent exonérée de l'impôt au Canada, conformément à la *Loi de 1956 sur un accord entre le Canada et l'Allemagne en matière d'impôt sur le revenu* [S.C. 1956, chap. 33].

Il me semble que l'élément canadien est beaucoup plus prononcé dans l'affaire *Loeck* qu'en l'espèce. Après tout, Loeck et un résident canadien, agissant dans le cadre d'une sorte de société de personnes, achetaient et vendaient des biens immobiliers au Canada. Dans l'affaire qui nous occupe, le demandeur n'est pas engagé activement dans l'achat ou la vente de quoi que ce soit au Canada. Il participe de l'étranger, par l'entremise d'un courtier canadien, à des opérations de crédits de relais pour des travaux de construction qui peuvent se trouver aux États-Unis ou en d'autres pays, aussi bien qu'au Canada. Le demandeur n'a pas opéré lui-même au Canada, tandis que Loeck le faisait.

Une affaire plus ancienne soumise à la Chambre des lords, *Grainger and Son v. Gough*⁷, traite de la question de l'exploitation d'une entreprise au Royaume-Uni. Un négociant français en vins employait une firme anglaise comme représentant exclusif afin d'obtenir des commandes qui lui étaient transmises pour son acceptation. Il envoyait alors le vin directement aux clients, à leurs risques et dépens. Ainsi, les contrats n'étaient pas conclus en Angleterre et la seule activité dans ce pays était celle du représentant qui sollicitait

⁷ [1896] A.C. 325 [H.L.].

exercising a trade in the United Kingdom. Lord Herschell said this at page 335:

In the first place, I think there is a broad distinction between trading *with* a country and carrying on a trade *within* a country. Many merchants and manufacturers export their goods to all parts of the world, yet I do not suppose any one would dream of saying that they exercise or carry on their trade in every country in which their goods find customers.

Similarly, in the present case the plaintiff cannot really be said to be carrying on a business in Canada. The basic administrative decisions, the acceptance or rejection of financing opportunities, were executed outside Canada. The only Canadian ingredients in the transactions, namely the bank account, the power of attorney and the book-keeping, were ancillary and merely for the purpose of convenience. Loaning money to Canadians (or Americans, Puerto Ricans and Britishers) does not by itself constitute the exercise of a business in Canada, whether the transactions are numerous, complex or otherwise. That type of transaction is dealt with under Part XIII of the Act and subject to a withholding tax.

The Deputy Attorney General relies also on paragraph 253(b) of the Act which reads as follows:

253. Where, in a taxation year, a non-resident person

(b) solicited orders or offered anything for sale in Canada through an agent or servant whether the contract or transaction was to be completed inside or outside Canada or partly in and partly outside Canada,

he shall be deemed, for the purposes of this Act, to have been carrying on business in Canada in the year.

In my view, it cannot be said that the plaintiff was soliciting orders or offering anything for sale in Canada through an agent, or servant, or otherwise. The plaintiff did not solicit orders in Canada and did not have to. He remained in Switzerland and was solicited there by a broker offering him participation in money-lending activities. Neither

des commandes. Il fut décidé que le négociant français n'avait pas exploité d'entreprise au Royaume-Uni. Lord Herschell, à la page 335, dit ceci:

^a [TRADUCTION] D'abord, je crois qu'il existe une grande différence entre faire le commerce *avec* un pays et exploiter une entreprise *à l'intérieur* d'un pays. Nombre de marchands et de fabricants exportent leurs marchandises à travers le monde et je ne crois pas qu'on puisse en dire pour autant qu'ils exercent ou exploitent une entreprise dans tous les pays où ils trouvent des acheteurs pour ces articles.

De même, en l'espèce, on ne peut pas vraiment dire que le demandeur exploitait une entreprise au Canada. Les décisions administratives principales et l'acceptation ou le rejet des propositions de prêts se prenaient et se faisaient hors du Canada. Les seuls éléments canadiens de ces opérations, c'est-à-dire le compte en banque, la procuration et la tenue des livres, étaient secondaires et n'existaient que pour des raisons de commodité. Le prêt d'argent à des Canadiens (ou à des Américains, à des Portoricains ou à des Britanniques) ne constitue pas en soi l'exploitation d'une entreprise au Canada, que ces opérations soient nombreuses, complexes ou non. La Partie XIII de la Loi s'applique à ce genre d'opérations qui sont soumises à la retenue des impôts.

^f Le sous-procureur général du Canada se fonde aussi sur l'alinéa 253b) de la Loi dont voici le libellé:

253. Lorsque, dans une année d'imposition, une personne non résidente a

^g

b) sollicité des commandes ou offert en vente quoi que ce soit au Canada par l'entremise d'un mandataire ou préposé, que le contrat ou l'opération ait dû être parachevée au Canada ou hors du Canada, ou en partie au Canada et en partie hors du Canada,

^h

elle est réputée, aux fins de la présente loi, avoir exploité une entreprise au Canada pendant l'année.

À mon avis, il ne peut être dit que le demandeur sollicitait des commandes ou offrait en vente quoi que ce soit au Canada, par l'entremise d'un mandataire, préposé ou autrement. Le demandeur n'a pas sollicité de commandes au Canada et n'avait nul besoin de le faire. Il demeurait en Suisse où il recevait d'un courtier des offres de participation à

can it be said that loans can be offered for sale.⁸

Even if I were to accept that Parliament intended money-lending to be included under paragraph 253(b), which I do not, surely that provision could not be extended to include loans made in other countries than Canada—the bulk of the loans made by the plaintiff.

I therefore allow the appeal with costs and order the assessments to be referred back to the Minister for reassessment on the basis that the Canadian interest and commission receipts are subject to withholding tax under Part III of the old Act or Part XIII of the new Act, as the case may be. None of the other amounts assessed are taxable in this country.

⁸ See *Bank of New South Wales and Others v. Commonwealth and Others*, [1948] 76 C.L.R. 1 (H.C. Austr.).

des activités de prêts d'argent. On ne peut pas dire non plus que des prêts peuvent être offerts en vente⁸.

^a Même si j'admettais la proposition que le Parlement avait l'intention d'assujettir les prêts d'argent à l'alinéa 253b), ce que je ne pense pas, il ne fait aucun doute que cette disposition, même au sens le plus large, ne pourrait s'appliquer à des prêts consentis dans d'autres pays que le Canada—ce qui constitue une grande partie des prêts consentis par le demandeur.

^c L'appel est donc accueilli avec dépens et j'ordonne que les cotisations soient renvoyées au Ministre pour qu'il établisse de nouvelles cotisations fondées sur le fait que les intérêts et commissions provenant de sources canadiennes sont soumises à la retenue des impôts conformément à la Partie III de l'ancienne Loi ou à la Partie XIII de la nouvelle Loi, selon le cas. Les autres sommes cotisées ne sont pas imposables dans ce pays.

⁸ Voir *Bank of New South Wales and Others v. Commonwealth and Others*, [1948] 76 C.L.R. 1 (H.C. Austr.).