

A-861-96

**The T. Eaton Company Limited (Formerly T. Eaton Holdings Limited) (*Appellant*)**

v.

**Her Majesty the Queen (*Respondent*)**

**INDEXED AS: T. EATON CO. v. CANADA (C.A.)**

Court of Appeal, Strayer, Linden and Robertson JJ.A.  
—Toronto, March 2; Ottawa, April 9, 1999.

*Income tax — Income calculation — Income or capital gain — \$9.25 million buy-out of taxpayer's long-term lease participation clause in shopping centre's annual net profits — Capital gain for taxpayer — Facts clause integral component of capital asset and cancellation of clause impacted significantly on value of leasehold estate overriding considerations, displacing general rule that compensation serving as substitute for surrender of future profits is on revenue account.*

In 1955, the taxpayer entered into a long-term lease for retail space in the Oshawa Shopping Centre, with a participation clause entitling it to 20% of the shopping centre's annual net profits over the duration of the lease term and any renewal period. A few years after the taxpayer started receiving participation income, it accepted the landlord's offer to buy-out the participation clause for \$9.25 million. The issue was whether this payment was income from a business or a capital gain. This was an appeal from the decision of the Tax Court Judge that the entire amount constituted income from a business.

*Held*, the appeal should be allowed.

The proceeds arising from the cancellation of the participation clause are a capital receipt. The fact that the clause is an integral component of what is clearly a capital asset, and that cancellation of that clause impacts significantly on the value of a leasehold estate in land are overriding considerations. Specifically, they displace the general rule that compensation which serves as a substitute for the surrender of profits is on revenue account.

The cancellation of the participation clause constituted, for the purposes of the *Income Tax Act*, a "disposition" of

A-861-96

**La Compagnie T. Eaton Limitée (anciennement T. Eaton Holdings Limited) (*appelante*)**

c.

**Sa Majesté la Reine (*intimée*)**

**RÉPERTORIÉ: CIE T. EATON c. CANADA (C.A.)**

Cour d'appel, juges Strayer, Linden et Robertson,  
J.C.A.—Toronto, 2 mars; Ottawa, 9 avril 1999.

*Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Revenu ou gain en capital — Rachat au montant de 9,25 millions de dollars de la clause de participation figurant dans un bail à long terme en faveur de la contribuable à l'égard des profits nets annuels d'un centre commercial — Gain en capital pour la contribuable — Le fait que la clause était une partie intégrante d'un bien immobilisé et le fait que l'annulation de cette clause a influé de façon importante sur la valeur d'une propriété à bail sont des considérations primordiales et supplantent la règle générale selon laquelle l'indemnité servant à remplacer l'abandon de profits est imputable au revenu.*

En 1955, la contribuable a conclu un bail à long terme pour la location de locaux pour commerce de détail dans le centre commercial d'Oshawa, dans lequel bail figurait une «clause de participation» lui permettant de toucher 20 % des profits nets annuels du centre commercial pour la durée du bail et toute période de renouvellement. Quelques années après que la contribuable eut commencé à percevoir un revenu en vertu de la clause de participation, elle a accepté l'offre du locateur de racheter la clause de participation pour la somme de 9,25 millions de dollars. La question était de savoir si ce paiement constituait un revenu tiré d'une entreprise ou un gain en capital. Il s'agissait d'un appel formé contre la décision par laquelle le juge de la Cour de l'impôt a statué que le montant total constituait un revenu tiré d'une entreprise.

*Arrêt*: l'appel est accueilli.

Le produit résultant de l'annulation de la clause de participation constitue une rentrée de capital. Le fait que la clause est une partie intégrante de ce qui est clairement un bien immobilisé et le fait que l'annulation de cette clause influe de façon importante sur la valeur d'une propriété à bail sont des considérations primordiales. Tout particulièrement, ces faits supplantent la règle générale selon laquelle l'indemnité servant à remplacer l'abandon de profits est imputable au revenu.

L'annulation de la clause de participation constituait, aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, une «disposition» de

property qualifying for capital gains treatment. The legislation being silent on the question, characterization of a gain or loss as being on capital or income account is determined by reference to common law principles or rules. None of the cases relied on by the Tax Court Judge or the Minister was authority for the argument that the payment in question could not be claimed as a capital gain. Although the participation clause had the effect of inducing the taxpayer to enter into the long-term lease, tenant inducement payments have no application to cases involving the cancellation of a contractual right. Nor was the participation clause similar to an ordinary trade contract. While there is a common law principle to the effect that covenants or obligations in a lease are "independent" of one another, this does not change the fact that the participation clause was an integral aspect of the lease.

The participation clause was not only an integral component of the lease, but it also profoundly affected the value of a capital asset, namely, a leasehold estate in land. An asset's profitability is an element to be considered in assessing its capital value. In this regard, the participation clause is intimately linked to a capital asset and its value. A leasehold interest in land also represents a capital asset, the value of which depends on both the terms of the lease and market conditions. In this case, the buy-out of the participation clause had the obvious effect of diminishing the value of the taxpayer's capital asset by \$9.25 million. The cancellation of the participation clause had as much effect on the value of the leasehold interest as would a fire, which partially destroys the premises. Since compensation for such a loss would be on capital account, the same should hold true for a voluntary loss arising from the cancellation of a contractual right which forms an integral component of a capital asset.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 12(1)(x) (as enacted by S.C. 1986, c. 6, s. 6; 1990, c. 45, s. 39), 39(1)(a), (b) (as am. by S.C. 1979, c. 5, s. 11), 54(b) "capital property", (c) "disposition", 80, 248(1) "property" (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 125; 1980-81-82-83, c. 140, s. 128).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### DISTINGUISHED:

*Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; (1995), 127 D.L.R. (4th) 193; [1995] 2 C.T.C. 369; 95 DTC 5551; 186 N.R. 243.

biens admissibles au régime fiscal des gains en capital. Comme la loi ne prévoit rien sur la question, la qualification d'un gain ou d'une perte comme imputable au capital ou au revenu est établie d'après les principes ou les règles de la common law. Aucune des décisions invoquées par le juge de la Cour de l'impôt ou le ministre ne venait étayer l'argument selon lequel le paiement en question ne pouvait pas être réclaté en tant que gain en capital. Même si la clause de participation avait pour effet d'inciter la contribuable à conclure un bail à long terme, les paiements d'incitation à la location ne s'appliquent pas aux affaires portant sur l'annulation d'un droit contractuel. La clause de participation n'était pas non plus similaire à un contrat commercial ordinaire. Bien qu'il y ait un principe de common law selon lequel les engagements ou les obligations figurant dans un bail sont «indépendants» les uns des autres, cela ne change pas le fait que la clause de participation constituait un aspect intégrant du bail.

La clause de participation ne faisait pas seulement partie intégrante du bail, mais elle influait aussi considérablement sur la valeur d'un bien immobilisé, à savoir une propriété à bail. La rentabilité d'un bien est un élément à prendre en considération pour déterminer sa valeur en capital. À cet égard, la clause de participation est intimement liée à un bien immobilisé et à sa valeur. Un droit foncier représente également un bien immobilisé, dont la valeur dépend à la fois des modalités du bail et des conditions du marché. En l'espèce, le rachat de la clause de participation a eu pour effet évident de réduire la valeur du bien immobilisé de la contribuable de 9,25 millions de dollars. L'annulation de la clause de participation a eu autant d'effets sur la valeur du droit foncier qu'en aurait eu un incendie qui aurait détruit partiellement les locaux. Puisque l'indemnité relative à une telle perte serait imputable au capital, ce devrait également être vrai dans le cas d'une perte volontaire découlant de l'annulation d'un droit contractuel qui fait partie intégrante d'un bien immobilisé.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 12(1)x) (édicte par S.C. 1986, ch. 6, art. 6; 1990, ch. 45, art. 39), 39(1)a), b) (mod. par S.C. 1979, ch. 5, art. 11), 54b) «biens en immobilisations», c) «disposition de biens», 80, 248(1) «biens» (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 125; 1980-81-82-83, ch. 140, art. 128).

#### JURISPRUDENCE

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; (1995), 127 D.L.R. (4th) 193; [1995] 2 C.T.C. 369; 95 DTC 5551; 186 N.R. 243.

## CONSIDERED:

*London and Thames Haven Oil Wharves, Ltd. v. Attwooll*, [1967] 2 All E.R. 124 (C.A.); *Canadian National Railway Co. v. The Queen*, [1988] 2 C.T.C. 111; (1988), 88 DTC 6340; 21 F.T.R. 81 (F.C.T.D.); *C.I.R. v. Fleming & Co. (Machinery), Ltd.* (1951), 33 T.C. 57 (Ct. of Sess.); *Pe Ben Industries Co. v. The Queen*, [1988] 2 C.T.C. 120; (1988), 88 DTC 6347; 21 F.T.R. 90 (F.C.T.D.).

## REFERRED TO:

*Ikea Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 196; (1998), 155 D.L.R. (4th) 295; 98 DTC 6092; 222 N.R. 161; *Mohawk Oil Co. v. Canada*, [1992] 2 F.C. 485; [1992] 1 C.T.C. 195; (1992), 92 DTC 6135; 140 N.R. 225 (C.A.); *Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147; (1998), 155 D.L.R. (4th) 257; 98 DTC 6100; 222 N.R. 81; *Toronto College Park Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 183; (1998), 155 D.L.R. (4th) 285; 98 DTC 6088; 222 N.R. 189; *Westfair Foods Ltd. v. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 146; (1990), 91 DTC 5073; 40 F.T.R. 207 (F.C.T.D.); affd [1991] 2 C.T.C. 343; (1991), 91 DTC 5625; 137 N.R. 74 (F.C.A.); *The Queen v. Golden et al.*, [1986] 1 S.C.R. 209; (1986), 25 D.L.R. (4th) 490; [1986] 3 W.W.R. 1; [1986] 1 C.T.C. 274; 86 DTC 6138; 65 N.R. 135; 39 R.P.R. 297.

APPEAL from a Tax Court of Canada decision (*T. Eaton v. R.*, [1997] 1 C.T.C. 2082; (1996), 96 DTC 1846 (T.C.C.)) dismissing the taxpayer's appeal from the Minister's assessment of a \$9.25 million buy-out of the taxpayer's long-term lease participation clause in a shopping centre's annual net profits as constituting income from a business and rejecting the taxpayer's argument that it was a capital gain. Appeal allowed.

## APPEARANCES:

*Brian G. Morgan and Nancy J. Stitt* for appellant.  
*Elizabeth D. Chasson and J. S. Gill* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Osler, Hoskin & Harcourt*, Toronto, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*London and Thames Haven Oil Wharves, Ltd. v. Attwooll*, [1967] 2 All E.R. 124 (C.A.); *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. La Reine*, [1988] 2 C.T.C. 111; (1988), 88 D.T.C. 6340; 21 F.T.R. 81 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *C.I.R. v. Fleming & Co. (Machinery), Ltd.* (1951), 33 T.C. 57 (Ct. of Sess.); *Pe Ben Industries Co. c. La Reine*, [1988] 2 C.T.C. 120; (1988), 88 DTC 6347; 21 F.T.R. 90 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Ikea Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 196; (1998), 155 D.L.R. (4th) 295; 98 DTC 6092; 222 N.R. 161; *Mohawk Oil Co. c. Canada*, [1992] 2 C.F. 485; [1992] 1 C.T.C. 195; (1992), 92 DTC 6135; 140 N.R. 225 (C.A.); *Canderel Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147; (1998), 155 D.L.R. (4th) 257; 98 DTC 6100; 222 N.R. 81; *Toronto College Park Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 183; (1998), 155 D.L.R. (4th) 285; 98 DTC 6088; 222 N.R. 189; *Westfair Foods Ltd. c. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 146; (1990), 91 DTC 5073; 40 F.T.R. 207 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1991] 2 C.T.C. 343; (1991), 91 DTC 5625; 137 N.R. 74 (C.A.F.); *La Reine c. Golden et autres*, [1986] 1 R.C.S. 209; (1986), 25 D.L.R. (4th) 490; [1986] 3 W.W.R. 1; [1986] 1 C.T.C. 274; 86 DTC 6138; 65 N.R. 135; 39 R.P.R. 297.

APPEL d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (*T. Eaton c. R.*, [1997] 1 C.T.C. 2082; (1996), 96 DTC 1846 (C.C.I.)) rejetant l'appel interjeté par la contribuable contre la cotisation établie par le ministre à l'égard du rachat au montant de 9,25 millions de dollars de la clause de participation figurant dans un bail à long terme en faveur de la contribuable à l'égard des profits nets annuels d'un centre commercial comme constituant un revenu tiré d'une entreprise et rejetant l'argument de la contribuable selon lequel cela constituait un gain en capital. Appel accueilli.

## ONT COMPARU:

*Brian G. Morgan et Nancy J. Stitt* pour l'appelante.  
*Elizabeth D. Chasson et J. S. Gill* pour l'intimée.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Osler, Hoskin & Harcourt*, Toronto, pour l'appelante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimée.

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

[1] ROBERTSON J.A.: The appellant taxpayer, a well-known Canadian retail merchant, entered into a long-term lease for retail space in the Oshawa Shopping Centre. The year was 1955. Under the terms of that lease, the landlord agreed to a "participation clause" entitling the taxpayer to 20% of the shopping centre's annual net profits over the duration of the lease term and any renewal period. No participation income was received until 1981. From 1981 to 1989, the taxpayer received and reported nearly \$3.9 million as income under the participation clause. In 1989, the landlord offered to "buy-out" the participation clause for \$9.25 million. The offer was accepted, and the taxpayer reported this amount as proceeds of the disposition of capital property, with an acquisition cost of nil. The Minister of National Revenue reassessed the appellant on the ground that the entire amount constituted income from a business and, therefore, the taxpayer was not entitled to claim a capital gain equal to two-thirds of the \$9.25 million for the 1989 taxation year.

[2] The Tax Court Judge [*T. Eaton v. R.*, [1997] 1 C.T.C. 2082] agreed with the Minister's characterization of the transaction having particular regard to two decisions. The first is *London and Thames Haven Oil Wharves, Ltd. v. Attwooll*,<sup>1</sup> decided by the English Court of Appeal. The second is *Canadian National Railway Co. v. The Queen*,<sup>2</sup> a decision of the Trial Division of this Court. One of the issues to be decided in this case is whether those decisions are determinative of the outcome of this appeal. In my respectful view, they are not. There is no single bright-line rule for determining whether proceeds will be deemed to have been received on capital as opposed to income account.

[3] For the reasons which follow, I conclude that the proceeds arising from the cancellation of the participation clause are a capital receipt. The fact that the

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

[1] LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: La contribuable appelante, une compagnie canadienne de vente au détail bien connue, a conclu un bail à long terme pour la location de locaux pour commerce de détail dans le centre commercial d'Oshawa. C'était en 1955. Selon les termes de ce bail, le locateur a convenu d'une «clause de participation» permettant à la contribuable de toucher 20 % des profits nets annuels du centre commercial pour la durée du bail et toute période de renouvellement. Aucun revenu de participation n'a été perçu jusqu'en 1981. De 1981 à 1989, la contribuable a perçu et déclaré près de 3,9 millions de dollars à titre de revenu en vertu de la clause de participation. En 1989, le locateur a offert de «racheter» la clause de participation pour la somme de 9,25 millions de dollars. L'offre a été acceptée, et la contribuable a déclaré ce montant à titre de produit de la disposition d'un bien en immobilisation, avec une valeur d'acquisition nulle. Le ministre du Revenu national a établi une nouvelle cotisation relativement à l'appelante pour le motif que le montant intégral constituait un revenu tiré d'une entreprise et que, par conséquent, la contribuable n'avait pas le droit de réclamer un gain en capital égal aux deux tiers de la somme de 9,25 millions de dollars pour l'année d'imposition 1989.

[2] Le juge de la Cour de l'impôt [*T. Eaton c. R.*, [1997] 1 C.T.C. 2082] était d'accord avec la façon dont le ministre qualifiait l'opération eu égard notamment à deux décisions. La première est *London and Thames Haven Oil Wharves, Ltd. v. Attwooll*<sup>1</sup>, rendue par la Cour d'appel d'Angleterre. La seconde est *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. La Reine*<sup>2</sup>, une décision rendue par la Section de première instance de notre Cour. L'une des questions à trancher en l'espèce est de savoir si ces décisions sont déterminantes quant à l'issue du présent appel. À mon humble avis, elles ne le sont pas. Il n'existe pas de règle claire et simple pour décider si le produit reçu sera considéré comme imputable au capital par opposition au revenu.

[3] Pour les motifs qui suivent, je conclus que le produit résultant de l'annulation de la clause de participation constitue une rentrée de capital. Le fait

clause is an integral component of what is clearly a capital asset, and that cancellation of that clause impacts significantly on the value of a leasehold estate in land are, in my respectful opinion, overriding considerations. Specifically, they displace the general rule that compensation which serves as a substitute for the surrender of future profits is on revenue account. The Minister's contention that the participation clause is akin to either an ordinary trade contract or a tenant inducement payment cannot withstand close scrutiny.

[4] The taxpayer advances two arguments in support of its position. The first is ingenious, but clearly untenable. It is based on two premises, the second of which is fatally flawed. The first premise is that the cancellation of the participation clause constitutes a "disposition" of property within the meaning of paragraph 54(c) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63]. That term is defined to include any transaction by which "any debt owing to a taxpayer or any other right of a taxpayer to receive an amount is settled or cancelled". Subsection 248(1) [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 125; 1980-81-82-83, c. 140, s. 128] goes on to define "property" as including "a right of any kind whatever". In light of these provisions, I have no objection to the first premise.<sup>3</sup>

[5] The second premise proffered by the taxpayer is that all property is either capital property or inventory. Correlatively, inventory is said to include property held for sale as an adventure in the nature of trade. In support of this premise, the taxpayer invokes the following passage from the Supreme Court's decision in *Friesen v. Canada*:<sup>4</sup>

The second problem with the interpretation proposed by the respondent is that it is inconsistent with the basic division in the *Income Tax Act* between business income and capital gain. As discussed above, subdivision b of Division B of the Act deals with business and property income and subdivision c of Division B deals with capital gains. The Act defines two types of property, one of which applies to each of these sources of revenue. Capital property (as defined in s. 54(b)) creates a capital gain or loss upon

que la clause est une partie intégrante de ce qui est clairement un bien immobilisé et le fait que l'annulation de cette clause influe de façon importante sur la valeur d'une propriété à bail sont, à mon humble avis, des considérations primordiales. Tout particulièrement, ces faits supplantent la règle générale selon laquelle l'indemnité servant à remplacer l'abandon de profits futurs est imputable au revenu. L'allégation du ministre selon laquelle la clause de participation est apparentée à un contrat commercial ordinaire ou à un paiement d'incitation à la location ne peut pas résister à un examen sérieux.

[4] La contribuable avance deux arguments à l'appui de sa position. Le premier est ingénieux, mais manifestement insoutenable. Il est fondé sur deux prémisses, dont la seconde est entachée de vices. Selon la première prémisse, l'annulation de la clause de participation constitue une «disposition» de biens au sens de l'alinéa 54c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63]. Ce terme est défini de façon à comprendre toute opération par laquelle «toute créance d'un contribuable ou tout autre droit qu'a un contribuable de recevoir une somme est réglé ou annulé». Le paragraphe 248(1) [mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 125; 1980-81-82-83, ch. 140, art. 128] définit ensuite «biens» comme comprenant «un droit de quelque nature qu'il soit». Compte tenu de ces dispositions, je ne vois aucune objection à la première prémisse<sup>3</sup>.

[5] La seconde prémisse exposée par la contribuable veut que tout bien soit un bien en immobilisation ou figure dans un inventaire. De façon corrélatrice, l'inventaire est considéré comme comprenant le bien destiné à la vente dans le cadre d'un projet comportant un risque de caractère commercial. À l'appui de cette prémisse, la contribuable invoque le passage suivant de l'arrêt de la Cour suprême *Friesen c. Canada*<sup>4</sup>:

Le deuxième problème que pose l'interprétation préconisée par l'intimée tient à son incompatibilité avec la dichotomie fondamentale que la *Loi de l'impôt sur le revenu* établit entre le revenu d'entreprise et le gain en capital. Comme cela a déjà été mentionné, la sous-section b de la section B de la Loi porte sur le revenu tiré d'une entreprise ou d'un bien, tandis que la sous-section c de la section B porte sur les gains en capital. La Loi définit deux types de biens, qui correspondent respectivement à chacune de ces sources de

disposition. Inventory is property the cost or value of which is relevant to the computation of business income. The Act thus creates a simple system which recognizes only two broad categories of property. The characterization of an item of property as inventory or capital property is based primarily on the type of income that the property will produce. [Emphasis added.]

[6] Relying on the above passage, the taxpayer postulates that a particular piece of property becomes either inventory or capital property in the hands of a taxpayer at the time of its original purchase or acquisition. Moreover, it is submitted that if property does not qualify as inventory, which is said to include an adventure in the nature of trade, it is by necessity a capital item. Finally, the taxpayer submits that this Court should decide the issue by resorting to the various factors to be examined when deciding whether property has been held as an investment or an adventure in the nature of trade. Having regard to those factors, it is argued that the property in question was not held for resale and, therefore, its disposition was on capital account. As stated at the outset, the problem with this line of reasoning is that the second premise is fatally flawed.

[7] In my respectful view, the Tax Court Judge did not err in concluding that *Friesen* is inapplicable to the facts in issue. I agree that that case dealt with a “timing” issue with respect to the recognition of gains and losses from an adventure in the nature of trade. Nothing that was decided in *Friesen*, in my opinion, detracts from the following understanding of the legal framework imposed by the *Income Tax Act*.

[8] It is trite law that a capital gain or loss is a gain or loss arising from a disposition of property. According to paragraph 54(b) of the Act, the disposition of property which gives rise to a capital loss or gain is deemed to be capital property. That provision reads as follows:

revenu. Les biens en immobilisation (définis à l'al. 54b)) engendrent un gain ou une perte en capital lors de leur aliénation. Les biens figurant dans un inventaire sont des biens dont le coût ou la valeur entre dans le calcul du revenu d'entreprise. La Loi crée ainsi un système simple qui ne reconnaît que deux catégories générales de biens. La qualification d'un bien comme bien figurant dans un inventaire ou comme bien en immobilisation est fondée principalement sur le type de revenu qui sera tiré de ce bien. [Non souligné dans l'original.]

[6] Se basant sur ce passage, la contribuable pose comme principe qu'un bien particulier figure dans un inventaire ou devient un bien en immobilisation dans les mains d'un contribuable au moment de son achat initial ou de son acquisition initiale. De plus, il est soutenu que, si le bien ne peut pas être considéré comme figurant dans un inventaire, qui est censé comprendre un projet comportant un risque de caractère commercial, il est, par la force des choses, un bien en immobilisation. En dernier lieu, la contribuable soutient que notre Cour devrait trancher la question en recourant aux différents facteurs à examiner au moment de décider si le bien a été détenu à titre d'investissement ou à titre de projet comportant un risque de caractère commercial. Quant à ces facteurs, il est allégué que le bien en question n'était pas destiné à la revente et que, par conséquent, sa disposition était imputable au capital. Comme je l'ai dit d'emblée, le problème que soulève ce raisonnement est que la seconde prémisse est entachée de vices.

[7] À mon humble avis, le juge de la Cour de l'impôt n'a pas commis d'erreur en concluant que l'arrêt *Friesen* ne s'applique pas aux faits de l'espèce. Je suis d'accord pour dire que cette affaire portait sur le «moment» auquel les gains et pertes découlant d'un projet comportant un risque de caractère commercial étaient reconnus. D'après moi, rien de ce qui a été décidé dans l'arrêt *Friesen* ne déprécie la compréhension suivante du cadre juridique imposé par la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

[8] Il est de droit constant qu'un gain ou une perte en capital est un gain ou une perte résultant de la disposition d'un bien. Selon l'alinéa 54b) de la Loi, la disposition de biens qui donne lieu à une perte ou à un gain en capital est censée constituer un bien en immobilisation. Voici le libellé de cette disposition:

54. . . .

(b) “capital property” of a taxpayer means

- (i) any depreciable property of the taxpayer, and
- (ii) any property (other than depreciable property), any gain or loss from the disposition of which would, if the property were disposed of, be a capital gain or a capital loss, as the case may be, of the taxpayer;

[9] Read in isolation, paragraph 54(b) does not tell us which kinds of property constitute capital property. Section 39, however, specifies those which do not qualify for capital gains treatment. Excluded property is not capital property. For our purposes, the relevant provisions are paragraphs 39(1)(a) and (b) [as am. by S.C. 1979, c. 5, s. 11] which read as follows:

39. (1) . . .

(a) a taxpayer’s capital gain for a taxation year from the disposition of any property is his gain for the year determined under this subdivision (to the extent of the amount thereof that would not, if section 3 were read without reference to the expression “other than a taxable capital gain from the disposition of a property” in paragraph (a) thereof and without reference to paragraph (b) thereof, be included in computing his income for the year or any other taxation year) from the disposition of any property of the taxpayer other than [e.g., eligible capital property].

. . .

(b) a taxpayer’s capital loss for a taxation year from the disposition of any property is his loss for the year determined under this subdivision (to the extent of the amount thereof that would not, if section 3 were read in the manner described in paragraph (a) and without reference to the expression “or his allowable business investment loss for the year” in paragraph 3(d), be deductible in computing his income for the year or any other taxation year) from the disposition of any property of the taxpayer other than [e.g., depreciable property]. [Emphasis added.]

[10] The above provisions have the effect of excluding from capital gains treatment proceeds realized from a disposition of property which gives rise to

54. [. . .]

b) «biens en immobilisation» d’un contribuable signifie

- (i) tous biens amortissables du contribuable, et
- (ii) tous biens (autres que des biens amortissables), dont la disposition, s’il y avait disposition, se traduirait pour le contribuable par un gain ou une perte en capital, suivant le cas;

[9] Pris seul, l’alinéa 54b) ne nous dit pas quelles sortes de biens constituent des biens en immobilisation. Cependant, l’article 39 spécifie ceux qui ne sont pas admissibles au régime fiscal des gains en capital. Les biens exclus ne sont pas des biens en immobilisation. Aux fins qui nous intéressent, les dispositions pertinentes sont les alinéas 39(1)a) et b) [mod. par S.C. 1979, ch. 5, art. 11], dont voici le libellé:

39. (1) [. . .]

a) un gain en capital d’un contribuable, tiré, pour une année d’imposition, de la disposition d’un bien quelconque, désigne le gain, déterminé conformément aux dispositions de la présente sous-section (jusqu’à concurrence du montant de ce gain qui ne serait pas, si l’on supprimait, dans l’alinéa a) de l’article 3, l’expression «autre qu’un gain en capital imposable résultant de la disposition d’un bien» et si l’on supprimait l’alinéa b) de ce même article 3, inclus dans le calcul de son revenu pour l’année ou pour toute autre année d’imposition) que ce contribuable a tiré pour l’année, de la disposition d’un bien lui appartenant, autre [par ex., qu’un bien en immobilisation admissible].

[. . .]

b) une perte en capital subie par un contribuable, pour une année d’imposition, du fait de la disposition d’un bien quelconque, désigne la perte qu’il a subie dans l’année, déterminée conformément aux dispositions de la présente sous-section (jusqu’à concurrence du montant de cette perte qui ne serait pas déductible, si l’article 3 était interprété de la manière indiquée dans l’alinéa a) et en faisant abstraction de l’expression «ou une perte déductible au titre d’un placement d’entreprise pour l’année, subie par le contribuable» à l’alinéa 3d), lors du calcul de son revenu pour l’année ou pour toute autre année d’imposition) du fait de la disposition d’un bien quelconque de ce contribuable autre [par ex., qu’un bien amortissable]. [C’est moi qui souligne.]

[10] Ces dispositions législatives ont pour effet d’exclure du régime fiscal des gains en capital le produit de la disposition de biens qui donne lieu à un

ordinary income, for example, income from business. Those sections also refer expressly to certain kinds of property which are to be excluded from the concept of capital property. What the legislation does not tell us is how one goes about distinguishing between dispositions of property which are not expressly referred to and otherwise excluded from the category of capital property. Thus, the characterization of a gain or loss as being on capital or income account is determined by reference to common law principles or rules. I should add that not every receipt must fall within either the capital or income category. For example, a "windfall" is not regarded as income or capital.<sup>5</sup>

[11] Despite the development of various common law rules for assessing whether a gain or loss should be on capital or income account, litigation persists because of the tax advantage accruing to dispositions of capital property. For ease of reference, the case law can be conveniently grouped into a number of discrete categories. The category with the largest number of cases concerns adventures in the nature of trade. Today, the outcome of such cases is determined largely by isolating key factual considerations and then applying legal judgment. Other categories include foreign exchange transactions, cases involving the forgiveness of debts not regulated by section 80 of the Act, and the receipt of "subsidies" not caught by paragraph 12(1)(x) [as enacted by S.C. 1986, c. 6, s. 6; 1990, c. 45, s. 39].

[12] Two other closely related categories are of particular relevance to this appeal. One involves the receipt of damage awards or settlement payments intended as compensation for the loss of, or damage to, a capital asset, together with any consequential loss of profits, caused by the negligence of a third party. The second involves compensation for breach or early termination of a contract, which may include an amount for lost profits. The present case is slightly different in that it involves the mutual cancellation of a contractual right, as opposed to the termination of the entire contract.

revenu ordinaire, par exemple, un revenu tiré d'une entreprise. Ces articles mentionnent aussi expressément certaines sortes de biens qu'il faut exclure de la notion de biens en immobilisation. Ce que la loi ne dit pas, c'est comment on va faire la distinction entre les dispositions de biens qui ne sont pas mentionnés expressément et celles de biens qui sont autrement exclus de la catégorie des biens en immobilisation. Donc, la qualification d'un gain ou d'une perte comme imputable au capital ou au revenu est établie d'après les principes ou les règles de la common law. Je dois ajouter que toute rentrée de fonds ne relève pas nécessairement de la catégorie du capital ou de celle du revenu. Par exemple, un «profit inattendu» n'est pas considéré comme un revenu ou un capital<sup>5</sup>.

[11] Malgré l'élaboration de diverses règles de common law permettant d'évaluer si un gain ou une perte devrait être imputable au capital ou au revenu, le litige persiste à cause de l'avantage fiscal afférent aux dispositions de biens en immobilisation. Par souci de commodité, la jurisprudence peut sans inconvénient être groupée en un certain nombre de catégories distinctes. La catégorie qui comprend le plus grand nombre de décisions concerne les projets comportant un risque de caractère commercial. À notre époque, on tranche la question surtout en isolant les principales considérations de fait et en appliquant ensuite la décision judiciaire. Parmi les autres catégories, mentionnons les opérations de change, les affaires relatives à la remise de dettes non régies par l'article 80 de la Loi et les «subventions» non visées par l'alinéa 12(1)x) [édicte par S.C. 1986, ch. 6, art. 6; L.C. 1990, ch. 45, art. 39].

[12] Deux autres catégories étroitement liées se rapportent particulièrement au présent appel. L'une concerne les dommages-intérêts ou les paiements de liquidation reçus pour dédommager la perte d'un bien immobilisé ou le dommage causé à ce bien, ainsi que toute perte consécutive de profits, résultant de la négligence d'un tiers. La deuxième concerne l'indemnisation pour rupture ou résiliation hâtive d'un contrat, qui peut comprendre un montant pour les profits perdus. La présente affaire diffère légèrement, car elle porte sur l'annulation réciproque d'un droit contractuel, par opposition à la résiliation de l'intégralité du contrat.



[13] One of the questions I must address is whether there is any rule of law which precludes the taxpayer from claiming a capital gain on the \$9.25 million which it received for the cancellation of the participation clause. In my respectful view, none of the cases relied on by the Tax Court Judge or the Minister imposes such a result. As a starting point, I will return to the two cases on which much of the argument focused.

[14] The first case invoked by the Minister and Tax Court Judge is *London and Thames Haven*. The following passage from Lord Diplock's judgment is invariably cited in cases similar to this one:<sup>6</sup>

Where, pursuant to a legal right, a trader receives from another person compensation for the trader's failure to receive a sum of money which, if it had been received, would have been credited to the amount of profits (if any) arising in any year from the trade carried on by him at the time when the compensation is so received, the compensation is to be treated for income tax purposes in the same way as the sum of money would have been treated if it had been received instead of the compensation.

[15] The above passage reflects the view that compensation for a failure to receive monies should be taxed in the manner in which the monies would have been taxed if received (the "surrogatum rule"). In essence, the "surrogatum" rule seeks to characterize ambiguous receipts by reference to income holes. Thus, for example, it is generally accepted that compensation flowing from the breach of a trade contract should be taxed as if it had been received in the ordinary course of business; that is to say, as business income. On the other hand, if compensation is paid for the loss of a capital item, such compensation should be taxed on capital account. As a general proposition, the surrogatum rule makes good sense. The issue of how it is to be applied in the present case is addressed below.

[16] An interesting aspect of *London and Thames Haven* is that the proposition outlined above was not

[13] L'une des questions que je dois traiter est celle de savoir s'il existe une règle de droit qui empêche la contribuable de réclamer un gain en capital relativement à la somme de 9,25 millions de dollars qu'elle a reçue pour l'annulation de la clause de participation. À mon humble avis, aucune des décisions invoquées par le juge de la Cour de l'impôt ou le ministre n'impose un tel résultat. Pour commencer, je reviendrai aux deux décisions sur lesquelles l'argumentation repose en grande partie.

[14] La première décision invoquée par le ministre et le juge de la Cour de l'impôt est *London and Thames Haven*. Le passage suivant tiré du jugement prononcé par lord Diplock est immanquablement cité dans les affaires ressemblant à la présente affaire<sup>6</sup>:

[TRADUCTION] Chaque fois qu'un commerçant reçoit, en vertu d'un droit, de quelqu'un d'autre, une indemnité au lieu d'une somme d'argent qui aurait été comptabilisée dans les profits réalisés au cours d'une année, dans le commerce qu'il exploitait à l'époque où il a reçu l'indemnité, il y a lieu de traiter cette indemnité pour fin d'impôt de la même manière que la somme d'argent l'aurait été si l'indemnité ne l'avait pas remplacée.

[15] Ce passage reflète l'opinion selon laquelle l'indemnité reçue au lieu d'une somme d'argent devrait être imposée de la façon dont la somme d'argent aurait été imposée si elle avait été reçue (la «règle de la substitution»). Essentiellement, la règle de la «substitution» cherche à qualifier des rentrées de fonds de nature ambiguë en se référant à des trous dans le revenu. Ainsi, par exemple, il est généralement admis qu'une indemnité résultant de la rupture d'un contrat commercial devrait être imposée comme si elle avait été reçue dans le cours ordinaire des affaires; c'est-à-dire comme un revenu tiré d'une entreprise. Par contre, si l'indemnité est versée en raison de la perte d'un élément en capital, une telle indemnité devrait être imposée comme étant imputable au capital. En tant que proposition générale, la règle de la substitution est logique. La question de savoir comment elle doit être appliquée en l'espèce est abordée plus loin.

[16] L'un des aspects intéressants de l'arrêt *London and Thames Haven* est que la proposition décrite

dispositive with respect to that appeal. The taxpayer was the owner of a wharf damaged through the negligence of a third party. Compensation was paid for the cost of repairs, as well as for profits lost during the time that the wharf was unavailable for use. Only the compensation relating to lost profits was in issue, since the parties agreed that compensation relating to the repairs was on capital account. The Trial Judge had held that the compensation relating to lost profits should be accorded the same tax treatment as compensation for the repairs. In reaching that conclusion, he relied on a series of English cases which stood for the proposition that compensation paid for an income-producing asset which had been permanently destroyed was on capital account, even if part of the compensation related to lost profits. The Trial Judge reasoned that no distinction should be drawn between partially damaged property and that which is completely destroyed, notwithstanding that part of the compensation is attributable to lost profits.

[17] On appeal, the English Court of Appeal in *London and Thames Haven* retained the distinction between compensation paid for property which is completely destroyed and that which undergoes “partial injury”, so far as lost profits are concerned. Thus, if an income-producing asset is partially damaged, then compensation for lost profits is treated as a trading receipt. However, if the asset is completely destroyed, then the entire compensation payment qualifies as a capital receipt since an asset’s profitability is one element to be considered in assessing the asset’s capital value. This latter point supports my view that the compensation in question is on capital account. Finally, the Court of Appeal went on to clarify that the entire business of the taxpayer did not have to be lost before compensation for lost profits would be regarded as having been received on capital account. It was deemed sufficient if the losses related to part of a taxpayer’s business, such as occurs with the loss of an income-producing asset.

ci-dessus n’était pas décisive quant à cet appel. La contribuable était propriétaire d’un quai endommagé en raison de la négligence d’un tiers. L’indemnité a été versée pour les frais de réparation, ainsi que pour les profits perdus pendant que le quai n’était pas utilisable. Seule l’indemnité relative aux profits perdus était en cause, puisque les parties étaient d’accord pour dire que l’indemnité relative aux réparations était imputable au capital. Le juge de première instance avait conclu que l’indemnité relative aux profits perdus devait être assujettie au même régime fiscal que l’indemnité relative aux réparations. Pour arriver à cette conclusion, il s’est fondé sur une série de décisions anglaises qui reposaient sur la proposition selon laquelle l’indemnité payée pour un bien productif de revenu qui avait été détruit de façon permanente était imputable au capital, même si une partie de l’indemnité se rapportait aux profits perdus. Le juge de première instance a déclaré qu’il ne faudrait pas établir de distinction entre les biens partiellement endommagés et ceux qui ont été complètement détruits, bien qu’une partie de l’indemnité soit attribuable aux profits perdus.

[17] En appel, la Cour d’appel d’Angleterre a, dans l’arrêt *London and Thames Haven*, retenu la distinction entre l’indemnité payée pour les biens qui ont été détruits complètement et ceux qui ont subi un «préjudice partiel», dans la mesure où les profits perdus sont concernés. Ainsi, si un bien productif de revenu est endommagé partiellement, l’indemnité pour profits perdus est considérée comme une rentrée commerciale. Cependant, si le bien est complètement détruit, l’intégralité du versement d’indemnité est considérée comme une rentrée de capital puisque la rentabilité d’un bien est un élément à prendre en considération dans l’évaluation de la valeur en capital d’un bien. Ce dernier point vient étayer mon opinion selon laquelle l’indemnité en question est imputable au capital. Enfin, la Cour d’appel a ensuite précisé qu’il n’était pas nécessaire que toute l’entreprise de la contribuable soit perdue avant que l’indemnité pour profits perdus soit considérée comme imputable au capital. Elle a jugé qu’il suffisait que les pertes se rapportent à une partie de l’entreprise de la contribuable, comme cela se produit avec la perte d’un bien productif de revenu.

[18] In summary, *London and Thames Haven* stands for the proposition that compensation paid for the destruction of a capital asset will be on capital account even if some of the compensation relates to lost profits.<sup>7</sup> If compensation flows from the partial destruction of that capital asset, then any amount received in regard to lost profits is taxable as a trading receipt, while compensation relating solely to the damaged property is a capital receipt. At the end of the day, however, none of this is dispositive of the present appeal.

[19] Both the Minister and Tax Court Judge relied heavily on *Canadian National Railway, supra*. In my respectful opinion, that decision cannot be read without reference to *Pe Ben Industries Co. v. The Queen*,<sup>8</sup> a case decided on similar facts and contemporaneously with *Canadian National Railway*. Both cases were decided by Justice Strayer (as he then was). I shall deal with each case in turn.

[20] In *Canadian National Railway*, the taxpayer had received \$1.9 million as compensation for the early termination of a transportation contract. The taxpayer reported the amount as capital, but the Minister assessed it as income. Justice Strayer agreed with the Minister's assessment, placing particular reliance on Lord Russell's judgment in *C.I.R. v. Fleming & Co. (Machinery), Ltd.*:<sup>9</sup>

[W]hen the rights and advantages surrendered on cancellation are such as to destroy or materially to cripple the whole structure of the recipient's profit-making apparatus, involving the serious dislocation of the normal commercial organization and resulting perhaps in the cutting down of the staff previously required, the recipient of the compensation may properly affirm that the compensation represents the price paid for the loss or sterilisation of a capital asset and is therefore a capital and not a revenue receipt . . . . On the other hand when the benefit surrendered on cancellation does not represent the loss of an enduring asset in circumstances such as those above mentioned—where for example the structure of the recipient's business is so fashioned as to absorb the shock as one of the normal incidents to be looked

[18] En résumé, l'arrêt *London and Thames Haven* repose sur la proposition selon laquelle l'indemnité payée pour la destruction d'un bien immobilisé sera imputable au capital même si une partie de l'indemnité se rapporte aux profits perdus<sup>7</sup>. Si l'indemnité résulte de la destruction partielle de ce bien immobilisé, alors toute somme reçue relativement aux profits perdus est imposable en tant que rentrée commerciale, tandis que l'indemnité relative seulement aux biens endommagés constitue une rentrée de capital. En fin de compte, cependant, rien de cela n'est décisif quant au présent appel.

[19] Le ministre et le juge de la Cour de l'impôt ont tous deux invoqué amplement la décision *Cie des chemins de fer nationaux du Canada*, précitée. À mon humble avis, cette décision ne peut s'interpréter sans qu'on se reporte à la décision *Pe Ben Industries Co. c. La Reine*<sup>8</sup>, qui a été rendue d'après des faits similaires et à la même époque que la décision *Cie des chemins de fer nationaux du Canada*. Les deux décisions ont été rendues par le juge Strayer (tel était son titre à l'époque). Je traiterai de chacune à tour de rôle.

[20] Dans l'affaire *Cie des chemins de fer nationaux du Canada*, la contribuable avait reçu la somme de 1,9 million de dollars à titre d'indemnité pour la résiliation hâtive d'un contrat de transport. La contribuable a déclaré la somme à titre de capital, mais le ministre l'a considérée comme un revenu. Le juge Strayer était d'accord avec la cotisation établie par le ministre, se fondant tout particulièrement sur le jugement rendu par lord Russell dans *C.I.R. v. Fleming & Co. (Machinery), Ltd.*:<sup>9</sup>

[TRADUCTION] Lorsque les droits et les avantages auxquels on a renoncé lors de la résiliation ont pour effet de détruire ou de disloquer effectivement toute la structure du mécanisme de réalisation de bénéfices du bénéficiaire et que cela entraîne un grave bouleversement dans l'organisation commerciale normale et éventuellement une réduction des effectifs antérieurement requis, le bénéficiaire de l'indemnité peut à bon droit affirmer que l'indemnité représente le prix payé pour la perte ou la stérilisation d'une immobilisation et qu'il s'agit par conséquent d'une rentrée de capital et non d'un produit [. . .] D'autre part, lorsque l'avantage auquel on a renoncé lors de la résiliation ne représente pas la perte d'un bien durable dans des circonstances comme celles évoquées plus haut dans lesquelles, par exemple, la structure

for and where it appears that the compensation received is no more than a surrogatum for the future profits surrendered—the compensation received is in use to be treated as a revenue receipt and not a capital receipt.

[21] In *Fleming*, the issue was whether the compensation received for the cancellation of an ordinary trade contract was on income account. The above passage suggests that where the cancellation of a trade contract materially affects a taxpayer's business operations, compensation paid for the loss of that contract may be deemed to be on capital account. In short, *Fleming* represents an exception to the general rule regarding trade contracts (the "*Fleming* exception"). Justice Strayer reasoned that when the transportation contract in question was mutually terminated, no enduring asset in terms of a distinct business or long-term contract had been destroyed or rendered useless, nor did the contract's cancellation have a crippling effect on the taxpayer's business. Thus, the taxpayer in *Canadian National Railway* could not rely on the *Fleming* exception.

[22] In summary, *Canadian National Railway* accepts that compensation for lost profits received with respect to a breach or termination of an ordinary trade contract constitutes business income. It does not challenge the principle that compensation received in respect of the loss of a trade contract which is of fundamental significance to the taxpayer's business may be deemed a capital receipt. This latter principle was decisive in *Pe Ben Industries*.

[23] In *Pe Ben Industries*, Justice Strayer held that the compensation received for the breach of a trade contract resulted in the destruction of a distinct part of the taxpayer's business. The critical factual distinction between *Pe Ben Industries* and *Canadian National Railway* is that, in the former case, the taxpayer's intermodal carrier business consisted of one substantial

de l'entreprise du bénéficiaire est conçue de façon à pouvoir absorber le choc comme faisant partie des incidents normaux auxquels l'on s'attend et lorsqu'il semble que l'indemnité reçue n'est rien de plus qu'un succédané pour les bénéfices futurs auxquels on a renoncé, l'indemnité reçue doit normalement être considérée comme un produit et non comme une rentrée de capital.

[21] Dans l'affaire *Fleming*, il s'agissait de savoir si l'indemnité reçue pour l'annulation d'un contrat commercial ordinaire était imputable au revenu. Ce passage laisse entendre que, lorsque l'annulation d'un contrat commercial influe effectivement sur les opérations commerciales d'un contribuable, l'indemnité payée pour la perte de ce contrat peut être considérée comme imputable au capital. En bref, l'arrêt *Fleming* représente une exception à la règle générale concernant les contrats commerciaux (l'«exception établie par l'arrêt *Fleming*»). Le juge Strayer a considéré que lorsque le contrat de transport en question était résilié mutuellement, aucun bien durable de la nature d'une entreprise distincte ou d'un contrat à long terme n'avait été détruit ou rendu inutilisable, et l'annulation du contrat n'avait pas eu non plus d'effet paralysant sur l'entreprise de la contribuable. Ainsi, la contribuable dans l'affaire *Cie des chemins de fer nationaux du Canada* ne pouvait pas invoquer l'exception établie par l'arrêt *Fleming*.

[22] En résumé, la décision *Cie des chemins de fer nationaux du Canada* admet que l'indemnité pour profits perdus reçue à l'égard de la rupture ou de la résiliation d'un contrat commercial ordinaire constitue un revenu tiré d'une entreprise. Elle ne conteste pas le principe selon lequel l'indemnité reçue relativement à la perte d'un contrat commercial qui est d'une importance fondamentale pour l'entreprise du contribuable peut être considérée comme une rentrée de capital. Ce dernier principe a joué un rôle décisif dans *Pe Ben Industries*.

[23] Dans l'affaire *Pe Ben Industries*, le juge Strayer a conclu que l'indemnité reçue pour rupture d'un contrat commercial entraînait la destruction d'une partie distincte de l'entreprise de la contribuable. La distinction cruciale sur le plan des faits entre l'affaire *Pe Ben Industries* et l'affaire *Cie des chemins de fer nationaux du Canada* est que, dans la première affaire,

contract which had been prematurely terminated. However, the transportation contract in *Canadian National Railway* was simply an ordinary trade contract and its termination was not of critical significance to the taxpayer's business operations. In summary, it is clear that in appropriate circumstances compensation paid for the cancellation or breach of a trade contract may be a capital receipt. Admittedly, the general rule is that such compensation is on income account.

[24] As Justice Strayer so aptly noted in *Canadian National Railway*, there is considerable jurisprudence on the question of whether compensation paid pursuant to the termination of a trade contract is capital or income and, to a large extent, each case turns on its own facts. I acknowledge that it would be much simpler to adopt an inflexible rule deeming any compensation received for breach or termination of any trade contract, or even a right thereunder, as business income. But that is not the path chosen by the common law. Nor am I prepared to jettison the existing jurisprudence solely to promote certainty in the law at the expense of flexibility and rationality. This is an appropriate time to turn to the taxpayer's alternative submission and the Minister's arguments.

[25] The taxpayer's alternative submission, as I understand it, is that the participation clause is an integral component of the lease and, therefore, should receive the same tax treatment as the disposition of a leasehold estate in land. For the purposes of this appeal, I am prepared to accept the taxpayer's characterization of the receipt in question as a capital receipt. However, the Minister advances serious arguments which warrant consideration. Mr. Gill's comprehensive and cogent factum can be distilled into two principal submissions on behalf of the Minister. The first is that the compensation received for the cancellation of the participation clause is akin to a tenant inducement payment and, therefore, the pro-

l'entreprise de transport intermodal de la contribuable consistait en un contrat important qui avait été résilié prématurément. Cependant, le contrat de transport dans l'affaire *Cie des chemins de fer nationaux du Canada* était simplement un contrat commercial ordinaire et sa résiliation n'était pas d'une importance cruciale pour les opérations commerciales de la contribuable. En résumé, il est clair que, dans des circonstances appropriées, l'indemnité payée pour l'annulation ou la rupture d'un contrat commercial peut être une rentrée de capital. De l'aveu de tous, la règle générale veut qu'une telle indemnité soit imputable au revenu.

[24] Comme le juge Strayer l'a si bien noté dans la décision *Cie des chemins de fer nationaux du Canada*, il existe une jurisprudence considérable sur la question de savoir si l'indemnité payée conformément à la résiliation d'un contrat commercial constitue du capital ou un revenu et, dans une large mesure, chaque cas repose sur ses propres faits. J'admets qu'il serait beaucoup plus facile d'adopter une règle rigide qui considérerait toute indemnité reçue pour rupture ou résiliation de tout contrat commercial, ou même un droit y afférent, comme un revenu tiré d'une entreprise. Mais ce n'est pas la voie suivie par la common law. Je ne suis pas prêt non plus à rejeter la jurisprudence existante à seule fin de promouvoir le caractère certain du droit au dépens de son caractère souple et rationnel. Voici le moment venu de passer à l'autre allégation de la contribuable et aux arguments du ministre.

[25] Selon l'autre allégation de la contribuable, si je comprends bien, la clause de participation fait partie intégrante du bail et, par conséquent, devrait être assujettie au même régime fiscal que la disposition d'une propriété à bail. Aux fins du présent appel, je suis prêt à admettre la qualification de la rentrée de fonds en question de la contribuable comme une rentrée de capital. Toutefois, le ministre fait valoir des arguments sérieux qui méritent d'être pris en considération. L'exposé exhaustif et convaincant de M<sup>c</sup> Gill peut être divisé en deux allégations principales présentées au nom du ministre. Selon la première allégation, l'indemnité reçue pour l'annulation de la clause de participation est apparentée à un paiement d'incitation

ceeds should receive the tax treatment accorded such payments by the Supreme Court in a trilogy of recent cases.<sup>10</sup> The second submission is that the participation clause is akin to an ordinary trade contract and, therefore, any compensation received is on income account. Correlatively, the Minister argues that the exception outlined in *Fleming and Pe Ben Industries* is inapplicable. I turn first to the tenant inducement analogy.

[26] According to recent Supreme Court jurisprudence, tenant inducement payments must be treated as income by the tenant and as an expense by the landlord in the year in which they were received or paid, respectively. This rule is not absolute. If well-accepted business principles dictate otherwise, then the payments may be treated differently for tax purposes. I accept that the participation clause in question had the effect of inducing the taxpayer to enter into the long-term lease. What I cannot accept is that tenant inducement payments have any application to cases involving the cancellation of a contractual right.

[27] To answer the question before us by invoking the analogy of a tenant inducement payment is to sidestep the issue of how tax law deals with cases involving compensation paid for the surrender of a right to future profits. The tenant inducement payment analogy attempts to force us to accept that the participation clause is akin to a trade contract, independent of the lease in which it is found. That argument is addressed more fully below. In my view, the recent trilogy of Supreme Court cases dealing with the tax treatment of tenant inducement payments is not determinative of the issue at hand. Lest there be any doubt, the following represents my understanding of what was decided by the Supreme Court.

[28] In *Ikea, supra*, the Supreme Court held that the receipt of a tenant inducement payment was on income account because it was an integral element of the taxpayer's day-to-day operations, and was not

à la location et, par conséquent, le produit serait assujéti au régime fiscal accordé par la Cour suprême dans trois affaires récentes<sup>10</sup>. D'après la deuxième allégation, la clause de participation est apparentée à un contrat commercial ordinaire et, par conséquent, toute indemnité reçue est imputable au revenu. Corrélativement, le ministre soutient que l'exception signalée dans les décisions *Fleming et Pe Ben Industries* ne s'applique pas. Je vais d'abord traiter de l'analogie faite à l'incitation à la location.

[26] Selon une jurisprudence récente de la Cour suprême, les paiements d'incitation à la location doivent être considérés comme du revenu par le locataire et comme une dépense par le locateur dans l'année où ils ont été reçus ou versés respectivement. Cette règle n'est pas absolue. Si des principes comptables généralement reconnus le prévoient d'une autre façon, les paiements peuvent être considérés de façon différente aux fins de l'impôt. J'admets que la clause de participation en question avait pour effet d'inciter la contribuable à conclure un bail à long terme. Ce que je ne peux admettre, c'est que les paiements d'incitation à la location s'appliquent aux affaires portant sur l'annulation d'un droit contractuel.

[27] Répondre à la question dont nous sommes saisis en invoquant l'analogie faite à un paiement d'incitation à la location, c'est éluder la question de savoir comment le droit fiscal traite les affaires portant sur l'indemnité payée pour l'abandon d'un droit à des profits futurs. L'analogie faite au paiement d'incitation à la location cherche à nous forcer à admettre que la clause de participation est apparentée à un contrat commercial, indépendamment du bail dans lequel elle se trouve. Cet argument est examiné plus en profondeur plus loin. À mon avis, les trois décisions récentes de la Cour suprême portant sur le régime fiscal des paiements d'incitation à la location ne sont pas décisives en ce qui concerne la question en litige. De crainte qu'il y ait quelque doute, voici comment je comprends ce qui a été décidé par la Cour suprême.

[28] Dans l'arrêt *Ikea*, précité, la Cour suprême a jugé que la rentrée de fonds résultant d'un paiement d'incitation à la location était imputable au revenu parce qu'elle faisait partie intégrante des opérations

linked to a capital purpose. Whether the inducement payment represented a reduction in rent or a payment in consideration of the tenant's assumption of its various obligations under the lease did not alter the fact that it was an income receipt. The Supreme Court rejected the argument that the payment was a capital receipt simply because it related to the acquisition of a capital asset (the lease). For the purpose of deciding this appeal, I recognize that the compensation received for the buy-out of the participation clause is not a capital receipt simply because that clause is contained within a lease, itself a capital asset. I turn now to the Minister's second submission.

[29] The Minister's second submission is that the participation clause is similar to an ordinary trade contract. The Minister adopts the Tax Court Judge's finding that the participation clause was simply a contractual provision contained in the lease and that its cancellation did not have a significant impact on the taxpayer's business. According to the Tax Court Judge:<sup>11</sup>

What then was the effect of the payment in issue? The appellant argued that the participation clause was part of its leasehold interest; that it should therefore be regarded as capital property and that the disposition should therefore be seen as a disposition of capital property. I disagree. It is wrong, and in any event quite beside the point, to regard the participation clause as part of the estate in land which is conferred on a tenant by a lease. The participation clause is simply a contractual provision contained in a lease. The nature of the document in which the clause happens to have been inserted does not imbue it with any sort of magical status. The cancellation of the participation clause did not affect the appellant's right under the lease to remain in possession of the Oshawa store. Indeed it was admitted that the cancellation did not have any effect on the operation of the appellant's retail merchandising business. It is clear that the cancellation of the clause did not affect either the structure of the appellant's business as a whole or the structure of any component of it. For that reason the case is readily distinguishable from cases such as *Glenboig Union Fireclay Co. Ltd. v. C.I.R.*, (sub nom. *Glenboig Union Fireclay Co. v. I.R.C.*) [1922] S.C. 112, 12 T.C. 427; *Van Den Berghs Ltd. v. Clark*, [1935] A.C. 431, 19 T.C. 390 and *H.A. Roberts Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] S.C.R. 719, [1969] C.T.C. 369, 69 D.T.C. 5249. [Emphasis added.]

quotidiennes de la contribuable et n'était pas liée à une fin relative au capital. Que le paiement d'incitation ait représenté une baisse du loyer ou un paiement en contrepartie du fait que la locataire a assumé ses diverses obligations en vertu du bail ne changeait rien au fait qu'il s'agissait d'une rentrée de fonds. La Cour suprême a rejeté l'argument selon lequel le paiement était une rentrée de capital simplement parce qu'il se rapportait à l'acquisition d'un bien immobilisé (le bail). Pour trancher le présent appel, je reconnais que l'indemnité reçue pour le rachat de la clause de participation n'est pas une rentrée de capital simplement parce que cette clause figure dans un bail, qui est lui-même un bien immobilisé. Je passe maintenant au deuxième argument du ministre.

[29] Selon le deuxième argument du ministre, la clause de participation est similaire à un contrat commercial ordinaire. Le ministre adopte la conclusion du juge de la Cour de l'impôt selon laquelle la clause de participation était simplement une disposition contractuelle figurant dans le bail et selon laquelle son annulation n'influe pas de façon importante sur l'entreprise de la contribuable. D'après le juge de la Cour de l'impôt<sup>11</sup>:

Quel était donc l'effet du paiement en question? L'appellante a soutenu que la clause de participation faisait partie de son droit de tenure à bail, qu'elle devait donc être considérée comme un bien en immobilisation et que la disposition devait donc être considérée comme se rapportant à un bien en immobilisation. Je ne suis pas d'accord. Cela est erroné et, de toute façon, considérer la clause de participation comme faisant partie du domaine foncier que le bail confère au locataire n'a rien à voir avec la question. La clause de participation est simplement une disposition contractuelle figurant dans un bail. La nature du document dans lequel se trouve la clause n'a pas pour effet de lui donner un genre de statut magique. L'annulation de la clause de participation n'influe pas sur le droit qu'avait l'appellante en vertu du bail de demeurer en possession du magasin d'Oshawa. De fait, il a été admis que l'annulation n'avait aucun effet sur l'exploitation du commerce de détail de l'appellante. Il est clair que l'annulation de la clause n'influe pas sur la structure de l'entreprise de l'appellante dans son ensemble ou sur la structure d'un élément de son entreprise. Pour ce motif, il est facile de faire une distinction entre la présente espèce et des affaires telles que *Glenboig Union Fireclay Co. Ltd. v. C.I.R.*, (sub nom. *Glenboig Union Fireclay Co. v. IRC*) [1922] S.C. 112, 12 T.C. 427; *Van Den Berghs Ltd. v. Clark*, [1935] A.C. 431, 19 T.C. 390, et *H.A. Roberts Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] S.C.R. 719, [1969] C.T.C. 369, 69 D.T.C. 5249. [Non souligné dans l'original.]

[30] The Minister asserts that the landlord's failure to pay under the participation clause would not have entitled the tenant taxpayer to withhold the payment of rent, and that this is evidence that the clause is a contractual arrangement independent of the lease. In effect, the Minister is invoking the common law principle that covenants or obligations in a lease are "independent" of one another, such that a breach does not give rise to the remedial option of termination or forfeiture by either the landlord or the tenant, in order to buttress the argument that the participation clause is akin to a trade or collateral contract. In my respectful opinion, this common law principle is of no assistance to the Minister's position.

[31] In my view, the landlord's obligation under the participation clause is as much a part of the lease as the landlord's obligation to insure against perils or the taxpayer's obligation to pay rent. Thus, for example, the landlord's failure to insure the leasehold property does not entitle the tenant to withhold rent. But we would not conclude from this that the obligation to insure is not an integral part of the lease. It is true that, at common law, covenants in a lease are independent of one another, but this does not change the fact that the participation clause was an integral aspect of the lease in question. There is a difference between the concept of the independence of covenants in a lease and the fact that such covenants are an integral part of the obligations assumed by the parties. The independent nature of covenants is only relevant to the remedial options available to the parties under landlord and tenant law when one party has breached his or her obligations. It does not mean that such covenants are severable from the lease itself.

[32] In short, the Minister's argument that the participation clause is a contractual arrangement independent of the lease is misconceived. Had the taxpayer been in breach of the lease, and the landlord elected to bring the leasing arrangement to an end, the benefits to have been derived under the participation clause would have been forfeited as well. I need not

[30] Le ministre affirme que l'omission du locateur de faire un versement conformément à la clause de participation n'aurait pas accordé à la contribuable locataire le droit de retenir le paiement du loyer et que cela prouve que la clause est une entente contractuelle indépendante du bail. En effet, le ministre invoque le principe de common law selon lequel les engagements ou les obligations figurant dans un bail sont «indépendants» les uns des autres, de sorte qu'une rupture ne donne pas naissance à la possibilité de réclamer la fin du bail ou la confiscation du montant par le locateur ou la locataire, afin d'étayer l'argument selon lequel la clause de participation est apparentée à un contrat commercial ou accessoire. À mon humble avis, ce principe de common law ne vient nullement appuyer la position du ministre.

[31] J'estime que l'obligation du locateur en vertu de la clause de participation fait autant partie du bail que son obligation de s'assurer contre les dangers ou que l'obligation de la contribuable de payer le loyer. Ainsi, par exemple, l'omission du locateur d'assurer la propriété à bail ne donne pas droit à la locataire de retenir le loyer. Mais nous n'en concluons pas que l'obligation de s'assurer ne fait pas partie intégrante du bail. Il est vrai que, en common law, les engagements figurant dans un bail sont indépendants les uns des autres, mais cela ne change pas le fait que la clause de participation constituait un aspect intégrant du bail en question. Il existe une différence entre la notion de l'indépendance des engagements figurant dans un bail et le fait que de tels engagements font partie intégrante des obligations assumées par les parties. Le caractère indépendant des engagements ne concerne que les recours possibles dont disposent les parties en vertu du droit régissant le louage d'immeubles lorsque l'une des parties a manqué à ses obligations. Cela ne signifie pas que de tels engagements sont autonomes à l'égard du bail lui-même.

[32] Bref, l'argument du ministre selon lequel la clause de participation est une disposition contractuelle indépendante du bail est peu judicieux. Si la contribuable n'avait pas respecté le bail et si le locateur avait choisi de mettre fin à l'entente relative à la location, les avantages à tirer de la clause de participation auraient été perdus également. Je n'ai pas besoin



cite legal authorities for these propositions. Common sense dictates that any landlord who agrees to a participation clause is not going to make that clause independent of the leasing contract. If the lease is terminated or the lease term expires, the right to participate in future profits ends as well. This explains why a participation clause is inserted in the lease and not drafted as a collateral contract.

[33] Admittedly, the cancellation of the participation clause is not equivalent to the cancellation of the lease, whereupon the tenant's leasehold estate is reconveyed to the landlord, as occurred in *Westfair Foods Ltd. v. Canada*.<sup>12</sup> Both the Minister and Tax Court Judge are correct in maintaining that the participation clause is not part of the leasehold estate conveyed to the taxpayer by the landlord. But that concession does not mean that the participation clause is the equivalent of a "collateral" or "trade" contract, as argued by the Minister and effectively accepted by the Tax Court Judge.

[34] The Minister goes on to maintain that the receipt in issue simply reflects the present-day valuation of a future stream of income receivable by the taxpayer. Accordingly, the Minister submits that a payment made in return for a surrender of the right to future profits must be on revenue account. Essentially, the Minister considers that a participation clause is the equivalent of an ordinary trade contract and, as such, the surrogatum rule applies. Consequently, the \$9.25 million received as compensation for the cancellation of the clause should be taxed in the same manner as the proceeds received over the 1981 to 1989 taxation years. The Minister's argument that the buy-out had no effect on the taxpayer's normal commercial operations is intended to preclude the taxpayer from benefitting from the *Fleming* exception outlined earlier. That exception is applicable only if it can be established that the effect of the cancellation had a fundamental impact on the taxpayer's business.

[35] In this case, the buy-out of the participation clause had no effect upon the taxpayer's normal

de citer de sources juridiques pour établir le bien-fondé de ces propositions. Le bon sens dicte que tout locateur qui consent à une clause de participation ne va pas rendre cette clause indépendante du contrat de location. S'il est mis fin au bail ou si le bail prend fin, le droit de participer aux profits futurs prend fin aussi. Cela explique la raison pour laquelle une clause de participation est insérée dans le bail et n'est pas rédigée comme un contrat accessoire.

[33] De l'aveu général, l'annulation de la clause de participation n'équivaut pas à l'annulation du bail, après quoi la propriété louée par le locataire est recédée au locateur, comme cela s'est produit dans *Westfair Foods Ltd. c. Canada*<sup>12</sup>. Le ministre et le juge de la Cour de l'impôt ont tous deux raison de soutenir que la clause de participation ne fait pas partie de la propriété à bail transférée à la contribuable par le locateur. Mais cette concession ne signifie pas que la clause de participation équivaut à un contrat «accessoire» ou «commercial», comme l'a maintenu le ministre et comme l'a effectivement admis le juge de la Cour de l'impôt.

[34] Le ministre ajoute que la rentrée de fonds en litige reflète simplement l'évaluation actuelle de revenus futurs recevables par la contribuable. Par conséquent, le ministre allègue qu'un paiement effectué en retour de l'abandon du droit à des profits futurs doit être imputable au revenu. Essentially, le ministre considère qu'une clause de participation équivaut à un contrat commercial ordinaire et donc que la règle de la substitution s'applique. Par conséquent, la somme de 9,25 millions de dollars reçue à titre d'indemnité pour l'annulation de la clause devrait être imposée de la même manière que le produit reçu au cours des années d'imposition 1981 à 1989. L'argument du ministre selon lequel le rachat n'a eu aucun effet sur les opérations commerciales normales de la contribuable vise à empêcher la contribuable de bénéficier de l'exception établie par l'arrêt *Fleming* et signalée précédemment. Cette exception ne peut s'appliquer que s'il peut être prouvé que l'annulation a eu des répercussions fondamentales sur l'entreprise du contribuable.

[35] En l'espèce, le rachat de la clause de participation n'a eu aucun effet sur les opérations commercia-

business operations. Nor did it affect the taxpayer's right to remain in possession under the lease. Its termination did not, for example, "cripple" the taxpayer's profit-making business at the Oshawa Shopping Centre. Thus, I readily concede that the *Fleming* exception has no application to the present case. But this concession does not end the matter, because I am also of the view that the trade contract analogy is inappropriate.

[36] In my respectful view, the participation clause is not only an integral component of the lease in question, but it also profoundly affects the value of a capital asset, namely, a leasehold estate in land. As stated in *London and Thames Haven*, an asset's profitability is an element to be considered in assessing its capital value. In this regard, the participation clause is intimately linked to a capital asset and its value. What the Minister fails to appreciate is that a tenant's lease is not simply a liability, as was asserted in oral argument. A leasehold interest in land also represents a capital asset, the value of which depends on both the terms of the lease and market conditions. For example, a tenant whose rent obligation is one-half the market rate has a valuable asset which can be sold by way of assignment, subject to any restriction protecting the interests of the landlord. Similarly, a lease which contains a participation clause is of even greater value, particularly if the shopping centre becomes profitable, as in the present case. Otherwise, the landlord would not have been willing to buy out the clause for \$9.25 million.

[37] In my respectful opinion, the buy-out of the participation clause had the obvious effect of diminishing the value of the taxpayer's capital asset by \$9.25 million. That is what the clause was worth to both the landlord and the taxpayer. I see no reason why this Court should not accept that compensation paid for the diminution in value of a leasehold estate is on capital account. The cancellation of the participation clause had as much effect on the value of the leasehold interest as would a fire, which partially destroys the

les normales de la contribuable. Il n'a pas non plus affecté le droit de la contribuable de rester en possession des locaux en vertu du bail. Sa fin n'a pas, par exemple, «paralysé» l'entreprise rentable de la contribuable au centre commercial d'Oshawa. Ainsi, je concède aisément que l'exception établie par l'arrêt *Fleming* ne s'applique pas au cas présent. Mais cette concession ne met pas fin à l'affaire, parce que je suis également d'avis que l'analogie faite au contrat commercial n'est pas appropriée.

[36] À mon humble avis, la clause de participation ne fait pas seulement partie intégrante du bail en question, mais elle influe aussi considérablement sur la valeur d'un bien immobilisé, à savoir une propriété à bail. Comme il est mentionné dans *London and Thames Haven*, la rentabilité d'un bien est un élément à prendre en considération pour déterminer sa valeur en capital. À cet égard, la clause de participation est intimement liée à un bien immobilisé et à sa valeur. Ce que le ministre a omis d'apprécier, c'est que le bail d'un locataire n'est pas seulement une obligation, comme il a été affirmé au cours de la plaidoirie. Un droit foncier représente également un bien immobilisé, dont la valeur dépend à la fois des modalités du bail et des conditions du marché. Par exemple, le locataire dont le loyer à verser équivaut à la moitié du taux du marché possède un bien de grande valeur qui peut être vendu par transfert, sous réserve de toute restriction protégeant les droits du locateur. De même, le bail qui contient une clause de participation est encore d'une plus grande valeur, tout particulièrement si le centre commercial devient rentable, comme dans le cas présent. Sinon, le locateur n'aurait pas été disposé à racheter la clause pour la somme de 9,25 millions de dollars.

[37] À mon humble avis, le rachat de la clause de participation a eu pour effet évident de réduire la valeur du bien immobilisé de la contribuable de 9,25 millions de dollars. C'est ce que la clause valait tant pour le locateur que pour la contribuable. Je ne vois pas pourquoi la Cour ne devrait pas admettre que l'indemnité payée pour la diminution de la valeur d'une propriété à bail est imputable au capital. L'annulation de la clause de participation a eu autant d'effets sur la valeur du droit foncier qu'en aurait eu

premises. Since compensation for such a loss would be on capital account, the same should hold true for a voluntary loss arising from the cancellation of a contractual right which forms an integral component of a capital asset.

[38] At the end of the day, there are two sets of prescription lenses that can be used to determine whether compensation for the loss of future profits arising from the cancellation of a participation clause is on income or capital account. Using the Minister's prescription, the buy-out of the participation clause replaces an income source and is, therefore, an income receipt. According to the taxpayer's prescription, the buy-out diminishes the value of a capital asset for which compensation must be characterized as a capital receipt. Were it not for the fact that the participation clause in question is an integral component of the lease, the Minister's prescription would have been the only acceptable one.

[39] I would allow the appeal with costs here and in the Court below, set aside the judgment of the Tax Court of Canada dated June 24, 1996 and remit the matter back to the Minister for reassessment on the basis that the \$9.25 million was on capital account.

STRAYER J.A.: I agree.

LINDEN J.A.: I agree.

<sup>1</sup> [1967] 2 All E.R. 124 (C.A.).

<sup>2</sup> [1988] 2 C.T.C. 111 (F.C.T.D.).

<sup>3</sup> See *The Queen v. Golden et al.*, [1986] 1 S.C.R. 209, at pp. 214-215.

<sup>4</sup> [1995] 3 S.C.R. 103, at p. 121.

<sup>5</sup> See *Ikea Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 196 and *Mohawk Oil Co. v. Canada*, [1992] 2 F.C. 485 (C.A.).

<sup>6</sup> *London and Thames Haven*, *supra*, note 1, at p. 134 (*per Diplock L.J.*).

<sup>7</sup> Compare *Mohawk Oil Co. v. Canada*, *supra*, note 5, where the principal issue was whether the proceeds amounted to a non-taxable "windfall".

<sup>8</sup> [1988] 2 C.T.C. 120 (F.C.T.D.).

<sup>9</sup> (1951), 33 T.C. 57 (Ct. of Sess.), at pp. 63-64.

un incendie qui aurait détruit partiellement les locaux. Puisque l'indemnité relative à une telle perte serait imputable au capital, ce devrait également être vrai dans le cas d'une perte volontaire découlant de l'annulation d'un droit contractuel qui fait partie intégrante d'un bien immobilisé.

[38] En fin de compte, il y a deux façons de voir pour établir si l'indemnité pour la perte de profits futurs découlant de l'annulation d'une clause de participation est imputable au revenu ou au capital. Si on recourt à celle du ministre, le rachat de la clause de participation remplace une source de revenu et elle est donc une rentrée de fonds. Selon celle de la contribuable, le rachat fait baisser la valeur d'un bien immobilisé pour lequel l'indemnité doit être considérée comme une rentrée de capital. N'eût été du fait que la clause de participation en question fait partie intégrante du bail, la façon de voir du ministre aurait été la seule acceptable.

[39] Je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens devant notre Cour et la Cour de juridiction inférieure, d'annuler la décision de la Cour canadienne de l'impôt en date du 24 juin 1996 et de renvoyer l'affaire au ministre pour qu'il établisse une nouvelle cotisation en tenant compte du fait que la somme de 9,25 millions de dollars était imputable au capital.

LE JUGE STRAYER, J.C.A.: Je suis d'accord.

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je suis d'accord.

<sup>1</sup> [1967] 2 All E.R. 124 (C.A.).

<sup>2</sup> [1988] 2 C.T.C. 111 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>3</sup> Voir *La Reine c. Golden et autres*, [1986] 1 R.C.S. 209, aux p. 214 et 215.

<sup>4</sup> [1995] 3 R.C.S. 103, à la p. 121.

<sup>5</sup> Voir *Ikea Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 196; et *Mohawk Oil Co. c. Canada*, [1992] 2 C.F. 485 (C.A.).

<sup>6</sup> *London and Thames Haven*, précité, note 1, à la p. 134 (le lord juge Diplock).

<sup>7</sup> Comparer *Mohawk Oil Co. c. Canada*, précité, note 5, où la question principale était de savoir si le produit équivalait à un «profit inattendu» non imposable.

<sup>8</sup> [1988] 2 C.T.C. 120 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>9</sup> (1951), 33 T.C. 57 (Ct. of Sess.), aux p. 63 et 64.

<sup>10</sup> *Ikea Ltd., supra; Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147; and *Toronto College Park Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 183.

<sup>11</sup> [1997] 1 C.T.C. 2082 (T.C.C.), at p. 2087.

<sup>12</sup> [1991] 1 C.T.C. 146 (F.C.T.D.); affd [1991] 2 C.T.C. 343 (F.C.A.). In *Westfair Foods*, this Court held that payment for the termination of the taxpayer's two leases was "repayment for capital assets" and, therefore, a capital receipt.

<sup>10</sup> *Ikea Ltd.*, précité; *Canderel Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147; et *Toronto College Park Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 183.

<sup>11</sup> [1997] 1 C.T.C. 2082 (C.C.I.), à la p. 2087.

<sup>12</sup> [1991] 1 C.T.C. 146 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1991] 2 C.T.C. 343 (C.A.F.). Dans *Westfair Foods*, la Cour a statué que le paiement effectué pour la fin des deux baux de la contribuable était un «remboursement pour des biens immobilisés» et donc une rentrée de capital.