

Befega Inc. (Appellant)

v.

Minister of National Revenue (Respondent)

Trial Division, Walsh J.—Montreal, February 1; Ottawa, April 17, 1972.

Income tax—Emphyteutic lease of 99 years at high rent—Expenditures for finding lessee and for legal and accounting fees—Capital expenditures—Not a “leasehold interest”—Capital cost allowances not claimable.

In 1965 appellant company granted an emphyteutic lease of land in Quebec for a term of 99 years at an annual rent of \$110,000 more or less. It paid \$45,000 to a trust company for finding the lessee and spent an additional \$15,730 on lawyers' and accountants' fees in connection with the lease.

Held, (1) The emphyteutic lease resulted in a benefit or advantage of an enduring nature for appellant and the above payments were therefore of a capital nature and under section 11(1)(a) of the *Income Tax Act* prohibited from deduction in computing appellant's income.

Cohen v. M.N.R. [1967] C.T.C. 254; *B.C. Electric Rly. Co. v. M.N.R.* [1958] S.C.R. 133; *British Insulated & Helsby Cables Ltd. v. Atherton* [1926] A.C. 205; *Montreal Light, Heat & Power Consolidated v. M.N.R.* [1942] S.C.R. 89; *Regent Oil Co. v. Strick* [1966] A.C. 295; *M.N.R. v. Algoma Central Rly.* [1968] S.C.R. 447; *M.N.R. v. Dominion Natural Gas Co.* [1941] S.C.R. 19; *M.N.R. v. Kellogg Co. of Can.* [1943] S.C.R. 58; *Hudson's Bay Co. v. M.N.R.* [1947] Ex.C.R. 130, referred to.

(2) Appellant's interest as lessor in the emphyteutic lease was not a “leasehold interest”, which term denotes the lessee's interest and appellant was therefore not entitled under regulation 1100(1)(h) and class 13 of the *Income Tax Regulations* to capital cost allowances in respect of the above expenditures.

Gateway Lodge Ltd. v. M.N.R. [1967] 2 Ex.C.R. 326, referred to.

INCOME tax appeal.

Jean Marc Poulin for appellant.

Roger Roy and Gaetan Drolet for respondent.

WALSH J.—This is an appeal from a decision of the Tax Appeal Board dated December 16, 1969, confirming the assessment made on October 24, 1966, as slightly modified by re-assessment dated February 29, 1968, of appellant's

Befega Inc. (Appelante)

c.

Le ministre du Revenu national (Intimé)

Division de première instance, le juge Walsh—Montréal, le 1^{er} février; Ottawa, le 17 avril 1972.

Impôt sur le revenu—Bail emphytéotique de 99 ans avec loyer élevé—Dépenses engagées pour trouver un preneur et pour couvrir les honoraires des conseillers juridiques et des comptables—Dépenses de capital—Ce n'est pas une «tenure à bail»—Impossibilité de réclamer des allocations du coût en capital.

En 1965 la compagnie appelante accordait un bail emphytéotique pour un terrain situé au Québec pour une période de 99 ans et à un loyer annuel moyen de \$110,000. Elle versa \$45,000 à une compagnie de fiducie pour trouver un preneur et dépensa en outre \$15,730 pour les honoraires des conseillers juridiques et des comptables relativement au bail.

Arrêt: (1) Le bail emphytéotique a entraîné des avantages ou un profit de nature durable pour l'appelante et les paiements susmentionnés étaient donc des paiements de capital. Il s'ensuit qu'en vertu de l'article 11(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* il est impossible de les déduire dans le calcul du revenu de l'appelante.

Arrêts mentionnés: *Cohen c. M.R.N.* [1967] C.T.C. 254; *B.C. Electric Rly. Co. c. M.R.N.* [1958] R.C.S. 133; *British Insulated & Helsby Cables Ltd. c. Atherton* [1926] A.C. 205; *Montreal Light, Heat & Power Consolidated c. M.R.N.* [1942] R.C.S. 89; *Regent Oil Co. c. Strick* [1966] A.C. 295; *M.R.N. c. Algoma Central Rly.* [1968] R.C.S. 447; *M.R.N. c. Dominion Natural Gas Co.* [1941] R.C.S. 19; *M.R.N. c. Kellogg Co. of Can.* [1943] R.C.S. 58; *Hudson's Bay Co. c. M.R.N.* [1947] R.C.É. 130.

(2) Le droit de l'appelante en tant que bailleur d'un bail emphytéotique n'était pas celui découlant d'une «tenure à bail», terme qui se réfère au droit du preneur; en conséquence, en vertu du Règlement 1100(1)h) et de la catégorie 13 des Règlements de l'impôt sur le revenu, l'appelante n'a pas droit à l'allocation du coût en capital pour les dépenses susmentionnées.

Arrêt mentionné: *Gateway Lodge Ltd. c. M.R.N.* [1967] R.C.É. 326.

APPEL de l'impôt sur le revenu.

Jean Marc Poulin pour l'appelante.

Roger Roy et Gaetan Drolet pour l'intimé.

LE JUGE WALSH—Il s'agit de l'appel de la décision de la Commission d'appel de l'impôt en date du 16 décembre 1969, confirmant la cotisation de l'impôt sur le revenu de l'appelante de l'année 1965, qui a été établie le 24 octobre

income tax for the year 1965 whereby the sum of \$59,730.12 claimed by appellant as expenses in the said year was disallowed, resulting in a profit being shown in the amount of \$14,660.19 instead of a loss of \$45,069.93 as shown in appellant's tax return. By the subsequent reassessment a further sum of \$380.72 shown in appellant's return as costs of incorporation was also disallowed with the result that the taxable income was increased to \$15,040.91 on which taxation in the amount of \$1,654.50 was assessed. In the present appeal appellant abandons its objections to the disallowance of the costs of incorporation. The amount of \$59,730.12 of disallowed expenses with which the appeal is now concerned was made up of three items: commission payable to Morgan Trust Co. \$45,000.00, professional fees paid to Rodolphe Paré \$10,230.12 and professional fees paid to Samson Bélair \$4,500.00. Mr. Paré being appellant's legal adviser and Samson Bélair its auditors. The commission of \$45,000 was paid to Morgan Trust Company as its charges, at a reduced rate, for finding a lessee and arranging an emphyteutic lease from appellant to the lessee of 99 years duration for certain property of which it acquired the ownership simultaneous to the leasing of same. Payment of the three accounts under dispute was made during the fiscal year of the company ending on July 31, 1965 for services terminating in August 1964 when the emphyteutic lease was signed. While the services of Morgan Trust Company were confined to finding a lessee who would lease the property in question by way of a long term emphyteutic lease and arranging the terms of same, the services of the company's auditor and solicitor also related to certain other agreements made simultaneously which are inextricably associated with the lease. It is necessary, therefore, to refer to these other agreements.

Three individuals, namely Bernard Dupuis, Gaston Dupuis and Fernand Lareau, owned between them all the shares of Lucerne Motel Co. Ltd., and 50% of the shares of Reveillon

1966 et légèrement modifiée par la nouvelle cotisation établie le 29 février 1968. Dans sa décision, la Commission a refusé d'allouer la somme de \$59,730.12 réclamée par l'appelante à titre de dépenses pour cette année-là, ce qui s'est soldé par un bénéfice de \$14,660.19 au lieu d'une perte de \$45,069.93 que l'appelante avait indiquée dans sa déclaration d'impôt. En établissant par la suite la nouvelle cotisation, le Ministre a également refusé une somme supplémentaire de \$380.72 incluse par l'appelante dans sa déclaration à titre de coûts d'incorporation, ce qui a eu pour résultat de porter le revenu imposable à \$15,040.91 sur lequel un impôt de \$1,654.50 a été levé. Dans le présent appel, l'appelante renonce à s'opposer au rejet des coûts d'incorporation. La somme de \$59,730.12, montant des dépenses refusées qui fait l'objet de l'appel, se compose des trois postes suivants: commission payable à la Morgan Trust Co. \$45,000.00, honoraires professionnels versés à M. Rodolphe Paré \$10,230.12 et honoraires professionnels versés à Samson et Bélair \$4,500.00. M. Paré est le conseiller juridique et Samson et Bélair les vérificateurs de l'appelante. La commission de \$45,000 versée à la Morgan Trust Company devait couvrir les frais, à un taux réduit, qu'elle a engagés pour trouver un preneur et faire conclure entre ce dernier et l'appelante un bail emphytéotique d'une durée de 99 ans. Ce bail portait sur un certain bien dont l'appelante s'était portée acquéreur simultanément à la conclusion du bail. Le paiement des trois comptes en litige a été fait au cours de l'année financière de la compagnie se terminant le 31 juillet 1965 pour des services prenant fin en août 1964, date de la signature du bail emphytéotique. Alors que les services de la Morgan Trust Company se limitaient à trouver un preneur qui louerait le bien en question en signant un bail emphytéotique et à négocier les termes de ce dernier, les services des vérificateurs et du conseiller juridique de la compagnie ont été également rendus pour d'autres accords conclus simultanément et qui sont intimement liés au bail. Il est donc nécessaire de mentionner ces autres accords.

Trois personnes, nommément MM. Bernard Dupuis, Gaston Dupuis et Fernand Lareau, possédaient à eux trois toutes les actions de la Lucerne Motel Cie Ltée et 50% des actions de

Restaurant Inc., which was operated by it, the other 50% of the shares of Reveillon Restaurant Inc. being owned by the said Lucerne Motel Co. Ltd. These two corporations are referred to in the agreement as "the companies". By virtue of a purchase offer made to the said shareholders on July 9, 1964 and accepted on July 17, 1964, Dobie Holdings Corporation, with whom we are not concerned in the present case, purchased all the shares owned by the said Messrs. Dupuis and Mr. Lareau in the said Lucerne Motel Co. Ltd. and Reveillon Restaurant Inc. (except for 150 preferred non-voting shares of Lucerne Motel Co. Ltd. which were to be redeemed) for the price of \$1,420,000. It was made a condition of the sale of the shares, however, that the companies would then sell to the vendors or their nominee all the bare and naked land owned by them but not including any buildings or constructions thereon for the sum of \$1,596,050 (clause 8 of purchase agreement). It was made a further condition of the sale of the shares that the vendors should then execute in favour of the companies a lease-back of the said land by way of an emphyteutic lease, the terms of which were set out in detail in clause 11 of the said agreement.

The conditions of the said lease, which was to be for 99 years, may be summarized as follows. For the first six months from the date of the closing no rent was to be payable, following which rental would be paid in monthly instalments at the rate of \$110,000 per annum for 26 years and 6 months. Commencing on the 28th year and for the next ten years the rent would be varied upwards or downwards on the basis of the cost of living index of Statistics Canada in accordance with the increase or decrease of the rate from the time of the closing, such increase or decrease not to exceed 25% of \$110,000. Thereafter, every ten years rent would be subject to a further escalation or diminution on the basis of the base rental for the preceding ten year period, similarly increased or decreased on the basis of the cost of living index from the rate at the time of the closing but with the increase or decrease to be limited to 10%.

la Réveillon Restaurant Inc., que la première exploitait, les 50% restant des actions de la Réveillon Restaurant Inc. appartenant à ladite Lucerne Motel Cie Ltée. Ces deux corporations sont désignées dans le contrat par l'expression «les compagnies». A la suite d'une offre d'achat faite auxdits actionnaires le 9 juillet 1964 et acceptée le 17 juillet 1964, la Dobie Holdings Corporation, qui ne nous intéresse pas en l'espèce, a acheté au prix de \$1,420,000 toutes les actions de MM. Dupuis et de M. Lareau dans ladite Lucerne Motel Cie Ltée et la Réveillon Restaurant Inc. (à l'exception de 150 actions privilégiées sans droit de vote de la Lucerne Motel Cie Ltée qui devaient être remboursées). Toutefois, on avait stipulé comme une condition de la vente que, par la suite, les compagnies vendraient, pour la somme de \$1,596,050 aux vendeurs ou à leurs représentants, les terrains nus qu'elles possédaient à l'exception cependant des bâtiments ou constructions s'y trouvant (clause 8 du contrat d'achat). En outre, on avait fait une condition de la vente des actions l'obligation du vendeur de procéder ensuite, en faveur des compagnies, à une rétrolocation dudit terrain par bail emphytéotique, dont les conditions étaient énoncées en détail à la clause 11 dudit contrat.

Les conditions de ce bail, qui devait être de 99 ans, peuvent se résumer de la façon suivante. Pendant les six premiers mois à partir de la date de la conclusion de la transaction il ne serait payé aucun loyer; puis, le loyer serait payé par versements mensuels au montant annuel de \$110,000, pendant 26 ans et 6 mois. A partir de la 28^e année et pendant les dix années suivantes, le loyer augmenterait ou diminuerait sur la base de l'indice du coût de la vie de Statistiques Canada, selon l'augmentation ou la diminution de cet indice à partir de la conclusion de la transaction; cette augmentation ou diminution ne devait pas dépasser 25% de \$110,000. Par la suite, tous les dix ans, le loyer augmenterait ou diminuerait sur la base du loyer de référence des dix années précédentes, augmenté ou diminué proportionnellement à l'indice du coût de la vie (à partir de l'indice fixé à l'époque de la conclusion de la transaction), cette augmentation ou diminution étant cependant limitée à 10%.

In addition to the rental, the lessee undertook (as is required in an emphyteutic lease) to make specific improvements to the property by the construction of five additional motel rooms before July 1967 to a value of at least \$55,000. The lessee is to pay all taxes and assessments, keep the premises insured and at the end of the lease give up the land leased with all buildings erected or to be erected thereon without any compensation whatsoever (again, this is a requirement of an emphyteutic lease). The lessee has the right to transfer and assign the lease to a transferee or assignee who undertakes to assume all the obligations of the lessee under the said emphyteutic lease. By virtue of clause aa, in the event of the sale or transfer of the property under lease or the emphyteutic lease rights of the lessors, the lessees shall have the prior right to purchase same under the same conditions offered by a *bona fide* purchaser.

The fact that the three agreements (i.e. the sale of the shares of Lucerne Motel Co. Ltd. and Reveillon Restaurant Inc. to Dobie Holdings Corporation, the sale of the naked land by Lucerne Motel Co. Ltd. to the appellant Befega Inc. (which was incorporated by Messrs. Dupuis and Mr. Lareau for the purpose of carrying out this transaction), and the lease-back of this naked land by the said Befega Inc. to Lucerne Motel Co. Ltd. by emphyteutic lease) must be considered as part and parcel of the same transaction is further emphasized by clause 21 of the agreement, the first paragraph of which reads as follows:

The vendors warrant and agree that in the event that the sale of the naked land herein described by the companies to the vendors or their nominee under the conditions herein set forth, is subjected to an income tax or taxes by the appropriate governmental authorities, instead of being considered as a capital gain, then in such case, at the option of the purchaser, the vendors shall keep the purchaser and the companies indemnified and/or exonerated from payment of any such tax or taxes which are assessed, in default of which, and subject to and conditional upon repayment by the vendors as hereinafter stated, the present agreement of sale of shares shall be deemed cancelled and all of the said shares of the companies shall be returned to the vendors who shall be obliged to take back the same. The purchaser agrees that in such case and providing the vendors effect repayment as hereinafter set forth, the sale of land by the companies to the vendors herein may be cancelled, and the emphyteutic leaseback shall thereupon be deemed terminated, subject however to such rights as may exist of lessees holding separate emphyteutic leases which have been

En sus du loyer, le preneur s'engageait (comme le requiert un bail emphytéotique) à apporter des améliorations spécifiques au bien, en construisant cinq unités de motel supplémentaires d'une valeur minimum de \$55,000 avant juillet 1967. Le preneur doit payer tous les impôts et cotisations, faire assurer les locaux et, à la fin du bail, rendre le terrain loué avec toutes les constructions s'y trouvant sans aucune indemnisation (là encore, il s'agit d'une condition du bail emphytéotique). Le preneur a le droit de transférer et de céder le bail à un cessionnaire qui doit s'engager à assumer toutes les obligations du preneur prévues dans ledit bail emphytéotique. En vertu de la clause aa, en cas de vente ou de transfert du bien baillé ou des droits au bail emphytéotique des bailleurs, les preneurs auront un droit prioritaire d'achat aux mêmes conditions que celles offertes par un acheteur de bonne foi.

Le fait que les trois contrats (c'est-à-dire la vente des actions de la Lucerne Motel Cie Ltée et de la Réveillon Restaurant Inc. à la Dobie Holdings Corporation, la vente du terrain nu par la Lucerne Motel Cie Ltée à l'appelante Befega Inc. (qui a été constituée en corporation par MM. Dupuis et M. Lareau dans le but de conclure cette transaction), et la rétrolocation de ce terrain nu par ladite Befega Inc. à la Lucerne Motel Cie Ltée par bail emphytéotique) doivent être considérés comme partie intégrante de la même transaction est souligné par la clause 21 du contrat dont voici le premier paragraphe:

[TRADUCTION] Les vendeurs garantissent et conviennent qu'au cas où la vente du terrain nu décrit dans cet acte, par les compagnies aux vendeurs ou à leurs représentants, selon les conditions énoncées aux présentes, serait assujettie à un quelconque impôt sur le revenu par les gouvernements et ne serait pas considérée comme un gain en capital, dans un tel cas, les vendeurs veilleront alors, au choix de l'acheteur, à ce que celui-ci et les compagnies soient indemnisés et (ou) exemptés du paiement de cet impôt auquel ils seraient assujettis, à défaut de quoi et sous réserve du remboursement par les vendeurs comme précisé ci-après, le présent contrat de vente des actions sera considéré comme nul et toutes les actions des compagnies retourneront aux vendeurs qui seront obligés de les reprendre. L'acheteur convient que, dans un tel cas, et à condition que les vendeurs effectuent le remboursement prévu ci-après, la vente du terrain par les compagnies aux vendeurs en l'espèce peut être annulée et le bail emphytéotique sera alors considéré comme résilié, sous réserve cependant des droits que peuvent avoir les preneurs ayant des baux emphytéotiques

apportioned as contemplated herein, and which leases shall be respected by the owners of the land;

In order to carry out this basic agreement appellant, Befega Inc., was incorporated and by deed dated July 31, 1964 Lucerne Motel Co. Ltd. sold it the land in question for \$1,596,050. By lease dated the same date, appellant then leased the land in question to Lucerne Motel Co. Ltd. on the terms already agreed to.

By agreement, the evidence given by witnesses testifying before the Tax Appeal Board was made part of the record in this Court, no further evidence being adduced. In his evidence, Mr. Marcel Mercier, the companies' auditor, was very frank in admitting that the procedure adopted was done so because of certain tax advantages, pointing out that if Lucerne Motel and Reveillon Restaurant had sold their assets as such to Dobie Holdings then there would have been provincial sales tax on about \$500,000 worth of movable property so sold, consisting of the furnishings and equipment of the motel and restaurant and also a problem in connection with the transfer of the name of Lucerne Motel and Reveillon Restaurant, both of which are well known. The method adopted resulted in obtaining for the Messrs. Dupuis and Mr. Lareau a sort of annuity of \$110,000 a year escalating with the cost of living and guaranteed on the property. This is why they refused to sell the assets of the two companies as such and insisted instead on a long term lease.

Appellant contends that the expenditure of \$59,730.12, which has been disallowed, was an expense laid out "for the purpose of gaining or producing income from property or a business of the taxpayer" within the meaning of section 12(1)(a) of the *Income Tax Act*. Alternatively, and without prejudice to this contention, appellant claims to have the right to amortize these expenditures over a period of forty years commencing with the year 1965 by virtue of Regulation 1100(1)(b) and section 11(1)(a) of the *Income Tax Act*, read in conjunction with Schedule B, class 13, and Schedule H dealing with leasehold interests. The Minister, for his part, contends that no deductions can be made

distincts qui leur ont été assignés comme prévu, baux qui seront respectés par les propriétaires du terrain;

Dans le but d'appliquer ce contrat de base, l'appelante, Befega Inc., a été constituée en corporation et, par acte daté du 31 juillet 1964, la Lucerne Motel Cie Ltée lui a vendu le terrain en question pour la somme de \$1,596,050. En vertu d'un bail portant la même date, l'appelante a alors loué le terrain en question à la Lucerne Motel Cie Ltée aux conditions déjà convenues.

Il a été convenu d'intégrer au dossier de cette Cour les témoignages déposés devant la Commission d'appel de l'impôt, aucune autre preuve n'ayant été apportée. Lors de son témoignage, M. Marcel Mercier, le vérificateur des compagnies, a été très franc en reconnaissant que la procédure adoptée l'avait été en raison de certains avantages fiscaux, soulignant que, si la Lucerne Motel et la Réveillon Restaurant avaient vendu leur actif en tant que tel à la Dobie Holdings, il aurait alors fallu payer un impôt provincial sur environ \$500,000 des biens mobiliers ainsi vendus, comprenant le mobilier et l'équipement du motel et du restaurant. Il y aurait aussi eu un problème touchant au transfert des noms de la Lucerne Motel et la Réveillon Restaurant, qui sont bien connus. La méthode adoptée permettrait d'obtenir pour les MM. Dupuis et M. Lareau une sorte de rente annuelle de \$110,000, indexée sur le coût de la vie et garantie par le bien. C'est pourquoi ils ont refusé de vendre l'actif de deux compagnies en tant que tel et insisté pour conclure un bail à long terme.

L'appelante prétend que les débours de \$59,730.12, qui ont été rejetés, constituaient une dépense engagée «en vue de gagner ou de produire un revenu tiré de biens ou d'une entreprise du contribuable» au sens de l'article 12(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Subsidièrement, et sans porter préjudice à cette prétention, l'appelante soutient avoir le droit d'amortir ces dépenses sur une période de 40 ans à partir de l'année 1965, en vertu du Règlement 1100(1)b) et de l'article 11(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, lus en corrélation avec l'annexe B, catégorie 13 et avec l'annexe H, traitant des tenures à bail. Pour sa part, le Ministre soutient que ces dépenses ne peuvent

for these expenditures by virtue of section 12(1)(b) of the Act which prohibits such deductions in respect of "an outlay, loss or replacement of capital, a payment on account of capital or an allowance in respect of depreciation obsolescence or depletion except as expressly permitted by this Part", arguing that these expenditures were an outlay or payment on account of capital within the meaning of section 11(1)(a), and further that Regulation 1100(1)(b) does not permit any such allowance in respect of depreciation or depletion.

It would be well at this point to consider the juridical nature of an emphyteutic lease, this being a term not used in the *Income Tax Act*, but being a type of contract frequently used in the Province of Quebec where the property in question is situated. The basis of the contract is set out in articles 567 and 568 of the Quebec Civil Code which read as follows:

567. Emphyteusis or emphyteutic lease is a contract by which the proprietor of an immovable conveys it for a time to another, the lessee subjecting himself to make improvements, to pay the lessor an annual rent, and to such other charges as may be agreed upon.

568. The duration of emphyteusis cannot exceed ninety-nine years and must be for more than nine.

While the lease in question contains these essential elements there is a derogation in it from the provisions of article 569 which reads:

569. Emphyteusis carries with it alienation; so long as it lasts, the lessee enjoys all the rights attached to the quality of a proprietor. . . .

in that the lessor retains the right to alienate the property itself, always subject to the prior offering of same to Dobie Holdings Corporation on the same conditions.

The effects of an emphyteutic lease, although in an entirely different context, were considered by Noël J., as he then was, in the case of *Cohen v. M.N.R.* [1967] C.T.C. 254, in which the lessee was held to be entitled to claim capital cost allowance under class 3 (buildings) at the rate of 5% instead of under class 13 (leasehold interests) at the annual rate of one-fortieth of its capital cost on a building already on property acquired by the appellants at a time when the

faire l'objet d'aucune déduction en vertu de l'article 12(1)(b) de la Loi, qui interdit de telles déductions à l'égard «d'une somme déboursée, d'une perte ou d'un remplacement de capital, d'un paiement à compte de capital ou d'une allocation à l'égard de dépréciation, désuétude ou d'épuisement, sauf ce qui est expressément permis par la présente Partie», au motif que ces dépenses constituaient une somme déboursée ou un paiement à compte de capital au sens de l'article 11(1)(a) et, en outre, que le Règlement 1100(1)(b) ne permet aucune de ces allocations à l'égard de dépréciation ou d'épuisement.

Il serait utile à ce stade d'examiner la nature juridique d'un bail emphytéotique. Ce terme n'est pas employé dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, mais il s'agit d'un type de contrat fréquemment utilisé dans la province de Québec, où le bien en question se trouve. Le fondement du contrat est énoncé aux articles 567 et 568 du Code civil du Québec:

567. L'emphytéose ou bail emphytéotique est un contrat par lequel le propriétaire d'un immeuble le cède pour un temps à un autre, à la charge par le preneur d'y faire des améliorations, de payer au bailleur une redevance annuelle et moyennant les autres charges dont on peut convenir.

568. La durée de l'emphytéose ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans, et doit être pour plus de neuf ans.

Bien que le bail en question inclut ces éléments essentiels, il comporte néanmoins une dérogation aux dispositions de l'article 569 que voici:

569. L'emphytéose emporte aliénation; tant qu'elle dure, le preneur jouit de tous les droits attachés à la qualité de propriétaire

dans la mesure où le bailleur se réserve le droit d'aliéner le bien lui-même, sous réserve toujours de l'offrir d'abord à la Dobie Holdings Corporation, aux mêmes conditions.

Les effets d'un bail emphytéotique, dans un contexte tout à fait différent, ont été examinés par le juge Noël, maintenant juge en chef adjoint, dans l'arrêt *Cohen c. M.R.N.* [1967] C.T.C. 254. Il y a jugé que le preneur avait droit de réclamer l'allocation du coût en capital en vertu de la catégorie 3 (édifices) au taux de 5% et non en vertu de la catégorie 13 (tenures à bail) au taux annuel d'un quarantième du coût en capital d'un édifice déjà sur le terrain acquis

99 year emphyteutic lease still had 58 years to run. In that case, after referring to various articles of the Quebec Civil Code relating to emphyteusis, the judgment states at page 259:

From the above it appears that the emphyteutic lessee in Quebec has not only a right "*in personam*" in the immovable leased (as an ordinary lessee has) but a real right although this real right is a partial one only (un droit réel démembre). This right does not, however, make him the owner of the land or give him complete ownership even of the plantations or constructions erected thereon.

The judgment then goes on to consider, however, in what respects the emphyteutic lease in that case derogated from the general rules. The original lessee under the emphyteutic lease had specifically assigned to the appellants not only the right, title and interest in the lease but also the ten storey stone and brick building erected on the property, and Noël J. therefore concludes at pages 261-62:

It therefore appears to me that whatever are the rights of an ordinary emphyteutic lessee in Quebec or whatever difficulties there may be in the common law provinces because ownership of the land carries with it whatever is built thereon, I cannot, on the documents as they stand herein, reach any other conclusion but that the appellants were the proprietors of the building erected on the land owned by the Seminary.

And states further on page 262:

Having reached the conclusion that they have a right of proprietorship in this building and not a leasehold interest, they should and are entitled to depreciate their property as a building.

This seems to be almost the converse of the present case where, by derogation from the ordinary rules of emphyteutic leases, the lessors have themselves retained the right to alienate the property subject to the lease and thus have clearly retained ownership of the property. It is of some interest to note, however, that in that case the Minister had recognized that the emphyteutic lease conferred a leasehold interest on the lessees, permitting them to claim capital cost allowance spread over 40 years by virtue of Regulation 1100(7) (which was repealed in 1964 and the present Regulation 1100(1)(b), which appellant attempts to use in its alternative argument, substituted therefor).

Appellant's contention is based on the argument that the commission to the real estate

par les appelants à une époque où le bail emphytéotique de 99 ans devait encore courir pendant 58 ans. Dans cette affaire, après avoir mentionné plusieurs articles du Code civil du Québec relatifs à l'emphytéose, le juge a déclaré à la page 259:

[TRADUCTION] Il ressort de ce qui précède que le preneur emphytéotique a, au Québec, non seulement un droit personnel sur le bien immobilier baillé (comme tout locataire ordinaire) mais un droit réel, bien que ce soit un droit réel démembre. Toutefois, ce droit ne le rend pas propriétaire du terrain et ne lui donne pas la propriété entière des plantations ou constructions qui s'y trouvent.

Toutefois, dans la suite du jugement, on étudie sur quel point le bail emphytéotique en cause dans cette affaire déroge aux règles générales. Le preneur initial du bail emphytéotique a cédé spécifiquement aux appelants non seulement le droit, le titre et l'intérêt sur le bail, mais également l'édifice de pierre et de brique de dix étages érigé sur le terrain, et le juge Noël conclut donc aux pages 261 et 262:

[TRADUCTION] Il me semble donc, quels que soient les droits d'un preneur emphytéotique ordinaire au Québec ou quelles que soient les difficultés qui peuvent exister dans les provinces de common law parce que la propriété du terrain emporte propriété de tout ce qui est construit sur ce terrain, que je peux, d'après les preuves de l'espèce, seulement conclure que les appelants étaient les propriétaires de l'édifice construit sur le terrain du séminaire.

Et le juge poursuit, à la page 262:

[TRADUCTION] Ayant conclu qu'ils avaient un droit de propriété sur cet édifice et non une tenure à bail, ils doivent et ont le droit d'amortir leur bien comme un édifice.

Cette affaire semble être presque l'inverse de la présente, où, par dérogation aux règles ordinaires des baux emphytéotiques, les bailleurs se sont réservés le droit d'aliéner le bien baillé et en ont ainsi clairement conservé la propriété. Il est assez intéressant de noter toutefois que, dans ce cas, le Ministre avait reconnu que le bail emphytéotique conférait un droit de tenure à bail aux preneurs, leur permettant ainsi de réclamer une allocation du coût en capital étalée sur 40 ans en vertu du Règlement 1100(7) (abrogé en 1964 et remplacé par le Règlement 1100(1)(b) actuel, dont l'appelante essaie de se prévaloir à titre subsidiaire).

La prétention de l'appelante se fonde sur l'argument suivant, à savoir que la commission

agent and other expenses were incurred with a view to earning income from rental of the property and that the mere fact that the income so earned will continue from year to year for 99 years and thus be of lasting or enduring benefit should not of itself convert these expenses into capital expenditures since, unlike the situation in most of the jurisprudence referred to by counsel for the respondent, they were not laid out to acquire a capital asset but rather as expenses in connection with the obtaining of a long term revenue-producing contract. Counsel for the respondent contended that the lease itself has an existence as a capital asset even though it is not set up in the books of appellant as such, quite separate and apart from the property which is leased and which does appear on the books of the company at its purchase price of \$1,596,050.

The fact that an expenditure is made for the purpose of gaining or producing income does not of itself necessarily make it an income expense as distinct from a capital outlay, however. This is clearly brought out in the judgment of Abbott J., concurred in by Kerwin C.J. and Fauteux J., in *B.C. Electric Rly. Co. v. M.N.R.* [1958] S.C.R. 133 where he states at page 137:

Since the main purpose of every business undertaking is presumably to make a profit, any expenditure made "for the purpose of gaining or producing income" comes within the terms of s. 12(1)(a) whether it be classified as an income expense or as a capital outlay.

Once it is determined that a particular expenditure is one made for the purpose of gaining or producing income, in order to compute income tax liability it must next be ascertained whether such disbursement is an income expense or a capital outlay. The principle underlying such a distinction is, of course, that since for tax purposes income is determined on an annual basis, an income expense is one incurred to earn the income of the particular year in which it is made and should be allowed as a deduction from gross income in that year. Most capital outlays on the other hand may be amortized or written off over a period of years depending upon whether or not the asset in respect of which the outlay is made is one coming within the capital cost allowance regulations made under s. 11(1)(a) of *The Income Tax Act*.

In that case the appellant under agreement with certain municipalities operated a railway providing both passenger and freight service. It

a été versée à l'agent immobilier et les autres dépenses engagées dans le but de tirer un revenu de la location du bien et que le simple fait que le revenu ainsi gagné soit renouvelé d'année en année pendant 99 ans et constitue ainsi un bénéfice durable ne devrait pas en lui-même transformer ces dépenses en dépenses de capital puisqu'à la différence des situations présentées dans l'ensemble de la jurisprudence citée par l'avocat de l'intimé, elles n'ont pas été engagées pour acquérir un bien de capital, mais plutôt à titre de dépenses relatives à l'obtention d'un contrat produisant un revenu à long terme. L'avocat de l'intimé a prétendu que le bail lui-même a une existence en tant que bien de capital, même s'il n'est pas inscrit dans les livres de l'appelante comme tel, distinct du bien qui est donné à bail et qui lui figure sur les livres de la compagnie au prix d'achat de \$1,596,050.

Toutefois, le fait qu'une dépense soit engagée dans le but de gagner ou de produire un revenu n'en fait pas nécessairement une dépense ordinaire distincte d'une dépense en capital. Ceci ressort clairement du jugement rendu par le juge Abbott, auquel ont souscrit le juge en chef Kerwin et le juge Fauteux, dans l'affaire *B.C. Electric Rly. Co. c. M.R.N.* [1958] R.C.S. 133, où il déclare à la page 137:

[TRADUCTION] L'objectif essentiel présumé de toute entreprise commerciale étant la recherche d'un profit, toute dépense consentie «dans le but de gagner ou de produire un revenu» s'inscrit dans le cadre de l'article 12(1)a), qu'il s'agisse d'une dépense de revenu ou d'une dépense de capital.

Dès qu'il est acquis qu'une dépense donnée est engagée dans le but de gagner ou de produire un revenu, il faut ensuite, pour rechercher s'il y a assujettissement à l'impôt sur le revenu, déterminer si une telle dépense constitue une dépense de revenu ou une dépense de capital. Les principes sous-jacents à une telle distinction reviennent à dire, en fait, que, le revenu aux fins de l'impôt étant calculé sur une base annuelle, une dépense de revenu est une dépense engagée dans le but de gagner le revenu au cours de l'année où elle a été consentie, et elle doit être déduite du revenu brut de l'année en question. La majeure partie des dépenses en capital d'autre part, peut être amortie ou annulée en un certain nombre d'années, selon que l'actif pour lequel la dépense est consentie s'inscrit ou ne s'inscrit pas dans le cadre des règlements sur l'allocation du coût en capital prévus à l'article 11(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Dans cette affaire, l'appelante, en accord avec un certain nombre de municipalités, exploitait un chemin de fer transportant à la fois des

wished to drop the passenger service which was unprofitable and replace it with a bus service, and in order to be relieved of objections to this by the municipalities it agreed to pay \$220,000 to them for the improvement of roads, which it attempted to write off as operating expenses over a ten year period. The judgment did not permit this. Locke J. and Cartwright J., having concluded that the payment in question was to obtain relief from the obligation to maintain a passenger service which they considered as a payment on account of capital in order to be relieved of part of the obligations of the franchise, the acquisition of which had in the first instance been a capital acquisition, and hence a deduction not permitted by section 12(1)(b) of the Act, therefore found it unnecessary to consider whether the payment was made "for the purpose of gaining or producing income from a property" within the meaning of section 12(1)(a). The judgment of Abbott J., concurred in by Kerwin C.J. and Fauteux J., concluded that the payment was made in connection with appellant's profit-making operations, since by being relieved of its obligation to operate the unprofitable passenger service while retaining the profitable freight service it was increasing its profits and that therefore the payment was made for the purpose of gaining or producing income within the meaning of section 12(1)(a). It then went on, however, to apply the principle enunciated by Viscount Cave in *British Insulated and Helsby Cables Ltd. v. Atherton* [1926] A.C. 205 at 214 to the effect that the test of whether an expenditure is one made on account of capital is whether it was made "with a view of bringing into existence an advantage for the enduring benefit of the appellant's business" and decided that on the facts of the case before them this was so and that therefore it was a capital expenditure. This judgment was referred to with approval by Kerwin J. in *Montreal Light, Heat & Power Consolidated v. M.N.R.* [1942] S.C.R. 89 where he says at pages 105-06:

What happened, in my view, is that there was an application of the profits of a certain year to prevent an annual expense arising thereafter and brings the cases within Viscount

passagers et des marchandises. Elle désirait abandonner le transport de passagers qui était déficitaire et le remplacer par un service d'auto-bus. Dans le but d'éviter toute objection de la part des municipalités, elle a accepté de leur verser \$220,000 pour améliorer les routes, somme qu'elle a tentée d'amortir sur une période de 10 ans à titre de dépenses d'exploitation. Elle n'a pas obtenu gain de cause. Les juges Locke et Cartwright ont d'abord conclu que la compagnie avait fait ce paiement pour se libérer de l'obligation de maintenir un service de transport de passagers; ils l'ont donc considéré comme un paiement à compte de capital visant à la libération d'une partie des obligations du permis dont l'acquisition avait été une acquisition de capital, d'où l'interdiction de la déduction en vertu de l'article 12(1)(b) de la Loi. Ils ont donc décidé qu'il n'était pas nécessaire d'examiner si le paiement avait été effectué «dans le but de gagner ou de produire un revenu tiré de biens» au sens de l'article 12(1)(a). Dans son jugement, auquel ont souscrit le juge en chef Kerwin et le juge Fauteux, le juge Abbott a conclu que le paiement avait été effectué dans le cadre des opérations spéculatives de l'appelante, puisqu'en se libérant de l'obligation d'exploiter un service de transport de passagers déficitaire, tout en conservant le service de transport de marchandises qui rapportait, elle augmentait ses bénéfices; le paiement était donc fait dans le but de gagner ou de produire un revenu au sens de l'article 12(1)(a). Toutefois, il poursuivait son raisonnement en appliquant le principe énoncé par le vicomte Cave dans l'arrêt *British Insulated and Helsby Cables Ltd. c. Atherton* [1926] A.C. 205, à la page 214 à l'effet que le critère déterminant si une dépense est faite à compte de capital est de savoir si elle a été engagée «dans le but d'apporter un avantage pour le bénéfice durable de l'entreprise» de l'appelante et il a décidé que, vu les faits de l'espèce, il en était ainsi et qu'il s'agissait donc d'une dépense en capital. Le juge Kerwin a approuvé cette décision et l'a citée dans l'affaire *Montreal Light, Heat & Power Consolidated c. M.R.N.* [1942] R.C.S. 89, où il déclare aux pages 105 et 106:

[TRADUCTION] A mon sens, il s'est produit la chose suivante: on a utilisé les bénéfices d'une certaine année pour empêcher la naissance d'une dépense annuelle ultérieure; ceci a

Cave's criterion in *British Insulated and Helsby Cables Limited v. Atherton* ([1926] A.C. 205 at 213) of an expenditure made with a view of bringing into existence an advantage for the enduring benefit of the appellants' business. The expenditures are outlays or payments on account of capital . . .¹

If we were to substitute the words "obtain an annual revenue" for the words "prevent an annual expense" then Kerwin J.'s judgment would be applicable to the present case.

The dictum of Viscount Cave in the *British Insulated and Helsby Cables Ltd. v. Atherton* case (*supra*) has been discussed at length and the effect of it limited in many subsequent cases. In *Regent Oil Co. v. Strick* [1966] A.C. 295, Lord Morris of Borth-y-Gest stated at pages 328-29:

The well-known words of Viscount Cave L.C. in his speech in *British Insulated and Helsby Cables v. Atherton* ([1926] A.C. 205, 213) are perhaps so often quoted because in a single sentence reference is made to a number of features or attributes. Some of these may be valuable as pointers some of the time provided it is not assumed that all are useful all the time. It may in some cases be of some significance that a payment is made "once and for all." This thought was earlier expressed by the Lord President (Lord Dunedin) in *Vallambrosa Rubber Co. Ltd. v. Farmer*, ([1910] S.C. 519, 525) when he said that

"in a rough way" (the words denote that he was speaking in general terms) "I think it is not a bad criterion of what is capital expenditure, as against—what is income expenditure—to say that capital expenditure is a thing that is going to be spent once and for all, and income expenditure is a thing that is going to recur every year."

The notion of a payment being made "once and for all" may perhaps in some cases suggest the payment of the price of something of a capital nature but like any other individual phrase it must be of only limited application and helpfulness. It must be remembered also, as Lord Dunedin pointed out in the *Vallambrosa* case, (ibid 524) that it would be wrong to say that each year must be taken absolutely by itself and that nothing could ever be deducted as an expense unless it was purely and solely referable to a profit reaped within the year. The necessary annual outgoing to cover the necessary annual weeding of a rubber estate would seem essentially to be of the nature of a revenue outgoing.

It may further be of some significance, as Viscount Cave pointed out, if as a result of a payment, something is brought into existence which is an "asset or an advantage" and if it is "for the enduring benefit of a trade."

classé les affaires dans le cadre du critère du vicomte Cave énoncé dans l'arrêt *British Insulated and Helsby Cables Limited c. Atherton* ([1926] A.C. 205, à la page 213), c'est-à-dire d'une dépense effectuée dans le but d'apporter un avantage pour le bénéfice durable de l'entreprise de l'appelante. Les dépenses sont des débours ou paiements à compte de capital . . .¹

Si nous devons substituer les termes «obtenir un revenu annuel» aux termes «empêcher une dépense annuelle», la décision du juge Kerwin serait alors applicable à l'espèce présente.

Le dictum du vicomte Cave dans l'arrêt *British Insulated and Helsby Cables Ltd. c. Atherton* (précité) a été discuté en détail et sa portée limitée dans plusieurs affaires ultérieures. Dans l'arrêt *Regent Oil Co. c. Strick* [1966] A.C. 295, Lord Morris de Borth-y-Gest a déclaré aux pages 328 et 329:

[TRADUCTION] Les mots bien connus du lord chancelier vicomte Cave, dans sa décision portant sur l'affaire *British Insulated and Helsby Cables c. Atherton* ([1926] A.C. 205, à la p. 213) sont peut-être si souvent cités parce que, dans une seule phrase, il est fait référence à bon nombre de caractéristiques ou attributs. Quelques-uns d'entre eux peuvent avoir une valeur indicative à l'occasion, mais il ne faut pas présumer qu'ils sont toujours tous utiles. Dans certains cas, il peut être d'une certaine importance qu'un paiement soit fait «une fois pour toutes». Le lord président (Lord Dunedin) a déjà exprimé cette opinion dans l'arrêt *Vallambrosa Rubber Co. Ltd. c. Farmer* ([1910] S.C. 519, à la p. 525), où il a déclaré que

«en gros» (ces termes montrent qu'il parlait en termes généraux) «je pense que ce n'est pas un mauvais critère de ce qu'est une dépense de capital, par rapport à ce qu'est une dépense ordinaire, de dire que les dépenses de capital sont celles qui seront dépensées une fois pour toutes et que les dépenses ordinaires sont celles qui reviendront chaque année.»

Il est possible que la notion du paiement fait «une fois pour toutes» puisse dans certains cas suggérer le paiement du prix de quelque chose de la nature d'un capital, mais, comme toute autre expression prise à titre individuel, elle doit être d'une application et d'une aide limitée seulement. Il faut également se rappeler, comme l'a souligné Lord Dunedin dans l'arrêt *Vallambrosa* (ibid 524), qu'il serait inexact de dire que chaque année doit absolument être prise à titre individuel et que rien ne pourrait jamais être déduit à titre de dépense à moins d'être uniquement relié à un bénéfice gagné pendant cette année. Les dépenses annuelles nécessaires pour couvrir le sarclage annuel d'une exploitation de caoutchouc semblerait relever essentiellement de la nature d'une dépense ordinaire.

Par ailleurs, il peut être de quelque importance, comme l'a souligné le vicomte Cave, qu'à la suite d'un paiement, quelque chose soit créé qui est un «bien ou un avantage» et qu'elle soit «pour le bénéfice durable d'une entreprise.»

In the same case, at pages 343-44, Lord Upjohn states:

Of the cases which I must discuss, the first in point of time is *British Insulated and Helsby Cables v. Atherton*, ([1926] A.C. 205, 213, 214) where Viscount Cave L.C. made his celebrated statement that if an asset or an advantage is brought into existence "for the enduring benefit of a trade . . . there is very good reason (in the absence of special circumstances to an opposite conclusion) for treating such an expenditure as properly attributable . . . to capital." In many cases this will be a valuable criterion, but it does not help in this case for it only invites the further question, how long does it take to be an "enduring benefit" if you are dealing with a purely long-term trading agreement? I am sure that Lord Cave when he made these observations did not have in mind anything in the nature of a long-term trading agreement. Therefore, I gain no real assistance from that case.

In the case of *Anglo-Persian Oil Co. v. Dale*, 16 T.C. 253 Lord Hanworth M.R. said at 268:

Lord Cave's test that where money is spent for an enduring benefit it is capital, seems to leave open doubts as to what is meant by 'enduring'.

In *Montreal Light, Heat & Power Consolidated v. M.N.R.* (*supra*) Duff C.J. stated at page 92:

I think, moreover, that these disbursements were made for a purpose which falls within the principle enunciated by Lord Cave in the *British Insulated and Helsby Cables Ltd. v. Atherton* ([1926] A.C. 205 at 212); that is to say, the expenditures were made with a view to securing an enduring benefit, the reduction of the cost of borrowed capital over a period of at least fifteen years.

In the recent case of *M.N.R. v. Algoma Central Rly.* [1968] S.C.R. 447 Fauteux J., as he then was, states at pages 449-50:

Parliament did not define the expressions "outlay . . . of capital" or "payment on account of capital". There being no statutory criterion, the application or non-application of these expressions to any particular expenditures must depend upon the facts of the particular case. We do not think that any single test applies in making that determination and agree with the view expressed, in a recent decision of the Privy Council, *B.P. Australia Ltd. v. Commissioner of Taxation of the Commonwealth of Australia* ([1966] A.C. 224, (1965) 3 All E.R. 209) by Lord Pearce. In referring to the matter of determining whether an expenditure was of a capital or an income nature, he said, at p. 264:

The solution to the problem is not to be found by any rigid test or description. It has to be derived from many aspects of the whole set of circumstances some of which may point in one direction, some in the other. One consideration may point so clearly that it dominates other and vaguer indications in the contrary direction. It is a com-

Dans la même affaire, Lord Upjohn déclare aux pages 343 et 344:

[TRADUCTION] Parmi les affaires dont je dois discuter, la première dans l'ordre est *British Insulated and Helsby Cables c. Atherton* ([1926] A.C. 205, aux pages 213 et 214) où le lord chancelier vicomte Cave a rendu sa décision célèbre à l'effet que, si un bien ou un avantage naît «pour le bénéfice durable d'un commerce . . . il y a de très bonnes raisons (en l'absence de circonstances particulières conduisant à une conclusion contraire) de traiter une telle dépense comme si elle était à juste titre imputable . . . au capital.» Dans de nombreux cas, c'est un critère valable, mais il ne nous aide pas en l'espèce car il mène à une autre question, à savoir: combien de temps faut-il pour qu'il y ait un «bénéfice durable» s'il s'agit purement d'un accord commercial à long terme? Je suis sûr que, lorsque Lord Cave a fait ces observations, il ne pensait à rien de semblable à un accord commercial à long terme. Je ne tire donc aucune aide réelle de cet arrêt.

Dans l'arrêt *Anglo-Persian Oil Co. c. Dale* 16 T.C. 253, Lord Hanworth, maître des rôles, déclarait à la page 268:

[TRADUCTION] Le critère de Lord Cave selon lequel, lorsqu'une somme est dépensée pour un bénéfice durable, il s'agit d'un capital, ne fait que déplacer le problème vers la signification du terme «durable».

Dans l'arrêt *Montreal Light, Heat & Power Consolidated c. M.N.R.* (précité), le juge en chef Duff a déclaré à la page 92:

[TRADUCTION] En outre, je pense que ces débours ont été faits dans un but qui relève du principe énoncé par Lord Cave dans l'arrêt *British Insulated and Helsby Cables Ltd. c. Atherton* ([1926] A.C. 205 à la p. 212); c'est-à-dire, que les dépenses ont été effectuées dans le but d'assurer un bénéfice durable, savoir la réduction du coût d'un emprunt pendant une période d'au moins quinze ans.

Dans l'arrêt récent *M.N.R. c. Algoma Central Rly.* [1968] R.C.S. 447, le juge Fauteux, maintenant juge en chef, déclare aux pages 449 et 450:

[TRADUCTION] Le Parlement ne définit pas les expressions «dépense . . . de capital» ou «dépense à compte de capital». Comme il n'y a pas de critère législatif, appliquer ou non ces expressions à toutes dépenses particulières doit dépendre des circonstances propres à l'affaire. Nous ne pensons pas qu'un critère unique permette d'élaborer cette définition et nous approuvons l'avis exprimé dans une décision récente du Conseil privé rendue par Lord Pearce dans l'affaire *B.P. Australia Ltd. c. Commissioner of Taxation of the Commonwealth of Australia* ([1966] A.C. 224, (1965) 3 All E.R. 209). En mentionnant la question de savoir si une dépense était de capital ou ordinaire, il déclarait à la page 264:

On ne peut pas trouver la solution du problème en appliquant un critère ou une description rigide. Elle doit découler de plusieurs aspects de l'ensemble des circonstances dont certaines peuvent aller dans un sens et d'autres dans un autre. Une observation peut se détacher si nettement qu'elle domine d'autres indications plus vagues

monsense appreciation of all the guiding features which must provide the ultimate answer.

This case upheld the deduction allowed by Jactett P., as he then was, of expenditures made by a railway company for geological surveys which it hoped would encourage industry to locate along a rail line which had proved to be unprofitable. The judgment in the Exchequer Court had made a distinction between the information gathered as a direct result of the expenditure, which was not of itself an advantage for the enduring benefit of the taxpayer's business, and the subsequent exploitation of that knowledge. The headnote ([1967] C.T.C. 130) reads in part:

In the cases cited in which an expenditure was held to be a payment on account of capital the advantage characterized as productive of an enduring benefit was the thing contracted for or otherwise anticipated by the taxpayer as the direct result of the expenditure. In the present case the information received in consequence of the expenditure was not in itself such an advantage and the appeal was accordingly allowed.

In order for an item of expenditure to be considered as a capital expenditure it is not necessary that it should have been made in order to acquire a tangible asset, itself of a depreciable nature. In the case of *M.N.R. v. Dominion Natural Gas Co.* [1941] S.C.R. 19, in which the taxpayer attempted to deduct legal expenses incurred in a successful defence of an attack on his franchise rights, Duff C.J., in applying the criterion of Viscount Cave, held at page 24:

The settlement of the issue raised by the proceedings attacking the rights of the respondents with the object of excluding them from carrying on their undertaking within the limits of the City of Hamilton was, I think, an enduring benefit within the sense of Lord Cave's language. As Lord Macmillan points out in *Van den Berghs Ld. v. Clark* ([1935] A.C. 431 at 440):

Lord Atkinson indicated that the word "asset" ought not to be confined to "something material" and, in further elucidation of the principle, Romer L.J. has added that the advantage paid for need not be "of a positive character" and may consist in the getting rid of an item of fixed capital that is of an onerous character: *Anglo-Persian Oil Co. v. Dale* [1932] 1 K.B. 146.

To the same effect see the judgment of Kerwin J. in *Montreal Light, Heat & Power Consolidated v. M.N.R.* (*supra*).²

dans le sens contraire. C'est une appréciation saine de toutes les caractéristiques directrices qui doit apporter la réponse finale.

Cet arrêt a confirmé la décision du président Jactett, maintenant juge en chef, autorisant la déduction des dépenses engagées par une compagnie de chemin de fer pour faire des études géologiques qui, espérait-elle, encourageraient l'industrie à s'implanter le long d'une ligne de chemin de fer qui s'était révélée déficitaire. Le jugement de la Cour de l'Échiquier avait fait une distinction entre l'information recueillie en conséquence directe des dépenses, qui n'était pas en elle-même un avantage pour le bénéficiaire durable de l'entreprise du contribuable, et l'exploitation ultérieure de ces connaissances. Voici un extrait du sommaire ([1967] C.T.C. 130):

[TRADUCTION] Dans les affaires citées où il a été jugé qu'une dépense était un paiement à compte de capital, l'avantage caractérisé comme productif d'un bénéfice durable était l'objet du contrat ou toute autre chose que le contribuable pouvait espérer comme résultat direct de la dépense. Dans l'affaire présente, l'information reçue à la suite de la dépense ne constituait pas en elle-même un tel avantage; l'appel a par conséquent été accueilli.

Pour qu'une dépense soit considérée comme une dépense de capital, il n'est pas nécessaire qu'elle ait été engagée dans le but d'acquérir un bien tangible, lui-même d'une nature dépréciable. Dans l'affaire *M.R.N. c. Dominion Natural Gas Co.* [1941] R.C.S. 19, où le contribuable a tenté de déduire les frais juridiques qu'il avait engagés pour se défendre contre l'attaque des droits tirés de sa concession, le juge en chef Duff, appliquant le critère du vicomte Cave, a décidé comme suit à la page 24:

[TRADUCTION] Le règlement du litige né des poursuites contre les droits des intimés dans le but de les empêcher de poursuivre leur entreprise dans les limites de la ville de Hamilton était, à mon sens, un de ces avantages durables dont parle Lord Cave. Comme Lord Macmillan l'a souligné dans *Van den Berghs Ld. c. Clark* ([1935] A.C. 431 à la p. 440):

Lord Atkinson a indiqué que le terme «bien» ne devrait pas se limiter à «quelque chose de matériel» et, pour mieux préciser ce principe, le lord juge Romer a ajouté que l'avantage payé n'a pas besoin d'être «d'un caractère positif» et qu'il peut consister à se débarrasser d'un élément d'immobilisation qui est trop onéreux: *Anglo-Persian Oil Co. c. Dale* [1932] 1 K.B. 146.

Voir, au même effet, le jugement du juge Kerwin dans l'affaire *Montreal Light, Heat & Power Consolidated c. M.R.N.* (précitée).²

The *Dominion Natural Gas Co.* judgment was distinguished subsequently by the Supreme Court in *M.N.R. v. Kellogg Co. of Canada* [1943] S.C.R. 58. In rendering judgment, Duff C.J. said at pages 60-61:

As regards this payment, the question in issue was whether or not the registered trade marks of the plaintiffs in the action were valid trade marks, or, in other words, whether or not the present respondents, The Kellogg Company, and all other members of the public were excluded from the use of the words in respect of which the complaint was made. The right upon which the respondents relied was not a right of property, or an exclusive right of any description, but the right (in common with all other members of the public) to describe their goods in the manner in which they were describing them.

It was pointed out in *M.N.R. v. Dominion Natural Gas Co.*, *supra*, at p. 25, that in the ordinary course legal expenses are simply current expenditures and deductible as such. The expenditures in question here would appear to fall within this general rule.

Again, in the case of *Hudson's Bay Co. v. M.N.R.* [1947] Ex.C.R. 130, Angers J., after a very thorough analysis of both the British and Canadian jurisprudence, permitted the deduction of legal expenses incurred by a company in the protection of its name by injunction proceedings against a trade competitor who had adopted a similar name, holding at page 176:

The legal expenses and costs laid out by the appellant to protect its trade name, business and reputation were not incurred with the object of creating or acquiring any new asset but were incurred in the ordinary course of protecting and maintaining its already existing assets. On the other hand, I do not believe that these expenses and costs can be considered as being a capital outlay or loss.

Counsel for respondent submitted that the appellant, by means of the proceedings instituted in the United States, had obtained an enduring asset. I cannot agree with this proposition. There was no new asset brought into existence by these proceedings. The expenses were incurred in the ordinary course of maintaining the already existing assets of the company.

In the light of the foregoing jurisprudence, therefore, I have reached the conclusion that although the commission paid to the Morgan Trust Co. to introduce the tenant and complete the negotiations which led to the emphyteutic lease, and the professional fees paid to appellant's legal and accounting advisers in connection with this lease and the other agreements inextricably associated with it, were undoubtedly laid out by the taxpayer for the purpose of

La Cour suprême a circonscrit l'arrêt *Dominion Natural Gas Co.* dans l'arrêt *M.R.N. c. Kellogg Co. of Canada* [1943] R.C.S. 58. En rendant le jugement, le juge en chef Duff a déclaré aux pages 60 et 61:

[TRADUCTION] En ce qui concerne ce paiement, la question posée est de savoir si les marques de commerce enregistrées des demandereses en cause sont des marques de commerce valides ou, en d'autres termes, si les intimés en l'espèce, la Kellogg Company et tous les membres du grand public, ne pouvaient utiliser les mots qui ont fait l'objet de la plainte. Le droit sur lequel les intimés s'appuient n'est pas un droit de propriété ou un droit exclusif d'un type particulier, mais le droit (en commun avec tous les autres membres du public) de décrire leur marchandise de la manière dont ils l'ont décrite.

On a souligné, dans l'arrêt *Le ministre du Revenu national c. The Dominion Natural Gas Company*, précité, à la page 25, que, normalement, les frais juridiques sont de simples dépenses courantes et déductibles à ce titre. Les dépenses en question ici sembleraient obéir à cette règle générale.

De nouveau, dans l'arrêt *Hudson's Bay Co. c. M.R.N.* [1947] R.C.É. 130, le juge Angers, après une analyse très approfondie de la jurisprudence britannique et canadienne, a autorisé la déduction de frais juridiques engagés par une compagnie pour faire protéger son nom, en demandant une injonction contre un concurrent qui avait adopté un nom semblable. Il a décidé à la page 176:

[TRADUCTION] Les frais juridiques et dépens engagés par l'appelante pour protéger son nom commercial, son entreprise et sa réputation n'ont pas été engagés dans le but de créer ou d'acquérir un bien nouveau, mais ont été engagés normalement pour protéger et conserver ses biens déjà existants. Par ailleurs, je ne pense pas que ces dépenses et dépens puissent être considérés comme une dépense ou perte de capital.

L'avocat de l'intimé a soutenu que l'appelante, grâce aux poursuites intentées aux États-Unis, avait obtenu un avantage durable. Je ne suis pas de cet avis. Aucun bien nouveau n'est né de ces poursuites. Les dépenses ont été engagées dans un effort normal pour conserver les biens déjà existants de la compagnie.

A la lumière de la jurisprudence citée, je conclus que, bien que la commission versée à la Morgan Trust Co. pour trouver le preneur et conclure les négociations qui ont abouti au bail emphytéotique, et les frais professionnels versés aux conseiller juridique et comptable de l'appelante en rapport avec ce bail et les autres accords liés intimement à ce dernier, ont sans aucun doute été engagés par le contribuable dans le but de gagner ou de produire un revenu

gaining or producing income within the meaning of section 12(1)(a) of the Act, the emphyteutic lease, whether or not it itself can be considered as forming part of appellant's capital assets nevertheless resulted in a benefit or advantage of an enduring nature for appellant and the expenses incurred in connection with obtaining this advantage were expenses of a capital nature and, as such, cannot, by virtue of section 11(1)(a) of the Act be deducted in computing appellant's income save to the extent that this may be allowed by the Regulations.

This then brings us to appellant's alternative argument that Regulation 1100(1)(b), which is headed "Leasehold Interest", should be applied. This Regulation reads as follows:

1100. (1) Under paragraph (a) of subsection (1) of section 11 of the Act, there is hereby allowed to a taxpayer, in computing his income from a business or property, as the case may be, deductions for each taxation year equal to

(b) such amount, not exceeding the amount for the year calculated in accordance with Schedule H, as he may claim in respect of the capital cost to him of property of class 13 in Schedule B;

Class 13 of Schedule B is the class applying to property that is leasehold interest and refers to certain exceptions which would not be applicable in the present case. Schedule H sets out at some length the manner of calculating the allowance for a leasehold interest and, in particular, Schedule H reads, in part, as follows:

1. For the purpose of paragraph (b) of subsection (1) of section 1100, the amount that may be deducted in computing the income of a taxpayer for a taxation year in respect of the capital cost of property of class 13 in Schedule B is the lesser of

(a) the aggregate of each amount determined in accordance with section 2 of this Schedule that is a prorated portion of the part of the capital cost to him, incurred in a particular taxation year, of a particular leasehold interest; or

2. Subject to section 3 of this Schedule, the prorated portion for the year of the part of the capital cost, incurred in a particular taxation year, of a particular leasehold interest is the lesser of

(a) one-fifth of that part of the capital cost; or
(b) the amount determined by dividing that part of the capital cost by the number of 12-month periods (not exceeding 40 such periods) falling within the period com-

au sens de l'article 12(1)a) de la Loi, le bail emphytéotique, qu'on peut ou non considérer comme partie intégrante des biens immobiliers de l'appelante, a néanmoins procuré un bénéfice ou avantage de nature durable à l'appelante; les dépenses engagées pour obtenir cet avantage constituaient donc des dépenses d'une nature de capital et, à ce titre, elles ne peuvent pas, en vertu de l'article 11(1)a) de la Loi, être déduites du calcul de l'impôt de l'appelante sauf dans la mesure autorisée par les règlements.

Ceci nous conduit donc à l'argument subsidiaire de l'appelante selon lequel le Règlement 1100(1)b), intitulé «Tenure à bail», devrait s'appliquer. Voici ce Règlement:

1100. (1) En vertu de l'alinéa a) du premier paragraphe de l'article 11 de la Loi, il est par les présentes alloué au contribuable dans le calcul de son revenu d'une entreprise ou de biens, selon le cas, les déductions pour chaque année d'imposition égales

b) au montant qu'il peut réclamer à l'égard de ce que lui coûtent en capital les biens de la catégorie 13 de l'Annexe B, sans dépasser le montant pour l'année calculé en conformité de l'Annexe H;

La catégorie 13 de l'annexe B concerne un bien qui est une tenure à bail et mentionne certaines exceptions qui ne sont pas applicables en l'espèce. L'annexe H précise, en détail, le mode de calcul des déductions pour une tenure à bail, en particulier dans l'extrait suivant:

1. Aux fins de l'alinéa b) du paragraphe (1) de l'article 1100, le montant qui peut être déduit dans le calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition, à l'égard du coût en capital des biens de la catégorie 13 de l'Annexe B est le moindre

a) de l'ensemble de chaque montant déterminé en conformité de l'article 2 de la présente Annexe qui est une part proportionnelle de la partie du coût en capital, pour lui, contracté dans une année d'imposition particulière, d'une tenure à bail particulière; ou

2. Sous réserve de l'article 3 de la présente Annexe, la part proportionnelle pour l'année de la partie du coût en capital, contracté dans une année d'imposition particulière, d'une tenure à bail particulière est le moindre des montants suivants:

a) le cinquième de ladite partie du coût en capital; ou
b) le montant déterminé en divisant ladite partie du coût en capital par le nombre de période de 12 mois (sans dépasser 40 semblables périodes) tombant dans la période

mencing with the beginning of the particular taxation year in which the capital cost was incurred and ending with the day the lease is to terminate.

It is on the basis of this that appellant claims that it should be allowed to amortize the capital cost of the expenses incurred to obtain this lease over a period of forty years, charging one-fortieth each year against the rental revenue for the first forty years of the lease.

In order to apply Schedule H, however, the property must fall within class 13 of Schedule B. It would appear that the term "leasehold interest" would include the rights acquired by a lessee in Quebec by virtue of an emphyteutic lease. This was the Minister's contention in the case of *Cohen v. M.N.R.* (*supra*) and although the judgment held that the building should not be depreciated as a leasehold interest under class 13 but rather as a building under class 3, since in view of the terms of the lease the appellants' interest was not that of a leaseholder but that of an owner, this case is not authority for the proposition that an emphyteutic lease does not confer rights in the nature of a leasehold interest. The definitions in various English-French dictionaries, while not binding on the Court, lend credence to the view that an emphyteutic lease creates a leasehold interest for the lessee. Harrap's Standard French & English Dictionary, (1955) Vol. 2, English-French, page 696 defines "leasehold" in French as:

- a) tenure à bail, esp. tenure en vertu d'un bail emphytéotique;
- b) propriété, immeuble loués à bail.

L. C. Clifton et A. Grimaux—Nouveau Dictionnaire Anglais-Français et Français-Anglais defines "leasehold" as:

tenure par bail à terme—tenure par bail emphytéotique.

Th. A. Quemner Dictionnaire Juridique Anglais-Français (1955) defines "leasehold" as:

bien-fonds loué à bail—tenure en vertu d'un bail emphytéotique.

It would appear, however, that the term "leasehold interest" as used in the heading of Regulation 1100(1)(b) and in Schedule B, class 13, and Schedule H, refers to the leasehold

commençant avec le début de l'année d'imposition particulière dans laquelle le coût en capital a été contracté et se terminant avec le jour où le bail doit prendre fin.

C'est sur cette base que l'appelante demande l'autorisation d'amortir, sur une période de 40 ans, le coût en capital des dépenses engagées pour obtenir ce bail, en déduisant chaque année un quarantième du revenu locatif des quarante premières années du bail.

Toutefois, dans le but d'appliquer l'annexe H, le bien doit relever de la catégorie 13 de l'annexe B. Il semblerait que le terme «tenure à bail» inclut au Québec les droits acquis par un preneur en vertu d'un bail emphytéotique. Telle était la prétention du Ministre dans l'affaire *Cohen c. M.R.N.* (précitée); bien que le jugement ait décidé que l'édifice ne serait pas amorti à titre de tenure à bail en vertu de la catégorie 13 mais plutôt à titre d'édifice en vertu de la catégorie 3 puisque, vu les conditions du bail, le droit des appelants n'était pas celui d'un preneur à bail mais d'un propriétaire, cette décision n'appuie pas la proposition voulant qu'un bail emphytéotique ne confère pas un droit de la nature d'une tenure à bail. Les définitions que l'on trouve dans divers dictionnaires anglais-français, bien que ne liant pas la Cour, viennent renforcer l'idée qu'un bail emphytéotique crée un droit de tenure à bail pour le preneur. Le dictionnaire français-anglais *Harrap's Standard*, (1955) vol. 2, anglais-français, définit «leasehold» en français, à la page 696, comme suit:

- a) tenure à bail, esp. tenure en vertu d'un bail emphytéotique;
- b) propriété, immeuble loué à bail.

Le nouveau dictionnaire anglais-français et français-anglais de L. C. Clifton et A. Grimaux définit «leasehold» comme suit:

tenure par bail à terme—tenure par bail emphytéotique.

Le dictionnaire juridique anglais-français (1955) de Th. A. Quemner définit «leasehold» comme suit:

bien-fonds loué à bail—tenure en vertu d'un bail emphytéotique.

Toutefois, il semblerait que le terme «tenure à bail» utilisé dans l'intitulé du Règlement 1100(1)(b), à l'annexe B, catégorie 13, et à l'annexe H, se rapporte au droit de tenure à bail du

interest of the *lessee* in the property. In this interpretation the lessor has granted a lease of the property to the lessee but it is only the lessee who has a "leasehold interest" in the property. All of the jurisprudence cited deals with claims by a *lessee* for capital cost allowance in connection with its leasehold interest. For example, in the case of *Gateway Lodge Ltd. v. M.N.R.* [1967] 2 Ex.C.R. 326, although the judgment dealt with another point, namely the claim for terminal allowance on surrender of the lease under section 1100(2) of the Regulations, Jackett P., as he then was, stated at page 334:

In the first place, having regard to the definition of the relevant classes, it seems clear that the appellant's leasehold interest in the land, of which the buildings formed, in the view of the law, a part, falls within prescribed class 13 and not within prescribed class 6. Class 6 extends only to property "not included in any other class" that is a building and the appellant's leasehold interest clearly falls within class 13.

Here the leasehold interest referred to was that of the lessee. See also *Reitman v. M.N.R.* [1967] C.T.C. 368 in which the lessee, under a 99 year lease, was found by Dumoulin J. to hold only an interest in a lease and not an interest in a building, and that his interest therefore fell to be depreciated as class 13 property, amortizable over 40 years, and not as class 3 property. This case discussed the judgment of Noël J. in *Cohen v. M.N.R.* (*supra*) and agreed with it in view of the differences between the Quebec laws of emphyteusis under which it was decided, and the common law which was applicable to the long-term lease in issue before Dumoulin J. See also *McLean v. M.N.R.* [1965] C.T.C. 530 in which Gibson J., in an estate tax case, dealt with the value of a leasehold interest to a *lessee*.

If any further indication were required to establish that leasehold interest is not something which vests in the lessor but only in the lessee, it is interesting to note the French translation of Regulation 1102(5), which regulation is not applicable in the present case, but in which the words "where the taxpayer has a leasehold interest in a property" have been translated in the French version as "lorsque le contribuable est *locataire* à bail de biens" (italics mine), thus

preneur du bien. Selon cette interprétation, le bailleur accorde un bail sur le bien au preneur, mais c'est seulement le preneur qui a «un droit de tenure à bail» sur le bien. Toute la jurisprudence citée traite de demandes, présentées par un *preneur*, d'allocations du coût en capital relatives à son droit de tenure à bail. Par exemple, dans l'arrêt *Gateway Lodge Ltd. c. M.N.R.* [1967] 2 R.C.É. 326, bien que le jugement porte sur un autre point, en l'espèce la demande d'allocation à l'occasion de la cession d'un bail en vertu de l'article 1100(2) des Règlements, le président Jackett, maintenant juge en chef, a déclaré à la page 334:

[TRADUCTION] Tout d'abord, eu égard à la définition des catégories pertinentes, il paraît clair que le droit de tenure à bail de l'appelante sur le terrain dont les édifices font partie au regard du droit, relève de la catégorie 13 et non de la catégorie 6. La catégorie 6 inclut seulement les biens «non compris dans aucune autre catégorie», c'est-à-dire les édifices; le droit de tenure à bail de l'appelante tombe donc dans la catégorie 13.

Ici, le droit de tenure à bail mentionné était celui du preneur. Voir également *Reitman c. M.N.R.* [1967] C.T.C. 368, où le juge Dumoulin a jugé que le preneur, en vertu d'un bail de 99 ans, détenait seulement un droit sur un bail et non un droit sur un édifice et que son droit était donc amortissable sur 40 ans, relevant de la catégorie 13 et non de la catégorie 3. Dans cet arrêt, on discute la décision du juge Noël dans l'affaire *Cohen c. M.N.R.* (précitée), pour y souscrire vu les différences entre le droit québécois de l'emphytéose en regard duquel la décision a été rendue et la common law qui s'appliquait au bail à long terme faisant l'objet du litige porté devant le juge Dumoulin. Voir également l'arrêt *McLean c. M.N.R.* [1965] C.T.C. 530, où le juge Gibson, dans une affaire d'impôt successoral, traitait de la valeur d'un droit de tenure à bail pour un *preneur*.

Si on a besoin d'autres éléments pour établir que le contrat de tenure à bail n'est pas un attribut du bailleur mais seulement du preneur, il est intéressant de noter que dans le texte français du Règlement 1102(5), règlement qui n'est pas applicable en l'espèce, les termes «where the taxpayer has a leasehold interest in a property» ont été rendus par «lorsque le contribuable est *locataire* à bail de biens» (les italiques sont de moi), indiquant ainsi que le terme

indicating that the term "leasehold interest" has reference to the interest of a *lessee*.

This alternative ground of appeal must therefore also fail, and there is no other regulation by virtue of which expenditures incurred by appellant in connection with the emphyteutic lease can be written off against the revenue obtained from it. While in its practical consequences this is unfortunate from the point of view of the appellant, many instances can be found of capital expenditures which cannot be written off under any sections of the Act or Regulations, despite the fact that they contribute to earning income over a long period of time for the taxpayer.

Appellant's appeal is therefore dismissed, with costs.

¹ It should be noted that this judgment was made under the provisions of section 6(b) of the *Income War Tax Act*; the provisions of this section were substantially similar to those of the present section 12(1)(b) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, with which we are dealing here.

² While it should be pointed out that these two judgments were rendered at a time when the section in question, namely section 6(a) of the *Income War Tax Act*, prohibited deductions of "disbursements or expenses not wholly, exclusively and necessarily laid out or expended for the purpose of earning the income", whereas the present section 12(1)(a) prohibits "an outlay or expense except to the extent that it was made or incurred by the taxpayer for the purpose of gaining or producing income from property or a business of the taxpayer", which is somewhat broader, a close reading of these judgments does not indicate that they turned on this point or would have been any different under the present section.

«leasehold interest» se rapporte au droit du *preneur*.

Ce moyen d'appel subsidiaire doit donc aussi être rejeté. Il n'existe aucun autre règlement permettant d'amortir, en les déduisant du revenu tiré du bail emphytéotique, les dépenses engagées par l'appelante en vue de celui-ci. Bien que les conséquences pratiques de cette décision soient malheureuses du point de vue de l'appelante, on peut trouver de nombreux exemples de dépenses de capital qui ne peuvent être amorties selon les articles de la Loi ou des Règlements, bien qu'elles contribuent à procurer un revenu au contribuable sur une longue période de temps.

L'appel est donc rejeté avec dépens.

¹ Remarquons que ce jugement a été rendu en application des dispositions de l'article 6b) de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*; les dispositions de cet article étaient en substance semblables à celles de l'article actuel 12(1)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, c. 148, dont nous traitons dans l'affaire présente.

² Bien qu'il faille noter que ces deux jugements ont été rendus à une époque où l'article en question, soit l'article 6a) de la *Loi sur l'impôt de guerre sur le revenu*, interdisait des déductions de «déboursés ou dépenses qui ne sont pas totalement, exclusivement et nécessairement faites en vue de la production du revenu» tandis que l'article actuel 12(1)a) interdit la déduction d'«une somme déboursée ou dépensée, sauf dans la mesure où elle l'a été par le contribuable en vue de gagner ou de produire un revenu tiré de biens ou d'une entreprise du contribuable», texte qui est dans une certaine mesure plus large, une lecture attentive de ces jugements n'indique pas qu'ils portaient sur ce point ou qu'ils auraient été différents en vertu de l'article actuel.