

Maple Leaf Mills Limited (Appellant)

v.

Minister of National Revenue (Respondent)

Court of Appeal, Thurlow J., MacKay and Sweet D.JJ.—Toronto, April 18, 19 and May 17, 1973.

Income tax—Business income, ascertainment of—Year of account—Losses from operation of ship guaranteed by vendor—Payment in lump sum for several years—In what year chargeable.

In connection with the sale of a ship to appellant in 1961 the vendor transferred some \$1,900,000 in investments to *B Ltd.*, a subsidiary, which undertook that appellant's revenues from operating the ship would meet certain levels. The arrangement with *B Ltd.* was changed in 1963 and the following arrangement substituted. Appellant purchased all of the shares in *B Ltd.*, to be paid for on the sale of the ship, the price to be the fair market value of *B Ltd.*'s investments at that time less operating deficiencies and any dividends paid by *B Ltd.* to appellant. Appellant sold the ship during its 1966 taxation year. During its ownership of the ship it had incurred operating losses from ship operations of some \$1,201,079 and had received \$216,435 in dividends from *B Ltd.*

Held, appellant was chargeable to income tax in 1966 on the difference between the net operating losses and the dividends received, *viz.* \$984,644. This sum was of an income nature and was not to be taken into account before sale of the ship, for while each year's deficiency was ascertainable at the end of each year and constituted a debt due and owing, it was subject to revision until the ship was sold, and thus did not acquire the character of a receivable until then.

Held also, appellant should not be allowed to set up as a new ground of appeal during argument that the final amount was not ascertainable until 1967 when the auditor's certificate was given.

APPEAL.

COUNSEL:

Claude Thomson and D. J. Deacon for appellant.

G. W. Ainslie, Q.C., and W. J. A. Hobson for respondent.

SOLICITORS:

Campbell, Godfrey and Lewtas, Toronto, for appellant.

Maple Leaf Mills Limited (Appelante)

c.

Le ministre du Revenu national (Intimé)

a Cour d'appel, le juge Thurlow, les juges suppléants MacKay et Sweet—Toronto, les 18 et 19 avril et le 17 mai 1973.

b *Impôt sur le revenu—Détermination du revenu d'entreprise—Dans quelle année le revenu doit-il être déclaré—Pertes imputables à l'exploitation du navire garanties par le vendeur—Paiement de sommes globales pendant plusieurs années—Dans quelle année sont-elles imposables?*

c Par suite de la vente d'un navire à l'appelante en 1961, le vendeur a transféré environ \$1,900,000 à la *B Ltd.*, une filiale, sous forme d'investissements. Cette dernière se portait garante que les revenus de l'appelante provenant de l'exploitation du navire atteindraient un certain niveau. L'accord conclu avec *B Ltd.* fut modifié en 1963 et remplacé par l'accord suivant: l'appelante acheta toutes les actions de la *B Ltd.*, qui devaient être payées lors de la vente du navire, le prix étant fixé à la juste valeur marchande des investissements de la *B Ltd.* à ce moment-là moins les déficits d'exploitation et tous dividendes versés par *B Ltd.* à l'appelante. Cette dernière a vendu le navire au cours de l'année d'imposition 1966. Pendant qu'elle possédait le navire, les pertes imputables à son exploitation s'élevaient à environ \$1,201,079 et elle avait reçu \$216,435 à titre de dividendes de la *B Ltd.*

d *Arrêt:* (1) En 1966, l'appelante devait payer l'impôt sur le revenu sur la différence entre les pertes d'exploitation nettes et les dividendes reçus, savoir \$984,644. Cette somme a la nature d'un revenu et l'on ne pouvait la prendre en considération avant la vente du navire car, bien que le déficit annuel fût déterminé à la fin de chaque année et constituât une dette due et échue, il était susceptible de révision jusqu'à la vente du navire et ne devenait donc exigible qu'à ce moment-là.

e (2) On ne peut permettre à l'appelante de soulever comme nouveau moyen d'appel durant la plaidoirie que le montant final n'a été déterminé qu'en 1967, date à laquelle le vérificateur a délivré son certificat.

h APPEL.

AVOCATS:

Claude Thomson et D. J. Deacon pour l'appelante.

G. W. Ainslie, c.r., et W. J. A. Hobson pour l'intimé.

PROCUREURS:

Campbell, Godfrey et Lewtas, Toronto, pour l'appelante.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

THURLOW J.—This appeal arises from an assessment of tax for the 1966 taxation year of the appellant in respect of an amount of \$1,201,079 referred to in the notice of reassessment as “deficient net revenue of vessel FEDERAL MONARCH recovered from Bessbulk Limited.”

The facts and transactions which gave rise to this amount are complicated and I propose to state only so much of them as appears to me to be necessary to point up and determine the issues raised. The appellant, which had for many years been engaged in the milling and kindred businesses, on or about July 31, 1961, bought a large oil tanker which was then under a long term charter to Imperial Oil Limited. From that time onward the appellant, in addition to its other activities, operated the vessel for its own account, as had been contemplated by the arrangements with the vendors. On November 19, 1965, the vessel was sold and the operation of it by the appellant came to an end.

As part of the arrangements for the purchase of the vessel the appellant entered into a contract with Bessbulk Limited, which had been incorporated by the vendors in pursuance of the arrangements, whereby Bessbulk underwrote the amount by which the actual net revenues from the operation of the vessel during the charter period or until the vessel might be sold, might fail to meet certain agreed projected levels. The vendors had transferred to Bessbulk a sum of some \$1,900,000 for investment and the agreement provided that in each year, to the extent of the net revenues of Bessbulk from such investments, any deficiency in the net revenue from the operation of the vessel should be paid to the appellant by Bessbulk and the remainder of such deficiency should be a debt due and owing to the appellant by Bessbulk to be discharged by setting off revenues of later years in excess of the agreed levels or failing that by payment at the conclusion of the charter or on the sale of the vessel. The agreement also contained provisions for return to Bessbulk of

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

LE JUGE THURLOW—Cet appel porte sur la cotisation d'impôt de l'appelante pour son année d'imposition 1966, d'un montant de \$1,201,079 qui représente, selon l'avis de nouvelle cotisation, [TRADUCTION] «le manque à gagner net du navire FEDERAL MONARCH recouvré de la Bessbulk Limited.»

Cette somme provient d'arrangements compliqués et je me propose d'en exposer les seules parties essentielles à l'intelligence des questions en litige. Depuis de nombreuses années, la compagnie appelante possède des minoteries et exerce des activités commerciales annexes. Le 31 juillet 1961, ou vers cette date, elle s'est portée acquéreur d'un gros pétrolier qui était alors sous contrat d'affrètement à long terme à l'Imperial Oil Limited. A partir de cette date, la compagnie appelante, en plus de ses autres activités, a exploité ce navire pour son propre compte, aux termes d'accords conclus avec les vendeurs. Le navire fut vendu le 19 novembre 1965 et la compagnie appelante ne participa plus à son exploitation.

Les accords relatifs à l'achat du navire comprenaient un contrat entre la compagnie appelante et la Bessbulk Limited, compagnie constituée par les vendeurs conformément aux accords. Aux termes de ce contrat, la Bessbulk assurait à la compagnie appelante, jusqu'à la fin du contrat d'affrètement ou jusqu'à la vente du navire, le versement de la différence entre le revenu net de l'exploitation du navire et un revenu minimum prévu dans le contrat. Les vendeurs avaient transféré à la Bessbulk, pour qu'elle l'investisse, la somme de \$1,900,000 et il était convenu que, chaque année, la Bessbulk payerait à la compagnie appelante une somme n'excédant pas le revenu net de ces investissements, pour couvrir une partie du déficit du revenu net tiré de l'exploitation du navire; le reliquat de ce déficit de revenu net devait constituer une dette à la charge de la Bessbulk qui devait l'acquitter dans les années où les revenus tirés de l'exploitation du navire dépasseraient le niveau prévu par les accords, faute de quoi le remboursement serait effectué à l'échéance du

amounts it had paid under the agreement in the event of the revenues of the vessel operation exceeding the projected levels and ultimately from the proceeds of sale of the vessel if such proceeds exceeded her cost to the appellant and any unpaid deficiencies of net revenue. Bessbulk was also entitled to 35% of any profits of the operation over the projected levels.

In the appellant's 1962 taxation year, which ended in July 31, 1962, the net revenues of the vessel operation fell below the agreed level by \$206,932 of which the appellant received \$36,058 from Bessbulk and the balance became owing by Bessbulk under the agreed terms. In each subsequent year of the vessel operation, as well, the net revenues therefrom fell well below the agreed levels until by the time the vessel was sold in 1965 the total of such deficiencies amounted to \$1,201,079, that is to say, an amount equal to that referred to in the assessment under appeal.

I pause to observe at this point that had the arrangements referred to continued throughout the period in question I should have had no difficulty in concluding on the facts that this amount arose from the operation of the vessel and whenever realized would have been income of the appellant's business.

The arrangements, however, did not continue. By further agreements dated June 20, 1963, but made effective from August 1, 1962, the arrangements were, to use the expression of the appellant's memorandum, "restructured". In this transaction the appellant purchased from the vendors all the shares of Bessbulk and the underwriting by Bessbulk of the net revenue deficiencies of the vessel operation was cancelled and terminated but without affecting rights or liabilities accrued thereunder. While the shares of Bessbulk were transferred to the appellant immediately under these arrangements the price therefor was not to be payable until the termination of the charter or until the vessel was sold, whichever might occur first, and what was then to be paid was the amount by which

contrat d'affrètement ou à la vente du navire. L'accord prévoyait également que, si les revenus tirés de l'exploitation du navire excédaient les niveaux prévus au contrat, les sommes qu'auraient versées la Bessbulk conformément aux termes de l'accord lui seraient remboursées. Ces sommes seraient également remboursées au cas où le prix de vente du navire dépasserait le total du prix d'achat plus le déficit du revenu net non remboursé. La Bessbulk avait également droit à 35% des bénéfices d'exploitation au-delà du niveau prévu au contrat.

Pour l'année d'imposition 1962 de l'appelante, prenant fin le 31 juillet 1962, les revenus nets de l'exploitation du navire accusaient un déficit de \$206,932 par rapport au niveau prévu et la compagnie appelante a touché de la Bessbulk la somme de \$36,058, le solde restant dû par la Bessbulk aux termes de l'accord. Par la suite, chaque année d'exploitation du navire s'est traduite par un déficit et quand le navire fut vendu, en 1965, le total de ces déficits était de \$1,201,079, soit la somme en litige dans la cotisation dont il est fait appel.

Je dois faire remarquer que si les accords susmentionnés étaient restés en vigueur pendant toute la période en question, il ne me serait pas difficile de conclure que cette somme provenait de l'exploitation du navire et constituait ainsi un revenu de l'entreprise de la compagnie appelante.

Cependant, ces accords ne sont pas restés en vigueur. Par un accord supplémentaire en date du 20 juin 1963, mais prenant force rétroactivement au 1^{er} août 1962, ces accords furent, selon l'expression utilisée dans le mémoire de la compagnie appelante, [TRADUCTION] «restructurés». Par cet accord, la compagnie appelante a racheté au vendeur toutes les actions de la Bessbulk et l'accord par lequel cette dernière s'engageait à garantir les déficits du revenu net de l'exploitation du navire fut résilié, sans préjudice des droits ou obligations acquis. Bien que les actions de la Bessbulk aient été immédiatement transférées à la compagnie appelante aux termes des accords, leur prix ne devenait exigible qu'à l'échéance du contrat d'affrètement ou à la vente du navire. Le prix à payer serait alors

the fair market value of the investments of Bessbulk at that time exceeded the net revenue deficiencies of the operation of the vessel less any amounts already paid by Bessbulk to the appellant in respect of such deficiencies and any income distributed by Bessbulk to the appellant.

In its 1963, 1964 and 1965 taxation years the appellant received from Bessbulk dividend distributions of \$55,826, \$60,834 and \$63,717, respectively, which together with the \$36,058 received in 1962 totalled \$216,435. In consequence, when the ship had been sold and the calculations had been made, the appellant was able to discharge its obligation to pay for the shares of Bessbulk by paying an amount representing the fair market value of that company's investments less \$984,644 (that is to say the \$1,201,079 total net operational deficiency mentioned earlier less the \$216,435 which the appellant had received from Bessbulk).

In assessing the appellant for the taxation year 1966 the Minister added the \$1,201,079 to the appellant's income and the assessment so made was confirmed by the judgment of the Trial Division. On the appeal to this Court, however, the Minister, in his memorandum of argument, acknowledged "that on a proper interpretation of the contract of purchase, the amount of the benefit enjoyed by the appellant during its 1966 taxation year is not the sum of \$1,201,079, as assessed, but rather the sum of \$984,644" and took the position that the appeal should be allowed and the judgment appealed from varied so as to refer the assessment back to him for re-assessment so as to include in the appellant's income the sum of \$984,644 instead of the sum of \$1,201,079 but that in other respects the appeal should be dismissed.

The appellant raised two principal points in objection to the assessment of the \$984,644 amount, first, that the amount was not income but a capital accretion, and second, that even if the amount was income it was not assessable in the 1966 taxation year.

la différence entre la juste valeur marchande de l'avoir de la Bessbulk et les déficits du revenu net de l'exploitation du navire, moins les sommes déjà payées à la compagnie appelante par la Bessbulk en remboursement de ces déficits ainsi que tout revenu que la Bessbulk aurait distribué à l'appelante.

Dans ses années d'imposition 1963, 1964 et 1965, la compagnie appelante a reçu de la Bessbulk des dividendes de \$55,826, \$60,834 et \$63,717, respectivement, ce qui donne, avec les \$36,058 reçus en 1962, un total de \$216,435. Par conséquent, après la vente du navire, la compagnie appelante a pu régler l'achat des actions de la Bessbulk en versant une somme représentant la juste valeur marchande de l'avoir de cette compagnie moins la somme de \$984,644 (c'est-à-dire \$1,201,079, total du déficit net de l'exploitation du navire, moins la somme de \$216,435 que la compagnie appelante avait reçue de la Bessbulk).

En établissant la cotisation de la compagnie appelante pour l'année d'imposition 1966, le Ministre a ajouté au calcul de son revenu la somme de \$1,201,079. Cette cotisation a été confirmée par la Division de première instance. Cependant, lors de l'appel interjeté devant la présente Cour, le Ministre a admis, dans l'exposé de ses arguments, [TRADUCTION] «que, selon une juste interprétation des termes du contrat d'achat, le montant du profit reçu par la compagnie appelante pendant l'année d'imposition 1966 n'est pas la somme de \$1,201,079, ainsi que l'indique la cotisation, mais la somme de \$984,644»; selon lui, l'appel devrait être admis et la décision en première instance modifiée pour lui déférer la cotisation, pour nouvelle cotisation comprenant dans le calcul du revenu de la compagnie appelante la somme de \$984,644 plutôt que celle de \$1,201,079. Le Ministre demandait le rejet de l'appel sur tous les autres points en litige.

La compagnie appelante a soulevé deux principales objections à la cotisation de la somme de \$984,644. Elle affirme, premièrement, que cette somme n'est pas un revenu mais une augmentation de capital et, deuxièmement, que même si cette somme est un revenu, elle ne peut être

On the first point the appellant's submission, as I have understood it, was that on the face of it the 1963 agreement was one for the purchase by the appellant of shares and that even though its provisions were intended to replace the 1961 income indemnity agreement its substance was to provide a formula for the determination of the purchase price of the shares; that while the 1961 agreement contemplated a supplement of the earnings of a vessel being paid the 1963 agreement made no such provision but provided merely for a reduction of the purchase price of the shares by reference to the results of the operation of the vessel.

It appears to me that whether that submission accurately characterizes the 1963 agreement or not,—and I am not inclined to regard it as an inaccurate characterization—what must be determined is not so much the substance or character of the agreement itself, but the nature of what has accrued to the appellant under it.

The agreement was said to be a restructuring of the 1961 arrangements and that it was intended to produce in another way the same economic results. It may, therefore, be taken, that its provisions were in substitution for the earlier 1961 provisions, and constituted a method of filling the hole in revenues, or of supplementing revenues, which was different from that provided by the 1961 arrangement but which served the same purpose, viz., to satisfy the appellant's initial stipulation for an assurance that the revenues from the operation of the vessel would not be less than projected. That suggests in my opinion that what accrued to the appellant under this agreement was also of a revenue nature.

In addition to this the facts appear to me to show that it was by reason of the subsequent operation of the vessel that the appellant earned the right to have the amount in question taken into account in calculating the price it was to pay for the shares. This right thus accrued from the operation of the vessel and forms part of what the appellant gained by the operation.

ajoutée au revenu imposable de la compagnie pour l'année d'imposition 1966.

Si j'ai bien compris, la compagnie appelante prétend dans son premier argument que le but évident de l'accord de 1963 était le rachat des actions et que, si ses dispositions étaient censées remplacer l'accord de 1961 sur l'indemnisation de ses déficits de revenu, son but était d'arriver à un prix d'achat des actions. Elle prétend que si l'accord de 1961 prévoyait le versement d'un supplément au revenu tiré de l'exploitation du navire, l'accord de 1963 ne contenait aucune pareille disposition et ne portait que sur la réduction du prix d'achat des actions en se basant sur les revenus tirés de l'exploitation du navire.

Que cet argument représente ou non d'une manière exacte l'accord de 1963—et je ne vois pas pourquoi je le considérerais comme une représentation inexacte—ce qui doit être tranché n'est pas tellement la substance ou le caractère de l'accord mais bien la nature de ce que la compagnie appelante en a tiré.

Cet accord était censé restructurer les accords de 1961 et son but était d'obtenir d'une autre manière les mêmes résultats économiques. On peut par conséquent dire que ses dispositions venaient remplacer les dispositions de 1961, que cela était un moyen de combler le déficit des revenus ou d'augmenter les revenus, moyen différent de celui prévu dans l'accord de 1961 mais qui, en fait, arrivait au même résultat, à savoir satisfaire à l'exigence initiale de la compagnie appelante de se voir garantir que les revenus tirés de l'exploitation du navire ne seraient pas inférieurs à la somme prévue. Cela me mène à penser que ce que la compagnie appelante a obtenu en vertu de cet accord avait également le caractère d'un revenu.

De plus, les faits me semblent démontrer que c'est par l'exploitation ultérieure du navire que la compagnie appelante a mérité le droit de faire entrer en ligne de compte le montant en question dans le calcul du prix des actions. Ce droit provient par conséquent de l'exploitation du navire et fait partie des gains de la compagnie en vertu de l'accord.

I am accordingly of the opinion that the right of the appellant to have the \$984,644 in question taken into account was of an income nature and was assessable as income.

On the other point the submission was that in any event the amount was not properly included in the appellant's 1966 income since it accrued year by year and the appellant's entitlement with respect to the net revenue deficiency of each year should have been assessed in the year in which such deficiency arose. With respect to the taxation years 1963, 1964 and 1965, to which the 1963 agreement applied, I am at a loss to understand what could have been regarded at the end of any year as having accrued to the appellant as a right since the charter still had many years to run during which the deficiency might be obliterated and since the ship had not yet been sold. For this reason, I think the appellant's submission is even weaker with respect to these years than it is with respect to the 1962 taxation year, to which the 1961 agreement applied. In that case as well, however, though the amount of the deficiency for the year was capable of ascertainment at the end of the year and constituted a debt due and owing within the meaning of the agreement, it too remained subject, until the end of the charter period or until the vessel should be sold, to revision or obliteration as a result of the operation of the vessel in subsequent years, or as a result of the vessel being sold for enough to bring into play the provisions of the agreement for reimbursement of Bessbulk. As I see it, the earliest time when any of these amounts had the character and qualities of a receivable was when the ship had been sold and their net amount, which because there were no annual revenue increases was also their gross amount, had been determined in accordance with the provisions of the arrangements. I do not think, therefore, that there was anything to be taken into account as income by the appellant in respect of such amounts in any taxation year earlier than 1966.

The foregoing conclusions are sufficient to dispose of the appeal on the points raised in the appellant's notice of appeal to the Trial Division

Par conséquent, je considère que le droit de la compagnie appelante de faire entrer en ligne de compte la somme de \$984,644 constitue un revenu et est imposable comme tel.

^a L'autre argument est que, de toute manière, la somme n'avait pas été comprise à juste titre dans le calcul du revenu de la compagnie appelante pour l'année 1966 car elle s'était accumulée année par année et les droits qu'avait la compagnie appelante de se faire rembourser les déficits de son revenu net de chaque année devaient faire l'objet d'une cotisation dans l'année même de ce déficit. En ce qui concerne les années d'imposition 1963, 1964 et 1965, auxquelles s'applique l'accord de 1963, je n'arrive pas à comprendre comment on aurait pu effectuer à la fin de chaque année le calcul des montants à verser à la compagnie appelante, étant donné que le contrat d'affrètement restait valide pour de nombreuses années au cours desquelles le déficit pouvait être comblé et que le navire n'avait pas encore été vendu. Pour cette raison je considère que l'argument de la compagnie appelante est encore plus faible pour ces années que pour l'année d'imposition 1962, à laquelle s'appliquait l'accord de 1961. Mais même pour 1962, bien qu'il ait été possible de déterminer, à la fin de cette année-là, le déficit qui constituait une dette exigible au sens de l'accord, ce montant était, jusqu'à la fin de la période d'affrètement ou la vente du navire, sujet à révision ou à compensation selon les résultats de l'exploitation du navire dans les années ultérieures ou selon que le navire était vendu pour un prix permettant de faire jouer les dispositions de l'accord sur le remboursement à la Bessbulk. A mon sens, ces sommes n'ont eu le caractère et la nature d'une dette exigible qu'à la vente du navire, leur montant exact étant alors fixé en accord avec les dispositions du contrat. Comme il n'y avait eu aucune augmentation des revenus, le montant net était le même que le montant brut. Par conséquent, je ne pense pas qu'on puisse, à partir de ces chiffres, faire un calcul du revenu qui tiendrait compte de ces sommes avant 1966.

^j Ces conclusions suffisent à justifier le rejet de l'appel sur les questions soulevées par la compagnie appelante dans son avis d'appel à la

and in the memorandum of argument and the argument presented by counsel for the appellant on the hearing of the appeal. In the course of his reply, however, counsel sought to raise a further point which had first appeared during the presentation of argument by counsel for the Minister. The point was that if the amount in question was assessable as income and was not assessable in the years earlier than 1966 it was nevertheless not assessable in the appellant's 1966 taxation year since the certificate of the auditors certifying pursuant to the agreement the amount of the net revenue deficiencies and the price to be paid for the shares, (which appears at page 379 of the appeal case) purports to be dated December 1, 1966, which fell in the appellant's 1967 taxation year, and that accordingly the amount in question in the appeal was not determined in the appellant's 1966 taxation year and was not income of that year.

This was a new issue not raised at any stage in the Trial Division nor up to that time on the appeal and to my mind it amounted to putting forward an entirely new alternative case which had not been pleaded and the possible existence of which had not theretofore been apparent to counsel on either side.

Paragraphs 8 and 16 of the appellant's notice of appeal to the Trial Division filed on October 6, 1969, include the following assertions:

8. On November 19, 1965 the vessel was sold by Maple Leaf to Oswego Unity Corporation ("Oswego"). The purchase price payable under the purchase agreement for the shares and other securities of Bessbulk was paid by Maple Leaf in its 1966 fiscal year.

16. The transaction constituted by the purchase agreement involved the sale by Federal Bulk and Bessemer and purchase by Maple Leaf of the outstanding shares and other securities of Bessbulk for a purchase price to be determined at a later date in light of the circumstances referred to in the purchase agreement and there was to be only one payment between them payable when the purchase price was so determined. The purchase price having been determined in Maple Leaf's 1966 fiscal year, it was paid in that year.

By an amendment filed on September 28, 1970, the following paragraph 17A was added:

Division de première instance et dans son exposé des arguments, ainsi que dans les arguments présentés par ses avocats lors de l'audience de l'appel. Dans sa réplique, l'avocat a toutefois tenté de soulever une question supplémentaire à partir de ce qui avait été soulevé dans le plaidoyer des avocats du Ministre. Selon cet argument, si la somme en question était imposable en tant que revenu mais n'était pas imposable pour les années antérieures à 1966, elle ne pouvait pas non plus être imposée pour l'année d'imposition 1966 étant donné que le certificat des vérificateurs établissant, conformément à l'accord, le montant des déficits nets de revenus ainsi que le prix des actions (qui figure à la page 379 du dossier d'appel) est présenté comme daté du 1^{er} décembre 1966, ce qui le situerait dans l'année d'imposition 1967 de la compagnie appelante, et que, par conséquent, la somme en question n'avait pas été fixée au cours de l'année d'imposition 1966 et ne constituait pas un revenu pour ladite année.

Cette question n'avait pas été soulevée en première instance, ni même en appel jusqu'à ce moment-là et, à mon sens, cela équivaut à la présentation d'un moyen tout à fait nouveau n'ayant pas encore été plaidé et qu'il n'était venu à l'esprit d'aucun des avocats de soulever jusque-là.

Les paragraphes 8 et 16 de l'avis d'appel à la Division de première instance, en date du 6 octobre 1969, comprennent les affirmations suivantes:

[TRADUCTION] 8. Le 19 novembre 1965, la Maple Leaf a vendu le navire à l'Oswego Unity Corporation («Oswego»). Aux termes de l'accord portant sur l'achat des actions et titres de la Bessbulk, le prix d'achat fut versé par la Maple Leaf durant son année d'imposition 1966.

16. La transaction consignée par cet accord de vente comprenait le rachat par la Maple Leaf à la Federal Bulk et à la Bessemer des actions émises ainsi que des autres valeurs de la Bessbulk pour un prix qui restait à déterminer compte tenu des circonstances mentionnées dans l'accord de vente. Un seul paiement devait être effectué une fois le prix d'achat fixé. Le prix d'achat ayant été fixé dans l'année d'imposition 1966 de la Maple Leaf, il fut réglé cette même année.

Un paragraphe 17A fut ajouté à l'avis d'appel par le dépôt d'un amendement le 28 septembre 1970:

17A. In the alternative if the Minister was entitled to assess as taxable income any amount in respect of the operation of the vessel, the only taxable income assessable is the amount earned in the fiscal year 1966. The Minister has included in his re-assessment amounts which on his theory would have to have been earned in earlier years.

In the Minister's reply paragraph 8 was admitted and no reference was made to paragraphs 16 or 17A both of which had appeared in part B of the notice of appeal entitled "Statutory Provisions Upon Which The Appellant Relies And Reasons Which It Intends To Submit."

The matter is complicated further to some extent by the fact that the certificate referred to was put in evidence by counsel for the Minister. Even after that had been done, however, the trial proceeded to its conclusion and the appeal was presented without the point having been raised. In these circumstances I do not think it is open to the appellant as of right or that the appellant should be permitted at this stage to put forward what amounts to a new case based on the document without an appropriate amendment to his pleadings and an opportunity to the respondent to answer such amendment. (See Rules 420(2) and 1104.)

At the conclusion of the hearing the Court reserved judgment and indicated to counsel that judgment would not be pronounced until the appellant had had an opportunity to consider whether to apply for leave to make such an amendment and counsel has since indicated by a letter to the Registry that the appellant does not propose to ask leave to amend.

In my view therefore the matter must be treated as not before the Court and not open to the appellant.

I would allow the appeal and refer the assessment back to the Minister for re-assessment on the basis that the sum of \$984,644 should be included in the appellant's income for the year 1966 instead of the sum of \$1,201,079 referred to in the assessment under appeal. In other respects I would dismiss the appeal.

[TRADUCTION] 17A. Dans l'hypothèse où l'on reconnaîtrait au Ministre le droit d'imposer à titre de revenu toute somme provenant de l'exploitation du navire, le seul revenu imposable qui devrait figurer dans la cotisation serait le montant des gains pour l'année d'imposition 1966. Dans sa nouvelle cotisation, le Ministre a inclus des sommes qui, selon sa thèse, auraient été gagnées dans les années précédentes.

La réplique du Ministre admet le paragraphe 8 mais elle ne mentionne ni le paragraphe 16 ni le paragraphe 17A, lesquels figurent dans la partie B de l'avis d'appel intitulé [TRADUCTION] «Dispositions législatives sur lesquelles s'appuie la compagnie appelante et moyens de droit qu'elle entend avancer.»

L'affaire se complique encore du fait que le certificat mentionné fut déposé en preuve par l'avocat du Ministre. Mais, même après ce dépôt, le procès suivit son cours normal et l'appel fut interjeté sans que cette question ne soit soulevée. Je ne pense pas que dans ces circonstances la compagnie appelante soit en droit de présenter ce qui constitue en fait de nouvelles conclusions fondées sur ce document, ou qu'on puisse lui permettre de le faire, sans qu'un amendement ait été apporté à sa plaidoirie et sans que l'intimé ait eu l'occasion d'y répondre. (Voir les Règles 420(2) et 1104.)

A la fin de l'audience, la Cour a réservé son jugement et a fait savoir aux avocats qu'elle ne rendrait pas sa décision avant que l'appelante n'ait eu l'occasion de décider si elle voulait demander l'autorisation de déposer un tel amendement. L'avocat a fait savoir depuis, par une lettre envoyée au greffe, que la compagnie appelante n'a pas l'intention de demander l'autorisation de déposer un amendement.

Je considère par conséquent que cette question ne se pose pas à la Cour et qu'elle ne peut pas être soulevée par la compagnie appelante.

J'accueille l'appel et je défère la cotisation au Ministre pour nouvelle cotisation, afin que soit incluse dans le calcul du revenu de la compagnie appelante pour l'année 1966 la somme de \$984,644 et non la somme de \$1,201,079 qui figure dans la cotisation dont il est fait appel. Les autres moyens d'appel sont rejetés.

As the appellant has had a substantial success I am of the opinion that it is entitled to its costs in the Trial Division and its costs of this appeal up to the time of the delivery of the respondent's memorandum of argument, together with costs incidental to the entry of judgment herein. The respondent is entitled to his costs on the hearing of the appeal.

* * *

MACKAY D.J.—I concur in the reasons for judgment of my brother Thurlow.

* * *

SWEET D.J.—In his reasons Mr. Justice Thurlow has set out all the relevant facts necessary for the understanding of and the disposition of the matters at issue. Included in those reasons is a reference to a contract made "as of the 31st day of July, 1961" between Bessbulk Limited and the appellant. By it Bessbulk Limited underwrote an amount by which the appellant's actual net revenues from the operation of a vessel purchased by the appellant in 1961 might fail to meet certain agreed projected levels during the time mentioned therein. Reference was also made in the reasons of Thurlow J. to another agreement dated "as of the 20th day of June, 1963" providing for the appellant purchasing all the outstanding shares and income debentures of Bessbulk Limited. As a part of the 1963 transaction the 1961 indemnity agreement was "cancelled and terminated, without affecting any rights or liabilities" theretofore accrued thereunder. The terms of the agreements, which have significance in connection with the issues in this case, are mentioned in those reasons and need no repetition here. As it turned out the appellant was able to discharge its obligations to pay for those shares and debentures of Bessbulk Limited by paying an amount representing the fair market value of that company's investments less \$984,644. As a result the appellant was able to purchase the Bessbulk shares and debentures at \$984,644 less than their fair market value.

It is that amount, \$984,644, which the respondent submits is now assessable on the ground that it was a benefit realized in the

La compagnie appelante se voyant donner raison en partie, je l'autorise à recouvrer ses frais d'action en première instance ainsi que les dépens de cet appel jusqu'au dépôt de l'exposé des arguments de l'intimé, ainsi que les coûts d'inscription du jugement. L'intimé a le droit de recouvrer ses frais pour l'audience d'appel.

* * *

LE JUGE SUPPLÉANT MACKAY—Je souscris aux motifs du jugement de mon collègue le juge Thurlow.

* * *

LE JUGE SUPPLÉANT SWEET—Dans ses motifs, le juge Thurlow a exposé tous les éléments nécessaires à la compréhension et au jugement du litige. Il se réfère à un contrat prenant effet «au 31 juillet 1961» entre la Bessbulk Limited et la compagnie appelante. Par ce contrat, la Bessbulk Limited s'engageait à garantir à la compagnie appelante le versement de la différence entre les revenus nets de l'exploitation d'un navire acheté en 1961 par la compagnie appelante et un certain montant minimum sur lequel ils s'étaient accordés pour un nombre d'années spécifié. Le juge Thurlow se réfère également à un accord en date «du 20 juin 1963» prévoyant le rachat par la compagnie appelante de toutes les actions émises et autres valeurs de la Bessbulk Limited. Suite à l'accord de 1963, l'accord de 1961 portant sur l'indemnisation fut «résilié, sans préjudice des droits ou obligations» acquis aux termes du précédent accord. Les dispositions pertinentes de ces accords sont exposées dans ses motifs et n'ont pas besoin d'être reprises ici. La compagnie appelante a pu exécuter son engagement de régler le prix des actions et autres valeurs de la Bessbulk Limited en versant une somme représentant la juste valeur marchande de l'avoir de cette compagnie moins la somme de \$984,644. Ainsi, la compagnie appelante a pu racheter à la Bessbulk ses actions et valeurs à un prix inférieur de \$984,644 à leur juste valeur marchande.

C'est cette somme de \$984,644 que l'intimé prétend imposer au motif qu'elle constitue un

course of the carrying on or carrying out of the appellant's business.

The appellant in its memorandum of fact and law submits *inter alia*:

The learned trial Judge erred in failing to hold that on its face the 1963 Purchase Agreement provided a formula for the purchase of shares

and

As the appellant was not in the business of dealing in securities, the purchase of the securities was a capital transaction

In that memorandum, referring to the 1963 purchase agreement, it was also stated:

Undoubtedly the parties intended that that document should serve the same purpose as was served by the 1961 Indemnity Agreement.

Mr. J. L. Lewtas, a director of the appellant and a member of the law firm who were general solicitors of the appellant, giving evidence and answering a question relative to the agreement of June 20th, 1963 and the earlier agreement said:

I think you will find that it is not word for word but just so that I may answer that with all candor, my instructions were to achieve the identical economic result while at the same time solving this U.S. tax problem.

The 1963 purchase agreement does deal with the purchase of capital assets, namely securities of Bessbulk Limited. It does set out a formula or method for determining the ostensible price of those securities.

However the amount by which the appellant might purchase those securities at less than their fair market value and the right of the appellant to do so, as it did, was related to and arose out of the carrying on of a business in which the appellant was engaged,—the operation of the ship.

The intention motivating and the purpose of both the indemnity agreement of 1961 and the purchase agreement of 1963 was to assure the appellant of a projected level of actual net revenue from the operation of the vessel. Pursuant to the 1961 agreement if that level was not reached the deficiency was to be made up by

bénéfice provenant de l'entreprise de la compagnie appelante.

Dans son exposé des faits et du droit, l'appelante fait notamment valoir que:

^a [TRADUCTION] Le savant juge de première instance a commis une erreur en ne jugeant pas que le but évident de l'accord de vente de 1963 était de fixer les conditions du rachat des actions

et

^b [TRADUCTION] Étant donné que l'achat et la vente de valeurs ne constituaient pas une des activités ordinaires de l'appelante, l'achat des valeurs en cause doit être considéré comme une transaction de capital

^c Dans cet exposé, on trouve également cette affirmation au sujet de l'accord de vente de 1963:

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute qu'il entrainait dans l'intention des parties de donner à ce document le même but que celui de l'accord d'indemnité signé en 1961.

^d

J. L. Lewtas, administrateur de la compagnie appelante et partenaire dans la firme d'avocats qui s'occupe des affaires de la compagnie, a déclaré, en réponse à une question sur l'accord du 20 juin 1963 et l'accord précédent:

^e [TRADUCTION] La formulation n'est pas la même, mais pour répondre tout à fait honnêtement à votre question je peux vous dire que mes instructions étaient d'obtenir un résultat économique identique tout en réglant nos problèmes avec le fisc américain.

^f

L'accord de 1963 porte effectivement sur l'achat d'un avoir en capital, à savoir les actions de la Bessbulk Limited, et l'on y trouve une façon de fixer le prix apparent de ces actions.

^g

^h Cependant, le fait que la compagnie appelante puisse acheter ces actions à un prix inférieur à leur juste valeur marchande (et la somme en cause) est un résultat direct d'une des activités commerciales de l'appelante, savoir l'exploitation du navire.

ⁱ Le but de l'accord d'indemnisation de 1961 et de l'accord d'achat de 1963 était d'assurer à la compagnie appelante un revenu net minimum de l'exploitation du navire. Conformément à l'accord de 1961, au cas où ce minimum ne serait pas atteint, le déficit devait être comblé par la Bessbulk Limited. Conformément à l'accord

^j

payment by Bessbulk Limited. Pursuant to the 1963 purchase agreement the deficiency was to be made up by the adjustment downward of the purchase price so that the appellant would purchase the Bessbulk Limited securities at an amount less than their fair market value. The amount less than the fair market value would equal that deficiency.

Whether the assured projected net revenues came from the use by others of the vessel, or from the underwriting by Bessbulk Limited under the indemnity agreement of 1961 or from the right to purchase the Bessbulk Limited securities under the purchase agreement of 1963 or partly from one or partly from the others, made no essential difference. In all cases the revenues would flow from the carrying on of and would be income from that portion of the appellant's business which involved the operation of the vessel. The characteristics would be the same in each case. Only the sources would be different. Regardless of those sources all would actually be revenue in nature. All would be profit from the business. In my opinion, all being income would be assessable as income.

An alternative position taken by the appellant was that in any event as stated in the memorandum:

The learned trial judge erred in concluding that any receipt or benefit obtained by the taxpayer from the 1961 Indemnity Agreement or 1963 Purchase Agreement was determined, payable and taxable in the 1966 taxation year.

In connection with that alternative position I concur in the view of Thurlow J. to the effect that there was nothing to be taken into account as income by the appellant in respect of such amounts in any taxation year earlier than 1966 and I concur in his reasons for that conclusion.

I also concur in his views regarding the further point counsel sought to raise, namely that if the amount in question was assessable as income and was not assessable in the years earlier than 1966 it was nevertheless not assessable in the appellant's 1966 taxation year since the certificate of the auditors as to the amount of the net revenue deficiencies and the price to

d'achat de 1963, ce déficit devait être comblé par une réduction du prix d'achat permettant à l'appelante de se porter acquéreur des actions de la Bessbulk Limited à un prix inférieur à leur juste valeur marchande. La différence entre le prix à verser et la juste valeur marchande devait être égale au déficit enregistré.

Il importe peu que le revenu minimum net garanti provienne de l'utilisation du navire par d'autres personnes ou qu'il découle de la garantie souscrite par la Bessbulk Limited aux termes de l'accord d'indemnisation de 1961 ou encore du droit d'acheter les actions de la Bessbulk Limited selon les termes de l'accord d'achat de 1963 (ou même en partie d'une de ces sources et en partie des autres). En toute hypothèse, les revenus découlent de cette partie de l'activité commerciale de la compagnie appelante constituée par l'exploitation du navire; ils constituent un revenu d'entreprise. Les caractéristiques seraient les mêmes dans chacun des cas; seule la source serait différente et, nonobstant la source, il s'agirait là d'un revenu. Dans tous les cas cela constituerait un bénéfice découlant d'une entreprise. A mon sens, ces sommes constituent un revenu et sont imposables à ce titre.

La compagnie appelante a également soutenu que, de toute manière, ainsi qu'elle le déclarait dans son exposé,

[TRADUCTION] Le savant juge de première instance a commis une erreur en jugeant que toute somme ou bénéfice perçu par le contribuable comme résultat soit de l'accord d'indemnisation de 1961 soit de l'accord d'achat de 1963 était fixé, exigible et imposable dans l'année d'imposition 1966.

A l'égard de cette contre-proposition, je partage l'avis du juge Thurlow quand il déclare qu'aucune partie des sommes en question ne pouvait être considérée comme un revenu dans les années d'imposition précédant 1966.

Je souscris également à son opinion concernant une autre question que l'avocat a tenté de soulever, à savoir que si la somme en question est imposable en tant que revenu mais n'est pas imposable dans les années précédant 1966, elle ne peut pas non plus être imposée pendant l'année d'imposition 1966 étant donné que le certificat des vérificateurs constatant les défi-

be paid for the shares purports to be dated December 1, 1966 which fell in the appellant's 1967 taxation year. In his view, for the reasons stated by him, that matter must be treated as not before the Court and not open to the appellant. I agree.

I also would allow the appeal and refer the assessment back to the Minister for re-assessment on the basis that \$984,644 should be included in the appellant's income for the year 1966 instead of the sum of \$1,201,079 referred to in the assessment under appeal. In other respects I would also dismiss the appeal.

I would dispose of the matter of costs in the same manner as does Thurlow J.

cits du revenu net et fixant le prix des actions est censé être daté au 1^{er} décembre 1966, donc dans l'année d'imposition 1967 de l'appelante. A son avis, pour les motifs qu'il a énoncés, la Cour n'est pas saisie de cette question et la compagnie appelante ne peut pas la soulever. Je suis du même avis.

J'accueille aussi l'appel et je défère la cotisation au Ministre pour nouvelle cotisation, afin que soit incluse dans le calcul du revenu de la compagnie appelante pour l'année 1966 la somme de \$984,644 et non la somme de \$1,201,079 qui figure dans la cotisation dont il est fait appel. Les autres motifs d'appel sont aussi rejetés.

Je trancherais la question des dépens de la même manière que l'a fait le juge Thurlow.