

T-2501-75

T-2501-75

The Queen (Plaintiff)

v.

Saskatoon Drug & Stationery Company Limited (Defendant)

Trial Division, Mahoney J.—Saskatoon and Toronto, June 12-14, and 20-22; Ottawa, July 20, 1978.

Income tax — Income calculation — Deductions — Capital cost allowance — Amount claimed for value of goodwill as property included in leasehold interest — Whether or not sum should be characterized as having been paid out for leasehold interest — Secondly, whether or not legal and other expenses incurred in transaction properly disallowed — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 11(1)(a) — Income Tax Regulations, SOR/54-682, s. 1100(1) as amended by SOR/64-483.

Defendant negotiated with a group of companies and individuals, collectively known as McNeill, to buy its drug store operations in Regina. Several of the businesses were located on rented premises. The executed agreement for purchase and sale, in describing the assets being passed, set out the goodwill of the businesses together with certain rights and intangible assets in a separate clause for more particularity. A subsequent clause set the value of those assets at \$290,000, but did not attribute the value among the assets described. Defendant, after closing, sold the inventories and fixed assets of three of the stores acquired for the price paid and goodwill, reducing its outlay for goodwill to \$207,500. Plaintiff disallowed defendant's claim of \$207,500 "goodwill" as property, a leasehold interest, for the purpose of capital cost allowance under paragraph 11(1)(a) of the *Income Tax Act*. The primary issue is whether or not that sum should be characterized as having been paid out for a leasehold interest. The secondary issue is whether or not the legal and other expenses incurred by the defendant in the transaction were properly disallowed as deductions from income as having been incurred on account of capital or whether the deduction ought to be allowed, or alternatively, whether the amount ought to be added to the capital cost of the leasehold interests.

Held, the action is dismissed. The Court is unable to divorce the goodwill of a location from the other advantages accruing to the person entitled to possession of that location. When it accrues under a lease, it is part of the leasehold interest and the price paid for it is part of the capital cost of that leasehold interest. Defendant's 1969 and 1970 income tax returns will be referred back to the Minister for reassessment on the basis that \$187,500 was the capital cost of the two stores in respect of which defendant is entitled to claim capital cost allowance. The remaining \$20,000 in issue was not proved to have been paid for any leasehold interest. There is no basis for disturbing the assessment disallowing the claimed deduction of the expenses incurred in negotiating the McNeill transaction.

Chissum v. Dewes (1828) 38 E.R. 938, referred to.

La Reine (Demanderesse)

c.

a

Saskatoon Drug & Stationery Company Limited (Défenderesse)

Division de première instance, le juge Mahoney—Saskatoon et Toronto, du 12 au 14 et du 20 au 22 juin; Ottawa, le 20 juillet 1978.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Allocation de coût en capital — Réclamation de la valeur d'un droit de clientèle comme bien inclus dans une tenure à bail — La somme doit-elle être traitée comme la contrepartie d'une tenure à bail? — Subsidiairement, la déduction des frais, de justice et autres, engagés dans la transaction fut-elle rejetée à bon droit? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, c. 63, art. 11(1)a — Règlements de l'impôt sur le revenu, DORS/54-682, art. 1100(1), modifiés par DORS/64-483.

La défenderesse avait négocié avec un groupe de particuliers et de compagnies, connus comme les McNeill, pour leur acheter leurs pharmacies à Régina. Plusieurs des commerces étaient exploités dans des locaux loués. Le contrat signé en est un de vente qui prévoit par une clause expresse la cession de la clientèle, ainsi que certains autres droits et biens incorporels. Une autre clause, plus loin, fixe la valeur de ces biens à \$290,000 sans plus de détail. Après la conclusion du contrat, la défenderesse a vendu les marchandises en stock et les immeubles par destination de trois des magasins achetés, au prix coûtant, et en sus la clientèle, réduisant ainsi sa mise de fonds pour la clientèle à \$207,500. La demanderesse rejeta la déduction de \$207,500 réclamée par la défenderesse, représentant la valeur du droit de clientèle, soit une tenure à bail, à titre d'allocation de coût en capital, en vertu de l'alinéa 11(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il faut établir d'abord si la somme doit être traitée comme la contrepartie d'une tenure à bail. Il faut ensuite savoir si la déduction des frais, de justice et autres, engagés par la défenderesse dans la transaction a été rejetée à bon droit parce qu'ils ont été engagés à compte de capital, si leur déduction doit être accordée, ou si leur montant doit être ajouté au coût en capital de la tenure à bail.

Arrêt: l'action est rejetée. La Cour ne peut séparer l'achalandage des autres avantages dont jouit celui qui a droit à la possession des lieux. Lorsque l'achalandage découle du bail, il en fait partie et le prix payé pour cet élément doit être intégré au coût en capital de la tenure à bail. Les déclarations d'impôt de 1969 et 1970 de la défenderesse seront renvoyées au Ministre qui établira de nouvelles cotisations compte tenu que les \$187,500 constituent le coût en capital des deux magasins pour lesquels la défenderesse a droit de réclamer une allocation du coût en capital. Quant aux \$20,000 litigieux restants, il n'a pas été prouvé qu'ils aient été versés en contrepartie d'une quelconque tenure à bail. Rien ne permet de modifier la cotisation rejetant la déduction réclamée des dépenses engagées lors de la négociation de la transaction McNeill.

Arrêt mentionné: *Chissum c. Dewes* (1828) 38 E.R. 938.

ACTION.

COUNSEL:

W. A. Ruskin for plaintiff.
F. J. Matthews and *G. R. Baker* for a
 defendant.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for
 plaintiff. b
Robertson, Lane, Perrett, Toronto, for
 defendant.

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

MAHONEY J.: This action results from the plaintiff's disallowance of the defendant's claim of \$207,500 "goodwill" as property, namely a leasehold interest, for purposes of capital cost allowance under paragraph 11(1)(a) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, as it stood in 1969 and 1970.

11. (1) Notwithstanding paragraphs (a), (b) and (h) of subsection (1) of section 12, the following amounts may be deducted in computing the income of a taxpayer for a taxation year:

(a) such part of the capital cost to the taxpayer of property, or such amount in respect of the capital cost to the taxpayer of property, if any, as is allowed by regulation;

The deduction is claimed under paragraph 1100(1)(b) of the *Income Tax Regulations*.

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 property is "Property that is a leasehold interest except . . .". None of the exceptions is in play. The primary issue is thus whether or not the \$207,500 ought to be characterized as having been paid for a leasehold interest. The secondary issue is whether or not the legal and other expenses incurred by the defendant in the transaction in

ACTION.

AVOCATS:

W. A. Ruskin pour la demanderesse.
F. J. Matthews et *G. R. Baker* pour la
 défenderesse.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour la
 demanderesse. b
Robertson, Lane, Perrett, Toronto, pour la
 défenderesse.

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

LE JUGE MAHONEY: La présente action résulte du rejet par la demanderesse de la déduction réclamée par la défenderesse, de \$207,500 représentant la valeur d'un droit de clientèle soit une tenure à bail. La déduction est réclamée à titre de coût en capital, en vertu de l'alinéa 11(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, c. 148, en vigueur en 1969 et 1970. Ledit alinéa se lit ainsi:

11. (1) Par dérogation aux alinéas a), b) et h) du paragraphe (1) de l'article 12, les montants suivants peuvent être déduits dans le calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition:

a) la partie de ce que coûtent en capital les biens au contribuable, ou la somme à l'égard de ce que coûtent en capital les biens au contribuable, s'il en est, qui est allouée par règlement;

La déduction est demandée sur le fondement de l'alinéa 1100(1)b) des *Règlements de l'impôt sur le revenu*:

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, des 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;

Les biens de la catégorie 13 sont des «biens constitués par une tenure à bail excepté . . .». Aucune des exceptions n'entre en jeu. Il faut donc établir d'abord si les \$207,500 doivent être traités comme la contrepartie d'une tenure à bail. Il faut ensuite savoir si la déduction des frais, de justice et autres, engagés par la défenderesse dans la transaction en

question were properly disallowed as deductions from income as having been incurred on account of capital or whether their deduction ought to be allowed or, alternatively, whether the amount thereof ought to be added to the capital cost of the leasehold interests. ^a

During 1967, the defendant entered into negotiations with a group of individuals and companies, which will be collectively referred to as "McNeill", for the purchase from McNeill of three retail drugstores in Regina, Saskatchewan, one in premises owned by McNeill, the Broad Street store, and two in premises leased by McNeill, the Pharmaceutical Centre and the South Albert Street store. McNeill operated other retail drugstores, as well as wholesale operations serving them, in Regina and Calgary, which the defendant was not interested in buying. The defendant then had three retail stores of its own in Regina and others in Saskatoon. The defendant thought it had a deal but McNeill refused to close early in 1968. In November, 1968, Cunningham Drug Stores Ltd. made McNeill an offer for all of its retail stores which was unacceptable. McNeill then indicated to the defendant that it was prepared to negotiate the sale of all of its Regina operations. ^b

In the circumstances, the defendant insisted on a written offer from McNeill before investing time and money in further negotiation. The original draft offer to sell, apparently prepared by the defendant, contemplated the payment of a "premium" in addition to the price of inventories and fixtures. The premium was to be divided between "Amount for purchase of leasehold interest to be . . ." and "Balance of premium amounting to . . . to be paid in form of Good Will". The next draft offer to sell was submitted by letter of December 2, 1968, by McNeill to the defendant. It proposed "Goodwill shall be . . . \$300,000 . . .". It proposed no amount for purchase of leasehold interests. The executed offer to sell, dated December 6, 1968, contemplated the sale of the "A. Inventory . . ." at a variety of discounts off retail prices, "B. Fixed Assets . . ." at book value and "C. Goodwill." ^c Payment for the inventory and fixed assets was to

question a été rejetée à bon droit parce qu'ils ont été engagés à compte de capital, si leur déduction doit être accordée, ou si leur montant doit être ajouté au coût en capital de la tenure à bail. ^d

En 1967, la défenderesse a entamé des négociations avec un groupe de particuliers et de compagnies dénommés ci-après les «McNeill», pour leur acheter trois pharmacies à Régina en Saskatchewan, l'une, le magasin de la rue Broad, se trouvant dans des locaux appartenant aux McNeill, les deux autres, le Centre pharmaceutique et le magasin de la rue Albert sud, dans des locaux loués par eux. Les McNeill exploitaient à Régina et à Calgary d'autres pharmacies de détail et des entreprises de gros pour les approvisionner; la défenderesse ne cherchait pas à acquérir ces affaires. Elle possédait alors à son propre compte trois magasins de détail à Régina et d'autres à Saskatoon. Elle croyait conclure la transaction, mais les McNeill ont refusé de signer l'accord au début de 1968. En novembre de cette même année, Cunningham Drug Stores Ltd. a fait aux McNeill une offre d'achat de tous leurs magasins de détail, mais les conditions étaient inacceptables. Les McNeill ont alors indiqué à la défenderesse qu'ils étaient disposés à entrer en pourparlers pour vendre toutes leurs entreprises commerciales de Régina. ^e

La défenderesse a alors insisté pour que les McNeill lui fassent une offre écrite avant qu'elle ne consacre temps et argent à des négociations supplémentaires. Le projet originaire d'offre de vente, apparemment préparé par la défenderesse, envisageait le paiement d'une «prime» en sus du prix du stock et des aménagements fixes. La prime devait être divisée entre [TRADUCTION] «Le prix d'achat de la tenure à bail se montant à . . .» et [TRADUCTION] «Le reliquat de la prime s'élevant à . . . à payer en clientèle». Le deuxième projet d'offre de vente a fait l'objet d'une lettre du 2 décembre 1968 envoyée par les McNeill à la défenderesse. On y stipulait que [TRADUCTION] «La clientèle a une valeur de . . . \$300,000 . . .». Aucun prix d'achat n'y était proposé pour les tenures à bail. L'offre de vente signée le 6 décembre 1968, envisage la vente [TRADUCTION] «A. des marchandises en stock . . .» à un prix comportant diverses ^f

be within three days of the contemplated January 31, 1969, closing and it went on:

(c) The sum of \$290,000 on account of good will repayable over a period of five (5) years at the rate of \$58,000 per year . . .

with interest. It then went on to provide:

3. This offer shall be subject to further conditions and provisions as follows:

(1) That the purchaser is able to obtain satisfactory leases to the premises to be acquired and the vendor takes the necessary steps for the assigning of its leases now held by the vendor to the purchaser.

(2) That leases will be given to the vendor [*sic*] of property owned by the vendors and upon which certain of its drug store businesses are located and such leases shall be in like terms (excepting for rent, options for renewals, and term of lease) as the lease existing between Humford Realty Ltd. and McNeill's Drug Stores Ltd. dated November 22, 1965. It is further understood that in such leases if due to operation of business, the purchaser's rent due falls to the basic rate of \$2.50 per square foot, then in that event, there shall be added to the basic rent of the premises any increase in taxes over the 1968 level on a pro rata basis to the area occupied by the purchaser and to be paid on a monthly basis.

There are additional conditions and provisions enumerated but (1) and (2) are the only ones material to this action.

The Humford lease was the lease of the South Albert store. Considering the exceptions of rent, term and renewal options, it is plain that at this stage no agreement had been reached as to the leases to be concluded between McNeill and the defendant in respect of the three premises owned by McNeill.

By January 8, 1969, when McNeill's solicitor transmitted a draft lease, the essential terms had been agreed upon. The Broad Street store was to be subject to a five-year lease with five successive five-year renewal options and the other two were to be five-year leases with four successive five-year renewal options. All renewal leases were to be on the same terms and conditions as the original leases. A minimum rent of \$2.50 per square foot per annum against 4% of annual gross sales was proposed and, as contemplated in the offer to sell,

remises sur les prix de détail, [TRADUCTION] «B. des biens immeubles par destination . . .» à leur valeur aux livres et [TRADUCTION] «C. la clientèle.» Le paiement du stock et des biens immeubles par destination devait être effectué dans les trois jours de la signature de l'acte, prévue pour le 31 janvier 1969; l'offre poursuit:

[TRADUCTION] c) La somme de \$290,000 en compte à valoir sur la valeur de la clientèle sera exigible dans les cinq (5) ans, à raison de \$58,000 l'an . . .

avec intérêt. Il est stipulé ensuite:

[TRADUCTION] 3. La présente pollicitation est faite sous réserve des conditions suivantes:

(1) L'acheteur devra être mis à même de louer les lieux dont l'achat est projeté et les vendeurs devront prendre les mesures nécessaires pour effectuer la cession de leurs baux à l'acheteur.

(2) Les lieux appartenant aux vendeurs et où se trouvent certaines de leurs pharmacies seront loués au vendeur [*sic*] aux mêmes conditions (excepté les clauses portant sur le loyer, le droit à la reconduction et la durée du bail) que celles stipulées dans le bail conclu le 22 novembre 1965 par la Humford Realty Ltd. d'une part et la McNeill's Drug Stores Ltd. d'autre part. En outre il est entendu que ces baux stipuleront que si, en raison de l'évolution des affaires, le loyer dont l'acheteur sera débiteur tombe au taux de base de \$2.50 le pied carré, alors on devra ajouter au loyer mensuel de base versé en contrepartie de la jouissance des lieux toute augmentation de taxe dépassant le niveau de 1968, et ce en proportion de l'espace qu'occupera l'acheteur.

D'autres stipulations suivent, mais seuls les paragraphes (1) et (2) nous importent ici.

Le bail Humford constatait le louage du magasin de la rue Albert Sud. Si on prend en compte les exceptions en matière de loyer, de droit de reconduction et de durée du bail, il est clair qu'à ce stade aucun accord n'était intervenu en ce qui concerne le louage, par les McNeill à la défenderesse, des trois locaux leur appartenant.

Le 8 janvier 1969, lorsque l'avocat des McNeill a remis le projet de bail, on était tombé d'accord sur les clauses essentielles. Le magasin de la rue Broad serait loué pour cinq ans avec possibilité de cinq reconductions quinquennales et les deux autres locaux le seraient aussi pour cinq ans mais seulement avec possibilité de quatre reconductions quinquennales. Toutes les reconductions seraient sujettes aux mêmes conditions que les baux originaires. Un loyer minimum de \$2.50 le pied carré l'an, en regard de 4% du chiffre annuel des ventes,

the tax escalator would become operative only when gross sales were so low that no percentage rent was payable. While the proposed term of the Broad Street lease changed during negotiations, the proposed rent did not.

By letter of January 24, 1969, the defendant's solicitor sent it a draft of an agreement intended to reflect the entire transaction. It provided, in its material parts, as follows:

1. . . . the Vendor agrees to sell and the Purchaser agrees to purchase all the undertakings, property and assets belonging to or used in connection with the said businesses of the Vendor, as a going concern, . . . including without limiting the generality of the foregoing:

(a) The goodwill of the said businesses, together with the exclusive right to the Purchaser to represent itself as carrying on the said businesses in continuation of and in succession to the Vendor and the right to use any words indicating that the said businesses are so carried on including the right to use the name "McNeill's Drugstores Ltd." or any variation thereof as part of the name of or in connection with the said businesses or any part thereof carried on or to be carried on by the Purchaser;

(c) The full benefit of all unfilled orders received by the Vendor in connection with the said businesses and all other contracts, engagements, benefits and advantages which have been entered into by the Vendor or to which it is or can be entitled on account or in respect of the said businesses.

3. The purchase price payable for the assets hereby agreed to be purchased and sold shall be the aggregate of the values of all classes of assets as hereinafter set forth.

(a) The assets described in paragraph 1(a) and 1(c) hereof for the sum of \$290,000.00.

The draft also reflects an apparent agreement postponing the closing date.

A memorandum prepared by Mr. H. C. Pinder, the defendant's secretary-treasurer, and communicated by telephone on February 7, 1969, to its solicitor contains the following material comments.

(a) Draft Agreement

2. have inserted in price section page 2(a) ["and leasehold interest in leased properties, and the right to lease in owned properties at a rental rate not to exceed 4% of sales"] (intangibles)

(b) Lease—5th & Pasqua

était proposé et, comme le stipulait l'offre de vente, la clause de variation de taxe ne s'appliquerait que si le chiffre annuel des ventes devenait si bas qu'aucun pourcentage ne serait payable à titre de loyer. Quoique la durée projetée du bail du local de la rue Broad ait été modifiée au cours des négociations, le loyer prévu ne l'a pas été.

Par lettre du 24 janvier 1969, l'avocat de la défenderesse lui a envoyé une première rédaction d'un acte constatant toutes les modalités du contrat. Il stipulait, en ce qui nous importe, ce qui suit:

[TRADUCTION] 1. . . . le vendeur accepte de vendre en bloc, et l'acheteur d'acheter, tout l'actif et tous les biens appartenant audit fonds de commerce du vendeur, ou utilisés dans le cadre dudit commerce, . . . y compris notamment:

a) la clientèle desdits fonds de commerce, dont le droit exclusif pour l'acheteur de se présenter comme le successeur du vendeur à l'égard desdits commerces et le droit de faire usage de toute expression indiquant que lesdits commerces sont ainsi continués, et le droit de faire usage du nom «McNeill's Drug Stores», ou de toute variante de celui-ci, comme raison sociale desdits commerces continués par l'acheteur ou de partie de ceux-ci;

c) tous les bénéfices rattachés aux ordonnances encore inexécutées reçus par le vendeur dans l'exploitation de ses commerces et tout autre contrat, arrangement ou avantage dont le vendeur est bénéficiaire ou auquel il a droit dans le cadre desdits commerces.

3. Le prix d'achat des biens dont l'achat et la vente sont par les présentes convenus sera le total des prix de tous les éléments d'actif ci-après énumérés:

a) les biens décrits à l'alinéa 1a), ci-dessus, pour la somme de \$290,000.

L'acte révèle aussi que la volonté des parties semble être de reporter la date de la signature.

Un mémoire préparé par M. H. C. Pinder (secrétaire-trésorier de la défenderesse) et communiqué par téléphone le 7 février 1969 à son avocat, contient les commentaires suivants:

i [TRADUCTION] a) Projet de contrat

2. insérer dans la clause portant sur le prix, page 2a), [«et une tenure à bail grevant les biens loués et le droit de louer les biens lui appartenant pour un loyer inférieur ou égal à 4% des ventes»] (biens incorporels)

b) Bail—5th & Pasqua

6. Page 14—FIRE. if lease is terminated under total destruction—tenant should recover pro rata portion of purchase price over full lease & option periods—(i.e. cannot insure the premium paid on purchase over and above value of assets,—or new lease on rebuilding—or option to buy property.

On January 30, 1969, having apparently considered the draft after amendment to reflect Mr. Pinder's instructions, McNeill's solicitor wrote the defendant's solicitor. He stated, *inter alia*:

5. Page 4, Paragraph 3, Sub-paragraph (a)

The Vendor requires that the sum of \$290,000.00 be referable exclusively to the term good will and nothing else.

In the margin, apparently in Mr. Pinder's handwriting is an underlined "no". On February 28, the defendant's solicitor reported by letter on a series of meetings with McNeill's solicitor including, in reference to the January 30 letter, the following:

Paragraph 5—refused.

It also appears that McNeill had agreed in principle to Mr. Pinder's suggestion as to the fire clause. They were prepared to commit themselves, at their option, to rebuild within 12 months of destruction or to repay a *pro rata* portion of the goodwill payment.

At this point, Mr. Pinder wrote himself the following memorandum:

Inserting "Leasehold Interest" in para 1 of agreement only, before (a) of that paragraph. Check with auditor.

The auditor was consulted and, it appears, the specific inclusion of the leasehold interests in the consideration for the \$290,000 payment was no longer pressed by the defendant but the idea reflected in the memorandum was accepted by McNeill.

Negotiations did continue as to the fire clause. The defendant wanted the provision to apply for ten years; McNeill held out for five. The basis of their position was explained by their solicitor to the defendant's, as reported in his letter of March 3rd, 1969, to his client:

Mr. Goetz explained this to me on the grounds that after five years you would have recovered the total amount of the good-

6. Page 14—FEU. Si le bail est résilié parce que les biens sont complètement détruits—le locataire devrait recouvrer, au prorata, une partie du prix d'achat de tout le bail, dont le droit de reconduire—(c.-à-d. il ne peut assurer la prime versée à l'achat au-delà de la valeur des biens,—ou nouveau bail advenant reconstruction—ou option d'achat de l'immeuble.

Le 30 janvier 1969, ayant apparemment étudié l'acte modifié selon les instructions de M. Pinder, l'avocat des McNeill a écrit à celui de la défenderesse, lui disant, entre autres:

[TRADUCTION] 5. Page 4, paragraphe 3, alinéa a)

Le vendeur requiert que la somme de \$290,000 représente le prix de la clientèle seule.

En marge (apparemment de l'écriture de M. Pinder) se trouve un «non» souligné. Le 28 février, l'avocat de la défenderesse a fait par lettre rapport d'une série de rencontres avec l'avocat des McNeill, lequel rapport comportait, en référence à la lettre du 30 janvier, ce qui suit:

[TRADUCTION] Paragraphe 5—refusé.

Il semble aussi que les McNeill aient accepté en principe la suggestion de M. Pinder en ce qui concerne la clause d'incendie. Ils étaient prêts à s'engager, le choix étant leur, soit à reconstruire dans les douze mois de la destruction ou à rembourser au prorata une partie du prix de la clientèle.

A ce moment-là, M. Pinder a écrit lui-même le mémo suivant:

[TRADUCTION] Insérer «tenure à bail» au paragraphe 1 du contrat seulement, devant l'alinéa a) de ce paragraphe. A vérifier auprès du comptable.

Le comptable a été consulté et, semble-t-il, la défenderesse a renoncé à demander l'insertion expresse de l'expression tenure à bail en contrepartie du paiement de \$290,000, mais l'idée directrice du mémo a été acceptée par les McNeill.

En fait les négociations se sont poursuivies au sujet de la clause d'incendie. La défenderesse désirait que la stipulation s'applique dix ans durant; les McNeill s'en tenaient à cinq. Le fondement de leur position a été expliqué par leur avocat à celui de la défenderesse, comme le rapporte la lettre du 3 mars 1969 de ce dernier à sa cliente:

[TRADUCTION] M. Goetz m'a expliqué qu'après cinq ans vous auriez recouvré le prix total de la clientèle grâce à vos bénéfices.

will out of profits; and that the formula for determining the goodwill was based on two and one-half times the average profits for the immediate preceeding [*sic*] two years.

In the result, on March 28, 1969, the agreement was executed providing for the sale effective April 1. The material provisions follow:

1. . . . the Vendor agrees to sell and the Purchaser agrees to purchase all the undertakings, (leasehold interests and right to enter into leases as set forth on page (7) hereof),* and assets belonging to or used in connection with the said businesses of the Vendor, as a going concern, . . . including without limiting the generality of the foregoing:

(a) The goodwill of the said businesses, together with the exclusive right to the Purchaser to represent itself as carrying on the said businesses in continuation of and in succession to the Vendor and the right to use any words indicating that the said businesses are so carried on including the right to use the name "McNeill's Drug Stores" or any variation thereof as part of the name of or in connection with the said businesses or any part thereof carried on or to be carried by the Purchaser;

3. The purchase price payable for the assets hereby agreed to be purchased and sold shall be the aggregate of all classes of assets as hereinafter set forth.

(a) The assets described in paragraph 1(a) hereof for the sum of \$290,000.00.

6. The purchase price . . . shall be paid . . . as follows:

(a) The sum of \$10,000 shall be paid to the firm of Goetz & Murphy, Regina, Saskatchewan, in trust to be retained by it until the time of closing, upon the Vendor providing the Purchaser with valid and binding Assignments of Leases in favour of the Purchaser with proper consents of the Lessors to such assignments covering the following real properties:

- (i) McNeill's North Plaza Drug . . .
- (ii) McNeill's Pharmaceutical Centre . . .
- (iii) McNeill's South Albert Drug . . .
- (iv) McNeill's Highland Park Drug . . .

and the Vendor providing the Purchaser with leases of the following real property owned by the Vendor at:

- (i) McNeill's Rexall Drug . . .
- (ii) McNeill's Broad Street Drug . . .
- (iii) McNeill's Lorne Drug . . .

on the terms and subject to the conditions set in the draft leases hereunto attached and marked as Schedules "A", "B" and "C".

The foregoing seven locations, and I have omitted only municipal addresses, are the "leasehold interests and right to enter into leases as set forth on page (7)" which are referred to in the bracketed addition to clause 1. That addition substituted, in the executed agreement, those words for the word "property", which appeared in the earlier drafts of clause 1.

*Emphasis added.

ces; la formule pour calculer la valeur de la clientèle consiste à multiplier par deux et demi les profits moyens des deux années précédentes.

Finalement, le 28 mars 1969, le contrat a été signé, la vente devant prendre effet le 1^{er} avril. Voici les stipulations qui nous importent:

[TRADUCTION] 1. . . . le vendeur accepte de vendre en bloc, et l'acheteur d'acheter, tout l'actif (tenures à bail et droit de devenir partie aux baux comme il est dit à la page (7) ci-après)* et tous les biens appartenant audit fonds de commerce du vendeur, ou utilisés dans le cadre dudit commerce, . . . y compris notamment:

a) la clientèle desdits fonds de commerce, dont le droit exclusif pour l'acheteur de se présenter comme le successeur du vendeur à l'égard desdits commerces et le droit de faire usage de toute expression indiquant que lesdits commerces sont ainsi continués, et le droit de faire usage du nom «McNeill's Drug Stores», ou de toute variante de celui-ci, comme raison sociale desdits commerces continués par l'acheteur ou de partie de ceux-ci;

3. Le prix d'achat des biens dont l'achat et la vente sont par les présentes convenus sera le total des prix de tous les éléments d'actif ci-après énumérés:

a) les biens décrits à l'alinéa 1a), ci-dessus, pour la somme de \$290,000.

6. Le prix d'achat . . . sera versé . . . comme suit:

a) la somme de \$10,000 sera versée en fiducie à la firme Goetz & Murphy, à Régina, qui en sera dépositaire jusqu'à la signature de l'acte, sur cessions valides et exécutoires par le vendeur à l'acheteur des baux portant sur les immeubles dont la liste suit, la cession étant consentie à l'acheteur avec l'accord en bonne et due forme des bailleurs:

- (i) La pharmacie McNeill North Plaza . . .
- (ii) Le Centre pharmaceutique McNeill . . .
- (iii) La pharmacie McNeill de la rue Albert sud . . .
- (iv) La pharmacie McNeill Highland Park . . .

et sur location par le vendeur à l'acheteur des immeubles suivants, appartenant audit vendeur:

- (i) La pharmacie McNeill Rexall . . .
- (ii) La pharmacie McNeill de la rue Broad . . .
- (iii) La pharmacie McNeill Lorne . . .

aux conditions énoncées dans les projets de baux ci-joints et intitulés annexes «A», «B» et «C».

Ces sept locaux, et je n'en ai omis que l'adresse, sont ceux qui font l'objet des [TRADUCTION] «tenures à bail et droit de devenir partie aux baux comme il est dit à la page (7)» et dans l'ajout entre crochets de la clause 1. Cet ajout remplace, dans le contrat signé, par ces mots le mot «bien», lequel apparaît dans les rédactions antérieures de la clause 1.

*C'est moi qui souligne.

In addition to the tangible assets, inventory and fixtures, for which \$353,980 was paid, the defendant acquired a number of rights and intangible assets, to which no portion of the \$290,000 balance of the purchase price was specifically attributed. There were, of course, the leases assigned or granted by McNeill. The vendors severally agreed not to compete for five years. There was a right of first refusal, apparently for five years, to buy convenience stores known as "The Happy Shopper" operated in Regina by McNeill. There were non-assignable rights of first refusal, in the leases, during their terms including renewals, to buy the real property leased, in whole or part, as the Rexall, Broad Street and Lorne stores.

As to the so-called "fire clause", the agreement stipulated that, in the event of termination due to total destruction prior to April, 1974, provided the defendant was still carrying on the business purchased on the premises,

... the Vendor shall pay to the Purchaser by way of liquidated damages in respect of any such lease the following:

- (a)(i) Lease
Covering McNeill's Rexall Drug ...
- (ii) Damages to be Paid
The proportionate share of \$30,000 ...
- (b)(i) Lease
Covering McNeill's Broad Street Drug ...
- (ii) Damages to be Paid
The proportionate share of \$120,000 ...
- (c)(i) Lease
Covering McNeill's Lorne Drug ...
- (ii) Damages to be Paid
The proportionate share of \$35,000 ...

The "proportionate share" was the number of whole months remaining in the term at the date of total destruction divided by 60.

Immediately upon closing, the defendant sold the inventories and fixed assets of the Lorne, Rexall and Highland Park stores for the price paid and, in addition, for goodwill an aggregate of \$82,500, thus reducing its outlay for goodwill from \$290,000 to the \$207,500 in issue. It got \$40,000 in respect of the Lorne store rather than the \$35,000 assigned to it in the fire clause; \$30,000 in

En sus des biens corporels (marchandises en stock et biens immeubles par destination) pour lesquels \$353,980 ont été payés, la défenderesse a acheté certains droits et biens incorporels auxquels aucune part des \$290,000, reliquat du prix d'achat, n'a été expressément attribuée. Il y avait bien entendu les baux cédés ou consentis par les McNeill. Les vendeurs, individuellement, ont accepté de ne pas concurrencer l'acheteur pendant cinq ans. Il y avait un droit de préemption donnant, apparemment pour cinq ans, priorité pour l'achat du magasin de variétés dénommé «The Happy Shopper», que les McNeill exploitaient à Régina. Il y avait des droits de préemption incessibles prévus par les baux et s'appliquant pendant toute la durée de ceux-ci et de leurs reconductions, pour l'achat des biens loués en tout ou en partie, dans le cas des magasins Rexall, Lorne et de la rue Broad.

Quant à la soi-disant «clause d'incendie», le contrat stipulait ce qui suit, advenant résiliation par suite de destruction totale antérieure à avril 1974, et pourvu que la défenderesse exploite toujours le fonds de commerce dans les locaux:

[TRADUCTION] ... le vendeur payera à l'acheteur à titre de dommages-intérêts relatifs audit bail, les sommes suivantes:

- a)(i) Bail
Pharmacie McNeill Rexall ...
- f (ii) Dommages-intérêts
La part correspondante des \$30,000 ...
- b)(i) Bail
Pharmacie McNeill de la rue Broad ...
- (ii) Dommages-intérêts
La part correspondante des \$120,000 ...
- g c)(i) Bail
Pharmacie McNeill Lorne ...
- (ii) Dommages-intérêts
La part correspondante des \$35,000 ...

La «part correspondante» était calculée selon le nombre de mois restant à courir avant le terme du bail, au moment de la destruction totale, divisé par 60.

Immédiatement après la conclusion du contrat, la défenderesse a vendu les marchandises en stock et les immeubles par destination des magasins Lorne, Rexall et Highland Park au prix coûtant, et en sus la clientèle à un prix total de \$82,500, réduisant ainsi sa mise de fonds pour la clientèle de \$290,000 à \$207,500, somme en litige ici. Elle a obtenu \$40,000 pour le magasin Lorne, au lieu des

respect of Rexall, the same as the assigned amount and \$12,500 in respect of Highland Park. At the end of 1969, the defendant sold the North Plaza store which was leased on a month to month basis and, in respect of which, no goodwill was recovered. In addition to the seven retail stores, two wholesale operations, one for pharmaceuticals and the other for other merchandise, were bought. These operated in the premises of the Lorne store. The defendant had no use for the operations *per se* and simply absorbed the inventories into its own wholesale operations. There was no leasehold interest attached to them. Thus, by the end of 1969, the defendant retained only the three retail stores it had originally wanted.

The Pharmaceutical Centre had opened during 1967. The annual rental (there was no percentage rent) was well over \$10 per square foot. It is not argued that any part of the \$207,500 was paid for a leasehold interest in respect of it. The Broad Street and South Albert stores remain.

Before dealing with them, I should note that the defendant, which operates its own drugstores under the name "Pinder", did not really want to use the McNeill name although it clearly wanted it removed from the Regina marketplace. It continued to use the McNeill name only until the next telephone directory was issued, apparently about a year after the purchase. In the interval, it advertised its own Regina stores and those retained from the McNeill purchase, under the joint name "Pinder-McNeill". With the new telephone directory, signs were changed and the McNeill name disappeared completely.

The plaintiff called, as an expert witness, James P. Catty, and the defendant called Clifford W. Worden. Both are chartered accountants and Catty is an experienced business valuer. Their conclusions are totally contradictory. Worden concluded that the earnings of the McNeill operations sold would not justify payment of any part of the \$290,000 while Catty concluded that the earnings did justify a payment for goodwill he calculates at \$283,000. While an earnings based valuation was

\$35,000 prévus par la clause incendie; \$30,000 pour le magasin Rexall, comme stipulé, et \$12,500 pour le magasin d'Highland Park. A la fin de 1969 la défenderesse a vendu le magasin North Plaza qui a été loué au mois et pour lequel aucune clientèle n'a été recouvrée. En plus des sept magasins de détail, deux commerces de gros, l'un de produits pharmaceutiques et le second d'autres produits, ont été achetés. Ceux-ci se trouvaient dans les locaux du magasin Lorne. La défenderesse ne s'intéressait pas à ces fonds de commerces en eux-mêmes et a inclus simplement leurs stocks dans ses propres opérations de gros. Aucune tenure à bail ne grevait ces commerces. Ainsi, à la fin de 1969, la défenderesse ne conservait que les trois magasins de vente au détail qui l'intéressaient à l'origine.

Le Centre pharmaceutique avait ouvert au cours de 1967. Le loyer annuel (il n'y avait pas de loyer au pourcentage) était de beaucoup supérieur à \$10 le pied carré. On ne prétend pas que quelque portion des \$207,500 versés l'ait été en contrepartie d'une tenure à bail grevant le Centre. Restent les magasins des rues Broad et Albert sud.

Avant d'en parler, je note que la défenderesse, qui exploite ses propres pharmacies sous la raison sociale «Pinder», ne désirait pas vraiment se servir de la raison sociale McNeill quoiqu'il soit clair qu'elle en ait voulu la disparition des centres commerciaux de Régina. Elle n'a continué à se servir du nom McNeill que jusqu'à la parution du nouvel annuaire téléphonique, apparemment environ un an après l'achat. Dans l'intervalle, sa publicité a vanté les mérites de ses propres magasins de Régina et de ceux acquis des McNeill, sous la raison sociale commune «Pinder-McNeill». A la parution du nouvel annuaire téléphonique, les enseignes ont été changées et le nom McNeill a disparu tout à fait.

La demanderesse a cité comme témoin-expert James P. Catty, et la défenderesse, Clifford W. Worden. Il s'agit de deux comptables agréés; Catty est un évaluateur commercial expérimenté. Leurs conclusions sont totalement contradictoires. Worden a conclu que les bénéfices des commerces McNeill vendus ne justifiaient nullement le paiement d'une partie des \$290,000 alors que Catty a soutenu qu'ils justifiaient en fait un paiement à titre de clientèle qu'il fixe à \$283,000. Alors que la

Worden's only approach, Catty took other approaches to the valuation of the goodwill attaching to the subject matter of the sale, all of which led him to conclude that \$290,000 was a fair figure for goodwill. Neither report is of assistance in resolving the initial question of whether or not any part of \$290,000 was paid, not for goodwill, but for the Broad Street and/or South Albert leases. Worden's report is of no assistance in answering any of the other questions that appear pertinent to me. Two hundred and ninety thousand dollars was paid for something and I am satisfied, after hearing Mr. Pinder, that the defendant would not have paid it for something not approaching \$290,000 in value.

The South Albert store, of approximately 2,500 square feet, is located in a shopping centre, the anchor tenant of which is a national chain supermarket, on the main north-south artery through Regina. The term of the lease assigned was for ten years from January 1, 1966. The minimum annual rent was \$6,000 (\$2.40 per square foot) against 5% of gross sales. Sales of tobacco products, soft drinks, magazines, utility collections and sub-post-office transaction are excluded. Sales in 1967 and 1968 had been sufficient to bring the percentage rent provision into operation. A single five-year renewal option required renegotiation of the rent. The document is a standard shopping centre lease calling for the tenant to pay, in addition to rent, for such things as utility charges, common area maintenance and municipal tax increases over 1966.

Mr. Pinder testified that he considered the South Albert lease to be a favourable one, from the tenant's point of view, in the market at the time. The only solid evidence before the Court in support of that conclusion is that, in a very similar shopping centre directly across Albert Street, the drugstore lease of approximately 4,280 square feet stipulated a percentage rent of 6% of gross sales without exclusions. It was for a twenty-year term from March 1, 1961 and provided for two succes-

démarche unique de Worden a consisté à faire une évaluation fondée sur les bénéfices, Catty lui, a suivi une démarche différente. Pour évaluer la clientèle, il s'est attaché à l'objet de la vente, ce qui a l'a amené à conclure que la somme de \$290,000 constituait un chiffre équitable pour la clientèle. Aucun des rapports n'est d'un grand secours pour régler le point principal en litige, à savoir si oui ou non quelque portion des \$290,000 a été payée, non pour la clientèle, mais pour les baux des magasins de la rue Broad et de la rue Albert sud. Le rapport Worden n'est d'aucun secours pour répondre aux autres questions qui me paraissent se poser. Les \$290,000 n'ont pas été payés pour rien et je suis convaincu, après avoir entendu M. Pinder, que la défenderesse ne les aurait pas versés pour quelque chose qui, grosso modo, n'aurait pas valu cette somme.

d Le magasin de la rue Albert sud, d'une superficie d'environ 2,500 pieds carrés, est situé dans un centre commercial dont le locataire principal est un réseau national de supermarchés. Il se trouve dans la principale artère nord-sud de Regina. La durée du bail cédé était de dix ans à compter du 1^{er} janvier 1966. Le loyer minimal annuel était de \$6,000 (\$2.40 le pied carré) en regard de 5% du chiffre annuel des ventes. Les ventes de tabac, de liqueurs douces, de magazines et d'articles utilitaires, ainsi que les opérations du bureau de poste auxiliaire en sont exclues. Les ventes ont été suffisantes en 1967 et 1968 pour faire jouer la clause du loyer proportionnel. Une option de reconduction quinquennale unique exigeait une renégociation du loyer. L'acte consiste en un bail type en usage pour les centres commerciaux en vertu duquel le locataire devait payer, en sus du loyer, certains frais pour les services, l'entretien des lieux communs ainsi que l'augmentation des taxes, à compter de 1966.

M. Pinder a dit dans son témoignage qu'il considérait le bail de la rue Albert sud comme favorable du point de vue du locataire, compte tenu du marché à l'époque. La seule preuve concluante dont la Cour ait connaissance à l'appui de cette conclusion, c'est le fait que dans un centre commercial similaire, situé juste en face, de l'autre côté de la rue Albert, le bail du pharmacien pour une superficie d'environ 4,280 pieds carrés, fixe un loyer proportionnel à 6% du total de toutes les

sive five-year renewal leases at rents to be negotiated. On the other hand, there is evidence in the report of Howard P. Hamilton, one of the plaintiff's expert witnesses, of shopping centre drug-store leases entered into in Regina in the latter half of the 1960's calling for percentage rents of both 5% and 6% of gross sales. These leases are not themselves in evidence and, without them, one cannot really compare the respective deals. I might also observe that even a comparison of shopping centre leases without knowledge of the antecedent building agreements can be misleading since the rent is bound to be influenced by such factors as who paid for what by way of finishing the premises. In the result, while I accept Mr. Pinder's judgment that the South Albert lease was a relatively favourable lease from a tenant's point of view, the evidence does not establish that it was so favourable, in relation to the market, that a prospective tenant would pay anything for it over and above the assumption of the tenant's obligations under it.

In the result of the negotiations, the lease of the Broad Street store was for a term of ten years from April 1, 1969 with options in favour of the defendant to renew for three successive five-year terms on the same conditions including rent and a non-assignable right of first refusal to buy the building. The annual rent, as originally proposed, was \$2.50 per square foot against 4% of gross sales, sub-post-office transactions and utility collections being excluded. The tax escalator was operative only if no percentage rent was payable, a situation not anticipated in view of the store's sales record and not, in fact, encountered. Indeed, the first year's monthly rental instalments were fixed on an annual rental forecast well above the \$2.50 figure. The defendant was responsible only for telephone, electricity and water supplied to the premises.

ventes sans exception. Sa durée est de vingt ans à compter du 1^{er} mars 1961 et prévoit deux reconductions quinquennales successives avec renégociation du loyer. D'autre part, le rapport de M. Howard P. Hamilton, l'un des témoins-experts de la demanderesse, démontre que les baux relatifs à des pharmacies situées dans des centres commerciaux, baux conclus à Regina dans la dernière partie de la décennie des années 1960, prévoient des loyers proportionnels aussi bien de 5% que de 6% du chiffre des ventes. Ces baux n'ont pas été produits et en leur absence on ne peut réellement comparer les transactions respectives. Je pourrais aussi faire observer que même la comparaison des baux des centres commerciaux, si l'on ne connaît pas les contrats antérieurs se rapportant à ces bâtiments, peut induire en erreur vu que le loyer est forcément influencé par certains facteurs comme les frais de finition des lieux, laissés à la charge de l'une ou l'autre des parties. Somme toute, bien que je souscrive à l'opinion de M. Pinder lorsqu'il dit que le bail de la rue Albert sud était, toutes choses égales par ailleurs, favorable au locataire, il n'a pas été démontré qu'il ait été si favorable, compte tenu du marché, qu'un éventuel locataire aurait été prêt à payer n'importe quoi pour pouvoir l'obtenir, même une somme bien supérieure à ce qu'il présumait devoir en vertu dudit bail.

Par suite des négociations, le bail du magasin de la rue Broad a été consenti pour dix ans à compter du 1^{er} avril 1969, avec option pour la défenderesse de reconduire pour trois périodes quinquennales successives aux mêmes conditions, dont le loyer. Il comportait aussi un droit incessible de préemption sur l'immeuble. Le loyer annuel, comme il avait été proposé originairement, était de \$2.50 le pied carré en regard de 4% du chiffre des ventes, les opérations du bureau de poste auxiliaire et la vente des articles utilitaires exclues. La clause de variation de taxe n'entraîne en jeu que si aucun loyer proportionnel n'était exigible, situation qu'on ne prévoyait pas devoir se produire vu le chiffre d'affaires effectué par le passé (et qui, de fait, ne s'est pas produite). Et même, les versements mensuels de loyer pour la première année ont été fixés, selon une prévision du loyer annuel, bien au-dessus du \$2.50. La défenderesse n'avait à payer que le service téléphonique; l'électricité et l'eau étaient fournies.

I accept the evidence of Jack M. Warren, an expert witness called by the plaintiff, as to the character of the Broad Street store and its neighbourhood. It occupies the entire ground floor and, for storage, part of the basement of a free standing building on the east side of Broad Street. The ground floor area is approximately 3,462 square feet and the basement 1,044 square feet. There are apartments in the upper floors. The front, three storey, portion was built in 1912; a two storey addition at the rear was built in 1938. It has been well maintained and extensively renovated from time to time. Its condition is average for its age. There is parking on the lot.

That portion of Broad Street is a four lane north-south traffic artery on the easterly fringe of Regina's downtown business area. Development fronting on it is mainly commercial while neighbouring streets are high density residential. The Regina General Hospital is two blocks east of the Broad Street store. It is the closest drugstore to the hospital and the closest public transit stops to the hospital are directly in front of and across Broad Street from the store. This appears to be a particular advantage in terms of sale of gift items, rather than prescriptions.

Sales at the Broad Street store, during McNeill's fiscal years ended January 31, 1966, 1967 and 1968, of the sort that would be subject to percentage rent, had been \$364,612, \$427,251 and \$477,483 respectively, in the order of one quarter of McNeill's total sales each year and, obviously, growing at a very satisfactory rate. Sales for the year ended January 31, 1969 were not ascertained when the agreement was concluded and are not in evidence; however, the defendant's sales from the store for the nine months April 1 to December 31, 1969, were \$373,459.

Howard P. Hamilton, a Calgary real estate appraiser called as an expert by the plaintiff, concluded that the base rate of \$2.50 was about typical for the type of property, that the potential 25-year term was longer than typical, and that the 4% rate of percentage rental would not have produced any premium on an assignment of the lease in 1969. In conclusion, he was of the opinion

J'accepte les déclarations de Jack M. Warren, témoin-expert cité par la demanderesse, en ce qui a trait au caractère du magasin de la rue Broad et à ses alentours. Il occupe tout le rez-de-chaussée et, pour fins d'entrepôt, une partie du sous-sol d'un bâtiment séparé sur le côté est de la rue Broad. La surface du rez-de-chaussée est d'environ 3,462 pieds carrés, et celle du sous-sol de 1,044. Il y a des appartements aux étages supérieurs. Le bâtiment en façade, de trois étages, a été construit en 1912; une annexe de deux étages à l'arrière a été construite en 1938. Les bâtiments ont été bien entretenus et amplement rénovés périodiquement. Ils sont en assez bonne condition pour leur âge. Il y a un terrain de stationnement à l'arrière.

Cette partie de la rue Broad est une artère nord-sud à quatre voies à la lisière orientale du centre-ville commercial de Régina. C'est une rue commerciale, bien que les rues avoisinantes aient une haute densité résidentielle. Le General Hospital de Régina est à deux pâtés de maisons à l'est du magasin de la rue Broad. C'est la pharmacie la plus proche de l'hôpital et les arrêts des transports en commun allant à l'hôpital se trouvent directement en face du magasin des deux côtés de la rue Broad. Il semble que ce soit là un avantage particulier, mais plutôt pour la vente des cadeaux que pour celle de médicaments sur ordonnance.

Celles des ventes du magasin de la rue Broad qui auraient fait l'objet du loyer proportionnel durant l'exercice financier des McNeill, qui s'est terminé les 31 janvier 1966, 1967 et 1968, ont été de \$364,612, \$427,251 et \$477,483 respectivement, soit de l'ordre du quart du chiffre d'affaires annuel des McNeill et, de toute évidence, elles progressaient à un taux fort satisfaisant. Les ventes de l'année se terminant le 31 janvier 1969 n'ont pas été évaluées et n'ont pas fait l'objet de preuves; toutefois, les ventes de la défenderesse dans ce magasin pour les neuf mois allant du 1^{er} avril au 31 décembre 1969 ont totalisé \$373,459.

M. Howard P. Hamilton, évaluateur immobilier de Calgary, assigné à témoigner par la demanderesse à titre d'expert, avait conclu que le taux de base de \$2.50 était généralement utilisé pour ce genre d'immeuble, que la durée éventuelle du bail, soit 25 ans, était supérieure à la normale et que le loyer à un taux de 4% n'aurait donné lieu à aucune prime en cas de cession du bail en 1969. En

that no measurable premium should be attributed to the Broad Street lease. Mr. Hamilton considered only shopping centre outlets in comparing Broad Street to other drugstores.

While it is likely that Hamilton had to turn to shopping centres in order to find any number of drugstore leases with percentage rent provisions there are obvious costs and, no doubt compensating, benefits to a business in a shopping centre that do not pertain to a business like the Broad Street store. In the circumstances, it seems to me that the approach of the plaintiff's other expert, Jack M. Warren, who included other free standing buildings in his comparables is to be preferred. Warren is a real estate appraiser employed by Revenu Canada, formerly resident at Saskatoon, now of Ottawa. Warren also compared, as best he could, tenant's occupancy costs in the Broad Street store with those of his other comparables. I will refer only to the free standing locations, all in Regina.

1. McGregor's Drugs, 2,100 square feet, leased November 29, 1971, for five years with one five-year renewal at a renegotiated rent. Initial rent \$400 per month for first thirty months, \$450 thereafter, average annual rental \$2.43 per square foot. Gross sales in 1972—\$169,090; in 1973—\$174,522. Average annual rent is 2.84% of average gross sales. Tax escalator over 1971 base. After taking into account taxes, insurance, licences, cleaning, repairs and maintenance, heat and utilities, Warren calculated the tenant's average occupancy cost, including rent, at \$9,278 or 5.48% of gross sales for those years.

2. Harris' Drugs, 1,606 square feet, leased September 1, 1965, for ten years with one five-year renewal at a renegotiated rent. Rent is \$4,134 or \$2.57 per square foot annually. Gross sales in 1970—\$125,795; in 1971—\$130,731 and in 1972—\$137,439. Tax escalator over 1965 base. Warren calculated the total tenant's average

conclusion il était d'avis qu'aucune prime appréciable ne devrait être attribuée au bail de la rue Broad. Il n'a étudié comme point de comparaison que des pharmacies situées dans des centres commerciaux.

Bien que vraisemblablement M. Hamilton ait eu à se tourner vers les centres commerciaux pour trouver suffisamment de pharmacies dont le bail stipule un loyer au pourcentage, il existe, c'est évident, des frais, et, sans aucun doute, des bénéfices compensatoires dus à la situation dans un centre commercial qu'on ne trouve pas dans un commerce comme celui de la rue Broad. En l'espèce, il me semble que la démarche de l'autre expert de la demanderesse, M. Jack M. Warren, qui s'est servi aussi de certains immeubles séparés comme point de comparaison, est préférable. M. Warren est évaluateur immobilier au service de Revenu Canada; il résidait auparavant à Saskatoon et habite maintenant à Ottawa. Il a aussi comparé, du mieux qu'il a pu, les frais d'occupation du magasin de la rue Broad avec d'autres qui lui sont comparables. J'évoque uniquement les bâtiments séparés, tous dans Régina:

1. La pharmacie McGregor, 2,100 pieds carrés, louée le 29 novembre 1971 pour cinq ans avec possibilité de reconduction quinquennale, loyer à renégocier. Le loyer initial était de \$400 par mois pour les trente premiers mois et de \$450 ensuite soit un loyer annuel moyen de \$2.43 le pied carré. Chiffre d'affaires en 1972: \$169,090; en 1973: \$174,522. Le loyer annuel moyen correspond à 2.84% du chiffre d'affaires moyen annuel. La clause de variation de taxe joue à compter de 1971. Ayant tenu compte des taxes, des assurances, des autorisations, du nettoyage, des réparations et de l'entretien, du chauffage et des services, Warren a calculé que les frais de location, y compris le loyer, s'élevaient à \$9,278, soit 5.48% du chiffre d'affaires pour ces années-là.

2. La pharmacie Harris, 1,606 pieds carrés, louée le 1^{er} septembre 1965 pour dix ans avec possibilité d'une reconduction quinquennale, loyer à renégocier. Le loyer était de \$4,134 l'an, soit \$2.57 le pied carré. Chiffre d'affaires en 1970: \$125,795; en 1971: \$130,731 et en 1972: \$137,439. La clause de variation de taxe jouait à

occupancy cost, including rent, at \$6,731 at 5.35% of gross sales for those years.

3. Duncan's Drugs, 1,211 square feet, leased on a month to month tenancy for \$3,100 per year, or \$2.56 per square foot, with the tenant paying all expenses except taxes. Gross sales in 1969 were \$89,496 and the estimated total tenant's occupancy costs, including rent, were \$5,657 or 6.32% of gross sales that year.

For the Broad Street store, taking into account nine months' operation in 1969, Warren's calculation of the defendant's total annual occupancy costs, including rent, was 5.32% of gross sales for 1969 and 5.63% for 1970. None of Warren's comparables was subject to payment of percentage rent and all were obviously much smaller stores. It is also true, as was brought out in cross examination, that expenditures characterized under the accounting titles Warren adopted as reflecting occupancy costs may properly vary significantly in both amount and content from one business operation to another. That said, Warren's approach does seem to me the only practical basis for comparing the costs to the tenant of the Broad Street lease, with those of other drugstores not in shopping centres. As in the case of the South Albert lease, the evidence does not establish that the Broad Street lease was so favourable to the tenant, relative to the market, that a prospective sub-lessee would pay anything for it beyond assumption of the tenant's obligations under it.

Halsbury is sufficient authority for the proposition that the law has long recognized the distinction between personal and local goodwill.¹

A distinction has been drawn between personal goodwill, which is merely the advantage of the recommendation of the owner of a business and of the use of his name, and local goodwill, which is attached to premises, and must be taken into account in calculating the value of such premises.

¹ *Halsbury's Laws of England*, 3rd ed., Volume 29, p. 362, par. 718.

compter de 1965. Warren a calculé que les frais totaux de location, y compris le loyer, étaient de \$6,731 en regard de 5.35% du chiffre des ventes pour ces années-là.

3. La pharmacie Duncan, 1,211 pieds carrés, louée au mois à raison de \$3,100 l'an, soit \$2.56 le pied carré, le locataire payant tous les frais, taxes exceptées. Le chiffre d'affaires annuel en 1969 était de \$89,496 et les frais totaux de location, y compris le loyer, étaient de \$5,657 soit 6.32% du chiffre des ventes pour cette année-là.

Quant au magasin de la rue Broad, compte tenu d'une exploitation de neuf mois en 1969, les calculs de Warren portant sur les frais totaux annuels de location de la défenderesse, loyer compris, donnent 5.32% du chiffre des ventes pour 1969 et 5.63% pour 1970. Aucun des magasins ayant servi de points de comparaison à Warren n'a fait l'objet de paiement de loyer proportionnel et tous consistaient, bien évidemment, en de plus petits magasins, et de beaucoup. Il est vrai aussi, comme la chose est apparue au cours du contre-interrogatoire, que les dépenses qualifiées, d'après les rubriques comptables adoptées par M. Warren, de frais d'occupation peuvent, c'est normal, varier considérablement tant en ordre de grandeur qu'en nature, d'un commerce à l'autre. Cela dit, la démarche de M. Warren me paraît être la seule base pratique de comparaison des coûts du bail de la rue Broad d'avec ceux des autres pharmacies situées hors des centres commerciaux. Comme dans le cas du bail de la rue Albert sud, il n'a pas été démontré que le bail de la rue Broad ait été si favorable au locataire, compte tenu du marché, qu'un sous-locataire éventuel aurait payé n'importe quoi pour pouvoir en bénéficier.

Il suffit de citer Halsbury pour étayer la distinction faite de longue date entre la clientèle due au commerçant et la clientèle due à l'emplacement seul (ou achalandage).¹

[TRADUCTION] On a établi une distinction entre la clientèle due à la réputation du commerçant et à la raison sociale, et celle qui est fonction seulement de la situation des lieux, et dont il faut tenir compte quand on calcule la valeur de ces lieux.

¹ *Halsbury's Laws of England*, 3^e éd., volume 29, p. 362, par. 718.

The only evidence I have as to the local goodwill attaching to the South Albert store is the opinion of the plaintiff's expert, Catty, that it was \$67,500. That figure was arrived at by a calculation that accepted \$120,000 as the proper amount for the Broad Street store's local goodwill and took account of relative sales. In the circumstances, I accept \$67,500 as the correct figure.

I should note that, in his report, Catty referred to "Goodwill of location and continuity". The emphasis is mine. Nowhere did he elaborate on the particular significance of "continuity" as distinct from location. At page 6, he wrote:

5. Location and Continuity

Goodwill of location, in particular for retailers, is often confused with lease value. They are not the same. Goodwill of location relates to traffic patterns about an outlet. This traffic and the related business can be enhanced or diminished by many external factors such as residential development in the area, the opening of a competitor across the street, and so on.

Continuity is, I take it, the aspect of location involving the carrying on by a new owner of a going concern in its established place of business.

As to the Broad Street store, the evidence establishes clearly that there was, in fact, a particular advantage to its location. That advantage had a value. While McNeill and the defendant did not expressly quantify that value it seems to me they did so implicitly. If the store had been totally destroyed a moment after closing and, in consequence the lease had terminated, the defendant would have been entitled to recover \$120,000 of the \$290,000 paid for goodwill. That \$120,000 was intended to compensate the defendant for something intangible it had bought from McNeill and would lose as a result of the lease's termination. It would not have lost its exclusive right to trade under the McNeill name nor its right to enforce the restrictive covenant. It would not have lost the Happy Shopper first refusal. It would have lost only two intangible assets: its right of first refusal on the sale of the Broad Street property and its right to operate its drugstore at that location for the next 25 years.

La seule preuve que je possède en ce qui concerne la valeur de la clientèle due à l'emplacement seul (ou achalandage) du magasin de la rue Albert sud est l'opinion du témoin de la demanderesse, M. Catty, qui la fixe à \$67,500. Ce chiffre est obtenu en acceptant la somme de \$120,000 comme la valeur appropriée pour l'achalandage du magasin de la rue Broad et en tenant compte des différences entre les chiffres d'affaires respectifs. En l'espèce, je considère comme exact ce chiffre de \$67,500.

Je note que dans son rapport, Catty se réfère [TRADUCTION] «à l'achalandage et à la continuité». C'est moi qui souligne. Nulle part il n'élabore sur le sens particulier de «continuité» en ce qui le distingue de l'emplacement. A la page 6, il écrit:

[TRADUCTION] 5. Achalandage et continuité

On confond souvent, notamment dans le cas des détaillants, l'achalandage avec la valeur locative. Ce n'est pas la même chose. L'achalandage est lié au va et vient des alentours. Ce va et vient, et par conséquent le commerce qui y est lié, peut augmenter ou diminuer en fonction de plusieurs facteurs externes comme le développement d'une zone résidentielle, un concurrent qui ouvre ses portes en face, etc.

La continuité c'est, si je comprends bien, cet aspect de l'emplacement qui implique la poursuite par un nouveau propriétaire des activités commerciales à une même adresse.

Quant au magasin de la rue Broad, il a clairement été démontré que sa situation offrait, dans les faits, un avantage particulier. Cet avantage a une valeur pécuniaire. Quoique les McNeill et la défenderesse n'aient pas expressément quantifié cette valeur, il me semble qu'ils l'ont fait tacitement. Si le magasin avait été totalement détruit immédiatement après la conclusion du contrat et qu'en conséquence le bail ait été résilié, la défenderesse aurait eu droit de recouvrer \$120,000 des \$290,000 versés pour la clientèle. Ces \$120,000 étaient destinés à indemniser la défenderesse pour un bien incorporel acheté aux McNeill et perdu par suite de la résiliation du bail. Ce ne peut être son droit exclusif de commercer sous la raison sociale des McNeill ni celui de faire respecter l'obligation de non-concurrence. Elle n'aurait pas perdu non plus son droit de préemption sur le magasin Happy Shopper; elle n'aurait perdu que deux biens incorporels: son droit de préemption en cas de vente de l'immeuble de la rue Broad et son

The \$120,000 figure had been arrived at in a process of hard bargaining between parties dealing at arm's length, both professionally advised and both knowledgeable of the location and of the business conducted and to be conducted thereon. The agreement is conclusive that \$120,000 was the value of those two intangible assets.

That the value of the right of first refusal was, at best, nominal is confirmed by the fact that, again in arm's length transactions between knowledgeable parties, the defendant sold the goodwill attaching to the Lorne and Rexall stores for as much or more as it paid for it without being able to assign the right of first refusal. I accept, as did Catty, that the \$120,000 paid for goodwill in respect of the Broad Street store was paid entirely for local goodwill or goodwill of location.

The essence of the question is, as stated by Kearney J., in *Plouffe v. M.N.R.*²:

To what extent, if any, does goodwill which is attached to the premises, as opposed to personal goodwill, form part and parcel of a leasehold interest?

Regrettably, it was found unnecessary to answer the question then because, it was found as a fact, there was no goodwill of value involved in the transaction and, it followed, the amount in issue was indeed the capital cost of the leasehold interest. The question has not been posed since.

A number of English cases, applying the provisions of the *Landlord and Tenant Act, 1927*³ were cited to me. They are not particularly helpful but do call attention, for what it is worth, to a determination by the Parliament at Westminster that local goodwill created by a tenant enhances the value of the realty, as do physical improvements. It is something for which the tenant may be entitled to compensation by the landlord upon termination of the tenancy.

² [1965] 1 Ex.C.R. 781 at 797.

³ 17 & 18 Geo. V, c. 36 (U.K.).

droit d'exploiter cette pharmacie en ce lieu vingt-cinq années durant.

On est arrivé au chiffre de \$120,000 après de dures négociations entre parties sur leurs gardes, conseillées par des spécialistes avertis, ayant une bonne connaissance des lieux et du commerce y exploité ou pouvant y être exploité. Le contrat est donc une preuve concluante que les \$120,000 correspondent à la valeur de ces deux biens incorporels.

Que la valeur du droit de préemption ait été, au mieux, purement symbolique, cela est confirmé par le fait qu'encore une fois entre parties se gardant mutuellement l'une de l'autre et agissant en connaissance de cause, il y a eu vente par l'une d'elles, la défenderesse, de l'achalandage des magasins Lorne et Rexall pour autant sinon plus que ce qu'elle a payé pour obtenir un droit de préemption incessible. J'accepte, comme le fit Catty, que les \$120,000 payés pour l'achalandage dans le cas du magasin de la rue Broad l'ont été entièrement pour l'achalandage, soit la clientèle due à l'emplacement.

Le fond de la question, c'est, comme l'a dit le juge Kearney dans *Plouffe c. M.R.N.*²:

[TRADUCTION] Dans quelle mesure l'achalandage, ou clientèle attachée à la situation des lieux, si achalandage il y a, par opposition à la clientèle due au commerçant, fait-il partie intégrante d'une tenure à bail?

Il est regrettable qu'il n'ait pas alors été jugé nécessaire de répondre à la question; il avait été reconnu qu'aucune valeur d'achalandage n'était impliquée dans la transaction; il s'ensuivait que la somme litigieuse constituait vraiment le coût en capital du bail. La question ne s'est pas posée depuis.

On m'a cité une certaine jurisprudence anglaise qui applique les dispositions du *Landlord and Tenant Act, 1927*³. Elle n'est pas particulièrement applicable ici, mais appelle l'attention, à toutes fins utiles, sur le fait que le Parlement de Westminster a jugé que la clientèle locale que crée le locataire accroît la valeur de l'immeuble tout comme les améliorations physiques. Cela donne au locataire le droit de se faire indemniser par le propriétaire à l'expiration du bail.

² [1965] 1 R.C.É. 781, à la p. 797.

³ 17 & 18 Geo. V, c. 36 (R.-U.).

The Australian cases are somewhat more apt. There, the federal income tax statute⁴ provided that premiums or like consideration "demanded and given in connexion with leasehold estates" should, as the case may be, either be included in or deductible from taxable income, to adopt Canadian terminology. The High Court of Australia has held that consideration for local goodwill was paid and received "in connexion with leasehold estates" in sales of going concerns where the vendor granted a lease of the subject premises.⁵ In the first case, the vendor-landlord who sold the goodwill of location was the unsuccessful appellant; in the second, the purchaser-lessee who bought was the successful respondent.

An analogy, which was not drawn in argument but seems pertinent to me, is to be found in the expropriation of interests in real estate. Whether that interest be fee simple or leasehold, the value of the goodwill of location, if a business is conducted upon it, is accepted as one of the elements making up the value of the expropriated interest.

Referring specifically to the present federal legislation⁶, the only thing authorized to be expropriated is an interest in land and the only compensation authorized to be paid is the value of the expropriated interest. It expressly recognizes that where the owner of the expropriated interest is dispossessed, its value includes "the value to the owner of any element of special economic advantage to him arising out of or incidental to his occupation of the land".

An owner dispossessed might well be entirely compensated for local goodwill in being paid the market value of the property. However, a tenant dispossessed is equally entitled to such compensation. Since, under the Act, the only thing that can be taken and paid for is an interest in land and since the tenant's only interest is leasehold, it must be concluded that, in the scheme of the *Expro-*

La jurisprudence australienne est un peu plus utile. Là-bas une loi fédérale d'imposition du revenu⁴ prévoit que les primes ou contreparties similaires [TRADUCTION] «demandées et fournies en matière de tenures à bail» doivent, selon le cas, être incluses ou déduites de ce que l'on nomme dans la terminologie canadienne, le revenu imposable. La High Court d'Australie a jugé qu'une contrepartie pour l'achalandage, avait été versée et reçue [TRADUCTION] «relativement à des tenures à bail» dans les ventes de commerces en activité lorsque le vendeur accordait un bail sur les lieux en cause.⁵ Dans la première affaire, l'appelant, le vendeur-propriétaire, qui a vendu l'achalandage, a été débouté; dans la seconde, l'acheteur-locataire, intimé, qui l'acheta, a eu gain de cause.

On peut voir une analogie (et, bien qu'on n'en ait pas parlé lors des plaidoiries, elle me semble pertinente) dans l'expropriation d'un droit réel immobilier. Que ce droit soit une tenure libre ou une tenure à bail, la valeur de l'achalandage, si celui-ci permet au commerce de se poursuivre, est accepté comme l'un des éléments du droit exproprié.

Si l'on se réfère expressément à la loi fédérale actuelle⁶, la seule chose que l'on puisse exproprier c'est un droit réel immobilier et la seule indemnisation autorisée, c'est la valeur du droit exproprié. La loi le reconnaît expressément, lorsque le propriétaire est privé du droit exproprié, la valeur de ce dernier comprend «la valeur, pour le titulaire, de tout facteur représentant pour lui un avantage économique particulier attribuable ou connexe à son occupation de l'immeuble».

Le titulaire du droit exproprié peut fort bien être entièrement indemnisé pour l'achalandage en recevant la valeur marchande du bien. Toutefois le locataire dépossédé a droit aussi à cette indemnité. Vu que d'après la Loi la seule chose qui puisse être expropriée et dont on puisse être indemnisé c'est un droit réel immobilier, et vu que le seul droit du locataire est sa tenure à bail, il faut conclure que

⁴ The *Income Tax Assessment Act*, 1922, s. 16(d). Act No. 37 of 1922.

⁵ *Daniell v. The Federal Commissioner of Taxation* (1928) 42 C.L.R. 296. *The Federal Commissioner of Taxation v. Williamson* (1943) 67 C.L.R. 561.

⁶ *Expropriation Act*, R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 16.

⁴ *The Income Tax Assessment Act*, 1922, art. 16d); Loi de 1922 n° 37.

⁵ *Daniell c. The Federal Commissioner of Taxation* (1928) 42 C.L.R. 296. *The Federal Commissioner of Taxation v. Williamson* (1943) 67 C.L.R. 561.

⁶ *Loi sur l'expropriation*, S.R.C. 1970 (1^{er} Supp.), c. 16.

priation Act, local goodwill is part and parcel of the leasehold interest.

In tax cases, it is the substance of a transaction that is to be regarded.⁷ The issue raised in this action is, so far as counsel and the Court are aware, novel in the context of Canadian income tax law. While the question has been asked before, it appears not to have been answered. I doubt that this will be the last word on it.

*Chissum v. Dewes*⁸ was decided well before the form of commercial transactions came to be dictated by the provisions of modern taxing statutes and before goodwill had been sliced into as many subdivisions as, it appears from the evidence, is the case today. The goodwill referred to in the decision is obviously what would today be called goodwill of location or local goodwill. In that case, the unexpired term of a lease, subject to an equitable mortgage, was sold as a package with the goodwill of the business carried on in the premises in the realization of the estate of the deceased tenant. The aggregate sum realized was insufficient to satisfy the debt secured and it was sought to apportion the consideration and to pay the mortgagee only that part attributable to the unexpired term. The Master of the Rolls, Sir John Leach, held:

The good-will of the business is nothing more than an advantage attached to the possession of the house; and the mortgagee, being entitled to the possession of the house, is entitled to the whole of that advantage. I cannot separate the good-will from the lease.

Like the learned Master of the Rolls, I am unable to divorce the goodwill of a location from the other advantages accruing to the person entitled to possession of that location. When it accrues under a lease, it is part of the leasehold interest and the price paid for it is part of the capital cost of that leasehold interest.

There is no basis for disturbing the assessment disallowing the claimed deduction of the expenses incurred in negotiating the McNeill transaction.

⁷ *Firestone Tire and Rubber Company of Canada, Limited v. Commissioner of Income Tax* [1942] S.C.R. 476.

⁸ (1828) 38 E.R. 938.

la *Loi sur l'expropriation* considère l'achalandage comme partie intégrante de la tenure à bail.

D'après la jurisprudence fiscale, c'est le véritable caractère de la transaction que l'on doit examiner.⁷ Le point en litige en l'espèce est, à la connaissance et des avocats et du tribunal, nouveau en droit fiscal canadien. Bien que la question ait été posée antérieurement, il ne semble pas qu'on y ait répondu. Je doute que le dernier mot soit dit sur cette question en la présente espèce.

L'affaire *Chissum c. Dewes*⁸ a été jugée bien avant que la forme des transactions commerciales soit dictée par les lois fiscales modernes, avant que dans les fonds de commerce on distingue plusieurs éléments comme c'est, d'après les preuves faites, le cas aujourd'hui. La clientèle dont il est question dans l'affaire précitée c'est manifestement ce qu'aujourd'hui nous appellerions l'achalandage, ou clientèle due à l'emplacement seul. Dans cette affaire un bail en cours, grevé d'un *mortgage en equity*, était vendu en bloc avec l'achalandage d'un commerce qui se tenait dans des locaux faisant partie intégrante du patrimoine du locataire défunt. La somme totale obtenue à la liquidation de la succession était insuffisante pour rembourser la créance privilégiée. On a donc cherché à ventiler la contrepartie due, de façon à ne payer au créancier que la somme correspondant à la partie du bail restant à courir. Sir John Leach, Maître des rôles, a statué comme suit:

[TRADUCTION] L'achalandage d'un fonds de commerce, ce n'est rien d'autre que l'avantage attaché à la possession de la maison et le créancier privilégié qui a droit à la possession de la maison a droit à cet avantage en son entier. Je ne saurais séparer l'achalandage du bail.

Tout comme le docte Maître des rôles je ne puis séparer l'achalandage des autres avantages dont jouit celui qui a droit à la possession des lieux. Lorsque l'achalandage découle du bail, il en fait partie et le prix payé pour cet élément doit être intégré au coût de la tenure à bail.

Rien ne permet de modifier la cotisation rejetant la déduction réclamée des dépenses engagées lors de la négociation de la transaction McNeill. Quoi-

⁷ *Firestone Tire and Rubber Company of Canada, Limited c. Commissaire de l'impôt sur le revenu* [1942] R.C.S. 476.

⁸ (1828) 38 E.R. 938.

While raised in the pleadings this matter was not dealt with in argument.

The defendant's 1969 and 1970 income tax returns will be referred back to the Minister for reassessment on the basis that \$187,500 was the capital cost of the leasehold interests in the Broad and South Albert Street stores in respect of which the defendant is entitled to claim capital cost allowance. The remaining \$20,000 in issue was not proved to have been paid for any leasehold interest.

The decision of the Tax Review Board,⁹ apparently rendered without the benefit of much of the evidence before the Court, was that 50% of the \$207,500 be assumed to have been paid for leasehold interests. In the result, therefore, the defendant has been entirely successful in its defence and largely successful in its counterclaim and is entitled to its costs of both to be taxed on the basis of this having been a Class III action.

Counsel for the plaintiff argued for a disposition of costs, in the event of the defendant's success, as was done in *Herb Payne Transport Limited v. M.N.R.*,¹⁰ where the taxpayer, while successful in the action, was found to have been the principal author of a largely unnecessary dispute. I have considered that representation but do not think the circumstances are more than superficially comparable and, accordingly, reject it.

⁹ 75 DTC 103.

¹⁰ [1964] Ex.C.R. 1 at p. 16.

que la question ait été soulevée dans les conclusions écrites, elle n'a pas été évoquée lors des plaidoiries.

^a Les déclarations d'impôt de 1969 et 1970 de la défenderesse seront renvoyées au Ministre qui établira de nouvelles cotisations compte tenu que les \$187,500 constituent le coût en capital de la tenure à bail grevant les magasins des rues Broad et ^b Albert sud pour lesquels la défenderesse a droit de réclamer une allocation du coût en capital. Quant aux \$20,000 litigieux restants, il n'a pas été prouvé qu'ils aient été versés en contrepartie d'une quelconque tenure à bail.

^c Selon la décision de la Commission de révision de l'impôt⁹, rendue apparemment en l'absence de la plupart des preuves produites devant la Cour, on devait présumer que 50% des \$207,500 avaient été ^d payés pour les tenures à bail. Il s'ensuit que la défense est entièrement accueillie et que la demande reconventionnelle doit l'être en majeure partie, la défenderesse ayant droit à ses dépens dans les deux cas, taxables comme s'il s'agissait ^e d'une action de troisième classe.

L'avocat de la demanderesse avait demandé, advenant que sa cliente soit déboutée, que les dépens soient accordés comme dans l'affaire *Herb Payne Transport Limited c. M.R.N.*¹⁰, où il a été jugé que le contribuable, quoique ayant eu gain de cause, était le principal responsable d'un différend en grande partie frivole. J'ai soupesé l'argument, mais je pense que les circonstances ne sont comparables qu'en apparence et, en conséquence, je le rejette.

⁹ 75 DTC 103.

¹⁰ [1964] R.C.É. 1, à la p. 16.