

Bessemer Trust Company and Ogden Phipps as trustee (1957 Trust) (Plaintiffs)

v.

Minister of National Revenue (Defendant)

Trial Division, Collier J.—Vancouver, B.C., June 22; Ottawa, September 13, 1972.

Income tax—Canada-U.S. Tax Convention Act, 1943, Art. XIII A 2—Recaptured capital cost allowances made taxable after Convention came into force—U.S. resident not taxable thereon.

United States trustees of rental property in Canada paid tax on the income therefrom for certain years under Part I of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, pursuant to an election under section 110(1). In 1969, following the sale of the property, the trust was assessed to income tax on recaptured capital cost allowances pursuant to section 110(5), which was enacted in 1955. The trust contended that the assessment violated Article XIII A 2 of the Canada-U.S. Tax Convention (which came into force in 1951), viz.

Rentals from real property derived from sources within Canada by an individual or corporation resident in the United States of America shall receive tax treatment by Canada not less favorable than that accorded under section 99 of the *Income Tax Act* [now section 106 of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148], as in effect on the date on which this Article goes into effect.

Under section 3 of the *Canada-U.S. Tax Convention Act, 1943, 1943-44*, c. 21, the Convention prevails if there is an inconsistency with any other law.

Held, allowing the trust's appeal, the Tax Convention prevented the assessment of the so-called recaptured capital cost allowances. Such allowances were "rentals from real property derived from sources within Canada" within the meaning of Article XIII A 2 of the Tax Convention.

Pioneer Envelopes Ltd. v. M.N.R. (1962) 28 Tax A.B.C. 37; *Powell Rouyn Gold Mines Ltd. v. M.N.R.* (1959) 22 Tax A.B.C. 281, approved. *M.N.R. v. Hollinger North Shore Exploration Co.* [1963] S.C.R. 131, applied.

INCOME tax appeal.

P. N. Thorsteinsson for plaintiff.

M. R. V. Storrow for defendant.

Bessemer Trust Company et Ogden Phipps en qualité de fiduciaire (fiducie de 1957) (Demandeurs)

c.

Le ministre du Revenu national (Défendeur)

Division de première instance, le juge Collier—Vancouver (C.-B.), le 22 juin; Ottawa, le 13 septembre 1972.

Impôt sur le revenu—Loi sur la Convention relative à l'impôt entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, 1943, art. XIII A 2—Allocations du coût en capital récupérées rendues imposables après la date d'entrée en vigueur de la Convention—Résident américain non imposable à l'égard de ces sommes.

Des résidents américains, fiduciaires de biens locatifs situés au Canada, ont payé l'impôt sur le revenu tiré de ces biens relativement à certaines années, en vertu de la Partie I de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, c. 148, suite à un choix qu'ils ont fait aux termes de l'article 110(1). En 1969, par suite de la vente desdits biens, la fiducie a été cotisée à l'impôt sur le revenu relativement aux allocations du coût en capital récupérées, en conformité de l'article 110(5) (promulgué en 1955). La fiducie a soutenu que la cotisation violait l'article XIII A 2 de la Convention relative à l'impôt entre le Canada et les États-Unis d'Amérique (entré en vigueur en 1951), qui est ainsi libellé:

Les loyers de biens immeubles, retirés de sources situées au Canada par un particulier ou une société résidant aux États-Unis d'Amérique, seront soumis par le Canada, aux fins de l'impôt, à un traitement non moins favorable que celui accordé aux termes de l'article 99 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [maintenant l'article 106 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, c. 148], telle qu'elle sera appliquée à la date où le présent article entrera en vigueur.

En vertu de l'article 3 de la *Loi sur la Convention relative à l'impôt entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, 1943, 1943-44*, c. 21, en cas d'incompatibilité entre les dispositions de la Convention et l'application de toute autre loi, ce sont les dispositions de la Convention qui l'emportent.

Arrêt: Il est fait droit à l'appel de la fiducie. La Convention fiscale a pour effet de soustraire à la cotisation ce qu'on est convenu d'appeler les allocations du coût en capital récupérées. Ces allocations étaient des «loyers de biens immeubles, retirés de sources situées au Canada», au sens de l'article XIII A 2 de la Convention fiscale.

Arrêts approuvés: *Pioneer Envelopes Ltd. c. M.R.N.* (1962) 28 Tax A.B.C. 37; *Powell Rouyn Gold Mines Ltd. c. M.R.N.* (1959) 22 Tax A.B.C. 281. Arrêt suivi: *M.R.N. c. Hollinger North Shore Exploration Co.* [1963] R.C.S. 131.

APPEL en matière d'impôt sur le revenu.

P. N. Thorsteinsson pour les demandeurs.

M. R. V. Storrow pour le défendeur.

COLLIER J.—This is an appeal by a non-resident trust against an assessment by the Minister which seeks to add back into the taxable income of the trust for the year 1969 capital cost deductions previously allowed to the trust. The trust had owned real property in Vancouver, B.C., which earned rental income. The property was sold in 1969. The full amount of the previous capital cost deductions or allowances is in issue: \$156,777.

The parties have filed an agreed statement of facts, which I set out:

1. The Appellant is a Trust. The Trustees of the Trust are the Bessemer Trust Company and Ogden Phipps, both of whom are residents of the United States of America. The beneficiaries of the Trust are residents of Great Britain.

2. Prior to 1969 part of the Trust property was rental property situated in the City of Vancouver, in the Province of British Columbia.

3. For the 1965 and 1969 taxation years the Trust elected to file returns on the basis as set forth in Section 110(1) of the Income Tax Act, in respect of the property described in paragraph 2 above, and was assessed accordingly with respect to the said returns.

4. In 1969, the property referred to in paragraph 2 above was sold.

5. By Notice of Re-Assessment the Minister of National Revenue re-assessed the Appellant by purporting to tax recapture in the amount of \$156,777.00 arising out of the said sale of the rental property.

By way of further explanation, I understand the appellant, in the years 1966, 1967 and 1968, did not elect to file under section 110(1) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148 and amendments, but paid tax on the rental income under section 106(1)(d).

To appreciate the submissions made, it is necessary to set out section 110 in full:

110. (1) Where an amount has been paid during a taxation year to a non-resident person as, on account or in lieu of payment of, or in satisfaction of, rent on real property in Canada or a timber royalty, he may, within 2 years from the end of the taxation year, file a return of income under Part I in the form prescribed for a person resident in Canada for that taxation year and he shall, without affecting his liability for tax otherwise payable under Part I, thereupon be liable,

LE JUGE COLLIER—Appel est interjeté par une fiducie non résidente d'une cotisation du Ministre visant à ajouter au revenu imposable de la fiducie pour l'année 1969 des déductions qui lui avaient été accordées antérieurement au titre de l'allocation du coût en capital. La fiducie avait été propriétaire de biens immobiliers à Vancouver (Colombie-Britannique); ces biens, qui produisaient un revenu locatif, ont été vendus en 1969. C'est la somme totale des déductions au titre de l'allocation du coût en capital, soit \$156,777, qui, en l'espèce, est mise en cause.

Les parties ont déposé un exposé conjoint des faits que je reproduis ci-dessous:

[TRADUCTION] 1. L'appelante est une fiducie, dont les fiduciaires sont la Bessemer Trust Company et Ogden Phipps, tous deux résidents des États-Unis d'Amérique. Les bénéficiaires de la fiducie résident en Grande-Bretagne.

2. Jusqu'en 1969, des immeubles locatifs situés dans la ville de Vancouver (Colombie-Britannique) constituaient une partie des biens de la fiducie.

3. Relativement aux années d'imposition 1965 et 1969, la fiducie a choisi de produire des déclarations selon le mode prévu à l'article 110(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu, pour ce qui a trait aux biens décrits au paragraphe 2 ci-dessus; elle a été cotisée conformément à ce mode de déclaration.

4. En 1969, les biens mentionnés au paragraphe 2 ci-dessus ont été vendus.

5. Par avis de nouvelle cotisation, le ministre du Revenu national a établi une nouvelle cotisation à l'égard de l'appelante, dans laquelle il prétendait imposer, à la suite de la vente desdits biens locatifs, la totalité de la somme représentant la récupération, soit \$156,777.00.

A titre de précision supplémentaire, ajoutons que pour les années 1966, 1967 et 1968, l'appelante n'a pas choisi de produire une déclaration en vertu de l'article 110(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, c. 148 et ses modifications, mais qu'elle a payé l'impôt sur le revenu locatif sous le régime de l'article 106(1)d.

Pour juger de la valeur des arguments présentés par les parties, il est nécessaire de citer l'article 110 en entier:

110. (1) Lorsqu'un montant a été payé pendant une année d'imposition à une personne non résidente au titre, sous forme ou au lieu de paiement ou en acquittement de loyer de biens immeubles ou réels au Canada ou d'une redevance forestière, cette personne peut, dans les deux ans à compter de la fin de l'année d'imposition, produire une déclaration de revenu, sous le régime de la Partie I, en la forme prescrite pour une personne résidant au Canada à

in lieu of paying tax under this Part on that amount, to pay tax under Part I [and tax under Part IB] for that taxation year as though

- (a) he were a person resident in Canada and were not exempt from tax under section 62,
- (b) his interest in real property in Canada or timber limits in Canada were his only source of income, and

(c) he were not entitled to any deduction from income to determine taxable income.

(2) Where a non-resident person has filed a return of income under Part I as permitted by this section, the amount deducted under this Part from rent payments to him or from timber royalties paid to him and remitted to the Receiver General of Canada shall be deemed to have been paid on account of tax under this section and any portion of the amount so remitted to the Receiver General of Canada in a taxation year in excess of the tax under this section for the year shall be refunded to him.

(3) Part I is applicable *mutatis mutandis* to payment of tax under this section.

(4) Where a non-resident person has filed with the Minister an undertaking in prescribed form to file a return of income under Part I for a taxation year as permitted by this section but within 6 months from the end of the taxation year, a person who is otherwise required by subsection (3) of section 109 to remit in the year an amount to the Receiver General of Canada in payment of tax on rent on real property or in payment of tax on a timber royalty may elect, by virtue of this section, not to remit under that subsection but if he does so elect

(a) he shall, when any amount is available out of the rent or royalty received for remittance to the non-resident person, deduct therefrom 15% thereof and remit the amount deducted to the Receiver General of Canada on behalf of the non-resident person on account of the tax under this Part, and

(b) he shall, if the non-resident person

- (i) does not file a return for the taxation year in accordance with the undertaking filed by him with the Minister, or
- (ii) does not pay the tax he is liable to pay for the taxation year under this section within the time limited for payment,

pay to the Receiver General of Canada, upon the expiration of the time for filing or payment, as the case may be, the full amount that he would otherwise have been required to remit in the year minus the amounts that he has remitted in the year under paragraph (a).

(5) Where a non-resident person has filed a return of income under Part I for a taxation year as permitted by this

l'égard de l'année d'imposition et, sans porter atteinte à sa responsabilité en matière d'impôt autrement exigible aux termes de la Partie I, elle est dès lors tenue, au lieu de payer l'impôt en vertu de la présente Partie sur ce montant, de verser l'impôt en vertu de la Partie I [ainsi que l'impôt en vertu de la Partie IB] pour cette même année d'imposition comme si

a) elle était une personne résidant au Canada et non exempte d'impôt aux termes de l'article 62,

b) son intérêt dans des biens immeubles ou réels au Canada ou des concessions forestières au Canada constitue sa seule source de revenu, et

c) elle n'avait droit à aucune déduction sur son revenu aux fins de déterminer son revenu imposable.

(2) Lorsqu'une personne non résidante a produit une déclaration de revenu sous le régime de la Partie I ainsi que le permet le présent article, le montant déduit aux termes de la présente Partie sur les loyers qui lui sont payés ou sur les redevances forestières qui lui sont versées, et remis au receveur général du Canada, est censé avoir été payé à compte sur l'impôt en vertu du présent article et toute partie du montant ainsi remis au receveur général du Canada dans une année d'imposition en sus de l'impôt à l'égard de l'année en conformité du présent article, doit lui être remboursée.

(3) La Partie I s'applique *mutatis mutandis* au paiement de l'impôt sous le régime du présent article.

(4) Si une personne non résidante s'est engagée auprès du Ministre, en la forme prescrite, à produire une déclaration de revenu sous le régime de la Partie I pour une année d'imposition, ainsi que le permet le présent article, mais dans les six mois à compter de la fin de l'année d'imposition, une personne qui est par ailleurs tenue, aux termes du paragraphe (3) de l'article 109, de remettre dans l'année un montant au receveur général du Canada en paiement d'impôt sur le loyer de biens immeubles ou réels ou en paiement d'impôt sur une redevance forestière, peut choisir, en raison du présent article, de ne pas faire de remise sous le régime dudit paragraphe, mais, si elle fait ce choix,

a) elle doit, lorsqu'un montant est disponible sur le loyer ou la redevance reçue pour être remise au non-résident, en déduire quinze pour cent et remettre le montant déduit au receveur général du Canada pour le compte du non-résident, au titre de l'impôt prévu par la présente Partie, et

b) elle doit, si la personne non résidante

- (i) ne produit pas une déclaration pour l'année d'imposition en conformité de l'engagement qu'elle a produit auprès du Ministre, ou
- (ii) ne paie pas l'impôt qu'elle est tenue de verser pour l'année d'imposition, sous le régime du présent article, dans le délai imparti pour le paiement,

payer au receveur général du Canada, dès l'expiration du délai pour la production de la déclaration ou pour le paiement, selon le cas, le plein montant qu'elle aurait autrement été tenue de remettre dans l'année, moins les montants qu'elle a remis dans l'année aux termes de l'alinéa a).

(5) Lorsqu'une personne non résidante a produit une déclaration de revenu sous le régime de la Partie I pour une

section and has, in computing his income under Part I for that year, deducted an amount under paragraph (a) of subsection (1) of section 11 in respect of real property in Canada or a timber limit in Canada, he shall, within the time prescribed by section 44 for filing a return of income under Part I, file a return of income under Part I, in the form prescribed for a person resident in Canada, for any subsequent taxation year in which that real property or timber limit or any interest therein is disposed of, within the meaning of section 20, by him, and he shall, without affecting his liability for tax otherwise payable under Part I, thereupon be liable, in lieu of paying tax under this Part on any amount paid to him or deemed by this Part to have been paid to him in that subsequent taxation year in respect of any interest of that person in real property in Canada or timber limits in Canada, to pay tax under Part I [and tax under Part IB] for that subsequent taxation year as though

(a) he were a person resident in Canada,
 (b) his interest in real property in Canada or timber limits in Canada were his only source of income, and

(c) he were not entitled to any deduction from income in computing his taxable income.

(6) Subsection (5) does not apply to require a non-resident person to file a return of income under Part I for a taxation year unless, by filing that return, there would be included in computing his income under Part I for that year an amount by virtue of subsection (1) of section 20.

(7) Where, by virtue of subsection (5), a non-resident person is liable to pay tax under Part I for a taxation year, no election may be made by that person under subsection (1) of section 43 unless that person has, within the time prescribed by subsection (1) for filing a return of income under Part I, filed a return of income under Part I, in the form prescribed for a person resident in Canada, for each of the 5 taxation years immediately preceding the taxation year, in which latter case he shall be deemed, for the purposes of section 43, to have been resident in Canada or to have carried on business in Canada, as the case may be, during each of those 5 years immediately preceding the taxation year.

I point out that subsections (5)-(7) were added to section 110 in 1955. Prior to 1955, and particularly as of January 1, 1951 (the effective date of Article XIII A 2 of the Canada-U.S. Tax Convention) the predecessor section of the Act was section 99, and I set it out:

année d'imposition ainsi que le permet le présent article et qu'elle a, dans le calcul de son revenu aux termes de la Partie I pour la même année déduit un montant en vertu de l'alinéa a) du paragraphe (1) de l'article 11 à l'égard de biens immeubles ou réels au Canada ou d'une concession forestière au Canada, cette personne doit, dans le délai prescrit à l'article 44 pour la production d'une déclaration de revenu selon la Partie I, produire une déclaration de revenu sous le régime de la Partie I, en la forme prescrite pour une personne résidant au Canada, pour toute année d'imposition subséquente durant laquelle ces biens immeubles ou réels ou concession forestière, ou tout intérêt dans ces biens immeubles ou réels ou concession forestière, font l'objet d'une disposition, au sens de l'article 20, par cette personne. Ladite personne, sans porter atteinte à son assujettissement à l'impôt autrement payable en vertu de la Partie I, devient dès lors assujettie, au lieu de payer l'impôt en vertu de la présente Partie sur tout montant qui lui a été versé ou qui est censé, en vertu de la présente Partie, lui avoir été versé durant cette année d'imposition subséquente à l'égard de tout intérêt de cette personne dans des biens immeubles ou réels au Canada ou des concessions forestières au Canada, à payer l'impôt en vertu de la Partie I pour cette année d'imposition subséquente comme si

a) elle était une personne résidant au Canada,
 b) son intérêt dans des biens immeubles ou réels au Canada ou des concessions forestières au Canada constituait sa seule source de revenu, et
 c) elle n'avait droit à aucune déduction sur son revenu dans le calcul de son revenu imposable.

(6) Le paragraphe (5) ne vise pas à obliger une personne non résidente à produire une déclaration de revenu sous le régime de la Partie I pour une année d'imposition, sauf lorsque, en produisant cette déclaration un montant serait inclus en vertu du paragraphe (1) de l'article 20 dans le calcul de son revenu pour cette année-là aux termes de la Partie I.

(7) Lorsqu'une personne non résidente est assujettie en vertu du paragraphe (5) à payer l'impôt sous le régime de la Partie I pour une année d'imposition, cette personne ne peut exercer le choix prévu au paragraphe (1) de l'article 43, sauf si cette personne a, dans le délai prescrit par le paragraphe (1) pour la production d'une déclaration de revenu selon la Partie I, produit une déclaration de revenu suivant la Partie I, en la forme prescrite pour une personne résidant au Canada, pour chacune des cinq années d'imposition qui précèdent immédiatement l'année d'imposition, auquel cas la personne est réputée, aux fins de l'article 43, avoir été résidente du Canada ou avoir exercé des affaires au Canada, selon le cas, durant chacune de ces cinq années précédant immédiatement l'année d'imposition.

Je souligne que les paragraphes (5)-(7) ont été ajoutés à l'article 110 en 1955. Avant cette date, et notamment au 1^{er} janvier 1951 (date d'entrée en vigueur de l'article XIII A 2 de la Convention relative à l'impôt entre le Canada et les États-Unis d'Amérique), l'article de la loi remplacé par la suite par l'article 110 était l'article 99, que je reproduis ci-dessous:

99. (1) Where an amount has been paid during a taxation year to a non-resident person as rent on real property in Canada, he may, within 2 years from the end of the taxation year, file a return of income under Part I in the form prescribed for a person resident in Canada for the taxation year and he shall, without affecting his liability for tax otherwise payable under Part I, thereupon be liable in lieu of paying tax under this Part on that amount, to pay tax under Part I as though

- (a) he were a person resident in Canada,
- (b) the real property were his only source of income, and
- (c) he were not entitled to any deduction from income to determine taxable income.

(2) Where a non-resident person has filed a return under subsection (1), the amount deducted under this Part from rent payments to him and remitted to the Receiver General of Canada shall be deemed to have been paid on account of tax under this section and any portion of the amount so remitted to the Receiver General of Canada in a taxation year in excess of the tax under this section for the year shall be refunded to him.

(3) Part I is applicable *mutatis mutandis* to payment of tax under this section.

(4) If a non-resident person has filed with the Minister an undertaking in prescribed form to file a return of income for a taxation year as permitted by this section, a person who is otherwise required by subsection (3) of section 98 to remit in the year an amount to the Receiver General of Canada in payment of tax on rent on real property may elect, by virtue of this section, not to remit under that subsection but, if he does so elect,

- (a) he shall, when any amount is available out of the rents received for remittance to the non-resident person, deduct therefrom 15% thereof and remit the amount deducted to the Receiver General of Canada on behalf of the non-resident person on account of the tax under this Part, and
- (b) he shall, if the non-resident person
 - (i) does not file a return for the taxation year as and when permitted, or
 - (ii) does not pay the tax he is liable to pay for the taxation year under this section within the time limited for payment,

pay to the Receiver General of Canada, upon the expiration of the time for filing or payment, as the case may be, the full amount that he would otherwise have been required to remit in the year minus the amounts that he has remitted in the year under paragraph (a).

As can be seen sections 99(1) and 110(1) are, but for minor differences in wording, the same. Section 99, however, did not have a "recap-

99. (1) Lorsqu'un montant a été payé pendant une année d'imposition à une personne non résidante comme loyer de biens immobiliers au Canada, cette personne peut, dans les deux ans à compter de la fin de l'année d'imposition, produire une déclaration de revenu, sous le régime de la Partie I en la forme prescrite, pour une personne résidant au Canada à l'égard de l'année d'imposition et, sans porter atteinte à sa responsabilité en matière d'impôt autrement exigible aux termes de la Partie I, elle est dès lors tenue, au lieu de payer l'impôt en vertu de la présente Partie relativement à ce montant, de verser l'impôt en vertu de la Partie I comme si

- a) Elle était une personne résidant au Canada,
- b) Les biens immobiliers constituaient sa seule source de revenu, et
- c) Elle n'avait droit à aucune déduction sur son revenu aux fins de déterminer son revenu imposable.

(2) Lorsqu'une personne non résidante a produit une déclaration sous le régime du paragraphe premier, le montant déduit, aux termes de la présente Partie, à même les paiements de loyers qu'elle reçoit, et remis au Receveur général du Canada, est censé avoir été payé à compte sur l'impôt en vertu du présent article, et toute partie du montant ainsi remis au Receveur général du Canada en une année d'imposition, en sus de l'impôt à l'égard de l'année en conformité du présent article, doit lui être remboursée.

(3) La Partie I s'applique *mutatis mutandis* au paiement de l'impôt sous le régime du présent article.

(4) Si une personne non résidante s'est engagée auprès du Ministre, en la forme prescrite, à produire une déclaration de revenu pour une année d'imposition, ainsi que le permet le présent article, une personne qui est par ailleurs tenue, aux termes du paragraphe trois de l'article quatre-vingt-dix-huit, de remettre dans l'année un montant au Receveur général du Canada en paiement d'impôt sur le loyer de biens immobiliers, peut choisir, en raison du présent article, de ne pas faire de remise sous le régime dudit paragraphe, mais, si elle fait ce choix,

- a) elle doit, lorsqu'un montant est disponible à même les loyers reçus pour être remis au non-résident, en déduire quinze pour cent et remettre le montant déduit au Receveur général du Canada pour le compte du non-résident, au titre de l'impôt prévu par la présente Partie, et
- b) elle doit, si la personne non résidante
 - (i) ne produit pas une déclaration pour l'année d'imposition ainsi et au moment que la chose est permise, ou
 - (ii) ne paie pas l'impôt qu'elle est tenue de verser pour l'année d'imposition, sous le régime du présent article, dans le délai imparti pour le paiement,

payer au Receveur général du Canada, dès l'expiration du délai pour la production de la déclaration ou pour le paiement, selon le cas, le plein montant qu'elle aurait autrement été tenue de remettre dans l'année, moins les montants qu'elle a remis dans l'année aux termes de l'alinéa a).

Comme nous pouvons le voir, les articles 99(1) et 110(1) sont identiques, à quelques petites différences rédactionnelles près. Cependant,

ture" provision similar to subsection (5) of section 110.

In 1951, there were "recapture" provisions in section 20 of the Act substantially the same as those in section 20 of the Act as it stood in 1969.

It is necessary to set out Article XIII A 2 of the Convention¹:

ARTICLE XIII A

2. Rentals from real property derived from sources within Canada by an individual or corporation resident in the United States of America shall receive tax treatment by Canada not less favorable than that accorded under Section 99, The Income Tax Act, as in effect on the date on which this Article goes into effect.

The appellant concedes that if subsections (5) and (6) of section 110 are applicable in this case, then the assessment is correct. Counsel submits, however, that one must look at the true nature of the dollars in question here. The appellant says they are, in essence, income from rent not previously taxed. If that is so, then, as there was no "recapture" provision in section 99 in 1951 (the effective date of Article XIII A 2), the appellant contends there is no authority for the Minister to make the assessment he did.

I deal first with the contention that the amount in question here is, in essence, rental income. The word "recapture" nowhere appears in section 110(5), nor for that matter, in section 20. It has become a convenient label to describe what those sections appear to do. After consideration of those sections along with section 11(1)(a) and section 1100 of the Income Tax Regulations, I agree with counsel for the appellant that the so-called "recapture" provisions are fundamentally adjustments to income of previous years, and do not create, in the year of disposal of the asset, some new form or source of income, described by the respondent as income from the sale of depreciated property. Section 11(1)(a) refers to a *deduction* in the computation of the taxpayer's *income* of an amount in respect of the capital cost of proper-

il n'y avait dans l'article 99 aucune disposition relative à la «récupération» similaire à celle du paragraphe (5) de l'article 110.

En 1951, l'article 20 de la loi contenait des dispositions sur la «récupération» essentiellement les mêmes que celles figurant à l'article 20 de la loi en 1969.

Il y a lieu de reproduire l'article XIII A 2 de la Convention¹:

ARTICLE XIII A

2. Les loyers de biens immeubles, retirés de sources situées au Canada par un particulier ou une société résidant aux États-Unis d'Amérique, seront soumis par le Canada, aux fins de l'impôt, à un traitement non moins favorable que celui accordé aux termes de l'article 99 de la Loi de l'impôt sur le revenu, telle qu'elle sera appliquée à la date où le présent Article entrera en vigueur.

De l'aveu même de l'appelante, si les paragraphes (5) et (6) de l'article 110 sont applicables en l'espèce, la cotisation est bien fondée. L'avocat de l'appelante soutient toutefois qu'il faut tenir compte de la nature véritable de la somme dont il est ici question. L'appelante affirme qu'il s'agit, de par sa nature, d'un revenu tiré de loyers qui n'a pas encore fait l'objet d'une imposition. S'il en est ainsi, comme aucune disposition relative à la «récupération» ne figurait à l'article 99 en 1951 (date d'entrée en vigueur de l'article XIII A 2), le Ministre n'est pas fondé, au dire de l'appelante, à établir lesdites cotisations.

Étudions d'abord l'argument de l'appelante selon lequel la somme en question est, de par sa nature, un revenu locatif. Le mot «récupération» ne figure nulle part à l'article 110(5), pas plus d'ailleurs qu'à l'article 20. On s'est mis à employer ce terme parce qu'il correspond à ce qui semble être l'objet de ces articles. Étude faite de ces articles ainsi que des articles 11(1)(a) de la loi et 1100 des Règlements de l'impôt sur le revenu, je partage le point de vue de l'avocat de l'appelante selon lequel les dispositions visant ce qu'on appelle la «récupération» reviennent à ajuster le revenu des années précédentes; elles n'en font pas dans l'année où le bien a été vendu une nouvelle source de revenu, que l'intimé décrit comme étant un revenu provenant de la vente de biens dépréciés. L'article 11(1)(a) permet une *déduction*, lors du calcul du

ty. Section 1100(1) of the regulations provides that in computing his *income*, a taxpayer is allowed certain *deductions* and what is loosely called the capital cost allowances are set forth.

Applying that concept to the facts here, this is in my view what occurred. The appellant had real property in Canada and derived rents from that source. Obviously, the rent was income. When the appellant elected to file under Part I of the Act, it was allowed to deduct from that income, certain amounts, called capital cost allowances.

These allowances are, I think, not depreciation in the true accounting sense, but an artificial depreciation system which may not accord with the ultimate economic facts in a particular case. Here, the allowances were made in respect to real property from which the income came, but to my mind they merely reduced the amount of income taxable in the particular year. They did not, in my view, create a potential new *source* of income when the asset was disposed of at a price greater than the "undepreciated capital cost"². As I see it, the recapture provisions amount to this in this case: the reduction of your rental income in previous years, by reason of these artificially calculated allowances, has turned out to be too great and the excess reductions will be added back in to your rental income, now that you have disposed of that asset.

I find support for this view in two decisions of the Tax Appeal Board, *Pioneer Envelopes Limited v. M.N.R.* (1962) 28 Tax A.B.C. 225; *Powell Rouyn Gold Mines Limited v. M.N.R.* (1959) 22 Tax A.B.C. 281, although the cases are not directly in point. In the *Pioneer* case the taxpayer had carried on a farming business and a printing business. It sold the printing business and some \$70,000 of recaptured capital cost allowance was added to its income by virtue of section 20(1). The taxpayer sought to deduct its farming losses for previous years from this

revenu du contribuable, d'une somme à l'égard du coût en capital de certains biens. L'article 1100(1) des règlements porte qu'il est alloué au contribuable, dans le calcul de son revenu, certaines *déductions*; sont ensuite énumérées ce que l'on appelle de façon assez peu précise les allocations du coût en capital.

Si l'on applique ce concept aux faits de la présente affaire, voici ce qui me semble s'être produit. L'appelante était propriétaire de biens immobiliers au Canada dont elle tirait des loyers. Ces loyers constituaient manifestement un revenu. Lorsque l'appelante a choisi de produire une déclaration sous le régime de la Partie I de la loi, on lui a permis de déduire de ce revenu certains montants, appelés allocations du coût en capital.

Ces allocations, me semble-t-il, ne constituent pas un amortissement au sens de cette expression en comptabilité, mais plutôt un système artificiel d'amortissement qui peut ne pas refléter fidèlement la réalité financière dans une affaire donnée. En l'espèce, les allocations ont été accordées à l'égard de biens immobiliers dont était tiré le revenu, mais, selon moi, elles n'avaient d'autre effet que de réduire le montant du revenu imposable pour une année donnée. A mon avis, elles n'impliquaient pas une nouvelle *source* de revenu lors de la vente du bien à un prix plus élevé que le «coût en capital non déprécié»². A mon point de vue, les dispositions visant la récupération dans la présente affaire reviennent à ceci: la réduction de votre revenu locatif au cours des années précédentes s'est révélée être trop élevée par suite de ces allocations artificielles et cet excédent sera ajouté à votre revenu locatif maintenant que vous avez vendu ce bien.

J'appuie mon opinion sur deux décisions de la Commission d'appel de l'impôt, *Pioneer Envelopes Limited c. M.R.N.* (1962) 28 Tax A.B.C. 225; *Powell Rouyn Gold Mines Limited c. M.R.N.* (1959) 22 Tax A.B.C. 281, même si ces arrêts ne portent pas directement sur la question. Dans l'affaire *Pioneer*, le contribuable, qui exploitait une entreprise agricole et une entreprise d'imprimerie, avait vendu cette dernière et son revenu a été majoré de quelque \$70,000 en vertu de l'article 20(1), ladite somme représentant la récupération de l'allica-

amount, contending it was not income derived from its three main sources of income, but was "statutory income". The argument was not accepted. The Chairman said at pp. 226-227:

Counsel for the Minister submitted that the appellant's argument that its various activities constituted one business was not in accord with the decision in the *Eastern Textile Products* case where it was held that losses sustained in a textile business carried on by that appellant could not be written off against profits from another phase of the company's operations. It was pointed out that Section 13 contemplated the division of income from various sources and that section allowed the deduction of only one-half of farm losses from income derived from another source. Capital cost allowance granted to the appellant in respect of assets of the printing business related to the computation of the appellant's income from that business and, when recovered, this allowance also related to the printing business and farm losses were not deductible from the amount recaptured.

As to the appellant's argument that its farming losses should be deductible from what it termed "statutory income" it would be well to examine the wording of Section 27(1)(e) under which this deduction is claimed. That section provides for the deduction of business losses of previous years from "the taxpayer's income for the taxation year from the business in which the loss was sustained". It does not state that a loss may be deducted from "income for the taxation year from any source". Despite the appellant's novel argument that the amount of recaptured capital cost allowance was not income from any particular phase of its operations but was instead "statutory income" it must be remembered that this amount would not be included in its 1956 income if the company had not sold its printing business in its 1956 fiscal year. While the printing business did not produce this amount of income in its usual operations, nevertheless it would be fanciful to attribute this amount to any other source than the said printing business. . . .

In my opinion, the source of the recaptured capital cost allowances in this case was the rental income derived from real property.

In the *Powell* case the Minister had taken the position taken here: that the recaptured capital cost allowance monies represented the proceeds of the sale of certain capital assets and were not

tion du coût en capital. Le contribuable a voulu déduire de ce montant ses pertes agricoles subies au cours des années précédentes, au motif que la somme en question n'était pas du revenu tiré de ses trois principales sources de revenu mais qu'il s'agissait d'un «revenu créé par la loi». L'argument du contribuable a été rejeté. Le président a déclaré, aux pages 226 et 227:

[TRADUCTION] L'avocat du Ministre a soutenu que l'argument de l'appelante selon lequel les divers domaines d'activité de cette dernière constituaient une seule entreprise n'était pas conforme à l'arrêt *Eastern Textile Products*, où il a été décidé que des pertes subies par une entreprise de textile exploitée par cette appelante ne pouvaient être déduites des gains tirés d'une autre phase de l'exploitation de la compagnie. On a souligné que l'article 13 faisait une distinction entre les sources du revenu et que cet article ne permettait de déduire du revenu tiré d'une autre source que la moitié des pertes provenant d'une exploitation agricole. L'allocation du coût en capital accordée à l'appelante pour des biens utilisés dans son entreprise d'imprimerie se rapportait au calcul du revenu qu'elle en tirait et, au moment de la récupération, cette allocation était toujours afférente à l'entreprise d'imprimerie. Les pertes imputables à l'exploitation agricole n'étaient donc pas déductibles de la somme récupérée.

En ce qui concerne l'argument de l'appelante selon lequel elle serait fondée à déduire les pertes provenant de son exploitation agricole de ce qu'elle a appelé son «revenu créé par la loi» il y a lieu d'examiner le texte de l'article 27(1)(e) en vertu duquel cette déduction est réclamée. Ledit article permet la déduction de pertes commerciales subies au cours d'années précédentes du «revenu du contribuable, pour l'année d'imposition, provenant des affaires dans lesquelles la perte a été subie». L'article en question n'indique pas qu'on puisse déduire une perte du «revenu, pour l'année d'imposition, quelle qu'en soit la source». Malgré l'argument inusité de l'appelante selon lequel le montant de l'allocation du coût en capital récupérée n'était pas un revenu tiré d'une phase particulière de son exploitation mais était plutôt «un revenu créé par la loi», il faut se souvenir qu'on n'inclurait pas ce montant dans le revenu de l'appelante pour l'année 1956 si la compagnie n'avait pas vendu son entreprise d'imprimerie au cours de son exercice financier 1956. S'il est vrai que l'entreprise d'imprimerie ne produisait pas un revenu de cet ordre dans le cadre de son exploitation ordinaire, on ne peut tout de même pas sérieusement attribuer ce montant à une autre source que ladite entreprise d'imprimerie. . . .

A mon avis, la source des allocations du coût en capital récupérées est, dans le présent cas, le revenu locatif tiré de biens immobiliers.

Dans l'affaire *Powell*, le Ministre avait adopté la même attitude que dans la présente affaire; il soutenait en effet que les allocations du coût en capital récupérées représentaient le produit de

profits reasonably attributable to the production of prime metal from the taxpayer's mine. The Minister's argument did not succeed. The Board said at pp. 286-287:

From the last-mentioned case above, the present appellant argued that, since the income derived by it in past years from the operation of its gold mine was taken into account for taxation purposes, even although it may have been reduced by deductions in respect of capital cost allowance, it should follow that, when the amounts represented by that capital cost allowance had been recaptured and were brought into income for taxation purposes, the appellant hereir should be entitled to obtain a depletion deduction in respect thereof, that is, the converse of the *Sheep Creek Gold Mines* case should be applicable in the present instance.

It has long been held by the Courts that a taxpayer cannot be held liable for tax merely on a bookkeeping entry. I do not need to cite cases to this effect. In my opinion, the appellant should succeed in its appeal in the circumstances of the present case. In years prior to 1956, a portion of the income which it had derived from the operation of a gold mine was permitted to be deducted in respect of a capital cost allowance deduction for the purposes of arriving at the taxable income of the appellant company, and each of the amounts so deducted over the years was recorded in a bookkeeping entry designated as "Capital Cost Allowance Account". When, in the year 1956, the appellant company happened to sell some of its assets at a figure in excess of the undepreciated capital cost of those assets on its books at the time of the sale, and was thus required to bring into income the amount of this excess up to but not exceeding the total amount of the capital cost allowance deductions written off on those assets in its books for income tax purposes, it is my opinion that the source of this income should be recognized as having been, originally, the appellant's activities in respect of its gold mine, and the income itself as having been, as the Income Tax Regulations state, "reasonably attributable to the production of prime metal".

I find the reasoning persuasive.

I proceed to the next step; Were these monies "rentals from real property derived from sources within Canada"? (Article XIII A 2 of the Convention). The only problem is the meaning to be given to "derived" and I think that is resolved by adopting the construction given to that word by the Supreme Court of Canada in *M.N.R. v. Hollinger North Shore Exploration Co.* [1963] S.C.R. 131 at p. 134 as "arising or accruing" rather than "received". On that interpretation, there arises the connotation of source or origin of the income rather than the connotation of mere receipt.

la vente de certains biens en capital et n'étaient pas des bénéfices raisonnablement attribuables à la production de métal brut tiré de la mine du contribuable. L'argument du Ministre n'a pas eu gain de cause. La Commission a déclaré, aux pages 286 et 287:

[TRADUCTION] En se fondant sur le dernier arrêt cité, la présente appelante a soutenu que, du fait que le revenu qu'elle a tiré au cours des années passées de l'exploitation de sa mine d'or a été inclus dans son revenu aux fins de l'impôt, même si le montant a pu en être réduit par des déductions au titre de l'allocation du coût en capital, il doit s'ensuire que, lorsque les sommes déduites au titre de cette allocation du coût en capital sont récupérées et ajoutées au revenu aux fins de l'impôt, le contribuable, soit l'appelante en l'espèce, est fondé à obtenir une déduction pour épuisement à l'égard de ces montants; en d'autres termes, la réciproque du principe admis dans l'arrêt *Sheep Creek Gold Mines* doit être applicable dans la présente espèce.

Il est un principe établi depuis longtemps par les tribunaux qu'un contribuable ne peut être tenu d'acquitter un impôt du seul fait d'une écriture comptable. Il n'est pas besoin de citer d'arrêts en ce sens. A mon avis, il y a lieu de faire droit à l'appel dans les circonstances de l'espèce. Au cours des années antérieures à 1956, pour établir le revenu imposable de la compagnie appelante, on lui avait permis de déduire, au titre d'une allocation du coût en capital, une partie du revenu qu'elle avait tiré de l'exploitation d'une mine d'or. Tous les montants ainsi déduits ont été inscrits chaque année dans un compte appelé «Compte de l'allocation du coût en capital». En 1956, la compagnie appelante a vendu certains de ses biens à un prix supérieur à leur coût en capital non déprécié tel qu'il figurait dans ses livres comptables au moment de la vente. Elle a, en conséquence, été obligée d'ajouter cet excédent à son revenu jusqu'à concurrence du montant total des déductions au titre de l'allocation du coût en capital telles qu'elles figurent dans sa comptabilité aux fins de l'impôt sur le revenu. Il faut accepter, selon moi, qu'à l'origine, l'exploitation de la mine d'or de l'appelante était la source de ce revenu et que ce dernier, aux termes des Règlements de l'impôt sur le revenu, «peut raisonnablement être attribué à la production de métal brut».

Cette argumentation me paraît convaincante.

Je passe à l'étape suivante. Ces sommes étaient-elles des «loyers de biens immeubles, retirés de sources situées au Canada»? (Article XIII A 2 de la Convention). La seule difficulté consiste à déterminer le sens à donner au terme «retirés» et il me semble que cette difficulté est résolue si l'on adopte l'interprétation donnée à ce terme par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *M.R.N. c. Hollinger North Shore Exploration Co.* [1963] R.C.S. 131, à la p. 134, où on lui a donné le sens de «découlant ou dérivant» plutôt que celui de «reçus». Cette interprétation emporte une connotation de

Counsel for the respondent submitted an alternative argument to his contention that these recaptured monies were not rent within the meaning of either section 99(1) or 110(1). The appellant, it is said, by electing to file under section 99(1) brought into play section 20, and is therefore taxable on these "recaptured" monies under that section. In my opinion, to give effect to that submission would render meaningless the addition of subsections (5) and (6) to section 110 in 1955. Until that year the concept of recapture arose only under Part I of the Act. Part III, dealing with non-residents such as the appellant here, was silent. There was, in my view, a gap, in the sense that non-residents, electing to file under section 99, were not subject to section 20, and Parliament intended to close that gap by enacting the two subsections referred to earlier.

This brings me to the final point which is whether the Article of the Convention prevents the application of section 110(5) to this case. While the words "... shall receive tax treatment by Canada not less favorable than that accorded under Section 99 ..." are quite general, I am unable to construe them in any other way, and I hold the Article does so prevent.

The appellant here is entitled to have its rental income taxed according to section 99. To apply subsection (5) of section 110 would, in my view, be less favourable treatment.

The appeal is therefore allowed with costs and the assessment referred back to the Minister accordingly.

¹ The *Canada-United States of America Tax Convention Act*, S.C. 1943, provides that in the event of inconsistency between the Convention "and the operation of any other law" the Convention shall prevail (sec. 3).

source ou d'origine du revenu plutôt que la connotation de la seule réception.

L'avocat de l'intimé a avancé un autre argument à l'appui de sa prétention selon laquelle ces sommes récupérées ne sont pas des loyers au sens de l'article 99(1) ni de l'article 110(1). On a avancé que l'appelante a fait jouer le mécanisme de l'article 20 en choisissant de produire une déclaration sous le régime de l'article 99(1) et elle est donc imposable sur ces sommes «récupérées» sous le régime de cet article. A mon avis, souscrire à cette prétention aurait pour effet de nier tout sens à l'adjonction en 1955 des paragraphes (5) et (6) à l'article 110. Jusque là, le concept de la récupération ne s'appliquait que sous le régime de la Partie I de la loi. La Partie III, qui traitait des non-résidents tels que l'appelante en l'espèce, n'en faisait pas mention. Selon moi, il y avait là une lacune dans la loi, en ce sens que les non-résidents qui choisissaient de produire une déclaration sous le régime de l'article 99 n'étaient pas assujettis à l'article 20, et le Parlement a voulu faire disparaître cette lacune quand il a adopté les deux paragraphes susmentionnés.

Cela m'amène à la dernière question: l'article de la Convention soustrait-il le présent cas à l'application de l'article 110(5)? Même si les termes «... seront soumis par le Canada, aux fins de l'impôt, à un traitement non moins favorable que celui accordé aux termes de l'article 99...» sont de nature assez générale, je suis incapable de les interpréter autrement et je décide que l'article de la Convention soustrait effectivement le présent cas à l'application de l'article 110(5).

L'appelante en l'espèce est fondée à voir son revenu locatif imposé conformément à l'article 99. L'application du paragraphe (5) de l'article 110 constituerait, selon moi, un traitement moins favorable.

L'appel est donc accueilli avec dépens et la cotisation déferée au Ministre pour être modifiée en conséquence.

¹ La *Loi sur la Convention relative à l'impôt entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, S.C. 1943, porte qu'en cas d'incompatibilité entre les dispositions de la Convention «et l'application de toute autre loi», les stipulations de la Convention l'emportent (art. 3).

² The words used in section 20(1) and defined in section 20(5)(e).

² Les termes employés à l'article 20(1) sont définis à l'article 20(5)e.