

T-342-82

T-342-82

Tomenson Inc. (Plaintiff)

v.

The Queen (Defendant)

INDEXED AS: TOMENSON INC. v. R.

Trial Division, Rouleau J.—Toronto, October 22, 1985; Ottawa, May 2, 1986.

Income tax — Income calculation — Deductions — Payment by insurance broker for customer lists and related documents of insolvent group of agencies — Whether deductible as current expense to produce income or payment on account of capital — Taxpayer arguing not obtaining goodwill or going concern — Reassessment confirmed — Accretion to income earning structure of business — Enduring benefit — Indicators transaction of capital nature: (1) taxpayer's deal with trustee in bankruptcy based on commissions for four years; (2) Auditors' Report revealing acquisition costs charged against revenue for four years; (3) acquisition of partners of insolvent group eliminating competition — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 18(1)(b).

The plaintiff is a Toronto insurance broker with subsidiaries across Canada. The O'Bryan Group of insurance agencies, which operated in Alberta and British Columbia, experienced financial difficulties. The O'Bryan Group's credibility deteriorated to the point where it could no longer place customers' insurance with underwriters. Plaintiff was concerned that this situation could have a negative impact on the entire insurance industry. Initially Tomenson rejected approaches in respect of a merger or acquisition but later agreed to purchase client lists of certain offices of the O'Bryan Group. Plaintiff was to collect outstanding receivables and remit 30% of net commission income to the trustee in bankruptcy. Some of the lists were sold by the trustee to competitors of plaintiff. Competitors were also seeking out business of persons on the lists acquired by plaintiff.

The issue herein is as to the characterization of the sum of \$322,461 paid by plaintiff for the customer lists and related documentation. The plaintiff's submission is that it was a current expense incurred to produce income and therefore deductible in calculating taxable income. Plaintiff contends that it neither acquired the O'Bryan brokerage business as a going concern nor the goodwill formerly possessed by O'Bryan. In support of the Minister's contention, that the payment was on account of capital, it was argued that acquisition of the customer lists constituted an addition to plaintiff's business structure of enduring benefit. The Minister noted that valuable documents, in addition to the customer lists, had been obtained

Tomenson Inc. (demanderesse)

c.

a

La Reine (défenderesse)

RÉPERTORIÉ: TOMENSON INC. c. R.

b Division de première instance, juge Rouleau—Toronto, 22 octobre 1985; Ottawa, 2 mai 1986.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Montant versé par un courtier d'assurances pour l'acquisition de listes de clients et de documents connexes d'un groupe d'agences en faillite — Ce montant est-il déductible à titre de dépense courante engagée en vue de faire produire un revenu ou à titre de dépense de capital? — La contribuable a soutenu qu'elle n'avait pas acquis un achalandage ou une entreprise en activité — Entérinement de la nouvelle cotisation — Accroissement de l'ensemble des sources de revenu de l'entreprise — Bénéfice durable — Indices selon lesquels il s'agissait d'une opération en capital: (1) le prix négocié par la contribuable avec le syndic de faillite était fondé sur les commissions perçues pendant quatre ans; (2) le rapport des vérificateurs indiquait que les dépenses reliées à l'acquisition des listes devaient être déduites des revenus pendant une période de quatre ans; (3) l'adjonction de certains associés du groupe en faillite éliminait la concurrence — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 18(1)(b).

La demanderesse est un courtier d'assurances de Toronto, qui a des succursales à travers le Canada. Le groupe d'agences d'assurances O'Bryan, qui exerçait ses activités en Alberta et en Colombie-Britannique, éprouvait des difficultés financières. Ce groupe avait perdu sa crédibilité au point de ne plus être en mesure de négocier les contrats d'assurance de ses clients avec les souscripteurs. La demanderesse se préoccupait des conséquences néfastes de cette situation sur l'industrie des assurances dans son ensemble. Au début, Tomenson n'a pas donné suite aux démarches effectuées en vue d'une fusion ou de l'acquisition du groupe O'Bryan, mais plus tard elle a convenu d'acheter des listes de clients de certains bureaux du groupe. La demanderesse devait percevoir les créances à recouvrer et remettre au syndic de faillite 30 % du revenu tiré des commissions nettes. Le syndic de faillite a vendu quelques-unes des listes de clients à des concurrents de la demanderesse. Ceux-ci sollicitaient également des clients dont le nom apparaissait sur les listes acquises par la demanderesse.

En l'espèce, la question porte sur la classification de la somme de 322 461 \$ versée par la demanderesse pour l'acquisition des listes de clients et des documents connexes. La demanderesse soutient qu'il s'agissait d'une dépense courante engagée en vue de faire produire un revenu et donc déductible du calcul du revenu imposable. Elle prétend également ne pas avoir acquis l'entreprise de courtage O'Bryan comme entreprise en activité ni l'achalandage dont jouissait antérieurement le groupe O'Bryan. À l'appui de la prétention du Ministre, selon lequel la somme versée constituait un paiement à titre de capital, on a soutenu que l'acquisition des listes de clients représentait un atout supplémentaire pour l'entreprise de la

and that key O'Bryan employees had been taken on to maintain customer contact.

Held, the reassessment should be confirmed and the action dismissed.

There is authority for the proposition that for the outlay to be characterized as being on account of capital, it is essential both that the vendor be eliminated as a competitor and that the purchaser acquire a going concern, including goodwill. Since goodwill is dependent on a going concern, it is difficult to conclude that the acquisition of some assets of a business in liquidation imports the securing of goodwill.

The tests for classifying transactions as expense or capital adopted by the courts have been "accretion to the income earning structure of the business" and "enduring benefit". A distinction was to be drawn between acquisition of the means of production and the use of them. An expense can not be considered as on account of capital if it is properly chargeable against the receipts of the year.

In the case at bar, purchase of the lists was an outlay of capital to the extent that it represented an asset of enduring benefit. Since the purchase of customer lists and related documents constituted the essence of an insurance agent's business, the taxpayer would have to get over a high threshold to establish the outlay as a current expense. Several indicators pointed to the transaction as one of a capital nature. In particular, plaintiff's agreement with the trustee was based on the commissions for insurance placed over a four-year period. The inference to be drawn was that the lists were considered a profit-yielding asset. The plaintiff's Auditors' Report revealed that acquisition costs were to be charged against revenue over a four-year period. Accordingly, plaintiff could not be heard to say that the payment was for a benefit entirely consumed in the taxation year that the expenditure was incurred.

A further indicator of the capital nature of the transaction was the acquisition of former O'Bryan Group partners. They were facing personal insolvency and by agreeing to satisfy their personal debt obligations, plaintiff was able to eliminate them as competitors.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Cumberland Investment Ltd. v. The Queen (1975), 75 DTC 5309 (F.C.A.); *Inland Revenue Commissioners v. Muller & Co.'s Margarine, Limited*, [1901] A.C. 217 (H.L.); *Burian, W. J., et al v The Queen*, [1976] CTC 725 (F.C.T.D.); *The Queen v. Baine, Johnstone & Company Limited* (1977), 77 DTC 5394 (F.C.T.D.); *British*

demanderesse et un avantage durable. Le Ministre a fait remarquer qu'il y avait eu, premièrement, acquisition de documents d'une grande valeur en plus des listes de clients et, deuxièmement, adjonction d'employés-clés du groupe O'Bryan afin de maintenir des relations d'affaires avec les anciens clients.

Jugement: la nouvelle cotisation devrait être entérinée et l'action rejetée.

Selon une certaine jurisprudence, pour pouvoir qualifier la dépense litigieuse de capital, il est indispensable à la fois que le vendeur ne soit plus un concurrent et que l'acheteur acquière une entreprise en activité, ce qui comprend l'achalandage. Étant donné que l'achalandage dépend de l'exploitation de l'entreprise, il est difficile de conclure que l'acquisition de quelques biens d'une entreprise en voie de liquidation comporte l'acquisition de l'achalandage.

Pour classer les transactions sous les chefs de dépense ou de capital, les tribunaux ont adopté le critère dit de «l'accroissement de l'ensemble des sources de revenu de l'entreprise» et le critère dit du «bénéfice durable». Il fallait établir une distinction entre l'acquisition des moyens de production et leur utilisation. Une dépense ne peut pas être considérée comme une dépense de capital si elle est valablement imputable sur les recettes de l'année.

Dans la présente affaire, l'achat des listes de clients constituait une dépense de capital dans la mesure où cela représentait un bénéfice durable. Étant donné que l'achat des listes de clients et des documents connexes formait l'essence même des activités d'un agent d'assurances, la contribuable devait présenter des preuves concluantes pour que la somme déboursée par elle soit considérée comme une dépense courante. Plusieurs indices amenaient à qualifier la transaction d'opération en capital. Notamment, l'entente intervenue entre la demanderesse et le syndic de faillite était fondée sur les commissions à percevoir sur les contrats d'assurance négociés au cours d'une période de quatre ans. Tout incitait à conclure que les listes de clients étaient considérées comme un bien susceptible d'engendrer des profits. Le rapport des vérificateurs de la demanderesse mentionnait que les dépenses reliées à l'acquisition des listes de clients devaient être déduites des revenus au cours d'une période de quatre ans. Par conséquent, la demanderesse ne pouvait pas soutenir que la somme versée avait engendré un gain entièrement absorbé dans l'année d'imposition pendant laquelle la dépense avait été engagée.

L'adjonction d'anciens associés du groupe O'Bryan fournissait un autre indice pour conclure que la transaction était une opération en capital. Ceux-ci étaient menacés d'une faillite personnelle et, en convenant d'acquitter leurs obligations financières personnelles, la demanderesse éliminait la concurrence de ces personnes.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Cumberland Investment Ltd. c. La Reine (1975), 75 DTC 5309 (C.A.F.); *Inland Revenue Commissioners v. Muller & Co.'s Margarine, Limited*, [1901] A.C. 217 (H.L.); *Burian, W. J., et al c La Reine*, [1976] CTC 725 (C.F. 1^{re} inst.); *La Reine c. Baine, Johnstone & Company Limited* (1977), 77 DTC 5394 (C.F. 1^{re} inst.); *British*

Insulated and Helsby Cables v. Atherton, [1926] A.C. 205 (H.L.); *Hinton (Inspector of Taxes) v Maden and Ireland Ltd*, [1959] 1 W.L.R. 875 (H.L.).

DISTINGUISHED:

Partykan, M.S. v. M.N.R. (1980), 80 DTC 1475 (T.R.B.); *Harbord Investments Ltd. v. M.N.R.* (1970), 70 DTC 1488 (T.A.B.).

CONSIDERED:

Sun Newspapers Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation (1938), 61 C.L.R. 337 (Aust. H.C.); *Hallstroms Pty. Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation* (1946), 72 C.L.R. 634 (Aust. H.C.); *Comr. of Taxes v. Nchanga Consolidated Copper Mines Ltd.*, [1964] A.C. 948 (P.C.); *Vallambrosa Rubber Co., Limited, v. Inland Revenue*, [1910] S.C. 519; *Tucker (Inspector of Taxes) v Granada Motorway Services Ltd*, [1979] 2 All ER 801 (H.L.).

REFERRED TO:

Canada Starch Co. v. Minister of National Revenue, [1969] 1 Ex.C.R. 96; (1968), 68 DTC 5320.

COUNSEL:

S. E. Edwards, Q.C. and *I. V. B. Nordheimer* for plaintiff.
J. Paul Malette and *Nancy J. Ross* for defendant.

SOLICITORS:

Fraser & Beatty, Toronto, for plaintiff.

Deputy Attorney General of Canada for defendant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ROULEAU J.: This is an action brought by the plaintiff who disputes the reassessment by the defendant for the taxation year 1975. At issue in these proceedings is the nature of a payment made by the plaintiff in the amount of \$322,461 for the acquisition of some general insurance agency lists of customers. The plaintiff contends that the payment was an expense item properly deductible in the calculation of its taxable income. The defendant submits that the expenditure was a capital outlay and therefore not deductible in computing the taxable income. All this pursuant to paragraph

Insulated and Helsby Cables v. Atherton, [1926] A.C. 205 (H.L.); *Hinton (Inspector of Taxes) v Maden and Ireland Ltd*, [1959] 1 W.L.R. 875 (H.L.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Partykan, M.S. v. M.N.R. (1980), 80 DTC 1475 (C.R.L.); *Harbord Investments Ltd. v. M.N.R.* (1970), 70 DTC 1488 (C.A.I.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Sun Newspapers Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation (1938), 61 C.L.R. 337 (H.C. Austr.); *Hallstroms Pty. Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation* (1946), 72 C.L.R. 634 (H.C. Austr.); *Comr. of Taxes v. Nchanga Consolidated Copper Mines Ltd.*, [1964] A.C. 948 (P.C.); *Vallambrosa Rubber Co., Limited, v. Inland Revenue*, [1910] S.C. 519; *Tucker (Inspector of Taxes) v Granada Motorway Services Ltd*, [1979] 2 All ER 801 (H.L.).

DÉCISION CITÉE:

Canada Starch Co. v. Minister of National Revenue, [1969] 1 R.C.É. 96; (1968), 68 DTC 5320.

AVOCATS:

S. E. Edwards, c.r. et *I. V. B. Nordheimer* pour la demanderesse.
J. Paul Malette et *Nancy J. Ross* pour la défenderesse.

PROCUREURS:

Fraser & Beatty, Toronto, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

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

LE JUGE ROULEAU: Il s'agit d'une action intentée par la demanderesse qui conteste la nouvelle cotisation faite par la défenderesse pour l'année d'imposition 1975. Le litige porte sur la nature d'un versement de 322 461 \$ effectué par la demanderesse pour l'acquisition de listes de clients d'agences d'assurances I.A.R.D. La demanderesse soutient que ce versement constituait une dépense dûment déductible dans le calcul de son revenu imposable. La défenderesse prétend qu'il s'agissait d'une dépense de capital, qui n'est donc pas déductible dans le calcul du revenu imposable. Les deux

18(1)(b) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63 as amended and applicable in 1975:

18. (1) In computing the income of a taxpayer from a business or property no deduction shall be made in respect of

(b) an outlay, loss or replacement of capital, a payment on account of capital or an allowance in respect of depreciation, obsolescence or depletion except as expressly permitted by this Part;

The plaintiff Tomenson Inc. is an insurance broker with its head office in the City of Toronto and subsidiaries across Canada. It carried on business in eleven offices across Canada, including Edmonton, Calgary, Vancouver and Prince George in western Canada. In 1975 it acquired from the O'Bryan Group of insurance agencies some lists of clients along with their files for a limited number of their offices located in the Provinces of British Columbia and Alberta. In filing its return for the 1975 taxation year, it deducted against revenue the monies advanced to acquire these lists. The Minister reassessed and found that this expenditure was in the nature of capital.

The O'Bryan Group, loosely interrelated, was made up of the following entities: J.T. O'Bryan & Co., a British Columbia partnership, J.T. O'Bryan Company, a separate Alberta partnership and the Estate of Bass Insurance Agencies Limited; collectively they operated approximately sixteen offices in the two western provinces.

During 1974 it was common knowledge within the insurance industry that J.T. O'Bryan & Co. was experiencing financial difficulties. The plaintiff, because of its reputation in the industry, having acquired numerous other agencies in the past, was approached in early 1974 by the O'Bryan Group to consider a merger or an acquisition. This offer was declined. The President of the plaintiff company testified that it was their view that they did not, at that particular time, have in their employ a sufficient number of qualified personnel, nor the available capital to acquire another substantial operation. In mid-November of 1974, because of the acute financial problems facing the O'Bryan Group, and at the request one of the plaintiff's officials located in the Vancouver office,

parties invoquent l'alinéa 18(1)(b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, chap. 63 et ses modifications, en vigueur en 1975:

18. (1) Dans le calcul du revenu du contribuable, tiré d'une entreprise ou d'un bien, les éléments suivants ne sont pas déductibles:

b) une somme déboursée, une perte ou un remplacement de capital, un paiement à titre de capital ou une provision pour amortissement, désuétude ou épuisement, sauf ce qui est expressément permis par la présente Partie;

La demanderesse Tomenson Inc. est un courtier d'assurances ayant son siège social à Toronto et des succursales à travers le Canada. Elle exerçait ses activités dans onze bureaux à travers le pays, notamment à Edmonton, Calgary, Vancouver et Prince George dans l'Ouest canadien. En 1975, elle a acquis du groupe d'agences d'assurances O'Bryan des listes de clients ainsi que leurs dossiers pour un certain nombre de ses bureaux situés en Colombie-Britannique et en Alberta. Dans sa déclaration pour l'année d'imposition 1975, elle a déduit de son revenu les sommes versées pour l'acquisition de ces listes. Le Ministre a procédé à une nouvelle cotisation et a conclu qu'il s'agissait d'une dépense de capital.

Le groupe O'Bryan était formé des personnes morales suivantes, qui n'étaient pas étroitement liées entre elles: J.T. O'Bryan & Co., une société de la Colombie-Britannique, J.T. O'Bryan Company, une société distincte de l'Alberta, et de l'actif de la Bass Insurance Agencies Limited; au total, elles dirigeaient environ seize bureaux dans les deux provinces de l'Ouest.

Durant l'année 1974, il était notoire dans l'industrie des assurances que J.T. O'Bryan & Co. éprouvait des difficultés financières. À cause de la réputation dont la demanderesse jouissait dans le domaine, à la suite de l'acquisition de nombreuses autres agences dans le passé, le groupe O'Bryan avait fait des démarches auprès d'elle au début de 1974 en vue d'une fusion ou d'une acquisition éventuelle. Cette offre a été refusée. Le président de la compagnie demanderesse a témoigné que la direction était d'avis qu'à cette époque, la compagnie n'avait pas le personnel qualifié suffisant ni les fonds disponibles pour acquérir une autre entreprise importante. À la mi-novembre 1974, en raison des graves problèmes financiers auxquels faisait face le groupe O'Bryan et à la demande de

it reassessed its position. They were gravely concerned with a bankruptcy and the impact this could have on the industry as a whole. At this stage, the O'Bryan Group had lost credibility as well as their credit with underwriters and were no longer able to place any of their customers' insurance.

Tomenson Inc., together with some of the major underwriters, looked into the situation with the ultimate aim of preventing a financial disaster from occurring. As a result, a loose arrangement was entered into; new premiums that were being collected by the O'Bryan Group were transferred to the plaintiff who in turn would place the insurance with underwriters. All this to avoid bankruptcy, provide coverage for the customers and preserve the industry's reputation.

This procedure could not go on forever and, after some weeks, a Vancouver Vice-President of Tomenson Inc. met with the principals of J.T. O'Bryan and the underwriters, the major creditors, to work out an arrangement and submit a proposal to creditors. An agreement was entered into and a trustee in bankruptcy in the service of Clarkson Gordon & Co. was retained to oversee the administration.

The financial statement of the O'Bryan Group as at December 31, 1974 indicated that they had assets and cash in the bank in the amount of approximately \$2,533,000 of which some \$2,400,000 was cash or receivables. Their liabilities were \$4,500,000 of which some \$3,775,000 were premiums payable to insurance companies. Though they did not all go bankrupt, it is obvious that without the proposal and the consent of the underwriters, the various entities would have collapsed and the customers insured by the O'Bryan Group would have been faced with serious problems.

The plaintiff agreed to purchase the lists of clients of the O'Bryan Group for the operations that were being conducted in certain offices, three in British Columbia and two in Alberta. They included the major producers from the approximately sixteen offices operated by the O'Bryan Group.

l'un des dirigeants de la demanderesse, qui se trouvait au bureau de Vancouver, celle-ci a réévalué sa position. Elle se préoccupait grandement des répercussions d'une faillite sur l'industrie dans son ensemble. À cette époque-là, le groupe O'Bryan avait perdu sa crédibilité ainsi que son crédit auprès des souscripteurs et n'était plus en mesure de négocier les contrats d'assurance de ses clients.

De concert avec quelques-uns des principaux souscripteurs, Tomenson Inc. a étudié la situation dans le but ultime d'éviter que se produise un désastre financier. En conséquence, on a convenu de certaines mesures peu structurées selon lesquelles les nouvelles primes à percevoir par le groupe O'Bryan étaient transférées à la demanderesse qui, en retour, négocierait les assurances auprès des souscripteurs. Tout cela visait à éviter la faillite, à fournir une couverture aux clients et à sauvegarder la réputation de l'industrie des assurances.

On ne pouvait pas procéder ainsi indéfiniment et, après quelques semaines, un des vice-présidents de Tomenson Inc. à Vancouver a rencontré les dirigeants de J.T. O'Bryan et les souscripteurs, les principaux créanciers, en vue d'élaborer un arrangement et de présenter une proposition aux créanciers. Une entente a été conclue, et les services d'un syndic de faillite de la firme Clarkson Gordon & Co. ont été retenus pour surveiller la gestion.

Les états financiers du groupe O'Bryan indiquaient, au 31 décembre 1974, que celui-ci avait des actifs et des fonds en banque totalisant environ 2 533 000 \$, dont quelque 2 400 000 \$ en espèces ou en créances. Ses dettes s'élevaient à 4 500 000 \$, dont quelque 3 775 000 \$ consistaient en des primes payables à des compagnies d'assurances. Bien que les différentes sociétés du groupe n'aient pas toutes fait faillite, il est évident que, sans la proposition et sans le consentement des souscripteurs, elles se seraient effondrées et les clients assurés par le groupe O'Bryan auraient fait face à de graves problèmes.

La demanderesse a convenu d'acheter les listes de clients du groupe O'Bryan pour les opérations effectuées par certains bureaux, soit trois en Colombie-Britannique et deux en Alberta. Ils s'agissait notamment des bureaux les plus rentables parmi les quelque seize bureaux exploités par le groupe O'Bryan.

A letter of intent, issued by the plaintiff on January 17, 1975 (Exhibit P-2), undertook to take over the lists of insurance customers, their files, copies of issued insurance policies, expiration slips as well as other documents relating to the customer. Tomenson Inc. was to collect the outstanding receivables and in the future would pay to the trustee 30% of the net commission income (less return commissions) for the years 1975, 1976, 1977 and 1978 of all new and renewal insurance premiums received from existing customers who continued to do business with them. All of these undertakings became part of the proposal submitted by the trustee and were eventually approved by the creditors as well as the Court.

Other lists were sold by the trustee to other companies who were competitors of the plaintiff.

The President of the plaintiff company testified that by obtaining these lists they did not acquire exclusive rights to deal with the customers because competitors were also seeking them out.

The plaintiff undertook to offer some of the partners and employees positions. Particulars of these offers can be found in the proposal submitted to the trustee in bankruptcy as well as the creditors (see Exhibits P-2 and D-3). Essentially, a considerable number of equity holders of the O'Bryan Group were personally liable for substantial sums of money. The plaintiff, through its offer, induced the various partners to join them and if they did so their personal obligations would be diminished if not dissipated entirely.

Some of the employees were retained, others went into business on their own account and some were hired by other brokers. Some remained for a while and left. There were no non-competition clauses with any of the O'Bryan Group. Out of all the offices that the former owners had occupied, only two small spaces were rented and renegotiated directly with the landlords, one in Port William and the other in Prince George where the plaintiff already had an office. However, because of the

Dans une déclaration d'intention en date du 17 janvier 1975 (pièce P-2), la demanderesse s'est engagée à acquérir les listes de clients, leurs dossiers, les copies des polices d'assurance émises, les fiches de déchéance des polices ainsi que d'autres documents relatifs aux clients. Tomenson Inc. devait percevoir les créances à recouvrer et verser à l'avenir au syndic de faillite 30 % du revenu tiré des commissions nettes (moins les ristournes de commission) pour les années 1975, 1976, 1977 et 1978 sur toutes les nouvelles primes d'assurance et les primes de renouvellement reçues des clients qui continuaient de faire affaire avec elle. Tous ces engagements faisaient partie de la proposition présentée par le syndic de faillite et ont été approuvés ensuite par les créanciers ainsi que le tribunal.

D'autres listes ont été vendues par le syndic de faillite à d'autres compagnies qui étaient des concurrents de la demanderesse.

Le président de la compagnie demanderesse a témoigné qu'en obtenant ces listes, celle-ci n'avait pas acquis le droit exclusif de transiger avec les clients, étant donné que des concurrents les sollicitaient également.

La demanderesse s'est engagée à offrir un poste à certains des associés et des employés. La proposition présentée au syndic de faillite et aux créanciers contient des détails au sujet de ces offres (voir les pièces P-2 et D-3). Essentiellement, un grand nombre des actionnaires du groupe O'Bryan répondaient personnellement d'importantes sommes d'argent. Par le biais de son offre, la demanderesse incitait les différents associés à se joindre à elle et, de ce fait, à réduire si ce n'est à éteindre complètement leurs obligations personnelles.

Un certain nombre d'employés ont gardé leur emploi, d'autres se sont lancés en affaires pour leur propre compte et d'autres enfin ont été engagés par d'autres courtiers. Certains sont restés pendant quelque temps et sont partis par la suite. Aucune clause de non-concurrence n'a été convenue avec l'une quelconque des sociétés du groupe O'Bryan. De tous les bureaux que les anciens propriétaires avaient occupés, deux petits locaux seulement ont été loués et la location a été renégociée directement avec les propriétaires, l'un à Port William et l'autre à Prince George, où la demanderesse avait

increased personnel, they required additional space.

During the subsequent years, the trustee received approximately \$1,000,000 based on the 30% net commission derived from the existing customers that remained for the period; Tomenson Inc. retained 65% of the clients from the original lists.

The President of the plaintiff company testified that success in the general insurance business was derived from personal contact and acquisition of lists of customers; that knowledge of an expiry date of existing coverage was not crucial in determining if one was to retain an insured.

From the evidence I have concluded that, when acquiring an ongoing insurance agency, it is customary in the trade to pay between 1 and 1.5 times one year's net commissions.

Plaintiff's Principal Arguments

The substance of plaintiff's argument is that the annual payments made for the customer lists were a current expense incurred for the purpose of gaining or producing income and thus were not a payment on account of capital.

In support of this submission it was argued that all it acquired under its agreement with the trustee was customer lists. Specifically, it contended that the acquisition of the lists did not give the plaintiff the exclusive right to represent any of the O'Bryan Group customers. In fact, the plaintiff was required to solicit the insurance business of the customers named on the lists in competition with other insurance brokers. It was further submitted that the O'Bryan Group was not contractually bound to assist the plaintiff in maintaining the customers nor was it to refrain from competing. Finally, plaintiff contends that it did not acquire the insurance brokerage business as a going concern, nor, as a result, the goodwill formerly held by the O'Bryan Group.

To support the contention, the plaintiff cited several cases and articles as authority. The case

déjà un bureau. Cependant, il fallait plus d'espace à cause de l'accroissement du personnel.

Au cours des années suivantes, le syndic de faillite a reçu environ 1 000 000 \$ en raison de la commission nette de 30 % provenant des primes de la clientèle restée fidèle pendant cette période; Tomenson Inc. a gardé 65 % des clients dont le nom apparaissait sur les listes initiales.

Le président de la compagnie demanderesse a témoigné que les contacts personnels et l'acquisition de listes de clients constituent la source du succès dans le domaine des assurances I.A.R.D. et qu'il est très important de connaître la date d'expiration d'une police en vigueur pour déterminer si l'on doit conserver la clientèle d'un assuré.

À partir de la preuve présentée, j'ai conclu que, lors de l'acquisition d'une agence d'assurances en activité, c'est la coutume dans le commerce de payer de 1 à 1,5 fois le total des commissions nettes d'une année.

Les principaux arguments de la demanderesse

L'essentiel de la thèse de la demanderesse est que les sommes versées annuellement pour les listes de clients constituaient une dépense courante engagée en vue d'en tirer ou de faire produire un revenu et ne constituaient donc pas un paiement à titre de capital.

À l'appui de cette allégation, elle a soutenu que tout ce qu'elle a acquis en vertu de son entente avec le syndic de faillite, c'était un certain nombre de listes de clients. Elle a prétendu plus particulièrement que l'acquisition des listes ne lui a pas donné le droit exclusif d'être la mandataire des clients du groupe O'Bryan. De fait, la demanderesse était obligée de solliciter les clients désignés sur les listes en concurrence avec d'autres courtiers d'assurances. Il a en outre été allégué que le groupe O'Bryan n'était pas tenu par contrat d'aider la demanderesse à conserver les clients ni de s'abstenir de lui faire concurrence. Enfin, la demanderesse soutient qu'elle n'a pas acquis l'entreprise de courtage d'assurance comme entreprise en activité ni, par conséquent, l'achalandage dont jouissait antérieurement le groupe O'Bryan.

La demanderesse a cité plusieurs arrêts et articles à l'appui de sa thèse. La jurisprudence invo-

law submitted that dealt specifically with customer lists was *Partykan, M.S. v. M.N.R.* (1980), 80 DTC 1475 (T.R.B.) and *Harbord Investments Ltd. v. M.N.R.* (1970), 70 DTC 1488 (T.A.B.).

In *Partykan (supra)* the taxpayer, an officer of a general insurance company, left the company to start his own insurance business and in doing so relinquished his shares in the company in return for a copy of his customer list and related information concerning their policies. Taxpayer purchased neither the goodwill nor the company as a going concern. Of significance is the distinguishing factor that both the taxpayer and his former company were free to compete for the clients on that list and on the same basis: both taxpayer and company possessed the same information in relation to the clients on the purchased list.

In the case at bar, it is clear that the O'Bryan Group was in the process of liquidation and had relinquished its proprietary right to its customer lists, and was not in open competition with the plaintiff in respect of the policies or the lists acquired by Tomenson Inc. It is also clear that competitors were not favoured with the particulars and details concerning the customers' coverage.

In *Harbord (supra)*, a general insurance agency purchased lists of clients and copies of policies from another insurance agency. The taxpayer did not purchase the other company as a going concern. This latter point was crucial in the Tax Appeal Board's determination that the expenditure constituted a deductible business expense, having been paid out for the purpose of earning income. But of note and some importance, the vendor offered to refrain from carrying on business for five years in the province where the taxpayer operated. Although this offer was gratuitous, the taxpayer tacitly accepted the restrictive covenant. Thus the purchase of the customer list was the direct cause of and resulted in the effective elimination of a competitor.

quée qui traitait expressément de listes de clients consistait dans les arrêts *Partykan, M.S. v. M.N.R.* (1980), 80 DTC 1475 (C.R.I.), et *Harbord Investments Ltd. v. M.N.R.* (1970), 70 DTC 1488 (C.A.I.).

Dans l'affaire *Partykan* (précitée), le contribuable, qui était administrateur d'une compagnie d'assurances I.A.R.D., a quitté cette compagnie pour fonder sa propre entreprise d'assurances et, ce faisant, s'est dessaisi de ses actions de la compagnie en retour d'une copie de la liste de ses clients et de renseignements connexes relatifs à leurs polices. Le contribuable n'a acheté ni l'achalandage ni la compagnie en activité. Il est important de noter, et c'est là une caractéristique qui distingue cette affaire de l'espèce, que le contribuable et son ancienne compagnie étaient tous deux libres d'essayer de recruter les clients dont le nom apparaissait sur la liste, ayant en main les mêmes atouts: le contribuable et la compagnie détenaient tous deux les mêmes renseignements sur les clients dont le nom apparaissait sur la liste achetée.

En l'espèce, il est clair que le groupe O'Bryan était en voie de liquidation, avait renoncé à son droit de propriété sur ses listes de clients et ne faisait pas ouvertement concurrence à la demanderesse en ce qui concerne les polices ou les listes acquises par celle-ci. Il est également évident que les concurrents n'ont pas joui des renseignements portant sur la couverture offerte aux clients.

Dans l'affaire *Harbord* (précitée), une agence d'assurances I.A.R.D. a acheté des listes de clients et des copies de polices d'une autre agence d'assurances. La contribuable n'a pas acheté l'autre compagnie en tant qu'entreprise en activité. Ce dernier point a joué un rôle décisif dans la décision de la Commission d'appel de l'impôt selon laquelle la dépense constituait une dépense d'entreprise déductible, car elle avait été engagée en vue de produire un revenu. Mais, est-il important de noter, le vendeur a offert de ne pas exercer la même activité pendant cinq ans dans la province où la contribuable faisait affaire. Bien qu'il se soit agi d'une offre à titre gratuit, la contribuable a accepté tacitement la clause restrictive. L'achat de la liste de clients a donc été la cause directe de l'élimination effective d'un concurrent.

Harbord (supra) is open to question in light of the Federal Court of Appeal decision in *Cumberland Investment Ltd. v. The Queen* (1975), 75 DTC 5309 (F.C.A.). Although the material facts in that case are distinguishable from those in *Harbord*, Mr. Justice Thurlow [as he then was] stated that the effective elimination of a competitor was one of the critical factors in deciding whether the acquisition of a customer list was a capital outlay (i.e., having eliminated the competitor through the absorption of the business as a going concern). Nevertheless he did not stipulate that eliminating competition was the sole condition to the characterization of a purchase being on account of capital.

Defendant's Principal Arguments

In assessing the plaintiff for its 1975 taxation year, the Minister of National Revenue submitted that the payment of \$322,461 in 1975 constituted a payment on account of capital. He argued that the sum represented a payment to acquire the insurance brokerage business of the O'Bryan Group, as well as the goodwill formerly held by the Group; that the acquisition of the customer lists not only constituted an addition to the business structure of the plaintiff but was for the plaintiff's enduring benefit.

The Minister further claimed that Tomenson Inc. not only acquired lists of customers, but also relevant information pertaining to the insurance coverage, binders, applications for insurance, renewal dates, etc. It hired key employees and equity holders from the O'Bryan Group to maintain contacts with the former customers.

Conclusion

Although defendant cited several cases as authority for its submission, in my view the Federal Court of Appeal's decision in *Cumberland (supra)* establishes the criteria in determining such cases.

In *Cumberland (supra)* the agency acquired a going concern, a list of the competitor's sub-agents, particulars of the policy holders, a cove-

La décision *Harbord* (précitée) prête à la critique compte tenu de la décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans *Cumberland Investment Ltd. c. La Reine* (1975), 75 DTC 5309 (C.A.F.). Bien que les faits substantiels de ce cas puissent être distingués de ceux de l'affaire *Harbord*, le juge Thurlow [tel était alors son titre] a statué que l'élimination effective d'un concurrent constituait l'un des facteurs décisifs lorsqu'il s'agit de déterminer si l'acquisition d'une liste de clients représentait une dépense de capital (c'est-à-dire l'élimination d'un concurrent par absorption de la société en tant qu'entreprise en activité). Néanmoins il n'a pas mentionné que l'élimination de la concurrence était le seul critère permettant de qualifier un achat de dépense de capital.

Les principaux arguments de la défenderesse

En cotisant la demanderesse pour son année d'imposition 1975, le ministre du Revenu national a soutenu que le versement de 322 461 \$ effectué en 1975 constituait un paiement à titre de capital. Il a fait valoir que la somme représentait un paiement en vue d'acquérir l'entreprise de courtage en assurances du groupe O'Bryan ainsi que l'achalandage dont jouissait antérieurement le groupe et que l'acquisition des listes de clients constituait non seulement un atout supplémentaire pour l'entreprise de la demanderesse mais aussi un avantage durable pour la demanderesse.

Le Ministre a également prétendu que Tomenson Inc. avait acquis non seulement des listes de clients mais également des renseignements pertinents relatifs à la couverture d'assurance, aux notes de couverture, aux demandes d'assurance, aux dates de renouvellement, etc. La société a engagé des employés-clés et des actionnaires du groupe O'Bryan afin de maintenir des relations d'affaires avec les anciens clients.

Conclusion

Bien que la défenderesse ait cité plusieurs arrêts à l'appui de son allégation, j'estime que la décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans *Cumberland* (précitée) établit les critères applicables aux affaires de ce genre.

Dans l'affaire *Cumberland* (précitée), l'agence d'assurances a acquis une entreprise en activité, la liste des sous-agents du concurrent, les coordon-

nant not to compete, and paid a price based on volume.

Although Mr. Justice Thurlow and Mr. Justice Urie emphasized different factors in characterizing the outlay as capital, both Justices seem to consider that the elimination of the vendor as a competitor and acquiring a going concern, which would include goodwill, were both essential to their characterization of the outlay as being on account of capital.

In contrast, the plaintiff submits that the present dispute discloses that one of the agencies from the O'Bryan Group was bankrupt and no doubt the others would also have met the same fate had it not been for the proposal. It cannot be argued that payments made by the plaintiff eliminated a competitor, nor can it be substantiated that the purchase of some of the customer lists resulted in the absorption of the O'Bryan Group as a going concern, and thus support any transfer of goodwill.

In *Inland Revenue Commissioners v. Muller & Co.'s Margarine, Limited*, [1901] A.C. 217 (H.L.) Lord Lindley commented on the connectivity between the concept of "goodwill" and that of "business as a going concern"; at page 235 he noted:

Goodwill regarded as property has no meaning except in connection with some trade, business, or calling. In that connection I understand the word to include whatever adds value to a business by reason of situation, name and reputation, connection, introduction to old customers, and agreed absence from competition, or any of these things, and there may be others which do not occur to me. In this wide sense, goodwill is inseparable from the business to which it adds value, and, in my opinion, exists where the business is carried on. [Emphasis added.]

Goodwill appears to be dependent upon a going concern. Therefore, it is difficult to accept the proposition that the acquisition of some assets of a business, in the process of liquidation, imports the acquisition of goodwill.

Counsel for both the plaintiff and the defendant, through their respective submissions, have attempted to extract from the facts certain features that would categorize this transaction as being either one of expense or one of capital. This

nées des assurés, a obtenu l'inclusion d'une clause de non-concurrence dans le contrat d'acquisition et a payé un prix fondé sur le volume d'affaires.

Quoique les juges Thurlow et Urie aient fait valoir des facteurs différents pour qualifier la dépense litigieuse de dépense de capital, ils semblent tous deux considérer que l'élimination de la concurrence de la part du vendeur et l'acquisition d'une entreprise en activité, qui comprendrait l'achalandage, constituaient deux éléments dont la présence était essentielle pour qu'il y ait dépense de capital.

Par contre, la demanderesse allègue que le présent litige révèle que l'une des agences du groupe O'Bryan était en faillite et que les autres auraient sans doute également subi le même sort, n'eût été la proposition. On ne peut pas soutenir que les paiements effectués par la demanderesse ont éliminé un concurrent, ni prouver que l'achat de quelques-unes des listes de clients a entraîné l'absorption du groupe O'Bryan en tant qu'entreprise en activité, et qu'il y a ainsi une quelconque cession de l'achalandage.

Dans l'arrêt *Inland Revenue Commissioners v. Muller & Co.'s Margarine, Limited*, [1901] A.C. 217 (H.L.), lord Lindley a émis des remarques sur le rapport existant entre la notion d'«achalandage» et celle d'«entreprise en activité»; à la page 235, il a précisé:

[TRADUCTION] Comme bien, l'achalandage n'a aucune signification si ce n'est en fonction d'un certain commerce, affaire ou métier. Si je comprends bien, le mot englobe dans ce cas tout ce qui ajoute une valeur à une entreprise en raison de son emplacement, de son nom, de sa réputation, de sa clientèle, de la mise en rapport avec les vieux clients et de l'absence convenue de concurrence, ou de l'une quelconque de ces choses, et il y en a peut-être d'autres qui ne me viennent pas à l'esprit. Dans ce sens large, l'achalandage est indissociable de l'entreprise à laquelle il ajoute de la valeur et, à mon avis, il existe lorsque l'entreprise est en activité. [C'est moi qui souligne.]

L'achalandage semble dépendre de l'exploitation de l'entreprise. Il est donc difficile d'accepter la proposition selon laquelle l'acquisition de certains biens d'une entreprise en voie de liquidation comporte l'acquisition de l'achalandage.

Les avocats de la demanderesse et de la défenderesse ont essayé, par leurs allégations respectives, de faire ressortir des faits certaines caractéristiques qui permettraient de considérer la transaction en cause comme soit une dépense, soit une somme

appears to be an almost insurmountable task. Indeed, as Mr. Justice Collier noted in *Burian, W. J., et al v The Queen*, [1976] CTC 725 (F.C.T.D.) in relation to the characterization of an outlay incurred to acquire a customer list (at page 730):

The appellations "purchase of a business as a going concern", "purchase of goodwill", or purchase of a "list of customers" neither clarify the dispute nor provide the solution.

This is particularly true when one is dealing with the acquisition of a customer list from a group of agencies in the process of liquidation. It is one thing to use appellations and characterize them as a purchase of a customer list; it is another matter to apply the terms to the purchase of some customer lists of a business that is in the process of liquidation. On the other hand one cannot simply disregard them because the transaction involves an insolvent business.

It becomes relevant to examine those general principles enunciated in several cases where the courts have established guidelines to distinguish expenditures on revenue account as opposed to the capital account.

The Nature of Capital

In an examination of the jurisprudence classifying transactions as being either an expense or capital, it appears that the courts have adopted either an "accretion to the income earning structure of the business" test or an "enduring benefit" test.

The concept that a capital outlay is that which is expended to acquire a substance (tangible or intangible) inherently productive of income, i.e., a substance from which income arises, has its origin in the classic dictum of Mr. Justice Dixon in *Sun Newspapers Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation* (1938), 61 C.L.R. 337 (Aust. H.C.) (at pages 359-360) wherein he noted:

The distinction between expenditure and outgoings on revenue account and on capital account corresponds with the distinction between the business entity, structure, or organization set up or established for the earning of profit and the process by which such an organization operates to obtain regular returns by means of regular outlay, the difference

déboursée à titre de capital. Cela semble être une tâche presque insurmountable. En effet, comme le juge Collier l'a fait remarquer dans *Burian, W. J., et al c La Reine*, [1976] CTC 725 (C.F. 1^{re} inst.), relativement à la classification d'une somme déboursée afin d'acquérir une liste de clients (à la page 730):

Les expressions «achat d'une affaire en tant qu'entreprise en marche», «achat d'achalandage» ou achat d'une «liste de clients» ne clarifient pas le différend plus qu'elles n'en fournissent la solution.

C'est tout particulièrement vrai lorsqu'il s'agit d'une liste de clients acquise d'un groupe d'agences en voie de liquidation. C'est une chose que d'utiliser certains termes pour parler de l'achat d'une liste de clients; mais c'en est une autre que d'appliquer ces termes à l'achat de certaines listes de clients d'une entreprise en voie de liquidation. Par ailleurs, il est tout simplement impossible de ne pas en tenir compte parce que la transaction concerne une entreprise insolvable.

Il est donc pertinent d'examiner les principes généraux énoncés dans plusieurs arrêts dans lesquels les tribunaux ont défini des critères visant à faire la distinction entre les dépenses d'exploitation et les dépenses de capital.

La nature du capital

Une étude de la jurisprudence classant les transactions sous les chefs respectifs de dépense et de capital révèle que les tribunaux ont adopté soit le critère dit de [TRADUCTION] «l'accroissement de l'ensemble des sources de revenu de l'entreprise» soit le critère dit du [TRADUCTION] «bénéfice durable».

L'idée selon laquelle une dépense de capital est faite dans le but d'acquérir un bien (matériel ou immatériel) générateur en soi de revenus, c'est-à-dire un bien dont découlent des revenus, vient de la remarque incidente, maintenant bien connue, formulée par le juge Dixon dans l'arrêt *Sun Newspapers Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation* (1938), 61 C.L.R. 337 (H.C. Austr.) (aux pages 359 et 360) où il a fait observer:

[TRADUCTION] La distinction entre les dépenses à titre de capital et les dépenses à titre de revenu correspond à la distinction entre l'entité, la structure ou l'organisation commerciale établie en vue de réaliser des bénéfices et le mode de fonctionnement auquel elle a recours pour toucher des recettes régulières au moyen de dépenses régulières, la différence entre

between the outlay and returns representing profit or loss. The business structure or entity or organization may assume any of an almost infinite variety of shapes and it may be difficult to comprehend under one description all the forms in which it may be manifested [...] But in spite of the entirely different forms, material and immaterial, in which it may be expressed, such sources of income contain or consist in what has been called a "profit-yielding subject", the phrase of Lord Blackburn in *United Collieries Ltd. v. Inland Revenue Commissioners*, (1930) S.C. 215, at p. 220. [Emphasis added.]

This characterization of capital expenditure was held to be applicable to the Canadian *Income Tax Act* in *Canada Starch Co. v. Minister of National Revenue*, [1969] 1 Ex.C.R. 96; (1968), 68 DTC 5320.

Mr. Justice Dixon elaborated on the dichotomy between that which is an outlay on account of capital and that which is a revenue expenditure. In his dissenting judgment in *Hallstroms Pty. Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation* (1946), 72 C.L.R. 634 (Aust. H.C.) (at page 647) he wrote:

... [T]he contrast between the two forms of expenditure corresponds to the distinction between the acquisition of the means of production and the use of them; between establishing or extending a business organization and carrying on the business; [...] between an enterprise itself and the sustained effort of those engaged in it. [Emphasis added.]

In the decision of the Privy Council in *Comr. of Taxes v. Nchanga Consolidated Copper Mines Ltd.*, [1964] A.C. 948, Viscount Radcliffe indicated his approval of the test enunciated by Dixon J. in *Sun Newspapers (supra)* and *Hallstroms (supra)* when he stated (at page 960):

Again, courts have stressed the importance of observing a demarcation between the cost of creating, acquiring or enlarging the permanent (which does not mean perpetual) structure of which the income is to be the produce or fruit and the cost of earning that income itself or performing the income-earning operations. Probably this is as illuminating a line of distinction as the law by itself is likely to achieve. . . . [Emphasis added.]

The second test of characterization that has been adopted by the courts — the "enduring benefit" test — has its source in the decision of the House of Lords in *British Insulated and Helsby Cables v. Atherton*, [1926] A.C. 205 wherein Viscount Cave L.C. enunciated (at pages 213-214) the "enduring benefit" test:

But when an expenditure is made, not only once and for all, but with a view to bringing into existence an asset or an advantage for the enduring benefit of a trade, I think that there is very

ces dépenses et ces recettes constituant les bénéfices ou les pertes de cette entité. La structure, l'entité ou l'organisation commerciale peut adopter l'une quelconque d'une variété presque infinie de formes et il peut être difficile de ramener à une seule désignation toutes les formes possibles qu'elle peut revêtir [...] Mais quelles que soient les différentes formes, matérielles ou immatérielles, qu'elles puissent avoir, de telles sources de revenus contiennent ou constituent ce qu'on a appelé un «bien générateur de profits», selon l'expression de lord Blackburn dans l'arrêt *United Collieries Ltd. v. Inland Revenue Commissioners*, (1930) S.C. 215, à la p. 220. [C'est moi qui souligne.]

Dans l'arrêt *Canada Starch Co. v. Minister of National Revenue*, [1969] 1 R.C.É. 96; (1968), 68 DTC 5320, il a été jugé que cette définition de la dépense de capital s'applique à la *Loi de l'impôt sur le revenu* du Canada.

Le juge Dixon a souligné la dichotomie qui existe entre une dépense de capital et une dépense d'exploitation. Dans ses motifs dissidents dans l'arrêt *Hallstroms Pty. Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation* (1946), 72 C.L.R. 634 (H.C. Austr.), à la page 647, il a écrit:

[TRADUCTION] ... [L]a différence entre les deux formes de dépenses correspond à la distinction entre l'acquisition des moyens de production et leur usage; entre l'établissement ou l'extension de l'entreprise et son exploitation; [...] entre une entreprise et l'effort soutenu de ceux qui en font partie. [C'est moi qui souligne.]

Dans l'arrêt du Conseil privé *Comr. of Taxes v. Nchanga Consolidated Copper Mines Ltd.*, [1964] A.C. 948, le vicomte Radcliffe a indiqué qu'il était d'accord avec le critère énoncé par le juge Dixon dans *Sun Newspapers* (précité) et *Hallstroms* (précité) lorsqu'il a déclaré, à la page 960:

[TRADUCTION] Là encore, les tribunaux ont insisté sur l'importance de distinguer entre les coûts afférents à la création, à l'achat ou à l'agrandissement de la structure permanente (qui ne signifie pas perpétuelle), dont le revenu doit être le produit ou le fruit, et le coût du revenu lui-même ou de l'exécution des opérations qui servent à le gagner. Sans doute s'agit-il là de la distinction la plus claire que la loi par elle-même peut vraisemblablement apporter. . . . [C'est moi qui souligne.]

Le deuxième critère de classification qui a été adopté par les tribunaux, à savoir le critère dit du «bénéfice durable», vient de la décision rendue par la Chambre des lords dans l'affaire *British Insulated and Helsby Cables v. Atherton*, [1926] A.C. 205, où le vicomte Cave, L.C., a énoncé, aux pages 213 et 214, le critère dit du «bénéfice durable»:

[TRADUCTION] Mais quand on fait des dépenses non seulement une fois pour toutes, mais encore dans le but d'apporter un élément d'actif ou un avantage pour le bénéfice durable d'un

good reason (in the absence of special circumstances leading to an opposite conclusion) for treating such an expenditure as properly attributable not to revenue but to capital. [Emphasis added.]

Although Viscount Cave did not elaborate on the meaning of the expression “enduring benefit”, in commenting on the “once and for all” test enunciated by Lord Dunedin in *Vallambrosa Rubber Co., Limited, v. Inland Revenue*, [1910] S.C. 519, at page 525, he did determine (at page 213) that, notwithstanding the lump sum method of payment in securing an asset or advantage, such payment would not be characterized as an expenditure on capital account if that sum “would be properly chargeable against the receipts for the year”.

One can infer from Viscount Cave’s *dictum* that if the benefit or value derived from the acquisition of an asset is consumed in the year in which it was acquired, or over at least a two-year period, the cost of the acquisition of the asset or advantage might reasonably be considered as a revenue expenditure.

This line of reasoning was pursued in the decision of the House of Lords in *Hinton (Inspector of Taxes) v Maden and Ireland Ltd*, [1959] 1 W.L.R. 875 wherein Lord Reid, in commenting on the demarcation between an expenditure on revenue account and a capital outlay, stated (at page 886):

I claim no expert knowledge of accountancy or of business methods, and the only practical difference that occurs to me—and none other was suggested in argument—is that if you treat a sum as capital expenditure you do not write it all off in one year or set it all against the income of one year, whereas if you treat it as revenue expenditure the whole of it is set off against the revenue of the year when it is expended.

I would suppose that accounts are intended to have as close a relation as is reasonably practicable to reality. If you buy plant which still has a substantial value at the end of the year I would suppose that that value ought to be reflected somewhere in the accounts. If the cost is treated as capital expenditure there seems to be no difficulty in writing off that cost year by year as the plant wears out or becomes obsolete, but if the cost is treated as revenue expenditure I do not know what item in the next year’s accounts would reflect the continuing value of the plant. I do not suggest that this distinction is or should be an

commerce, je pense qu’il y a de très bonnes raisons (en l’absence de circonstances particulières conduisant à une conclusion contraire) de traiter une telle dépense comme si elle était à juste titre imputable non pas au revenu mais au capital. [C’est moi qui souligne.]

^a Bien que le vicomte Cave n’ait pas précisé la signification de l’expression «bénéfice durable», dans ses remarques sur le critère dit d’«une fois pour toutes» énoncé par lord Dunedin dans l’arrêt ^b *Vallambrosa Rubber Co., Limited, v. Inland Revenue*, [1910] S.C. 519, à la page 525, il a effectivement décidé (à la page 213) que, nonobstant le mode de paiement forfaitaire adopté dans l’acquisition d’un bien ou d’un avantage, un tel ^c paiement ne sera pas considéré comme une dépense de capital si cette somme [TRADUCTION] «était valablement imputable sur les recettes de l’année».

^d On peut déduire de l’*obiter dictum* du vicomte Cave que, si le bénéfice ou la valeur résultant de l’acquisition d’un bien est utilisé au cours de l’année où il a été acquis, ou au cours d’une période d’au moins deux ans, le prix d’acquisition du bien ^e ou de l’avantage pourrait raisonnablement être considéré comme une dépense d’exploitation.

Ce raisonnement a été suivi dans *Hinton (Inspector of Taxes) v Maden and Ireland Ltd*, [1959] 1 W.L.R. 875, un arrêt de la Chambre des lords dans lequel lord Reid, dans ses remarques sur la ligne de démarcation entre une dépense d’exploitation et une dépense de capital, a déclaré (à la page 886):

^g [TRADUCTION] Je ne prétends pas être un expert en matière de méthodes comptables ou commerciales, et la seule différence pratique qui me vient à l’esprit—aucune autre n’a d’ailleurs été suggérée en l’espèce—est que, selon que vous considérez une somme comme une dépense de capital ou comme une dépense d’exploitation, vous ne la passez pas toute aux profits et pertes l’année où elle a été déboursée ou vous ne la déduisez pas toute du revenu d’une année dans le premier cas, alors que, dans le second cas, vous la déduisez intégralement du revenu de l’année où elle a été subie.

ⁱ Je serais porté à croire que les livres comptables sont censés refléter la réalité le plus fidèlement possible. Si vous achetez du matériel qui a encore une valeur considérable à la fin de l’année, je serais porté à croire que les livres comptables devraient refléter cette valeur quelque part. Si le prix d’achat est considéré comme une dépense de capital, il ne semble pas y avoir de difficultés à passer ce prix aux profits et pertes d’année ^j en année à mesure que le matériel s’use ou devient dépassé, mais si ce prix est considéré comme une dépense d’exploitation, je ne sais quel poste des livres comptables devrait reproduire

inflexible rule. There may, for all I know, be good reasons for not following it in particular cases, but in the absence of any indication of any specialty in this case I am inclined to approach this case in that way. [Emphasis added.]

In relation to the case at bar, it may therefore be stated that to the extent that the plaintiff's acquisition from the trustee of selected customer lists of the O'Bryan Group constitutes an accretion to the income earning structure of plaintiff's business, or constitutes an asset that is of an enduring benefit within the meaning of Viscount Cave's *dictum* in the *Atherton* case, the purchase price of the acquisition is not merely a revenue expenditure but is an outlay of capital within the meaning of paragraph 18(1)(b) of the *Income Tax Act*.

Analysis of Transaction

As stated previously, the characterization of the acquisition of a customer list as being on capital or on revenue account is not furthered—in the case of lists purchased from a business in the process of liquidation—by the mechanical application of such concepts as: “Purchase of Business as Going Concern”, “Presence of Restrictive Covenant”, etc.

Indeed, the jurisprudence indicates that the substance, and not the form of the transaction is the critical factor in determining the characterization of an outlay. Thus in *The Queen v. Baine, Johnstone & Company Limited* (1977), 77 DTC 5394 (F.C.T.D.) (at page 5396) Addy J. noted, in considering the issue of whether or not the purchase of a customer list was on capital account, that:

In considering the issue one must look at the true nature and substance of the transaction not merely at the words used by the parties in describing it. [Original emphasis.]

In applying the law to the facts of plaintiff's transaction it is relevant to note the pronouncement by Lord Wilberforce in *Tucker (Inspector of Taxes) v Granada Motorway Services Ltd*, [1979] 2 All ER 801 (H.L.) (at page 804) wherein he stated:

It is common in cases which raise the question whether a payment is to be treated as a revenue or as a capital payment for indicia to point different ways. In the end the courts can do little better than form an opinion which way the balance lies. [Emphasis added.]

l'année suivante la valeur permanente du matériel. Je n'insinue pas que cette distinction est ou devrait être une règle rigide. Il peut fort bien exister de bonnes raisons de ne pas suivre cette règle dans des cas particuliers, mais en l'absence de tout indice à cet effet, je suis enclin en l'espèce à aborder la question de cette façon-là. [C'est moi qui souligne.]

En l'espèce, on peut donc conclure que, dans la mesure où l'acquisition par la demanderesse de certaines listes de clients du groupe O'Bryan, cédées par le syndic de faillite, constitue un accroissement de l'ensemble des sources de revenu de l'entreprise de la demanderesse ou constitue un bien d'un bénéfice durable au sens de l'*obiter dictum* du vicomte Cave dans l'arrêt *Atherton*, le prix d'achat n'est pas simplement une dépense d'exploitation mais une dépense de capital au sens de l'alinéa 18(1)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

d Analyse de la transaction

Ainsi qu'il a déjà été mentionné, l'application mécanique de notions telles que [TRADUCTION] l'«achat d'une entreprise en activité», l'«existence d'une clause restrictive», etc., n'aide pas à déterminer si l'acquisition de listes achetées d'une entreprise en voie de liquidation constitue une dépense de capital ou une dépense d'exploitation.

En effet, la jurisprudence indique que c'est le fond et non la forme de l'opération considérée qui importe pour déterminer la nature d'un débours. Ainsi, dans l'arrêt *La Reine c. Baine, Johnstone & Company Limited* (1977), 77 DTC 5394 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 5396, le juge Addy a fait remarquer, en étudiant la question de savoir si l'achat d'une liste de clients constituait ou non une dépense de capital, que:

Lors de l'examen du litige on doit tenir compte de la nature de l'opération et non pas seulement des mots utilisés par les parties pour la décrire. [Souligné dans le texte original.]

En appliquant le droit aux faits relatifs à l'opération de la demanderesse, il convient de noter ce que déclarait lord Wilberforce dans l'arrêt *Tucker (Inspector of Taxes) v Granada Motorway Services Ltd*, [1979] 2 All ER 801 (H.L.), à la page 804:

[TRADUCTION] Il arrive souvent dans les cas qui soulèvent la question de savoir si un paiement doit être considéré comme une dépense d'exploitation ou comme une dépense de capital que les indices soient contradictoires. En fin de compte, les tribunaux ne peuvent faire beaucoup mieux que de se former une opinion quant au côté où la balance penche. [C'est moi qui souligne.]

Given the fact that the purchase of customer lists together with relevant insurance policies and other related documents constitutes the very essence of an insurance agent's business, the threshold that must be crossed by the taxpayer in having the balance tip in favour of characterizing the outlay as revenue is necessarily high.

Examining the substance of the transaction between plaintiff and the trustee, one may note several indicators that point to the determination of the transaction as being of a capital nature within the meaning of the "enduring benefit" or "profit-yielding subject" test.

The plaintiff purchased several customer lists at an agreed upon valuation of 30% of the net commission earned per annum relating to new and renewed insurance placed for customers on those lists for the four-year period commencing March 19, 1975 and ending April 29, 1979. Thus, the plaintiff chose to assess the value of the customer lists secured in the agreement with the trustee on the basis of a four-year open format wherein 120% of the future net commission earned constituted consideration for the purchased lists—payments being deferred until actual commissions (profits) per annum were ascertained.

Indeed, it is not open to the plaintiff to argue the contrary. The method of payment chosen was a reflection of its inability to anticipate whether in fact the customer lists were a source of future earning capability since it proposed to contribute an amount of 30% of net commission income from clients on purchased customer lists over the agreed four-year period on the basis of estimated commissions of \$7,000,000 (Exhibit D-3).

In effect the plaintiff appears to have employed a capitalization multiple of 1.2 as the basis for establishing a value for anticipated or prospective earnings to be derived from the acquisition. In fact, William E. Toyne, President of the plaintiff company, did testify that it was standard practice, in purchasing an insurance agency, to apply a multiple of 1.0 to 1.5 of the prospective earnings of an agency in submitting a proposal of acquisition.

Étant donné que l'achat de listes de clients ainsi que des polices d'assurance pertinentes et d'autres documents connexes constitue l'essence même des activités d'un agent d'assurances, le contribuable doit nécessairement mettre dans la balance des preuves concluantes pour que la somme déboursée par lui puisse être considérée comme une dépense d'exploitation.

En examinant l'essence de l'opération intervenue entre la demanderesse et le syndic de faillite, on peut déceler plusieurs indices qui nous amènent à la qualifier d'opération en capital au sens du critère dit du «bénéfice durable» ou du «bien générateur de profits».

La demanderesse a acheté plusieurs listes de clients pour une valeur convenue de 30 % des commissions nettes tirées chaque année des nouvelles polices d'assurance ainsi que des renouvellements négociés pour les clients inscrits sur ces listes, pour la période de quatre ans commençant le 19 mars 1975 et se terminant le 29 avril 1979. Ainsi, la demanderesse a choisi de déterminer la valeur des listes de clients visées par l'entente conclue avec le syndic de faillite sur la base d'une disposition valable pour quatre ans selon laquelle les listes étaient vendues contre 120 % des commissions nettes à venir—les paiements étant reportés jusqu'à ce que les commissions réelles (profits) pour chaque année soient constatées.

La demanderesse ne peut certainement pas soutenir le contraire. Le mode de paiement choisi reflétait son incapacité à prévoir si de fait les listes de clients étaient une source possible de gains pour l'avenir, puisqu'elle a proposé de verser 30 % des revenus tirés des commissions nettes provenant des polices des clients dont le nom apparaissait sur les listes achetées, au cours de la période convenue de quatre ans sur la base de commissions estimées à 7 000 000 \$ (pièce D-3).

En effet, la demanderesse semble avoir utilisé un multiple de capitalisation de 1,2 comme base pour fixer la valeur des profits prévus ou possibles à tirer de l'acquisition des listes. De fait, William E. Toyne, président de la compagnie demanderesse, a témoigné qu'il était courant, pour l'achat d'une agence d'assurances, d'appliquer un multiple de 1,0 à 1,5 des gains éventuels de l'agence lors de la présentation d'une offre d'acquisition.

The proposed and agreed method of payment provides an indicator, or at least an inference that the purchased customer lists were considered in the nature of a profit-yielding asset capable of projected earning capacity.

The calculation of consideration on the basis of total anticipated future earnings over the duration of the agreement with the trustee provides a second indicator that the nature of the asset acquired was capital. As stated in the Auditors' Report of the plaintiff's organization—as of December 31, 1975—expenditures associated with the acquisition of the customer lists (i.e. 30% net commission earned) were to be charged against related revenue over the four-year period of the agreement as and when those expenditures became due. While the reporting of revenues gained and related expenses incurred in the same accounting period as a means of determining net income for that period is merely the application of the generally accepted accounting principle of “matching”, it is significant to note that the procedure employed “effectively amortizes the cost of such lists over their estimated four-year useful life”. In effect the cost of acquiring the customer lists in 1975 was to be ascertained in and allocated to future accounting periods when the benefits associated with the purchase of those assets were to be realized.

Consequently it is not open to the plaintiff to argue that the sum of \$322,461 payable to the trustee as consideration for the O'Bryan Group customer lists for the 1975 taxation year constituted a revenue expenditure that brought a benefit that was entirely consumed in the taxation year that the expenditure was incurred.

Thus, to the extent that only part of the benefit associated with the acquisition in 1975 of the customer lists was consumed in that taxation year, it is clear that the plaintiff's agreement with the trustee resulted in the purchase of an asset of “enduring benefit” within the meaning of that test as enunciated by Viscount Cave in the *Atherton* case (*supra*) and by Lord Reid in *Hinton v Maden* (*supra*).

Le mode de paiement proposé et convenu fournit un indice ou au moins incite à conclure que les listes de clients qui ont été achetées étaient considérées comme un bien susceptible d'engendrer des profits.

Le calcul de la contrepartie en fonction du total des gains prévus pour la durée de l'entente conclue avec le syndic de faillite fournit un deuxième indice selon lequel le bien acquis était un actif immobilisé. Ainsi qu'il a été mentionné dans le rapport des vérificateurs de la demanderesse—au 31 décembre 1975—les dépenses reliées à l'acquisition des listes de clients (c'est-à-dire 30 % des commissions nettes gagnées) devaient être déduites des revenus afférents au cours des quatre années de l'entente à mesure que ces sommes devenaient payables. Bien que le report des revenus gagnés et des dépenses afférentes engagées au cours du même exercice financier comme moyen de détermination du revenu net pour cette période ne soit que l'application du principe de comptabilité généralement reconnu du [TRADUCTION] «rapprochement», il importe de noter que la méthode utilisée [TRADUCTION] «amortit effectivement le coût de ces listes sur les quatre années pendant lesquelles elles devaient servir». De fait, le prix d'acquisition des listes de clients en 1975 devait être vérifié au cours des exercices financiers à venir et être réparti entre eux, une fois que les gains associés à l'achat de ces biens étaient réalisés.

Par conséquent, la demanderesse ne peut pas soutenir que la somme de 322 461 \$ payable au syndic de faillite en contrepartie des listes de clients du groupe O'Bryan pour l'année d'imposition 1975 constituait une dépense d'exploitation qui a engendré un gain entièrement absorbé dans l'année d'imposition pendant laquelle la dépense a été engagée.

Ainsi, dans la mesure où seulement une partie du gain associé à l'acquisition en 1975 des listes de clients a été absorbée dans cette année d'imposition, il est clair que l'entente intervenue entre la demanderesse et le syndic de faillite a abouti à l'achat d'un bien de «bénéfice durable» au sens du critère énoncé par le vicomte Cave dans l'arrêt *Atherton* (précité) et par lord Reid dans *Hinton v Maden* (précité).

A third indicator that it was a capital outlay can be noted by the significant importance the plaintiff placed on the addition, to its team, of a number of former equity holders in the O'Bryan Group. The evidence supports the notion that it was crucial to the acquisition of the customer lists that former partners of the O'Bryan Group be retained. Although the plaintiff anticipated several millions of dollars in insurance commission revenues over the four-year period, this could only be accomplished and assured by the cooperation of those former O'Bryan Group partners selected to remain in the on-going operations (Exhibit D-3).

As noted in testimony by the President of the plaintiff corporation, it placed a high priority in securing the addition of certain equity holders from the O'Bryan Group. Business connections are maintained and developed in the insurance business by personal contact with various clients. To this end, insurance agencies attempt to hire agents with good reputations as well as skills and abilities in the insurance field.

It is clear that the acquisition of key personnel of the insolvent O'Bryan Group was a crucial factor to complete the transition of the customer lists and related insurance policies into a profit-yielding subject of the plaintiff company.

As a means of obtaining their services the plaintiff offered—which offer was subsequently accepted and incorporated into the terms of the agreement between the plaintiff and the trustee—to redistribute 5% (i.e., 1/6 of 30%) of the net commissions earned over the duration of the agreement to those key personnel desired. Of significance is the fact that the equity holders sought by the plaintiff were personally in debt to an amount equal to approximately \$875,000. In fact several of the partners were facing personal insolvency. Thus pursuant to the proposal in bankruptcy (Exhibit D-6)—which proposal formed the basis of the net commission income distribution scheme found in the agreement between plaintiff and the trustee—a loan not in excess of \$900,000 was extended to the desired equity holders of the O'Bryan Group to satisfy their personal debt obligations in consideration of which those former partners would repay

Un troisième indice selon lequel il s'agissait bien d'une dépense de capital se dégage de la grande importance que la demanderesse a accordée à l'adjonction à son équipe d'un certain nombre d'anciens actionnaires du groupe O'Bryan. La preuve révèle qu'il était capital pour l'acquisition des listes de clients de garder d'anciens associés du groupe O'Bryan. Bien que la demanderesse ait escompté des revenus de plusieurs millions de dollars en commissions d'assurance au cours de la période visée de quatre ans, cela ne pouvait se matérialiser que grâce à la collaboration des anciens associés du groupe O'Bryan choisis pour continuer de participer aux opérations de la société (pièce D-3).

Comme l'a fait remarquer dans son témoignage le président de la demanderesse, celle-ci visait fortement à s'assurer la participation de certains actionnaires du groupe O'Bryan. Dans le commerce des assurances, les relations d'affaires se maintiennent et s'accroissent grâce aux contacts personnels avec les différents clients. À cette fin, les agences d'assurances essayent d'engager des agents qui possèdent aussi bien une bonne réputation qu'une solide compétence dans le domaine.

Il appert que l'adjonction d'employés-clés du groupe O'Bryan qui était devenu insolvable constituait un facteur important pour que l'acquisition des listes de clients et des polices d'assurance connexes représente éventuellement une source de revenus pour la société demanderesse.

En vue d'obtenir leurs services, la demanderesse a offert—cette offre a par la suite été acceptée et insérée dans l'entente intervenue entre la demanderesse et le syndic de faillite—de répartir entre ces employés-clés dont elle voulait s'assurer la collaboration 5% (c'est-à-dire un sixième de 30%) des commissions nettes gagnées pendant la durée de l'entente. Il importe de noter que les actionnaires auxquels tenait la demanderesse devaient personnellement un montant d'environ 875 000 \$. De fait, plusieurs des associés risquaient de devenir insolubles. Ainsi, conformément à la proposition de faillite (pièce D-6)—cette proposition constituait la base du plan de répartition des revenus provenant des commissions nettes prévu dans l'entente intervenue entre la demanderesse et le syndic de faillite—un prêt ne devant pas dépasser 900 000 \$ a été offert aux actionnaires sollicités du groupe O'Bryan pour leur permettre de s'acquitter

\$100,000—the remainder to be forgiven over the four-year duration of the agreement. In turn, the debt of \$100,000 would be extinguished over the duration of the agreement with the trustee on the basis of the receipt of 5% of net commission income from new and renewed insurance placed or arranged with the acquired customers.

A substantial majority of the equity holders, crucial to the acquisition, accepted the plaintiff's offer of employment as proof of the success of this part of the proposal.

Although the former partners were not contractually liable to accept employment and remain employees of the plaintiff's organization, their personal financial liabilities as well as an attractive financial package aimed at substantially reducing their personal debt load afforded the plaintiff an effective mechanism with which to eliminate the competition of former O'Bryan Group partners and a means of absorbing the personnel for the advantage of the Tomenson group.

All these factors taken together indicate to me that the sum of \$322,461 constituted a payment on account of capital.

I hereby confirm the reassessment by the Minister of National Revenue for taxation year 1975. The action is dismissed with costs.

de leurs dettes personnelles, prêt dont ils rembourseraient 100 000 \$, le solde devant faire l'objet d'une remise au cours des quatre ans prévus pour l'entente. À son tour, la dette de 100 000 \$ s'éteindrait pendant la durée de l'entente conclue avec le syndic de faillite, sur réception des 5 % de commissions nettes tirées des nouvelles polices d'assurance et du renouvellement des polices des clients dont le nom apparaissait sur les listes.

Une majorité importante des actionnaires dont la participation était essentielle à l'acquisition des listes ont accepté l'offre d'emploi de la demanderesse, prouvant de la sorte le succès obtenu par cet aspect de la proposition.

Certes, les anciens associés n'étaient pas tenus par contrat d'accepter l'offre d'emploi de la société demanderesse et de devenir ses employés, mais leurs obligations financières personnelles ainsi que le marché financier attrayant qui visait à réduire sensiblement ces obligations ont fourni à la demanderesse un mécanisme efficace pour éliminer la concurrence d'anciens associés du groupe O'Bryan et le moyen d'acquérir ces personnes au profit du groupe Tomenson.

Tous ces facteurs dans leur ensemble m'indiquent que la somme de 322 461 \$ constituait un paiement à titre de capital.

J'entérine par les présentes la nouvelle cotisation faite par le ministre du Revenu national pour l'année d'imposition 1975. L'action est rejetée avec dépens.