

A-660-79

A-660-79

Vincent N. Hurd (*Appellant*)

v.

The Queen (*Respondent*)

Court of Appeal, Urie and Ryan JJ. and Kerr D.J.—Ottawa, January 23 and June 3, 1981.

Income tax — Income calculation — Non-residents — Appeal from decision of Trial Division which held that the appellant had to include in his 1973 income an amount equal to the increase in the value of shares purchased under an employee share option plan — Appellant entered into a share option agreement with his employer in 1967 while working and residing in Canada — Option was exercised in 1973 when appellant worked and resided in United States — Whether benefit received by exercising option was a benefit from the duties of employment performed in Canada — Whether appellant is entitled to apportion benefit — Whether benefit is exempt under the Canada-United States Tax Convention — Appeal dismissed — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 2(3), 6, 7(1),(4), 115(1)(a)(i),(v),(2)(c),(e)(i) — Canada-United States Tax Convention, S.C. 1943-44, c. 21, Art. VIII.

Appeal from a judgment of the Trial Division which held that the appellant had to include in his 1973 income an amount equal to the increase in the value of shares purchased under an employee share option plan. The appellant worked and resided in Canada from 1965 until March 31, 1971, when he returned to the United States. He entered into a stock option agreement with his employer in 1967, and exercised his option in 1973. The appellant reported a portion of the amount by which the value of the shares in 1973 exceeded the price paid for them as Canadian income. The Trial Judge held that the appellant was taxable on the benefit he received by exercising his option on the basis of section 7 of the *Income Tax Act*. The first question is whether the benefit the appellant received by exercising his option was a benefit from the duties of his employment performed in Canada. The second question is whether the appellant is entitled to apportion the amount to be included in his income. The last question is whether the amount is exempt under the Canada-United States Tax Convention.

Held, the appeal is dismissed (Ryan J. dissenting). Section 115(1)(a)(i) is the only applicable provision. For the purposes of that section regard must be had to section 7 in the computation of income of a non-resident. Section 7(1) deems the gain made on the acquisition of his shares to have been received in the taxation year in which he acquired the shares and section 7(4) says that this continues to be so, notwithstanding that he no longer is an employee of the company which granted the

Vincent N. Hurd (*Appellant*)

c.

a

La Reine (*Intimée*)

Cour d'appel, les juges Urie et Ryan et le juge suppléant Kerr—Ottawa, 23 janvier et 3 juin 1981.

b

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Non-résidents — Appel d'un jugement de la Division de première instance qui a décidé que l'appellant devait inclure dans son revenu pour l'année 1973 une somme équivalente à l'augmentation de la valeur d'actions acquises en vertu d'un programme d'options sur l'achat d'actions, destiné à des employés — Pendant qu'il travaillait et résidait au Canada en 1967, l'appellant a conclu avec son employeur une convention d'option sur l'achat d'actions — L'appellant a levé l'option en 1973, pendant qu'il travaillait et résidait aux États-Unis — Il échet de déterminer si l'avantage reçu par l'appellant lors de la levée de l'option constitue un avantage tiré de l'emploi qu'il occupait au Canada — Il échet de déterminer si l'appellant a droit à une répartition de l'avantage — Il échet de déterminer si l'appellant peut se prévaloir de l'exemption prévue par la Convention relative à l'impôt entre le Canada et les États-Unis — Appel rejeté — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, c. 63, art. 2(3), 6, 7(1),(4), 115(1)(a)(i),(v),(2)(c) et e)(i) — Convention relative à l'impôt entre le Canada et les États-Unis, S.C. 1943-44, c. 21, art. VIII.

Appel d'un jugement de la Division de première instance qui a décidé que l'appellant devait inclure dans son revenu pour l'année 1973 une somme équivalente à l'augmentation de la valeur d'actions acquises en vertu d'un programme d'options sur l'achat d'actions, destiné à des employés. L'appellant a travaillé et résidé au Canada de 1965 jusqu'au 31 mars 1971, date à laquelle il est retourné aux États-Unis. Il a conclu en 1967 avec son employeur une convention d'option sur l'achat d'actions, et il a levé l'option en 1973. L'appellant a déclaré, à titre de revenu gagné au Canada, une fraction de la différence entre la valeur des actions en 1973 et le prix qu'il en a payé. Le juge de première instance a jugé que l'article 7 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* permettait d'imposer l'appellant sur l'avantage qu'il a tiré de la levée de l'option. Il échet d'abord de déterminer si l'avantage reçu par l'appellant lors de la levée de l'option constitue un avantage tiré de l'emploi qu'il occupait au Canada. Il échet ensuite de déterminer si l'appellant a droit à une répartition de la somme qu'il doit inclure dans son revenu. Il échet enfin de déterminer si l'appellant peut se prévaloir de l'exemption prévue par la Convention relative à l'impôt entre le Canada et les États-Unis.

Arrêt: l'appel est rejeté (le juge Ryan étant dissident). L'article 115(1)(a)(i) est la seule disposition applicable. Aux fins de l'application de cet article, on doit tenir compte de l'article 7 dans le calcul du revenu gagné par un non-résident. L'article 7(1) établit une présomption selon laquelle l'avantage, reçu par lui à l'acquisition de ses actions, a été reçu dans l'année d'imposition où il a acquis les actions, et l'article 7(4) déclare qu'il continue d'en être ainsi, même si l'appellant n'est plus un

option because section 7(1) continues to apply as though the employment continued. Regard must be had to the option agreement. The crucial matters are that the appellant at the time that the option was granted was an employee of the Company, that the stock option plan was set up to provide incentives for employees to continue in the employ of the Company, that the appellant would not have been granted the option had he not been an employee of the Company in Canada at the time the agreement was entered into and that he satisfied one of the conditions imposed by the agreement by remaining in the Company's employ continuously for more than one year after the date of the agreement. The grant of the option arose only because of the appellant's employment with the Company. Performance of the duties of the employment in Canada during the taxation year in which the benefit sought to be taxed is received, is not essential. Therefore the fact that the appellant was not a resident of Canada in 1973 when he acquired the shares does not differentiate his position from that of a resident of Canada. The appellant argues that only a part of his gain on the acquisition of shares should be taxable by virtue of section 115(1)(a)(v), (2)(c) and (e)(i). Section 115(2)(c) and (e)(i) is not applicable to the 1973 taxation year except for the sole purpose of applying section 114.1 of the Act in respect of individuals who ceased to be residents in Canada after February 19, 1973. Section 115(2)(c) as it read in 1972 does not assist the appellant because that paragraph applies only to "an individual on leave of absence from an office or employment in Canada". Finally, the appellant submitted that the purchase of shares was "an exchange of capital assets" and therefore that the benefit was exempt from inclusion in his 1973 taxable income by virtue of the Canada-United States Tax Convention. That submission is not valid for the reasons set out by the Trial Judge.

Per Ryan J. dissenting: The benefit is the difference between the value of the shares when acquired and the price paid for them. It was received as a consequence of the purchase of the Company's shares at a favourable price. The option itself consisted in a power vested in the appellant to accept the Company's standing offer to sell shares at the price stipulated in the agreement. It was this power that was exercised in 1973. The benefit sought to be taxed was thus a benefit received by the appellant by virtue of his exercise of a right that had matured earlier: it became exercisable on completion of the one-year period of employment. The benefit received cannot be described as a benefit received in return for the performance in Canada of the duties of the appellant's employment in Canada. Because of the wording of section 115(1)(a)(i), section 7 does not apply to the appellant, a non-resident.

Abbott v. Philbin [1961] A.C. 352, referred to.

APPEAL.

COUNSEL:

T. G. Heintzman, Q.C. and *J. L. Finlay* for appellant.

I. S. MacGregor for respondent.

employé de la société qui a accordé l'option, parce que l'article 7(1) continue de s'appliquer comme si l'emploi durait encore. On doit tenir compte de la convention d'option. Il faut noter que l'appelant était un employé de la société au moment où l'option lui a été accordée, que le programme d'options sur l'achat d'actions a été mis sur pied pour encourager les employés à rester au service de la société, que si l'appelant n'avait pas été un employé de la société au Canada au moment où la convention a été conclue, on ne lui aurait pas accordé l'option, et que l'appelant a rempli une des conditions de la convention en travaillant d'une manière ininterrompue pour la société pendant plus d'un an après la date de la convention. L'option n'a été accordée que parce que l'appelant était un employé de la société. Il n'est pas essentiel d'avoir occupé un emploi au Canada durant l'année d'imposition pendant laquelle a été reçu l'avantage que le Ministre veut imposer. En conséquence, le fait que l'appelant ne résidait pas au Canada en 1973, lorsqu'il a fait l'acquisition des actions, ne rend pas sa situation différente de celle d'un résident canadien. L'appelant soutient que seule une fraction du gain qu'il a tiré de l'acquisition des actions devrait être imposable à cause de l'article 115(1)(a)(v), (2)(c) et (e)(i). L'article 115(2)(c) et (e)(i) ne s'applique pas à l'année d'imposition 1973, sauf lorsqu'il s'agit d'appliquer l'article 114.1 de la Loi à des particuliers qui ont cessé de résider au Canada après le 19 février 1973. L'article 115(2)(c), dans sa rédaction de 1972, n'est d'aucun secours à l'appelant, parce que cet alinéa vise seulement «un particulier, titulaire d'une charge ou d'un emploi au Canada, qui, bien qu'étant en congé, ...». L'appelant soutient enfin que l'achat des actions constitue «un échange de biens capital» et que l'avantage qu'il en a tiré n'a pas, à cause de la Convention relative à l'impôt entre le Canada et les États-Unis, à être inclus dans son revenu imposable pour l'année 1973. Cet argument n'est pas valable pour les motifs qu'énonce le juge de première instance.

Le juge Ryan dissident: L'avantage résulte de la différence entre la valeur et le prix des actions au moment où elles ont été acquises. Il a été reçu par suite de l'achat des actions de la société à un prix avantageux. L'option consistait elle-même en un droit dévolu à l'appelant d'accepter l'offre irrévocable de la société de vendre les actions au prix stipulé dans la convention. C'est ce droit qui a été exercé en 1973. L'avantage que le Ministre cherche à imposer est donc un avantage tiré par l'appelant de l'exercice d'un droit qui était né plus tôt: il pouvait être exercé depuis la fin de la période d'emploi d'une année. L'avantage reçu ne saurait être considéré comme un avantage tiré de l'emploi que l'appelant a occupé au Canada. A cause des termes utilisés dans l'article 115(1)(a)(i), l'article 7 ne s'applique pas à l'appelant, un non-résident.

Arrêt mentionné: *Abbott c. Philbin* [1961] A.C. 352.

i

APPEL.

AVOCATS:

T. G. Heintzman, c.r., et *J. L. Finlay* pour l'appellant.

j

I. S. MacGregor pour l'intimée.

SOLICITORS:

McCarthy & McCarthy, Toronto, for appellant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

URIE J.: I have had the advantage of reading the reasons for judgment of Mr. Justice Ryan. While I find them persuasive, after the most careful consideration I have concluded, with regret, that I am unable to agree with them and, consequently, with his proposed disposition of the appeal*.

There is no necessity for me to repeat the factual background leading to the appeal or the applicable provisions of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, all of which have been fully canvassed by Mr. Justice Ryan. Suffice it to say that I agree with him when he points out that the critical question is whether the benefit the appellant received by exercising his option in 1973 was a benefit from the duties of his employment with the Company performed by him in Canada before he left this country in 1971. I also agree with him and with the learned Trial Judge that performance of the duties of the employment in Canada during the taxation year in which the benefit sought to be taxed is received, is not essential. To suggest otherwise is to ignore the plain wording of subsection 2(3) which provides, in part, that where a person not resident in Canada "was employed in Canada . . . at any time in the year or a previous year, an income tax shall be paid . . . upon his taxable income earned in Canada . . .". [Emphasis added.]

At that point regard must be had to subparagraph 115(1)(a)(i)¹, conceded to be the only appli-

* [Trial judgment [1980] 2 F.C. 252.]

¹ Subparagraph 115(1)(a)(i):

115. (1) For the purposes of this Act, a non-resident person's taxable income earned in Canada for a taxation year is the amount of his income for the year that would be determined under section 3 if

(a) he had no income other than

(i) incomes from the duties of offices and employments performed by him in Canada,

PROCUREURS:

McCarthy & McCarthy, Toronto, pour l'appelant.

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

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

LE JUGE URIE: J'ai lu les motifs du juge Ryan. Même si je les trouve convaincants, après mûre réflexion et à regret, j'en suis venu à la conclusion que je ne saurais y souscrire et, par conséquent, décider l'appel comme il le suggère*.

Il n'est pas nécessaire que je rappelle les faits qui ont conduit à cet appel ni les dispositions applicables de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, c. 63, puisqu'ils ont été pleinement analysés par le juge Ryan. Qu'il suffise de dire que je suis d'accord avec lui lorsqu'il affirme que la question est de savoir si l'avantage reçu par l'appelant, lorsqu'il a levé l'option en 1973, est un avantage tiré de l'emploi qu'il occupait au Canada, à la société considérée, avant de quitter ce pays en 1971. Je suis également d'accord avec lui et avec le distingué juge de première instance pour dire qu'il n'est pas essentiel d'avoir occupé un emploi au Canada durant l'année d'imposition pendant laquelle a été reçu l'avantage que le Ministre cherche à imposer. En décider autrement constituerait une méconnaissance des termes clairs du paragraphe 2(3), qui prévoit notamment que lorsqu'une personne non résidente au Canada «a été employée au Canada . . . à une date quelconque de l'année ou d'une année antérieure, un impôt sur le revenu doit être payé . . . sur son revenu imposable gagné au Canada . . .». [C'est moi qui souligne.]

Il faut ici tenir compte du sous-alinéa 115(1)a)(i)¹, que les deux parties admettent être

* [Jugement de première instance [1980] 2 C.F. 252.]

¹ Voici le texte du sous-alinéa 115(1)a)(i):

115. (1) Aux fins de la présente loi, le revenu imposable, pour une année d'imposition, gagné au Canada, par une personne non résidente, est la fraction de son revenu pour l'année, qui serait déterminée en vertu de l'article 3

a) si elle n'avait pas de revenu autre

(i) que les revenus tirés des charges et des emplois occupés par elle au Canada,

cable provision in the circumstances of this case. Counsel for each of the parties agreed that for the assessment to be upheld on the basis of this paragraph alone it would have to be established that the gain derived by the appellant from exercising his stock option arose from the duties of offices and employments in Canada. Counsel also agreed that only if subsections 6(1), 7(1)(a) and 7(4) are applicable would the appellant be caught in the taxation net cast by subparagraph 115(1)(a)(i).

Appellant's counsel contended, of course, that nothing in those provisions had the effect of deeming the appellant to have performed duties of an office or employment in Canada in 1973. I do not agree.

Subsection 7(1) applies to the situation where a corporation has agreed to sell or issue shares to one of its employees. If the employee chooses at some later date to acquire the shares, as the appellant did in the case at bar, any resulting benefit by virtue of paragraph (a) shall be deemed to have been received in the year of acquisition "... by the employee by virtue of his employment." That employment in this case must refer to the employment in which the appellant was engaged at the time the option was granted to him in 1967.

Subsection 7(4) covers the situation where a person to whom subsection (1) would apply has ceased to be an employee of the company which entered into the agreement. The subsection says that subsection (1) shall continue to apply "as though the person were still an employee and as though the employment were still in existence." Thus, if the appellant was granted the option to purchase by virtue of his employment then, in my opinion, he clearly falls within the ambit of subsections 7(1) and (4). That is so because subsection (1) deems the gain made on the acquisition of his shares to have been received in the taxation year in which he acquired the shares and subsection (4) says that this continues to be so, notwithstanding that he no longer is an employee of the Company which granted the option because subsection (1)

minus the aggregate of such of the deductions from income permitted for the purpose of computing taxable income as may reasonably be considered wholly applicable and of such part of any other of the said deductions as may reasonably be considered applicable.

la seule disposition applicable aux faits du présent litige. Les avocats des deux parties admettent aussi que, pour que la cotisation puisse être maintenue en vertu de ce seul alinéa, il faut établir que le bénéfice tiré par l'appelant de la levée de son option sur des actions provient de charges et d'emplois au Canada. Les avocats admettent également qu'il faut que les paragraphes 6(1), 7(1)(a) et 7(4) soient applicables pour que l'appelant soit imposable en vertu du sous-alinéa 115(1)(a)(i).

L'avocat de l'appelant a, bien entendu, soutenu que rien dans ces dispositions n'a pour effet d'établir une présomption selon laquelle l'appelant aurait occupé en 1973 une charge ou un emploi au Canada. Je ne partage pas cette opinion.

Le paragraphe 7(1) s'applique au cas d'une société qui a convenu de vendre ou d'émettre des actions à un de ses employés. Si, à une date ultérieure, l'employé choisit d'acquérir les actions, comme l'appelant l'a fait dans le présent litige, tout avantage qui en découle est, en application de l'alinéa a), réputé avoir été reçu dans l'année de l'acquisition «... par l'employé en raison de son emploi.» Cet emploi doit, en l'espèce, s'entendre de celui qu'occupait l'appelant au moment où l'option lui fut accordée en 1967.

Le paragraphe 7(4) vise le cas où la personne à qui s'appliquerait le paragraphe (1) a cessé d'être à l'emploi de la société qui a conclu la convention. Le paragraphe 7(4) déclare que le paragraphe (1) doit continuer de s'appliquer «comme si la personne était encore un employé et comme si l'emploi durait encore.» Si l'appelant s'est vu octroyer l'option d'achat en raison de son emploi, il tombe clairement, à mon avis, dans le champ d'application des paragraphes 7(1) et (4). En effet, le paragraphe (1) établit une présomption selon laquelle l'avantage reçu par lui à l'acquisition de ses actions, a été reçu dans l'année d'imposition où il a acquis les actions, et le paragraphe (4) déclare qu'il continue d'en être ainsi, même si l'appelant n'est plus un employé de la société qui a accordé l'option, parce que le paragraphe (1) con-

moins le total des déductions du revenu, permises aux fins du calcul du revenu imposable, qui peuvent raisonnablement être considérées comme entièrement applicables, et de la partie de toute autre de ces déductions qui peut raisonnablement être considérée comme applicable.

continues to apply as though the employment continued. Since subparagraph 115(1)(a)(i) specifically refers to section 3, which is a part of Division B relating to the computation of income of a taxpayer for a taxation year and since section 7 is a part of subdivision a of Division B, it is clear to me that for purposes of subparagraph 115(1)(a)(i) regard must be had to section 7 in the computation of income of a non-resident. It seems, then, that the sole question requiring resolution is whether the benefit received was a benefit arising from the duties of his employment with the Company performed by him in Canada before he left this country in 1971.

To determine this question regard must be had to the option agreement and the circumstances which led to its execution. In that respect, it should be noted that the first recital in the agreement dated as of October 4, 1967, between the appellant and his then employer, The British American Oil Company Limited, states that the Company had established "an Incentive Stock Option Plan under which certain officers and employees of the Company . . . may be granted options to purchase common shares . . . of the Company." A second recital refers to the approval by the Executive Committee of the Board of Directors of the Company of an option to the appellant on the terms set forth in the agreement. The relevant terms of the agreement, for purposes of this appeal, were referred to in the reasons for judgment of my brother Ryan J. so that it is unnecessary for me to repeat them.

The crucial matters, then, to be noted are:

(a) that the appellant at the time that the option was granted was an employee of the Company;

(b) that it is apparent that the Incentive Stock Option Plan was, as the name implies, set up to provide, *inter alia*, incentives for employees to continue in the employ of the Company;

(c) that the appellant would not have been granted the option had he not been an employee of the Company in Canada at the time the agreement was entered into; and

(d) that he satisfied one of the conditions imposed by the agreement by remaining in the Company's employ continuously for more than one year after the date of the agreement.

tinue de s'appliquer comme si l'emploi durait encore. Puisque le sous-alinéa 115(1)a)(i) renvoie expressément à l'article 3, qui fait partie de la section B, laquelle porte sur le calcul du revenu du contribuable pour une année d'imposition, et puisque l'article 7 fait partie de la sous-section a de la section B, il me semble évident qu'on doit, aux fins de l'application du sous-alinéa 115(1)a)(i), tenir compte de l'article 7 dans le calcul du revenu gagné par un non-résident. Il semble donc que la seule question à trancher soit celle de savoir si l'avantage reçu par l'intéressé est un avantage tiré de l'emploi qu'il occupait au Canada à la société en question, avant qu'il quitte ce pays en 1971.

Pour trancher cette question, il faut tenir compte de la convention d'option et des circonstances qui ont conduit à sa passation. A cet égard, il faut noter que le premier attendu de la convention, en date du 4 octobre 1967, intervenue entre l'appelant et son employeur à cette époque, The British American Oil Company Limited, déclare que la société a institué [TRADUCTION] «un Programme d'encouragement constitué d'options sur des actions, en vertu duquel certains dirigeants et employés de la société . . . peuvent se voir accorder des options d'achat sur des actions ordinaires . . . de la société.» Le deuxième attendu affirme que le comité de direction du conseil d'administration de la société a approuvé l'option accordée à l'appelant aux conditions énoncées dans la convention. Les conditions pertinentes de la convention, aux fins de cet appel, sont mentionnées dans les motifs de jugement rendus par mon collègue, le juge Ryan, ce qui m'évite d'avoir à les répéter.

Les points à noter sont les suivants:

a) l'appelant était un employé de la société au moment où l'option lui a été accordée;

b) il est évident que le Programme d'encouragement constitué d'options sur des actions a été, comme son nom l'indique, mis sur pied pour, entre autres choses, encourager les employés à rester au service de la société;

c) si l'appelant n'avait pas été un employé de la société au Canada au moment où la convention a été conclue, on ne lui aurait pas accordé l'option; et

d) l'appelant a rempli une des conditions de la convention en demeurant d'une manière ininterrompue à l'emploi de la société pendant plus d'un an après la date de la convention.

Bearing all those factors in mind it is abundantly clear to me that the grant of the option arose only because of the appellant's employment with the Company. It is equally clear that if he had been a Canadian resident when he acquired the shares the benefit derived therefrom would have been taxable in his hands in the year of acquisition by virtue of subsection 7(1), paragraph (a). Moreover, in such a case the benefit would still have been taxable in his hands even if he had left the employ of the Company as a result of the operation of subsection 7(4) because it continues the application of subsection 7(1) as though the appellant were still an employee and as though the employment were still in existence.

I have earlier pointed out that for the reasons there given, I agree with the learned Trial Judge that performance of the duties of the employment in Canada during the taxation year in which the benefit sought to be taxed is received, is not essential. Therefore, I must conclude that the fact that the appellant was not a resident of Canada in 1973 when he acquired the shares does not differentiate his position from that of a resident of Canada who acquired the shares in similar circumstances. For this reason I am of the opinion that the appellant must fail on this branch of his appeal.

Appellant's second argument was based on his contention that even if his gain on the acquisition of the shares was taxable, only a part thereof fell into that category. As has been pointed out by Mr. Justice Ryan, appellant in his 1973 tax return reported as income the sum of \$43,606.13 resulting from his exercise of the stock option. The method used by the appellant in calculating this amount was also correctly stated by him. According to appellant's counsel, the appellant was entitled to calculate his taxable income in his return in this fashion by virtue of the combined effect of subparagraph 115(1)(a)(v)², and paragraphs 115(2)(c) and (e)(i)³ of the Act. In my opinion,

² 115(1)(a)(v):

115. (1) For the purposes of this Act, a non-resident person's taxable income earned in Canada for a taxation year is the amount of his income for the year that would be determined under section 3 if

(a) he had no income other than

(v) in the case of a non-resident person described in subsection (2), the aggregate determined under paragraph (2)(e) in respect of him,

³ 115(2)(c) and (e)(i):

115. ...

Compte tenu de tous ces éléments, il me semble ne faire aucun doute que l'option n'a été accordée que parce que l'appellant était un employé de la société. Il est également incontestable que s'il avait été un résident canadien lorsqu'il a fait l'acquisition des actions, l'avantage qui en découle aurait été imposable durant l'année de l'acquisition, en vertu de l'alinéa a) du paragraphe 7(1). De plus, en pareil cas, l'avantage aurait été imposable entre ses mains même s'il avait cessé d'être à l'emploi de la société, puisque le paragraphe 7(4) prévoit que le paragraphe 7(1) est applicable comme si l'appellant était encore un employé et comme si l'emploi durait encore.

Pour les raisons que j'ai déjà exposées, j'admets avec le juge de première instance qu'il n'est pas essentiel d'avoir occupé un emploi au Canada durant l'année d'imposition pendant laquelle a été reçu l'avantage que le Ministre veut imposer. En conséquence, le fait que l'appellant ne résidait pas au Canada en 1973, lorsqu'il a fait l'acquisition des actions, ne rend pas sa situation différente de celle d'un résident canadien qui aurait acquis des actions dans des conditions semblables. J'estime donc que l'appellant doit succomber sur ce point de l'instance.

L'appellant soutient en second lieu que, même si le bénéfice qu'il a retiré de l'acquisition des actions est imposable, seulement une partie de celui-ci tombe dans cette catégorie. Comme l'a souligné le juge Ryan, l'appellant a déclaré en 1973 un revenu de \$43,606.13 au titre de la levée de son option sur les actions. La méthode utilisée par l'appellant pour calculer ce montant est également bien décrite par lui. D'après l'avocat de l'appellant, ce dernier avait le droit de calculer de cette manière son revenu imposable dans sa déclaration, à cause de l'effet combiné du sous-alinéa 115(1)a)(v)², et des alinéas 115(2)c) et e)(i)³ de la Loi. A mon avis, le sous-alinéa 115(1)a)(v) ne s'applique pas à l'appe-

² 115(1)a)(v):

115. (1) Aux fins de la présente loi, le revenu imposable, pour une année d'imposition, gagné au Canada, par une personne non résidente, est la fraction de son revenu pour l'année, qui serait déterminée en vertu de l'article 3

a) si elle n'avait pas de revenu autre

(v) dans le cas d'une personne non résidente visée au paragraphe (2), que le total déterminé en vertu de l'alinéa (2)e) pour cette personne,

³ 115(2)c) et e)(i):

115. ...

subparagraph 115(1)(a)(v) has no application to the appellant because he does not fall within the class of person envisaged by subsection 115(2). Paragraph 115(2)(c), when read together with subparagraph 115(2)(e)(i), indicates to me that the appellant was not covered thereby because he was not in receipt of remuneration from an office or employment in 1973 as that term is understood given its ordinary meaning. To whomever those subsections have application they do not apply to a person in the position of the appellant. The benefit which he received is not remuneration of the kind envisaged by those paragraphs. Moreover, those two subparagraphs are not applicable to the 1973 taxation year except for the sole purpose of applying section 114.1 of the Act in respect of individuals who ceased to be residents in Canada after February 19, 1973. (See S.C. 1973-74, c. 14, subsection 37(6).) If it is alleged that resort should be had to paragraph 115(2)(c) as it read in 1972, it does not assist the appellant because that paragraph applies only to "an individual on leave of absence from an office or employment in Canada." The appellant clearly did not fall into that category.

Appellant's final submission was that if the benefit was found to be properly included in his 1973 taxable income, it is exempt from such inclusion by virtue of Article VIII of the Canada-Unit-

(Continued from previous page)

(c) an individual who had, in any previous year, ceased to be resident in Canada and who was, in the taxation year, in receipt of remuneration in respect of an office or employment that was paid to him directly or indirectly by a person resident in Canada,

the following rules apply:

(e) for the purposes of subparagraph (1)(a)(v), the aggregate determined under this paragraph in respect of the non-resident person is the aggregate of

(i) any remuneration in respect of an office or employment that was paid to him directly or indirectly by a person resident in Canada and was received by the non-resident person in the year, except to the extent that such remuneration is attributable to the duties of an office or employment performed by him in a country other than Canada and

(A) is subject to an income or profits tax imposed by the government of that country, or

(B) is paid in respect of a business carried on in that country by the payer or a foreign affiliate of the payer,

lant parce que celui-ci ne tombe pas dans la classe de personnes visée par le paragraphe 115(2). Il résulte du rapprochement de l'alinéa 115(2)c) et du sous-alinéa 115(2)e)(i) que l'appellant n'est pas visé par ce paragraphe parce qu'il ne recevait pas en 1973, relativement à une charge ou à un emploi, une rémunération au sens habituel du terme. Quelles que soient les personnes visées par ces paragraphes, ils ne visent pas une personne qui se trouve dans la situation de l'appellant. L'avantage que celui-ci a reçu n'est pas une rémunération du genre de celle visée dans ces alinéas. De plus, ces deux sous-alinéas ne s'appliquent pas à l'année d'imposition 1973, sauf lorsqu'il s'agit d'appliquer l'article 114.1 de la Loi à des particuliers qui ont cessé de résider au Canada après le 19 février 1973. (Voir: S.C. 1973-74, c. 14, paragraphe 37(6).) Prétendre que l'on doit recourir à l'alinéa 115(2)c) dans sa rédaction de 1972 n'est d'aucun secours pour l'appellant, parce que cet alinéa vise seulement «un particulier, titulaire d'une charge ou d'un emploi au Canada, qui, bien qu'étant en congé, . . .». L'appellant ne tombe manifestement pas dans cette classe.

L'appellant soutient enfin que même si cet avantage est jugé avoir été inclus à bon droit dans son revenu imposable pour l'année 1973, il bénéficie en tout état de cause de l'exemption prévue par l'arti-

(Suite de la page précédente)

(c) un particulier qui avait cessé, dans une année antérieure, de résider au Canada, et qui recevait, dans l'année d'imposition, relativement à une charge ou un emploi, une rémunération que lui versait directement ou indirectement une personne résidant au Canada,

les règles suivantes s'appliquent:

(e) aux fins du sous-alinéa (1)a)(v), le total déterminé en vertu du présent alinéa, au sujet de la personne non résidente, est le total

(i) de toute rémunération relative à une charge ou à un emploi, que lui a payée directement ou indirectement une personne résidant au Canada et qui a été reçue par la personne non résidente dans l'année, sauf dans la mesure où cette rémunération est attribuable aux fonctions d'une charge ou d'un emploi qu'elle a rempli dans un pays autre que le Canada, et

(A) est soumise à un impôt sur le revenu ou sur les bénéfices par le gouvernement de ce pays, ou

(B) est payée relativement à une entreprise exploitée dans ce pays par le payeur ou par une corporation étrangère affiliée du payeur,

ed States Tax Convention [S.C. 1943-44, c. 21] which reads as follows:

ARTICLE VIII

Gains derived in one of the contracting States from the sale or exchange of capital assets by a resident or a corporation or other entity of the other contracting State shall be exempt from taxation in the former State, provided such resident or corporation or other entity has no permanent establishment in the former State.

The learned Trial Judge dealt with this submission in the following manner [at page 258]:

Plaintiff submits that the purchase of shares exercised under the option was "an exchange of capital assets". He claims that at common law the stock option agreement was a capital asset which he exchanged in 1973 for shares in Gulf Canada Limited.

That submission is not valid. Plaintiff's transaction was neither a sale nor an exchange of capital assets. He acquired shares at a price previously set under an option and thus benefited from their increased value, a benefit taxable under the Act as having been made by virtue of his employment in Canada. The mere fact that he only exercised his option after he had left Canada does not transform the taxable benefit into something else.

I agree with that conclusion so that this ground of attack also fails.

For all of the foregoing reasons, I would dismiss the appeal with costs.

* * *

KERR D.J.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

RYAN J. (*dissenting*): This is an appeal from a judgment of the Trial Division, dated October 18, 1979, which dismissed an appeal from a decision of the Tax Review Board confirming an assessment by the Minister of National Revenue which included the sum of \$77,812.50 in the appellant's income for his 1973 taxation year.

The issue in this appeal is whether the appellant, a non-resident of Canada during the taxation year in question, was taxable on a benefit received by means of the exercise by him in that year of a

cle VIII de la Convention relative à l'impôt entre le Canada et les États-Unis [S.C. 1943-44, c. 21] lequel est ainsi conçu:

ARTICLE VIII

Les bénéfices tirés, dans l'un des États contractants, de la vente ou de l'échange de biens capital par une personne physique qui réside dans l'autre État contractant, ou par une société ou une autre personne morale de ce dernier État, seront exempts de l'impôt dans le premier État, à condition que ladite personne physique, ou ladite société ou autre personne morale n'ait pas d'établissement stable dans le premier État.

Le juge de première instance a statué ainsi sur cette prétention [à la page 258]:

Le demandeur soutient que l'acquisition des actions faite en vertu de l'option d'achat constitue «un échange de biens capital». Il prétend que, selon la *common law*, l'entente constatant l'option d'achat d'actions était un bien capital qu'il a échangé en 1973 contre des actions de Gulf Canada Limitée.

Cet argument n'est pas valable. L'opération en cause n'était ni une vente ni un échange de biens capital. Le demandeur a acquis les actions à un prix préalablement fixé dans l'entente et, du fait de leur plus-value, il a reçu en raison de son emploi au Canada un avantage imposable en vertu de la Loi. Le simple fait qu'il n'ait levé l'option d'achat qu'après son départ du Canada ne change en rien le caractère de cet avantage.

Étant d'accord avec cette conclusion, je ne saurais davantage accueillir ce moyen.

Pour les motifs qui précèdent, j'estime qu'il y a lieu de rejeter l'appel avec dépens.

* * *

LE JUGE SUPPLÉANT KERR: Je souscris.

* * *

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

LE JUGE RYAN (*dissentant*): La Cour statue sur l'appel interjeté d'un jugement de la Division de première instance en date du 18 octobre 1979 rejetant l'appel formé contre une décision de la Commission de révision de l'impôt. Celle-ci avait confirmé la cotisation établie par le ministre du Revenu national qui avait inclus la somme de \$77,812.50 dans les revenus de l'appelant pour l'année d'imposition 1973.

Il s'agit en l'espèce de déterminer si l'appelant, un non-résident du Canada pendant l'année d'imposition en question, peut être imposé sur un avantage tiré cette année-là de la levée d'une option sur

stock option he had received from his employer in a previous year while he was residing and working in Canada. The answer depends on the interpretation of certain provisions of the *Income Tax Act*⁴ relating to the taxation of non-residents.

A non-resident is subject to income tax in the circumstances specified in subsection 2(3) of the *Income Tax Act*. Paragraph (a) is the relevant paragraph. It reads:

2. ...

(3) Where a person who is not taxable under subsection (1) for a taxation year

(a) was employed in Canada,

at any time in the year or a previous year, an income tax shall be paid as hereinafter required upon his taxable income earned in Canada for the year determined in accordance with Division D.

The income tax imposed on a non-resident who falls within paragraph 2(3)(a) is a tax imposed under Part I of the Act. The tax is imposed on a non-resident who performs or has performed in Canada the duties of an office or employment⁵ and receives income for his performance. The paragraph, as I understand it, does not purport to tax a non-resident on a benefit received merely by virtue of his employment⁶ in Canada, that is to say, merely by virtue of his occupying or having occupied a position in Canada in the service of another. And the tax to be imposed is, and is only, a tax "... upon his taxable income earned in Canada for the year determined in accordance with Division D."

In this case, the relevant provision of Division D is subparagraph 115(1)(a)(i), which reads:

⁴ References in these reasons to the *Income Tax Act* are to the Act as applicable in the 1973 taxation year unless otherwise indicated.

⁵ "Employed" is defined in subsection 248(1) of the *Income Tax Act* in this way:

"employed" means performing the duties of an office or employment;

⁶ "Employment" is defined in subsection 248(1) as follows:

"employment" means the position of an individual in the service of some other person (including Her Majesty or a foreign state or sovereign) and "servant" or "employee" means a person holding such a position.

des actions qui lui avait été consentie par son employeur au cours d'une année antérieure, alors qu'il résidait et travaillait au Canada. La réponse à cette question dépend de l'interprétation de certaines dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁴ relatives à l'imposition des non-résidents.

Un non-résident est assujéti à l'impôt sur le revenu selon les modalités prévues au paragraphe 2(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. L'alinéa a) est celui qui s'applique ici:

2. ...

(3) Lorsqu'une personne non imposable en vertu du paragraphe (1) pour une année d'imposition

a) a été employée au Canada,

à une date quelconque de l'année ou d'une année antérieure, un impôt sur le revenu doit être payé, ainsi qu'il est prévu ci-après, sur son revenu imposable gagné au Canada pour l'année, déterminé conformément à la section D.

L'impôt sur le revenu payable par le non-résident qui est visé par l'alinéa 2(3)a) est un impôt prélevé sous la Partie I de la Loi. L'impôt est payable par le non-résident qui occupe ou a occupé au Canada une charge ou un emploi⁵, et qui touche un revenu pour l'accomplissement de ses fonctions. Cet alinéa, à mon sens, n'a pas pour but d'imposer un non-résident sur un avantage qu'il a reçu en se fondant seulement sur son emploi⁶ au Canada, c'est-à-dire seulement sur le fait qu'il occupe ou a occupé un poste au Canada où il était au service d'une autre personne. Quant à l'impôt qui doit être prélevé, il s'agit seulement d'un impôt «... sur son revenu imposable gagné au Canada pour l'année, déterminé conformément à la section D.»

Dans le présent litige, le sous-alinéa 115(1)a)(i) est la disposition pertinente de la section D. Il est ainsi conçu:

⁴ A moins d'indication contraire, les renvois dans ces motifs se rapportent à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dans sa rédaction pour l'année d'imposition 1973.

⁵ Le paragraphe 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* définit l'expression «être employé» de la manière suivante:

«être employé» signifie accomplir les fonctions que comporte une charge ou un emploi;

⁶ Le paragraphe 248(1) définit ainsi le mot «emploi»:

«emploi» signifie le poste qu'occupe un particulier, au service d'une autre personne (y compris Sa Majesté ou un État ou souverain étrangers) et le mot «préposé» ou «employé» signifie une personne occupant un tel poste;

115. (1) For the purposes of this Act, a non-resident person's taxable income earned in Canada for a taxation year is the amount of his income for the year that would be determined under section 3 if

(a) he had no income other than

(i) incomes from the duties of offices and employments performed by him in Canada,

minus the aggregate of such of the deductions from income permitted for the purpose of computing taxable income as may reasonably be considered wholly applicable and of such part of any other of the said deductions as may reasonably be considered applicable.

The precise question in this appeal is then whether the benefit which the appellant received in 1973 by exercising his stock option was income from the duties of his employment performed by him in Canada. If so, in respect of it, his taxable income earned in Canada for the 1973 taxation year would be the amount of his income for the 1973 year that would be determined under section 3 of the Act minus permissible deductions. If his benefit from the exercise of the stock option was not income from the duties of his employment performed by him in Canada, then, as a non-resident, he would not be taxable.

The facts were set out in an agreed statement of facts. I will summarize those which appear particularly relevant.

The appellant was a resident of Canada from September 1965 to March 31, 1971. Since April 1, 1971, he has been resident in the United States. He has always been a citizen of the United States.

From September 1965 to March 31, 1971, the appellant was an employee of The British American Oil Company Limited ("the Company"). The terms of his employment do not appear in the statement of facts.

An option agreement was entered into between the Company and the appellant. It was dated as of October 4, 1967. The agreement recites that the Company had established an "Incentive Stock Option Plan" under which certain officers and employees of the Company and its subsidiary and affiliated companies might be granted options to purchase common shares of the capital stock of the Company. It also recites that the Executive Committee of the Board had approved the granting to the optionee (the appellant) of the option set out in

115. (1) Aux fins de la présente loi, le revenu imposable, pour une année d'imposition, gagné au Canada, par une personne non résidante, est la fraction de son revenu pour l'année, qui serait déterminée en vertu de l'article 3

a) si elle n'avait pas de revenu autre

(i) que les revenus tirés des charges et des emplois occupés par elle au Canada,

moins le total des déductions du revenu, permises aux fins du calcul du revenu imposable, qui peuvent raisonnablement être considérées comme entièrement applicables, et de la partie de toute autre de ces déductions qui peut raisonnablement être considérée comme applicable.

La question précise, dans la cause, est donc de savoir si l'avantage tiré par l'appellant en 1973 de la levée de son option sur des actions est un revenu tiré de l'emploi qu'il occupait au Canada. Dans l'affirmative, son revenu imposable gagné au Canada pendant l'année d'imposition 1973, quant à cet avantage, sera le montant de son revenu au titre de l'année 1973, déterminé conformément à l'article 3 de la Loi, moins les déductions permises. Si l'avantage qui provient de la levée de l'option sur des actions ne constitue pas un revenu tiré de l'emploi qu'il occupait au Canada, il n'est alors, en sa qualité de non-résident, pas imposable.

Les deux parties ont déposé un exposé conjoint des faits. Je vais résumer les faits qui me semblent les plus pertinents.

L'appellant a résidé au Canada du mois de septembre 1965 au 31 mars 1971. Depuis le 1^{er} avril 1971, il réside aux États-Unis. Il a toujours été un citoyen des États-Unis.

De septembre 1965 au 31 mars 1971, l'appellant était un employé de The British American Oil Company Limited («la société»). Les conditions de son contrat de travail ne sont pas mentionnées dans l'exposé des faits.

Une convention d'option a été conclue entre la société et l'appellant. Elle est datée du 4 octobre 1967. La convention déclare que la société a institué un «Programme d'encouragement constitué d'options sur des actions», en vertu duquel certains dirigeants et employés de la société et de ses filiales peuvent se voir accorder des options d'achat sur des actions ordinaires du capital-actions de la société. Elle affirme également que le comité de direction du conseil a approuvé l'option accordée au bénéficiaire (l'appellant) aux conditions énon-

the agreement. The option was granted "... in consideration of the optionee fulfilling the conditions ..." set forth in the agreement. The option was "... an option to purchase 2,500 common shares of the capital stock of the Company upon the following terms and conditions ...". Following are the first four of eleven terms and conditions:

1. The purchase price per share payable in full by the Optionee to the Company at the time of the exercise of the option is \$37 3/8.
2. Except as provided in paragraphs 5 and 6 this option shall only become exercisable by the Optionee after one year's continuous employment immediately following the date hereof either with the Company or with a subsidiary or affiliated company or consecutively with any two or more of them.⁷
3. The transfer of the Optionee between the Company and a subsidiary or affiliated company or between any two or more of them shall not void this option which shall continue in good standing subject to the other provisions hereof.
4. This option shall be exercisable by the Optionee, except as herein otherwise provided, in whole at any time or in part from time to time within ten years after the date hereof, but not thereafter.

⁷ Clauses 5, 6 and 7 of the agreement read:

5. In the case of termination of employment of the Optionee by reason of early retirement or normal retirement in accordance with the retirement policy of the Company, subsidiary or affiliated company with which the Optionee is then employed, the provisions of paragraph 2 shall not apply and this option shall, notwithstanding the expiry date expressed herein, and except as herein otherwise provided, only be exercisable prior to the expiry date expressed herein or within six months after the date of the retirement of the Optionee, whichever is the shorter period.

6. In the case of the death of the Optionee the provisions of paragraph 2 shall not apply and this option shall be exercisable by his personal representatives, but notwithstanding the expiry date expressed herein, this option shall only be exercisable prior to the expiry date expressed herein or within twelve months after the death of the Optionee, whichever is the shorter period.

7. In the case of termination of employment of the Optionee for any reason other than death, early retirement or normal retirement in accordance with the retirement policy of the Company, subsidiary or affiliated company with which the Optionee is then employed, and after this option shall have become exercisable, then notwithstanding the expiry date expressed herein, this option shall only be exercisable prior to the expiry date expressed herein or within three months after termination of employment, whichever is the shorter period.

cées dans la convention. L'option a été accordée [TRADUCTION] «... en considération de l'accomplissement par le bénéficiaire de l'option des conditions ...» énoncées dans la convention. L'option constituait [TRADUCTION] «... une option sur l'achat de 2,500 actions ordinaires du capital-actions de la société aux conditions suivantes ...». Voici le texte des quatre premières de onze conditions:

- ^b [TRADUCTION] 1. Le prix d'achat de \$37 3/8 par action sera payable en entier à la société par le bénéficiaire de l'option au moment de sa levée.
2. Sous réserve des dispositions des paragraphes 5 et 6, cette option ne pourra être levée par le bénéficiaire qu'après une année d'emploi ininterrompu à partir de la date des présentes, au service de la société ou d'une de ses filiales, ou de deux ou plusieurs d'entre elles sans discontinuité⁷.
3. La mutation du bénéficiaire de l'option entre la société et une filiale, ou entre deux ou plusieurs d'entre elles, n'invalidera pas la présente option qui restera valable sous réserve des autres dispositions des présentes.
- ^d 4. Sous réserve de toute disposition contraire des présentes, le bénéficiaire de cette option pourra la lever en entier à tout moment, ou en partie et périodiquement, à l'intérieur d'un délai strict de dix années de la date des présentes.

⁷ Les clauses 5, 6 et 7 de la convention sont ainsi conçues:

[TRADUCTION] 5. En cas de cessation de l'emploi du bénéficiaire de l'option pour cause de retraite anticipée ou de retraite, prise conformément à la politique de retraite de la société ou d'une de ses filiales auprès de laquelle le bénéficiaire de l'option serait alors employé, les dispositions du paragraphe 2 ne s'appliqueront pas et la présente option, nonobstant la date d'expiration stipulée aux présentes, et sous réserve de toute disposition contraire des présentes, ne pourra être levée qu'avant la date d'expiration stipulée aux présentes ou que dans les six mois suivant la date de la retraite du bénéficiaire de l'option, selon le délai le plus court.

6. En cas de décès du bénéficiaire de l'option, les dispositions du paragraphe 2 ne s'appliqueront pas, mais la présente option pourra être levée par les représentants personnels du bénéficiaire de l'option qui, nonobstant la date d'expiration prévue aux présentes, ne pourront la lever qu'avant la date d'expiration stipulée aux présentes ou que dans les douze mois suivant la date du décès du bénéficiaire de l'option, selon le délai le plus court.

7. En cas de cessation de l'emploi du bénéficiaire de l'option pour toute autre cause que le décès, la retraite anticipée ou la retraite, prise conformément à la politique de retraite de la société ou d'une de ses filiales auprès de laquelle le bénéficiaire de l'option serait alors employé, et lorsque cette cessation survient après la date à partir de laquelle la présente option peut être levée, la présente option, nonobstant la date d'expiration stipulée aux présentes, ne pourra être levée qu'avant la date d'expiration stipulée aux présentes ou que dans les trois mois suivant la cessation de l'emploi, selon le délai le plus court.

The option was not assignable. And clause 10 of the agreement gave the Company power to rescind the option if the optionee were to engage in any activity in competition with or otherwise prejudicial to the Company or to a subsidiary or affiliated company. Immediately above the signatures of the parties, the option agreement stated: "IN WITNESS WHEREOF the Company has hereunto affixed its corporate seal attested by the hands of its duly authorized officers and the Optionee has hereunto set his hand and seal." The option, executed under seal, was not revocable by the Company during the term of the agreement so long at least as the appellant observed the conditions.

Clause 9 of the agreement provided in part that if the capital stock of the Company were subdivided into a greater number of shares, the number of shares the optionee was entitled to purchase should be increased proportionately and the purchase price adjusted accordingly. Before the exercise of the option by the appellant, each of the common shares of the Company had been split into two shares so that the appellant had become entitled to buy 5,000 shares at \$18.69 per share.

On or about April 1, 1971, the appellant moved to the United States. He commenced to be employed by Gulf Oil Exploration, which was an "affiliated company" within the meaning of the option agreement. The agreed statement of facts states: "The plaintiff [the appellant] in fact performed no duties of employment in Canada after March 31, 1971." It does not, in terms, assert that he in fact performed duties of employment in Canada before that date, but that is a reasonable implication and, I take it, is not contested. And paragraph 9 of the agreed statement does, as noted below, refer to the period during which the appellant was employed in Canada.

On September 26, 1973, the appellant exercised his option under the agreement. He purchased 5,000 common shares in the Company at a price of \$18.69 per share and at a total price of \$93,467.50. The amount by which the value on September 26, 1973 of the 5,000 common shares exceeded the price paid by the appellant was \$77,812.50.

L'option était inassignable. La clause 10 de la convention autorisait la société à résilier l'option si le bénéficiaire de l'option faisait concurrence à la société ou à une de ses filiales, ou se livrait à quelque activité qui leur était préjudiciable. Juste au-dessus de la signature des parties, la convention déclare: [TRADUCTION] «EN FOI DE QUOI, la société a apposé aux présentes son sceau, lequel est attesté par la signature de ses dirigeants dûment autorisés, et le bénéficiaire de l'option a apposé aux présentes sa signature et son sceau.» L'option, passée sous le sceau (*under seal*), ne pouvait être retirée par la société pendant la durée de la convention ou, à tout le moins, tant que l'appellant en respectait les conditions.

La clause 9 de la convention prévoyait notamment que si le capital-actions de la société était divisé en un plus grand nombre d'actions, le nombre d'actions que le bénéficiaire de l'option pouvait acheter serait augmenté proportionnellement et le prix d'achat ajusté en conséquence. Avant que l'appellant n'ait levé l'option, chaque action ordinaire de la société fut divisée en deux actions, de telle sorte que l'appellant eut droit d'acheter 5,000 actions à \$18.69 l'action.

Le 1^{er} avril 1971 ou vers cette date, l'appellant déménagea aux États-Unis. Il passait à la Gulf Oil Exploration, une «filiale» au sens de la convention d'option. L'exposé conjoint des faits énonce que: [TRADUCTION] «Le demandeur [l'appellant] n'a occupé aucun emploi au Canada après le 31 mars 1971.» L'exposé n'affirme pas expressément qu'il a occupé un emploi au Canada avant cette date, mais c'est là une conclusion raisonnable qui, je crois, n'est pas contestée. Le paragraphe 9 de l'exposé conjoint des faits se rapporte, comme je le mentionne plus bas, à la période pendant laquelle l'appellant occupait un emploi au Canada.

Le 26 septembre 1973, l'appellant a levé l'option prévue à la convention. Il a acquis 5,000 actions ordinaires de la société au prix de \$18.69 l'action, pour un prix total de \$93,467.50. La valeur des 5,000 actions ordinaires était, le 26 septembre 1973, supérieure de \$77,812.50 au prix payé par l'appellant.

The appellant filed a Canadian income tax return for 1973. He reported as income from his employment in Canada, resulting from his exercise of the stock option, the sum of \$43,606.13. This sum was computed by him, according to the agreed statement of facts, by apportioning the \$77,812.50 according to a fraction: the numerator of the fraction was the number of days between the date on which the option was granted and the date the option was exercised, during which the appellant "was employed in Canada"; and the denominator was the total number of days between the two dates. The details of the calculations appear in paragraph 9 of the agreed statement of facts.

In the circumstances of this case, it may not be necessary to decide whether the appellant would have any right to apportionment. That question will arise only if it is decided that the amount sought to be taxed is taxable in whole or in part.

By notice of assessment dated July 3, 1974, the Minister included the full amount of \$77,812.50 in the appellant's income for the taxation year. The appellant filed a notice of objection, but the assessment was confirmed. On March 20, 1978, the Tax Review Board dismissed the appellant's appeal to it.

It was submitted to us, and I understand it was argued below, that before either subparagraph 115(1)(a)(i) or paragraph 2(3)(a) of the *Income Tax Act* could become operative, it was necessary that the taxpayer should have performed the duties of his employment in Canada during the taxation year in which the income sought to be taxed was received.

The learned Trial Judge was of the view that performance of duties of the employment in Canada during the taxation year in which the benefit sought to be taxed is received, is not essential. He said that subsection 2(3) of the Act applies to a non-resident who was employed in Canada at any time in the taxation year "... or a previous year."

I agree. The income of an employee is taxable only when received, and is taxable in and for the year of its receipt. As I read subsection 2(3), a

L'appelant a produit une déclaration d'impôt sur le revenu au Canada pour l'année 1973. Il déclare la somme de \$43,606.13 comme revenu de son emploi au Canada, tiré de la levée de son option sur les actions. Il a obtenu cette somme, selon l'exposé conjoint des faits, en répartissant la somme de \$77,812.50 selon une fraction dont le numérateur représente le nombre de jours pendant lequel l'appelant «a été employé au Canada» entre la date où l'option a été accordée et celle où elle a été levée, et dont le dénominateur représente le nombre total de jours entre ces deux dates. Le détail de ces calculs se trouve au paragraphe 9 de l'exposé conjoint des faits.

Devant les circonstances de la présente affaire, il ne sera peut-être pas nécessaire de décider si l'appelant a droit à une répartition. Cette question ne se posera que s'il est décidé que le montant que le Ministre cherche à imposer est imposable en tout ou en partie.

Dans l'avis de cotisation du 3 juillet 1974, le Ministre a fait figurer le plein montant de \$77,812.50 parmi les revenus de l'appelant pour l'année d'imposition considérée. L'appelant a signifié un avis d'opposition, mais la cotisation a été ratifiée. Le 20 mars 1978, la Commission de révision de l'impôt a rejeté l'appel formé par l'appelant.

Il a été soutenu devant nous comme, je crois, en première instance, que pour que le sous-alinéa 115(1)a(i) ou que l'alinéa 2(3)a de la *Loi de l'impôt sur le revenu* puisse s'appliquer, il est nécessaire que le contribuable ait occupé un emploi au Canada pendant l'année d'imposition où le revenu que le Ministre cherche à imposer a été reçu.

Le juge de première instance a estimé qu'il n'était pas essentiel que l'on ait occupé un emploi au Canada durant l'année d'imposition pendant laquelle a été reçu l'avantage à imposer. Il a dit que le paragraphe 2(3) de la *Loi* s'appliquait à un non-résident qui a été employé au Canada à une date quelconque de l'année d'imposition «... ou d'une année antérieure.»

Je partage son opinion. Un revenu tiré d'un emploi est imposable seulement lorsqu'il est reçu, et seulement dans et pour l'année où il est reçu.

non-resident who receives income in return for duties of his employment performed in Canada is taxable in the year of receipt whether the duties were performed in the taxation year or in a previous year.

The Trial Judge found that the appellant was taxable on the benefit he received in 1973 by exercising his stock option. He made this finding on the basis of section 7 of the *Income Tax Act*.

Section 6 of the Act provides in part:

6. (1) There shall be included in computing the income of a taxpayer for a taxation year as income from an office or employment such of the following amounts as are applicable:

(a) the value of board, lodging and other benefits of any kind whatever . . . received or enjoyed by him in the year in respect of, in the course of, or by virtue of an office or employment;

Section 7, paragraph (1)(a) and subsections (3) and (4) provide in part:

7. (1) Where a corporation has agreed to sell or issue shares of the capital stock of the corporation . . . to an employee of the corporation . . .

(a) if the employee has acquired shares under the agreement, a benefit equal to the amount by which the value of the shares at the time he acquired them exceeds the amount paid or to be paid to the corporation therefor by him shall be deemed to have been received by the employee by virtue of his employment in the taxation year in which he acquired the shares;

(3) Where a corporation has agreed to sell or issue shares of the capital stock of the corporation . . . to an employee of the corporation . . .

(a) no benefit shall be deemed to have been received or enjoyed by the employee under or by virtue of the agreement for the purpose of this Part except as provided by this section, . . .

(4) For greater certainty it is hereby declared that, where a person to whom any provision of subsection (1) would otherwise apply has ceased to be an employee before all things have happened that would make that provision applicable, subsection (1) shall continue to apply as though the person were still an employee and as though the employment were still in existence.

I agree that the appellant would be taxable if section 7 applied to him. The benefit he received by exercising the option would be deemed to have been received by him by virtue of his employment

Selon mon interprétation du paragraphe 2(3), le non-résident qui tire un revenu de l'emploi qu'il a occupé au Canada, est imposable dans l'année où il reçoit ce revenu, que l'emploi ait été occupé durant l'année d'imposition ou durant une année antérieure.

Le juge de première instance a décidé que l'avantage tiré en 1973 par l'appellant de la levée de son option sur les actions était imposable. Il en est arrivé à cette conclusion en se fondant sur l'article 7 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

L'article 6 de la Loi prévoit notamment que:

6. (1) Doivent être inclus dans le calcul du revenu d'un contribuable tiré, pour une année d'imposition, d'une charge ou d'un emploi, ceux des éléments appropriés suivants:

a) la valeur de la pension, du logement et autres avantages de quelque nature que ce soit . . . qu'il a reçus ou dont il a joui dans l'année au titre, dans l'occupation ou en vertu de la charge ou de l'emploi;

L'article 7, en son alinéa (1)a) et en ses paragraphes (3) et (4), dispose notamment que:

7. (1) Lorsqu'une corporation a convenu de vendre ou d'attribuer un certain nombre d'actions de son capital-actions . . . à un de ses employés . . .

a) si l'employé a acquis des actions en vertu de la convention, un avantage, égal à la fraction de la valeur des actions qui, au moment où il les a acquises, était en sus de la somme qu'il a payée ou devra payer pour ces actions à la corporation, est réputé avoir été reçu par l'employé en raison de son emploi dans l'année d'imposition où il a acquis les actions;

(3) Lorsqu'une corporation a convenu de vendre ou d'attribuer un certain nombre d'actions de son capital-actions . . . à un de ses employés . . .

a) aucun avantage n'est réputé avoir été reçu par l'employé ni avoir profité à l'employé par suite ou en vertu de la convention aux fins de la présente Partie, sauf ce que prévoit le présent article, . . .

(4) Pour plus de précision, il est par les présentes déclaré que lorsqu'une personne, qui serait par ailleurs visée au paragraphe (1), a cessé d'être un employé avant que se soient réalisées toutes les conditions qui rendraient cette disposition applicable, le paragraphe (1) doit continuer de s'appliquer comme si la personne était encore un employé et comme si l'emploi durait encore.

Je conviens que l'appellant serait imposable si l'article 7 lui était applicable. L'avantage qu'il a reçu lorsqu'il a levé l'option serait réputé avoir été reçu par lui en raison de son emploi dans l'année

in the taxation year in which he acquired the shares. Any problem that might have been presented by his having ceased to be an employee of the Company would be resolved by subsection 7(4), by virtue of which subsection (1) would continue to apply to him as though he were still an employee and as though his employment were still in existence. I take it that "employment" here would refer to his employment with the Company; and "employment", as used in the subsection, should, of course, be interpreted in the light of the definition of "employment" in subsection 248(1) of the Act. This would mean (and would mean no more than) that subsection (1) would continue to apply as though he were still in the service of the Company. I would observe that, contrary to a submission by counsel for the respondent, I would not interpret subsection 7(4) as having the effect of deeming that the appellant performed any of the duties of his employment in Canada in 1973. It is significant, having in mind the definition of "employed" in subsection 248(1), that subsection 7(4) uses the words "as though the employment were still in existence" and not the words "as though he were still employed".

My problem with section 7 is in getting through to it. Subparagraph 115(1)(a)(i), when considered together with paragraph 2(3)(a), has the effect, as I read it, of providing that the appellant's taxable income, earned in Canada, for his 1973 taxation year was the amount of his income for the year that would be determined under section 3 of the Act if, but only if, he had no income other than income from the duties of his employment performed in Canada in 1973 or in a previous year. The critical question thus becomes whether the benefit the appellant received by exercising his option in 1973 was a benefit from duties of his employment with the Company performed by him in Canada before he left Canada in 1971⁸.

Obviously the benefit sought to be taxed is not the option agreement made between the appellant and the Company in 1967. The benefit is the difference between the value of the shares when acquired and the price paid for them. Was this a benefit from the duties of the appellant's employ-

⁸ If the answer to this question is in the negative, it is not necessary to decide whether, had the answer been in the affirmative, the benefit would have been "income" as that term is used in subparagraph 115(1)(a)(i).

d'imposition où il a acquis les actions. Toute question soulevée par la cessation de son emploi à la société serait résolue par le paragraphe 7(4), en vertu duquel le paragraphe (1) continue de s'appliquer comme s'il était encore un employé et comme si l'emploi durait encore. Selon moi, le mot «emploi» s'entend ici de son emploi à la société; et le mot «emploi», utilisé dans ce paragraphe, doit, bien entendu, être interprété à la lumière de la définition qu'en donne le paragraphe 248(1) de la Loi. Ce qui signifie (et signifie seulement) que le paragraphe 7(1) continuerait de s'appliquer comme s'il était encore au service de la société. Je tiens à faire remarquer que, contrairement à ce que prétend l'avocat de l'intimé, je n'interpréterais pas le paragraphe 7(4) comme ayant pour effet de faire présumer que l'appelant a occupé un emploi au Canada en 1973. Il est important de noter, en gardant à l'esprit la définition que donne de l'expression «être employé» le paragraphe 248(1), que le paragraphe 7(4) utilise les mots «comme si l'emploi durait encore» et non les mots «comme s'il était encore employé».

Mais j'ai de la difficulté à concevoir que l'article 7 s'applique. Le sous-alinéa 115(1)(a)(i), lorsqu'on le rapproche de l'alinéa 2(3)(a), a pour effet, selon moi, de disposer que le revenu imposable de l'appelant, gagné au Canada, pour l'année d'imposition 1973, est le montant de son revenu pour l'année qui est déterminé conformément à l'article 3 de la Loi si, et seulement si, il n'a pas de revenu autre que le revenu tiré de l'emploi qu'il a occupé au Canada en 1973 ou durant une année antérieure. La question est donc de savoir si l'avantage tiré par l'appelant, de la levée de son option en 1973, est un avantage tiré de l'emploi qu'il occupait au Canada auprès de la société avant de quitter le Canada en 1971⁸.

De toute évidence, l'avantage que le Ministre cherche à imposer n'est pas la convention d'option intervenue entre l'appelant et la société en 1967. L'avantage résulte de la différence entre la valeur et le prix des actions au moment où elles ont été acquises. Est-ce que cela constitue un avantage tiré

⁸ Si la réponse à cette question est négative, il n'est pas nécessaire de déterminer si, dans l'hypothèse où la réponse aurait été affirmative, l'avantage aurait constitué un «revenu» au sens du sous-alinéa 115(1)(a)(i).

ment performed by him in Canada?

The benefit was received as a consequence of the purchase of the Company's shares at a favourable price. The shares were purchased by the appellant by exercising the option provided by the option agreement. The option itself consisted in a power vested in the appellant to accept the Company's standing offer to sell shares at the price stipulated in the agreement. It was this power that was exercised in 1973.

The benefit sought to be taxed was thus a benefit received by the appellant by virtue of his exercise of a right that had matured earlier: it became exercisable on completion of the one-year period of employment specified in clause 2 of the option agreement. The benefit received cannot, in my opinion, properly be described as a benefit received in return for the performance in Canada of the duties of the appellant's employment in Canada. I find some support for this conclusion in a passage from the speech of Lord Radcliffe in *Abbott v. Philbin*⁹. That was a case in which an employee who had obtained a stock option in 1954 exercised it in 1956; the option was not transferable and was to last for ten years if the optionee remained in his employer's service for that period¹⁰. The passage I wish to quote appears at page 379:

The claim to tax the advantage obtained in the year 1955-56 is not claimed by the Revenue if the right view is that the option itself was taxable in 1954-55. Even if there were no taxable subject in the earlier years I should regard the 1955-56 claim as failing on its own terms. The advantage which arose by the exercise of the option, say £166, was not a perquisite or profit from the office during the year of assessment: it was an advantage which accrued to the appellant as the holder of a legal right which he had obtained in an earlier year, and which he exercised as option holder against the company.

If section 7 of the Act applied, the deeming provisions of the section would, of course, have cleared the way to taxing the appellant's benefit realized from exercise of the option. But, because of the wording of subparagraph 115(1)(a)(i) of the

⁹ [1961] A.C. 352.

¹⁰ *Id.*, particularly per Lord Reid at page 369.

par l'appelant de l'emploi qu'il a occupé au Canada?

L'avantage a été reçu par suite de l'achat des actions de la société à un prix avantageux. Les actions ont été acquises par l'appelant en levant l'option que lui accordait la convention d'option. L'option consistait elle-même en un droit dévolu à l'appelant d'accepter l'offre irrévocable de la société de vendre les actions au prix stipulé dans la convention. C'est ce droit qui a été exercé en 1973.

L'avantage que le Ministre cherche à imposer est donc un avantage tiré par l'appelant de l'exercice d'un droit qui était né plus tôt: il pouvait être exercé depuis la fin de la période d'emploi d'une année prévue dans la deuxième condition de la convention d'option. On ne saurait, selon moi, considérer l'avantage reçu comme un avantage tiré de l'emploi que l'appelant a occupé au Canada. Cette conclusion me semble confirmée par un extrait du jugement rendu par lord Radcliffe dans *Abbott c. Philbin*⁹. Il s'agissait là d'une affaire où un employé qui avait obtenu en 1954 une option sur des actions l'avait levée en 1956; l'option était incessible et demeurait ouverte pour dix années si le bénéficiaire de l'option demeurait au service de son employeur pendant cette période¹⁰. L'extrait que je veux citer se trouve à la page 379:

[TRADUCTION] Le droit d'imposer l'avantage réalisé durant l'année 1955-56 n'est pas revendiqué par le Revenu si l'option elle-même était imposable en 1954-55. Même s'il n'y avait pas de matière assujettie à l'impôt durant les années antérieures, je considérerais la réclamation au titre de l'année 1955-56 comme devant être rejetée par elle-même. L'avantage qui a été réalisé par la levée de l'option, soit £166, ne constitue pas une gratification ou un bénéfice tiré de la charge pendant l'année de la cotisation: c'est un avantage qui a été dévolu à l'appelant en sa qualité de détenteur d'un droit reconnu par la *common law*, qu'il a obtenu dans une année antérieure, et qu'il a exercé en sa qualité de détenteur de l'option contre la société.

Si l'article 7 de la Loi s'appliquait, les dispositions de cet article créant une présomption auraient, bien entendu, permis d'imposer l'avantage tiré par l'appelant de la levée de l'option. Mais, à mon sens, à cause des termes utilisés par le

⁹ [1961] A.C. 352.

¹⁰ *Id.*, voir en particulier le jugement de lord Reid à la page 369.

Act, it does not in my opinion apply to the appellant, a non-resident, in the circumstances of this case.

I would allow the appeal with costs here and below and I would vacate the Minister's assessment for the 1973 taxation year.

sous-alinéa 115(1)a(i) de la Loi, l'article 7 ne s'applique pas à l'appelant, un non-résident, dans les circonstances de la présente affaire.

“ Dès lors, j'estime qu'il y aurait lieu d'accueillir l'appel, avec dépens tant en appel qu'en première instance, et d'annuler la cotisation du Ministre pour l'année d'imposition 1973.