

T-348-78

T-348-78

Imperial General Properties Limited (Plaintiff)

v.

The Queen (Defendant)

Trial Division, Dubé J.—Toronto, December 7, 1982; Ottawa, January 11, 1983.

Income tax — Agreement of purchase and sale dated 1968 — Transfers of property dated 1970 — Agreement subject to conditions — Purchaser having express right to waive unfulfilled conditions or terminate transaction — Agreement giving purchaser right to demolish existing buildings, right of access to construction site and right to accept bona fide offer to purchase prior to commencement of construction — Plaintiff submitting conditions subsequent and therefore property sold in 1968, or deemed sold in 1968 by s. 85E(1) of old Income Tax Act — Defendant submitting profit from sale realized in 1970 when certain conditions precedent to sale fulfilled — Judgment for plaintiff — Conditions not true conditions precedent — Sale taking place in 1968 — General rule that no contract until true condition precedent satisfied — Parties intending to allow for possibility of completion of agreement before fulfillment of conditions — Express right of waiver taking condition outside realm of true condition precedent — Turney et al. v. Zhilka, [1959] S.C.R. 578 distinguished — Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, ss. 85B(1) (as am. by S.C. 1952-53, c. 40, s. 73 and by S.C. 1955, c. 54, s. 26), 85E(1) (as am. by S.C. 1955, c. 54, s. 27), 85E(2) (as am. by S.C. 1955, c. 54, s. 27).

Contracts — Conditions — Precedent or subsequent — Basic common law principles reviewed — Agreement of purchase and sale of real property containing express right of purchaser to waive certain conditions — Evidence of parties' intention to allow for possibility of completion of agreement before fulfillment of conditions — Not true conditions precedent — Turney et al. v. Zhilka, [1959] S.C.R. 578 distinguished — Judgment for plaintiff.

Real property — Offer to purchase — Conditions precedent — Mortgage clauses giving purchaser privilege of demolition and construction before closing — Purchaser given right to accept offer to purchase prior to construction — Purchaser allowed to waive unfulfilled conditions — Parties intending to allow completion without fulfillment of conditions — Not true conditions precedent — Turney et al. v. Zhilka, [1959] S.C.R. 578 distinguished.

Imperial General Properties Limited (demanderesse)

a c.

La Reine (défenderesse)

Division de première instance, juge Dubé—
b Toronto, 7 décembre 1982; Ottawa, 11 janvier 1983.

Impôt sur le revenu — Promesse de vente et d'achat datée de 1968 — Le transfert du terrain a eu lieu en 1970 — Accord subordonné à des conditions — L'acheteur a le droit explicite de renoncer aux conditions qui ne sont pas remplies ou de mettre fin à l'opération — Le contrat confère à l'acheteur le droit de démolir tout bâtiment construit, le libre accès au terrain et le droit d'accepter une offre faite de bonne foi en vue de l'achat du terrain si elle est faite avant le début de la construction — La demanderesse soutient que les conditions étaient résolutoires et que, par conséquent, le terrain a été vendu ou censé avoir été vendu, en 1968, en vertu de l'art. 85E(1) de l'ancienne Loi de l'impôt sur le revenu — La défenderesse prétend que le bénéfice découlant de la vente a été réalisé en 1970 lorsque certaines conditions suspensives à la vente du terrain ont été remplies — Jugement en faveur de la demanderesse — Il ne s'agit pas de vraies conditions suspensives — La vente a eu lieu en 1968 — Selon la règle générale, il n'y a pas de contrat jusqu'à la réalisation de la condition suspensive véritable — Les parties avaient l'intention d'envisager la possibilité de parfaire le contrat avant la réalisation des conditions — Un droit de renonciation accordé expressément exclut la condition de ce qu'on appelle les véritables conditions suspensives — Distinction faite avec Turney et al. v. Zhilka, [1959] R.C.S. 578 — Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, art. 85B(1) (mod. par S.C. 1952-53, chap. 40, art. 73 et par S.C. 1955, chap. 54, art. 26), 85E(1) (mod. par S.C. 1955, chap. 54, art. 27), 85E(2) (mod. par S.C. 1955, chap. 54, art. 27).

Contrats — Conditions — Suspensives ou résolutoires — Examen des principes fondamentaux de common law — La promesse de vente et d'achat d'un bien immobilier conférant expressément à l'acheteur le droit de renoncer à certaines conditions — Selon la preuve, les parties avaient l'intention d'envisager la possibilité de parfaire le contrat avant la réalisation des conditions — Ce ne sont pas de véritables conditions suspensives — Distinction faite avec Turney et al. v. Zhilka, [1959] R.C.S. 578 — Jugement en faveur de la demanderesse.

Biens immobiliers — Offre d'achat — Conditions suspensives — Les clauses relatives aux hypothèques accordent à l'acheteur le droit de démolir et de construire des bâtiments avant la date de la signature — L'acheteur a le droit d'accepter une offre d'achat si elle est faite avant le début de la construction — L'acheteur peut renoncer à certaines conditions qui n'ont pas été réalisées — Les parties avaient l'intention d'envisager la possibilité de parfaire le contrat avant la réalisation des conditions — Ce ne sont pas de véritables conditions suspensives — Distinction faite avec Turney et al. v. Zhilka, [1959] R.C.S. 578.

Action to vary reassessment whereby the Minister included the profit from the sale of a property in the plaintiff's 1970 taxation year. The plaintiff agreed to sell a certain property on October 29, 1968. The agreement of purchase and sale was subject to certain conditions, for example, obtaining appropriate zoning for construction of apartment buildings. It expressly stated that if the conditions were not fulfilled within two years from the date of closing, the purchaser must either complete the transaction and waive the unfulfilled conditions, or terminate the transaction. The paragraphs dealing with mortgage financing gave the purchaser the right to demolish existing buildings and to commence construction. The agreement also gave the purchaser a right of access at all times to the construction site to carry out construction of the new buildings. A subsequent agreement acknowledging the original agreement also provided that if the purchaser received a *bona fide* offer to purchase prior to the commencement of construction, he shall give the plaintiff the prior option to purchase. The actual transfers of the property were dated September 9, 1970 and the statement of adjustments was dated September 10, 1970. Rezoning approval was subsequently received in 1970. The Minister submits that the profit from the sale was realized in 1970 when certain conditions precedent to the sale were fulfilled. The plaintiff submits that the conditions were conditions subsequent and that the property was sold in 1968, or deemed sold in 1968 by subsection 85E(1) of the old *Income Tax Act*. The issue is whether the conditions of sale were conditions precedent or conditions subsequent.

Held, the judgment is in favour of the plaintiff. The conditions were not true conditions precedent and the property was sold in 1968. If a condition is a true condition precedent there is no contract until it is satisfied, whereas if a condition is a condition subsequent then in the event of its non-fulfillment there may still be a binding contract. The parties intended to allow for possibility of the completion of the agreement before and without the fulfillment of the conditions of sale. This intention is indicated by (1) the mortgage clauses permitting demolition and construction before the final closing and transfer of title; (2) the provision permitting the purchaser to accept a *bona fide* offer to purchase from any party prior to the commencement of construction and (3) the express right of waiver of unfulfilled conditions by the purchaser. In *Genern Investments Ltd. v. Back et al.*, [1969] 1 O.R. 694 (H.C.) it was held that an express right of waiver takes the condition "outside the realm of a true condition precedent". In *Dennis v. Evans*, [1972] 1 O.R. 585 (H.C.) specific performance was ordered where there was a provision entitling the purchaser to waive the condition and where the condition was for the benefit of the purchaser. *Turney et al. v. Zhilka*, [1959] S.C.R. 578 does not apply because it does not deal with an express right of waiver.

L'action vise à faire modifier la nouvelle cotisation par laquelle le Ministre a inclus dans l'année d'imposition de 1970 de la demanderesse le bénéfice que cette dernière a réalisé lors de la vente d'un terrain. Le 29 octobre 1968, la demanderesse a donné son accord à la vente d'un terrain. La promesse de vente et d'achat était subordonnée à certaines conditions dont celle notamment, d'obtenir un zonage permettant la construction d'immeubles d'appartements. L'accord prévoyait expressément que si les conditions n'étaient pas remplies dans les deux années suivant la date de signature, l'acheteur devait parachever l'opération et renoncer aux conditions ou mettre fin à l'opération.

b Les paragraphes relatifs au financement par hypothèque accordaient à l'acheteur le droit de démolir tout bâtiment existant et de commencer les travaux de construction. L'accord conférait également à l'acheteur, à tout moment, le libre accès au terrain pour lui permettre de procéder à la construction des nouveaux bâtiments. Un accord ultérieur reconnaissant l'accord initial disposait également que si l'acheteur, avant le début de la construction, recevait une offre faite de bonne foi en vue de l'achat du terrain, il devait donner à la demanderesse un droit de préférence. Le transfert en lui-même est daté du 9 septembre 1970 et l'écriture d'ajustement est en date du 10 septembre 1970. La modification au zonage a été accordée par la suite, en 1970. Le Ministre prétend que le bénéfice tiré de la vente a été réalisé en 1970 lorsque certaines conditions suspensives ont été remplies. La demanderesse soutient que les conditions étaient des conditions résolutoires et que le terrain a été vendu en 1968 ou censé l'avoir été en 1968 en vertu du paragraphe 85E(1) de l'ancienne *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le litige repose sur la question de savoir si les conditions de vente étaient des conditions suspensives ou des conditions résolutoires.

Jugement: la demanderesse a gain de cause. Les conditions n'étaient pas de véritables conditions suspensives et le terrain a été vendu en 1968. Si une condition constitue une véritable condition suspensive, il n'y a de contrat qu'à la réalisation de la condition; s'il s'agit par ailleurs d'une condition résolutoire, le contrat peut rester obligatoire si cette condition ne se réalise pas. Les parties ont eu l'intention d'envisager la possibilité de parfaire le contrat avant la réalisation des conditions et même si ces dernières ne se réalisaient pas. Trois éléments montrent cette intention: (1) les dispositions relatives aux hypothèques donnaient à l'acheteur le droit de démolir et de commencer la construction avant la date de signature et le transfert des titres juridiques; (2) une disposition du contrat permettait à l'acheteur d'accepter une offre sérieuse d'achat venant de toute autre partie avant le commencement des travaux de construction et (3) le contrat incluait une clause de renonciation permettant à l'acheteur de renoncer aux conditions non réalisées. Dans *Genern Investments Ltd. v. Back et al.*, [1969] 1 O.R. 694 (H.C.), on a statué qu'un droit de renonciation accordé expressément «exclut en fait la condition de ce qu'on appelle les véritables conditions suspensives». Dans *Dennis v. Evans*, [1972] 1 O.R. 585 (H.C.), le juge a ordonné l'exécution intégrale dans un cas où une clause de contrat autorisait l'acheteur à renoncer à la condition et où la condition avait été incluse au seul profit de l'acheteur. *Turney et al. v. Zhilka*, [1959] R.C.S. 578 ne s'applique pas parce qu'elle ne traite pas d'une clause expresse de renonciation.

APPLIED:

Genern Investments Ltd. v. Back et al., [1969] 1 O.R. 694 (H.C.); *Dennis v. Evans*, [1972] 1 O.R. 585 (H.C.).

DISTINGUISHED:

Turney et al. v. Zhilka, [1959] S.C.R. 578.

REFERRED TO:

The Mihalis Angelos, [1970] 3 All E.R. 125 (C.A.); *Smallman v. Smallman*, [1971] 3 All E.R. 717 (C.A.); *Barnett v. Harrison et al.*, [1971] 3 O.R. 821 (H.C.); *F.T. Developments Limited v. Sherman et al.*, [1969] S.C.R. 203; *O'Reilly et al. v. Marketers Diversified Inc.*, [1969] S.C.R. 741.

COUNSEL:

Wolfe D. Goodman, Q.C. and *Joanne E. Swystun* for plaintiff.
Brian Evernden for defendant.

SOLICITORS:

Goodman & Carr, Toronto, for plaintiff.

Deputy Attorney General of Canada for defendant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

DUBÉ J.: The main issue to be resolved here is whether the sale of the plaintiff's property to one Jack Mendlewitz took place on October 29, 1968 as alleged by the plaintiff, or on September 10, 1970 as assumed by the Minister, and therefore whether the profit in the amount of \$633,727 realized by the plaintiff was realized by him in his taxation year 1968 or in his taxation year 1970.

The property in question is situated in the Borough of Scarborough, in the Municipality of Metropolitan Toronto, at the intersection of Birchmount Road and Sheppard Avenue East. The property was purchased in the year 1967 by Brampton Realty Limited ("Brampton"), now amalgamated into the plaintiff company. On October 29, 1968 Brampton agreed to sell the property to Jack Mendlewitz. The monetary terms of the agreement of purchase and sale (hereinafter the "original agreement") dated October 29, 1968 were that the purchase price was \$844,250 to be paid as follows: \$20,000 on signing the agreement, \$50,000 on October 31, 1968, \$145,000 upon registration of a plan of subdivision concerning Mendlewitz' proposed development of the prop-

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Genern Investments Ltd. v. Back et al., [1969] 1 O.R. 694 (H.C.); *Dennis v. Evans*, [1972] 1 O.R. 585 (H.C.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Turney et al. v. Zhilka, [1959] R.C.S. 578.

DÉCISIONS CITÉES:

The Mihalis Angelos, [1970] 3 All E.R. 125 (C.A.); *Smallman v. Smallman*, [1971] 3 All E.R. 717 (C.A.); *Barnett v. Harrison et al.*, [1971] 3 O.R. 821 (H.C.); *F.T. Developments Limited v. Sherman et al.*, [1969] R.C.S. 203; *O'Reilly et al. v. Marketers Diversified Inc.*, [1969] R.C.S. 741.

AVOCATS:

Wolfe D. Goodman, c.r. et *Joanne E. Swystun* pour la demanderesse.
Brian Evernden pour la défenderesse.

PROCUREURS:

Goodman & Carr, Toronto, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

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

LE JUGE DUBÉ: La question principale à résoudre en l'espèce est de savoir si la vente du terrain de la demanderesse à un certain Jack Mendlewitz a eu lieu le 29 octobre 1968, comme le prétend la demanderesse, ou le 10 septembre 1970, comme le soutient le Ministre, et donc si le bénéfice de 633 727 \$ a été réalisé par la demanderesse pendant son année d'imposition 1968 ou son année d'imposition 1970.

Le terrain en cause se trouve dans la municipalité de Scarborough, dans la communauté urbaine de Toronto, au croisement du chemin Birchmount et de l'avenue Sheppard est. Ce terrain a été acheté en 1967 par Brampton Realty Limited («Brampton»), qui a fusionné depuis avec la société demanderesse. Le 29 octobre 1968, Brampton a donné son accord à la vente du terrain à Jack Mendlewitz. Les conditions pécuniaires de la promesse de vente et d'achat (que nous appellerons ci-après l'«accord initial»), datée du 29 octobre 1968, prévoyaient que le prix d'achat de 844 250 \$ serait versé de la manière suivante: 20 000 \$ à la signature de l'accord, 50 000 \$ le 31 octobre 1968, 145 000 \$ au moment de l'enregistrement du plan du lotissement concernant la mise en valeur par

erty, and the balance "as then determined" by way of two mortgages back to Brampton once certain conditions have been fulfilled.

The opening paragraph of the original agreement reads as follows:

The undersigned, JACK MENDLEWITZ (as Purchaser) hereby agrees to and with BRAMPTON REALTY LIMITED (as Vendor) through Drillich & Company Realty Limited, agent for the Vendor, to purchase all and singular the lands and premises owned by the Vendor lying in the Borough of Scarborough, being on the north side of Sheppard Avenue East and the East Side of Birchmount Road, and being sufficient lands for two apartment buildings containing 307 suites (each site of approximate equal size), one of which sites is at the corner of Sheppard and Birchmount Avenues, at the price or sum of EIGHT HUNDRED AND FORTY-FOUR THOUSAND TWO HUNDRED AND FIFTY DOLLARS (\$844,250.00) of lawful money of Canada, payable as follows.

The agreement provides that the said purchase price is based upon the sum of \$2,750 per suite for 307 suites, and that after the registration of the plan of subdivision, building permits will be secured for the construction of two apartment buildings containing the 307 suites, with a gross minimum area of 900 square feet for each suite.

The following paragraph reads as follows:

This agreement is conditional upon the following conditions, and if the same are not fulfilled within two years from the date of closing the Purchaser must either complete the within transaction and waive such unfulfilled conditions, or terminate the within transaction, in which event he shall be entitled to the return of any and all moneys paid hereunder without deduction and without interest.

The four conditions are to the effect that: (1) the Borough will zone the subdivision to permit the construction of the buildings; (2) the soil conditions will allow for the construction of the buildings with no increase in costs; (3) the lands will be fully serviced; and (4) the subject property will be approved by Central Mortgage and Housing Corporation for mortgage purposes.

That paragraph (paragraph 4) concludes as follows:

Provided that if such conditions are not satisfied within one year from the date of closing the purchaser can declare the within agreement null and void in which event he shall be entitled to a return of all monies paid hereunder.

Mendlewitz du terrain en question et le solde «établi à cette date» par deux hypothèques en faveur de Brampton lorsque certaines conditions auraient été remplies.

Le paragraphe introductif de l'accord initial dit ceci:

[TRADUCTION] Le soussigné, JACK MENDLEWITZ (acheteur) convient avec BRAMPTON REALTY LIMITED (vendeur) par l'intermédiaire de Drillich & Company Realty Limited, mandataire du vendeur, d'acheter tous les terrains et locaux appartenant au vendeur et se trouvant dans la municipalité de Scarborough, au nord de l'avenue Sheppard est, et à l'est du chemin Birchmount, lesdits terrains étant suffisants pour construire deux immeubles d'appartements comportant 307 unités (les deux bâtiments ayant approximativement les mêmes dimensions), l'un d'eux étant situé au coin des avenues Sheppard et Birchmount, pour le prix de HUIT CENT QUARANTE QUATRE MILLE DEUX CENT CINQUANTE DOLLARS (844 250 \$) en monnaie légale canadienne, payable de la manière suivante.

L'accord stipule que le prix d'achat a été calculé sur la base d'un prix de 2 750 \$ pour chacun des 307 appartements, et prévoit qu'après l'enregistrement du plan de lotissement, des permis de construction seront obtenus pour la construction de deux immeubles d'appartements comportant chacun 307 unités d'une superficie brute minimum de 900 pieds carrés chacune.

Le paragraphe suivant dit ceci:

[TRADUCTION] L'accord est subordonné aux conditions énoncées ci-après et, si ces dernières ne sont pas remplies dans les deux années suivant la date de la signature, l'acheteur doit parachever l'opération et renoncer aux conditions qui ne sont pas remplies, ou mettre fin à l'opération, ayant droit dans ce cas au remboursement de toutes les sommes versées au titre de l'accord, sans déductions et sans intérêts.

Les quatre conditions sont les suivantes: (1) la municipalité attribuera au lotissement un zonage autorisant la construction des bâtiments; (2) l'état du sol permettra la construction des bâtiments, sans augmentation des coûts; (3) le terrain sera viabilisé; (4) le terrain en question sera approuvé, aux fins d'hypothèques, par la Société centrale d'hypothèques et de logement.

Le paragraphe 4 se termine de la manière suivante:

[TRADUCTION] Toutefois si les conditions susmentionnées ne sont pas remplies dans l'année qui suit la date de la signature, l'acheteur pourra déclarer l'accord nul et non avvenu et aura droit alors au remboursement de toutes les sommes versées conformément à celui-ci.

The agreement then provides for the remainder of the purchase price "as then determined" to be payable by way of two separate mortgages. Each paragraph dealing with the two separate mortgages includes a clause to the effect that the mortgagor (Mendlewitz) shall have the privilege of demolishing any buildings standing on the subject property and to commence construction, "without such demolition and/or construction being deemed an act of waste so as to cause the said mortgage to be considered in default". A proviso to the same effect appears earlier in the document, in the paragraph dealing with the payment of the balance of the purchase price. On the last page of the eight-page document it is provided that "the Purchaser shall at all times have access to the construction site to enable the Purchaser to carry out construction on the said lands".

The original agreement was followed by an agreement dated August 8, 1969 between Jack Mendlewitz as purchaser and Imperial General Properties Limited as vendor. This agreement acknowledges the original agreement and refers to the amalgamation of Brampton by the plaintiff.

This agreement also provides that "if prior to the commencement of construction of the apartment buildings . . . the Purchaser [Mendlewitz] receives an acceptable bona fide offer to purchase from any party . . . [he] shall give the Vendor [the plaintiff] . . . the prior option to purchase" at the price of the *bona fide* offer.

A further agreement of purchase and sale, dated September 9, 1969, was entered into between the plaintiff and Mendlewitz dealing with additional lands adjacent to the subject property for the price of \$289,250. That agreement is also conditional upon certain conditions to be fulfilled by October 29, 1970, or for the purchaser to terminate the transaction or to waive the unfulfilled conditions. This agreement further provides that default by the purchaser or the vendor under the within agreement shall constitute default under the original purchase agreement.

On September 10, 1970, Mendlewitz authorized and directed the plaintiff to engross a deed in favour of Palmyra Holdings Limited and a deed in

Le contrat prévoit ensuite le paiement du solde du prix d'achat «établi à cette date» par le moyen de deux hypothèques distinctes. Chaque paragraphe traitant de ces deux hypothèques inclut une clause portant que le débiteur hypothécaire (Mendlewitz) est autorisé à démolir tout bâtiment construit sur le terrain en question et à commencer la construction de nouveaux bâtiments, [TRADUCTION] «sans que la démolition et/ou la construction soient considérées comme un acte de dégradation équivalant à une défaillance du débiteur hypothécaire». Une disposition au même effet apparaît plus haut dans le même document, dans un paragraphe traitant du paiement du solde du prix d'achat. À la dernière page de ce document, qui comporte en tout huit pages, il est prévu que [TRADUCTION] «l'acheteur aura, à tout moment, libre accès au terrain pour lui permettre de procéder à la construction des bâtiments».

L'accord initial a été suivi par un contrat en date du 8 août 1969 conclu par Jack Mendlewitz, en tant qu'acheteur, et Imperial General Properties Limited, en tant que vendeur. Ce contrat reconnaît l'accord initial et mentionne la fusion de la société Brampton et de la société demanderesse.

Le contrat prévoit également que [TRADUCTION] «si l'acheteur [Mendlewitz], avant le début de la construction des immeubles d'appartements, reçoit une offre acceptable faite de bonne foi en vue de l'achat du terrain . . . [il] donnera au vendeur [la demanderesse] . . . un droit de préférence» au montant de cette offre.

La demanderesse et Mendlewitz ont conclu un autre contrat d'achat et de vente, en date du 9 septembre 1969, concernant d'autres terrains contigus au terrain en question, pour un montant de 289 250 \$. Cet accord était également subordonné à certaines conditions qui devaient être remplies avant le 29 octobre 1970, faute de quoi l'acheteur pourrait mettre fin à l'opération ou renoncer aux conditions qui n'étaient pas remplies. Cet accord prévoyait en outre que la défaillance de l'acheteur ou du vendeur, à l'égard de ce dernier accord, constituerait une défaillance à l'égard de l'accord d'achat initial.

Le 10 septembre 1970, Mendlewitz a autorisé la demanderesse à établir la grosse d'un acte en faveur de Palmyra Holdings Limited et d'un acte

favour of St. Giles Developments Limited, two parties to which had been assigned each a portion of the subject property by Mendlewitz. The actual transfers under *The Land Titles Act* of Ontario [R.S.O. 1960, c. 204] are dated September 9, 1970.

A statement of adjustments, dated September 10, 1970, shows the total purchase price of 307 suites and 83 suites to be \$1,070,750, from which sum are deducted several mortgages leaving a "balance due on closing payable to Imperial General Properties Limited" of \$154,000.

The actual adoption by the Council of the Borough of the Board of Control recommendations to amend the subdivision agreement, as requested by the plaintiff, is dated September 14, 1970, and was transmitted by the plaintiff's attorneys to Mendlewitz's attorneys on September 22, 1970.

Many other documents were filed at the hearing, but the essential elements of the case, as I assess the situation, are as outlined and afford a sufficient background against which to appreciate the arguments of both parties and to arrive at a decision.

The plaintiff's principal submission is that the property was sold on October 29, 1968 or was deemed by virtue of subsection 85E(1)¹ of the former *Income Tax Act* [R.S.C. 1952, c. 148 as am. by S.C. 1955, c. 54, s. 27] to have been sold by that date. The plaintiff adds that paragraphs (a) and (b) of subsection 85B(1)² of the former Act [as am. by S.C. 1952-53, c. 40, s. 73, and by S.C. 1955, c. 54, s. 26] required Brampton to include in its 1968 income the \$70,000 it had received from Mendlewitz as down-payment in 1968, and the \$774,500 balance receivable from Mendlewitz on account of the property. He further says that it matters not that the original contract of sale was subject to conditions, because those conditions were subsequent.

¹ 85E. (1) Where, upon or after disposing of or ceasing to carry on a business or a part of a business, a taxpayer has sold all or any part of the property that was included in the inventory of the business, the property so sold shall, for the purposes of this Part, be deemed to have been sold by him

en faveur de St. Giles Developments Limited, deux parties à chacune desquelles Mendlewitz avait cédé une parcelle du terrain en cause. Le transfert lui-même en vertu de la *Loi sur l'enregistrement des droits immobiliers* de l'Ontario [R.S.O. 1960, chap. 204] est daté du 9 septembre 1970.

Une écriture d'ajustement, en date du 10 septembre 1970, indique un prix d'achat total de 1 070 750 \$, pour 307 et 83 appartements, duquel sont déduites plusieurs hypothèques, pour un [TRA-DUCTION] «solde dû, à la signature, à Imperial General Properties Limited» de 154 000 \$.

Le 14 septembre 1970, le conseil municipal a adopté les recommandations de la Commission de contrôle en faveur de la modification de l'accord de lotissement demandée par la demanderesse; les procureurs de la demanderesse l'ont notifiée aux procureurs de Mendlewitz le 22 septembre 1970.

De nombreux autres documents ont été déposés à l'audience, mais à mon avis j'ai déjà exposé les éléments essentiels de l'affaire qui permettent de situer le contexte dans lequel il faut évaluer les arguments des deux parties et trancher la question.

L'argument principal de la demanderesse consiste à dire que le terrain a été vendu le 29 octobre 1968 ou était censé l'avoir été à cette date en vertu du paragraphe 85E(1)¹ de l'ancienne *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.R.C. 1952, chap. 148, mod. par S.C. 1955, chap. 54, art. 27]. La demanderesse ajoute que les alinéas a) et b) du paragraphe 85B(1)² de l'ancienne Loi [mod. par S.C. 1952-53, chap. 40, art. 73 et par S.C. 1955, chap. 54, art. 26] exigeaient que Brampton inclue dans ses revenus de 1968 la somme de 70 000 \$ qu'elle avait reçue de Mendlewitz, cette année-là, comme acompte sur le prix d'achat et le solde de 774 500 \$ payable par Mendlewitz sur le terrain. Elle ajoute qu'il importe peu que le contrat initial ait été subordonné à des conditions puisqu'il s'agissait de conditions résolutoires.

¹ 85E. (1) Quand, sur une aliénation d'une entreprise ou de quelque partie d'une entreprise ou après l'avoir aliénée, ou lorsqu'il cesse d'exploiter une entreprise ou quelque partie d'une entreprise ou après avoir cessé de l'exploiter, un contribuable a vendu la totalité ou une partie des biens compris dans l'inventaire de l'entreprise, les biens ainsi vendus sont censés, aux fins de la présente Partie, avoir été vendus par lui

In the alternative, the plaintiff alleges that the consideration under the original agreement was partly for the sale of the property and partly for the plaintiff's assistance in developing the property. He submits that subsection 85E(2)³ of the former Act [as am. by S.C. 1955, c. 54, s. 27] prescribes the method for making the required allocation. He adds that properly to compute Brampton's 1968 income there should have been an allocation of the consideration between the property Brampton was selling and the assistance it agreed to render. I will deal with the alternative later in my judgment, if it remains useful so to do.

(Continued from previous page)

- (a) during the last taxation year in which he carried on the business or the part of the business, and
- (b) in the course of carrying on the business.

² 85B. (1) In computing the income of a taxpayer for a taxation year,

- (a) every amount received in the year in the course of a business
 - (i) that is on account of services not rendered or goods not delivered before the end of the year or that, for any other reason, may be regarded as not having been earned in the year or a previous year, or
 - (ii) under an arrangement or understanding that it is repayable in whole or in part on the return or resale to the taxpayer of articles in or by means of which goods were delivered to a customer,

shall be included;

- (b) every amount receivable in respect of property sold or services rendered in the course of the business in the year shall be included notwithstanding that the amount is not receivable until a subsequent year unless the method adopted by the taxpayer for computing income from the business and accepted for the purpose of this Part does not require him to include any amount receivable in computing his income for a taxation year unless it has been received in the year;

³ 85E. . . .

(2) Where a person who has been carrying on a business has sold all or part of the property that was included in the inventory of the business (whether or not he has disposed of or ceased to carry on that business or a part of that business) to a person who has used all or part of the property so sold as inventory of a business carried on or to be carried on by the purchaser, and the amount of the consideration paid by the purchaser is, in part, consideration for the property so sold and, in part, consideration for something else, the following rules are applicable:

(Continued on next page)

À titre subsidiaire, la demanderesse soutient que la contrepartie prévue, aux termes de l'accord initial, visait en partie la vente du terrain et en partie l'aide que devait apporter la demanderesse à sa mise en valeur. Elle prétend que le paragraphe 85E(2)³ de l'ancienne Loi [mod. par S.C. 1955, chap. 54, art. 27] définit la méthode à suivre pour procéder à la répartition requise. Elle ajoute que pour calculer le revenu de Brampton pendant l'année 1968, il aurait fallu répartir le montant de la contrepartie entre la portion correspondant aux terrains que Brampton vendait et celle qui correspondait à l'aide qu'elle avait convenu de donner. Je traiterai plus tard de cet argument subsidiaire, s'il est encore nécessaire de le faire.

(Suite de la page précédente)

- a) au cours de la dernière année d'imposition où il a exploité l'entreprise ou la partie de l'entreprise, et
- b) au cours de l'exploitation de l'entreprise.

² 85B. (1) Dans le calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition,

- a) tout montant reçu pendant l'année dans le cours d'une entreprise
 - (i) qui est au titre de services non rendus ou de marchandises non livrées avant la fin de l'année ou qui, pour toute autre raison, peut être considéré comme n'ayant pas été gagné dans l'année ou une année antérieure, ou
 - (ii) qui, en vertu d'un arrangement ou d'une entente, est remboursable en totalité ou en partie sur remise ou revente au contribuable d'articles dans lesquels, ou au moyen desquels, des marchandises ont été livrées à un client,

doit être inclus;

- b) tout montant recevable à l'égard de biens vendus ou de services rendus dans le cours de l'entreprise pendant l'année doit être inclus, nonobstant le fait que le montant n'est pas recevable avant une année subséquente, à moins que la méthode adoptée par le contribuable pour le calcul du revenu provenant de l'entreprise et acceptée aux fins de la présente Partie ne l'astreigne pas à inclure, dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition, un montant recevable, sauf s'il a été reçu dans l'année;

³ 85E. . . .

(2) Lorsqu'une personne ayant exploité une entreprise a vendu la totalité ou une portion des biens compris dans l'inventaire de l'entreprise (qu'elle ait ou non disposé de cette entreprise ou de quelque portion de cette entreprise ou cessé de l'exploiter) à une personne qui a employé la totalité ou une portion des biens ainsi vendus comme stock d'une entreprise exploitée ou devant être exploitée par l'acheteur, et que le montant de la contre-prestation versée par l'acheteur est, en partie, une considération pour les biens ainsi vendus et, en partie, une considération pour autre chose, les règles suivantes sont applicables:

(Suite à la page suivante)

On the other hand, the Minister submits that the plaintiff realized a profit in the sum of \$633,727 in its 1970 taxation year, in which year certain conditions precedent to the sale of the property were fulfilled, after which the balance of the purchase price was received and the property was transferred to Mendlewitz.

The whole issue rests on the determination as to whether the conditions of the sale were conditions precedent or conditions subsequent. It therefore becomes necessary to return to the basic common law principles in the matter.

Prior to the English *Sale of Goods Act* of 1893 [56 & 57 Vict., c. 71] the Courts used the expression "condition precedent" to refer to a term in a contract by virtue of which the contract could be postponed, or not take effect, unless or until a certain event or occurrence took place. That condition was also called "suspensive" because it suspended the potential operation of the contract. The expression "condition subsequent" referred to a term in a contract by virtue of which the contract could be rendered invalid and non-binding *ab initio*, if a certain event or occurrence happened. That condition was also called "resolutive" because it acted to dissolve or render ineffective a contract that had already become operative.⁴

Halsbury⁵ defines the word "condition" as follows:

(Continued from previous page)

- (a) such part of the consideration as the vendor and the purchaser have, in writing, agreed to be the price paid for the property so sold shall be deemed, both for the purpose of computing income from the business of the vendor and for the purpose of computing income from the business of the purchaser, to be the price so paid; and
- (b) where an agreement as contemplated by paragraph (a) has not been filed with the Minister within 60 days after notice in writing by the Minister has been forwarded to the vendor and the purchaser that such an agreement is required for the purpose of any assessment of tax under this Part, such part of the consideration paid as is fixed by the Minister shall be deemed to be the price agreed upon by them as the price paid for the property so sold.

⁴ See Fridman, *The Law of Contract in Canada*, 1976, c. 9.

⁵ *Halsbury's Laws of England*, Vol. 9, para. 511 (4th ed. 1974).

En revanche, le Ministre prétend que la demanderesse a réalisé un bénéfice de 633 727 \$ pendant son année d'imposition 1970, car c'est cette année-là que certaines conditions suspensives de la vente du terrain ont été réalisées, et que, par la suite, le solde du prix d'achat a été payé et le terrain transféré à Mendlewitz.

Tout le litige repose sur la question de savoir si les conditions de vente étaient des conditions suspensives ou des conditions résolutoires. Il est donc nécessaire de revenir aux principes fondamentaux de *common law* sur ce point.

Avant la promulgation en 1893 de la *Sale of Goods Act* anglaise [56 & 57 Vict., chap. 71], les tribunaux employaient l'expression «condition suspensive» (*condition precedent*) pour désigner la clause d'un contrat en vertu de laquelle le contrat ne prend effet que lorsque et si un certain événement se produit. On dit que cette condition est «suspensive» parce qu'elle suspend l'exécution éventuelle du contrat. L'expression «condition résolutoire» (*condition subsequent*) désigne une clause du contrat en vertu de laquelle le contrat devient nul et non exécutoire, comme si l'obligation n'avait jamais existé, si un certain événement se produit. On appelle «résolutoire» cette condition parce qu'elle anéantit l'obligation et tous les effets d'un contrat qui était déjà opérant⁴.

*Halsbury*⁵ définit le mot «condition» de la manière suivante:

(Suite de la page précédente)

- a) la partie de la cause ou considération dont le vendeur et l'acheteur sont convenus par écrit comme prix payé pour les biens vendus, est censée, aux fins du calcul du revenu provenant de l'entreprise du vendeur et aux fins du calcul du revenu provenant de l'entreprise de l'acheteur, être le prix ainsi payé; et
- b) lorsqu'une convention prévue par l'alinéa a) n'a pas été produite au bureau du Ministre dans un délai de soixante jours après qu'un avis écrit du Ministre a été expédié au vendeur et à l'acheteur, portant qu'une convention de cette nature est nécessaire aux fins de toute cotisation d'impôt selon la présente Partie, la portion de la cause ou considération versée que fixe le Ministre est censée être le prix dont ils sont convenus comme étant le prix payé pour les biens ainsi vendus.

⁴ Voir l'ouvrage Fridman, *The Law of Contract in Canada*, 1976, chap. 9.

⁵ *Halsbury's Laws of England*, Vol. 9, par. 511 (4^e éd. 1974).

A contractual promise may be either absolute or conditional. A conditional promise is one where the liability to perform the promise depends upon some thing or event; that is to say it is one of the terms of the contract that the liability of the party shall only arise, or shall cease, on the happening of some future event, which may or may not happen, or one of the parties doing or abstaining from doing some act.

An instance of a condition precedent can be found in *The Mihalis Angelos*,⁶ where the expected readiness of a chartered ship to load was found to be a condition precedent of the charterparty. An instance of a condition subsequent is found in the case of *Smallman v. Smallman*.⁷ There an agreement between husband and wife in the process of divorce "subject to approval by the Court" was held to be a binding agreement "right away", but to become invalid if the Court did not approve. Lord Denning M.R. said that the agreement was suspended in operation until the Court approved its terms, but in the meantime neither party could disavow it.

If the condition is a true condition precedent there is no contract until it is satisfied, whereas if the condition is a condition subsequent, then in event of its non-fulfillment there may still be a binding contract upon the parties. A distinction between the two conditions seems to lie in the fact that if, on its true construction, a term is a condition precedent its performance cannot normally be waived unilaterally by either party. (See *Barnett v. Harrison et al.*⁸)

Contracts for the sale of land often include a provision that the performance of the obligation of the vendor, or the purchaser, or both, is conditional upon the happening of some event beyond their control, for example the express condition that the subject property will be rezoned by a local authority for the uses intended for it by the purchaser. The Supreme Court of Canada in *Turney et al. v.*

⁶ [*Maredelanto Compania Naviera SA v. Bergbau-Handel GmbH (The Mihalis Angelos)*] [1970] 3 All E.R. 125 [C.A.].

⁷ [1971] 3 All E.R. 717 (C.A.).

⁸ [1971] 3 O.R. 821 [H.C.].

[TRADUCTION] Une promesse contractuelle peut être soit absolue soit conditionnelle. Une promesse conditionnelle signifie que l'obligation d'exécuter la promesse dépend d'une chose ou d'un événement; en d'autres termes, le contrat prévoit que l'obligation de la partie ne surviendra, ou ne cessera, que si un certain événement futur se produit, cet événement pouvant survenir ou non, ou si l'une des parties fait ou s'abstient de faire quelque chose.

On trouve dans l'affaire *The Mihalis Angelos*⁶ un exemple de condition suspensive où il a été statué que l'état de préparation prévu d'un navire affrété, aux fins d'un chargement, constituait une condition suspensive de la charte-partie. On trouve un exemple de condition résolutoire dans l'affaire *Smallman v. Smallman*⁷. Dans cette affaire, un accord conclu entre deux époux, en instance de divorce, [TRADUCTION] «sous réserve de l'approbation de la Cour» a été jugé comme un contrat obligatoire [TRADUCTION] «immédiatement», mais devant devenir invalide si la Cour ne l'approuvait pas. Le maître des rôles, lord Denning, dit que l'exécution de l'accord était suspendue jusqu'à ce que le tribunal approuve ses clauses, mais qu'entre temps ni l'une ni l'autre des parties ne pouvait le dénoncer.

Lorsqu'une condition est une vraie condition suspensive, il n'y a pas de contrat jusqu'à ce que cette condition soit réalisée alors que, dans le cas de la condition résolutoire, un contrat peut encore rester obligatoire pour les parties si cette condition ne se réalise pas. La distinction à faire entre les deux conditions réside apparemment dans le fait que si une clause, interprétée correctement, constitue une condition suspensive aucune des parties ne peut unilatéralement y renoncer. (Voir *Barnett v. Harrison et al.*⁸)

Les contrats de vente immobilière comportent souvent une clause portant que l'exécution de l'obligation du vendeur, ou de l'acheteur, ou des deux, est subordonnée à la survenance d'un événement indépendant de leur volonté, comme par exemple la condition expresse qu'une autorité locale accordera au terrain en question un nouveau zonage permettant d'en faire l'usage envisagé par

⁶ [*Maredelanto Compania Naviera SA v. Bergbau-Handel GmbH (The Mihalis Angelos)*] [1970] 3 All E.R. 125 [C.A.].

⁷ [1971] 3 All E.R. 717 (C.A.).

⁸ [1971] 3 O.R. 821 [H.C.].

*Zhilka*⁹ in 1959 has held that such a “true condition precedent”, even if included in the contract solely for the benefit of the purchaser, cannot be waived by that party, and the vendor is thus free to treat the contract as at an end and may resell the property to somebody else. That contract did not include an express clause to the effect that the purchaser could waive the condition and take the land as is, without the desired rezoning. Of course, such is not the situation in the case at bar.

The rule in *Turney et al. v. Zhilka* was reaffirmed by the Supreme Court in *F.T. Developments Limited v. Sherman et al.*,¹⁰ *O'Reilly et al. v. Marketers Diversified Inc.*¹¹ and *Barnett v. Harrison et al.* [Ont. H.C.].¹² That rule defined a “true external condition precedent” as being an external and uncertain future event upon which the contractual obligations of both parties depend, such as the sale and purchase of land, subject to the land being rezoned. In other common law jurisdictions the jurisprudence is to the effect that if a condition is inserted for the benefit of one party, that party may waive it, whether or not there is a waiver clause in the contract.¹³

What concerns us here, however, is not the waiver issue—which is explicitly resolved in the agreement in favour of the purchaser—but the determination as to whether the conditions in the agreement are true conditions precedent.

In my view, they are not. Three elements in the agreement indicate the intention of the parties to allow for the possibility to complete the agreement before and without the fulfillment of the conditions.

Firstly, the mortgage clauses in the agreement extend to the purchaser the privilege to demolish

⁹ [1959] S.C.R. 578.

¹⁰ [1969] S.C.R. 203.

¹¹ [1969] S.C.R. 741.

¹² *Supra* [footnote 8] at page 154.

¹³ See *Waiver of Conditions Precedent in Contracts*, Law Reform Commission of British Columbia, 1977, p. 4.

l'acheteur. La Cour suprême du Canada dans son arrêt *Turney et al. v. Zhilka*⁹ a statué en 1959 qu'une [TRADUCTION] «condition suspensive véritable», même si elle était incluse dans le contrat au profit de l'acheteur seulement, n'autorisait pas ce dernier à y renoncer et que le vendeur était donc libre de considérer qu'il avait été mis fin au contrat et de revendre le terrain à quelqu'un d'autre. Ce contrat n'incluait pas de clause expresse stipulant que l'acheteur pouvait renoncer à la condition et prendre le terrain en l'état où il se trouvait, sans avoir obtenu le zonage recherché. Bien sûr, la situation est différente en l'espèce.

La règle établie dans l'arrêt *Turney et al. v. Zhilka* a été réaffirmée par la Cour suprême dans *F.T. Developments Limited v. Sherman et al.*¹⁰, *O'Reilly et al. v. Marketers Diversified Inc.*¹¹ et *Barnett v. Harrison et al.* [H.C. Ont.].¹² Cette règle définit l'expression [TRADUCTION] «véritable condition suspensive externe» comme un événement futur incertain dont la survenance est subordonnée à la volonté d'un tiers et dont dépendent les obligations contractuelles des deux parties, comme par exemple la vente et l'achat du terrain sous réserve d'une modification du zonage. Dans d'autres juridictions de *common law*, la jurisprudence veut que, dans le cas où la condition est incluse dans l'intérêt d'une partie, cette partie peut y renoncer, qu'il y ait ou non dans le contrat une clause de renonciation¹³.

Toutefois, ce qui nous occupe en l'espèce ce n'est pas la question de la renonciation—qui est explicitement résolue dans l'accord en faveur de l'acheteur—mais la question de savoir si les conditions de l'accord constituaient de véritables conditions suspensives.

À mon avis, ce n'est pas le cas. Trois éléments du contrat montrent que les parties avaient l'intention d'envisager la possibilité de parfaire le contrat avant la réalisation des conditions et même si ces dernières ne se réalisaient pas.

Tout d'abord, les dispositions du contrat relatives aux hypothèques donnaient à l'acheteur le

⁹ [1959] R.C.S. 578.

¹⁰ [1969] R.C.S. 203.

¹¹ [1969] R.C.S. 741.

¹² *Supra* [note 8] à la page 154.

¹³ Voir *Waiver of Conditions Precedent in Contracts*, Law Reform Commission of British Columbia, 1977, p. 4.

buildings standing on the land and to commence construction before the final closing and the transfer of legal titles: "The purchaser shall at all times have access."

Secondly, a proviso allows the purchaser to accept a *bona fide* offer to purchase from any party (with prior option to the plaintiff) prior to the commencement of the construction.

Thirdly, the agreement includes a waiver allowing the purchaser "to waive such unfulfilled conditions" and to complete the transaction. Such a waiver was considered by Hartt J. in *Genern Investments Ltd. v. Back et al.*¹⁴ wherein he said at pages 699-700:

The agreement itself expressly gave to the purchaser a right of waiver and the contract was thereby made conditional upon the municipality rezoning the land unless so waived by the purchaser. This power of waiver takes the condition outside the realm of a true condition precedent for the purchaser was given the express right by the vendors to relinquish that benefit. The rezoning condition did not form the basis for completion of the contract because the parties consented to the possibility of its waiver by the purchaser. The vendors having so agreed cannot now claim that the performance of the agreement terminated solely on the enactment of a rezoning by-law.

In *Dennis v. Evans*¹⁵ Addy J. (then of the Ontario High Court of Justice and now of this Court) ordered specific performance where a proviso entitled the purchaser to waive the condition and where the condition was for the benefit of the purchaser. He distinguished the *Genern Investments* decision from the *Turney et al. v. Zhilka* decision.

My conclusion, therefore, is that the conditions were not true conditions precedent and therefore that the property in question was sold by the plaintiff company in its taxation year 1968. Under the circumstances it becomes unnecessary for me to consider the alternative proposition of the plaintiff. The subject reassessment shall therefore be varied or vacated accordingly. Judgment in favour of the plaintiff with costs.

¹⁴ [1969] 1 O.R. 694 [H.C.].

¹⁵ [1972] 1 O.R. 585 [H.C.].

droit de démolir les bâtiments se trouvant sur le terrain et de commencer la construction avant la date de signature et le transfert des titres juridiques: [TRADUCTION] «L'acheteur aura, à tout moment, libre accès.»

En second lieu, une disposition du contrat permettait à l'acheteur d'accepter une offre sérieuse d'achat venant de toute autre partie (avec droit de préférence accordé à la demanderesse) avant le commencement des travaux de construction.

En troisième lieu, le contrat incluait une clause de renonciation permettant à l'acheteur [TRADUCTION] «de renoncer aux conditions non réalisées» et de parachever l'opération. Ce genre de renonciation a été étudiée par le juge Hartt dans l'affaire *Genern Investments Ltd. v. Back et al.*¹⁴ où il disait notamment, aux pages 699 et 700:

[TRADUCTION] L'accord lui-même donnait expressément à l'acheteur un droit de renonciation et le contrat était donc subordonné à la condition que la municipalité accorde un nouveau zonage au terrain, sauf renonciation de l'acheteur à cette clause. Ce droit de l'acheteur exclut en fait la condition de ce qu'on appelle les véritables conditions suspensives puisque le vendeur avait accordé expressément à l'acheteur le droit d'abandonner cet avantage. La condition relative au nouveau zonage ne constituait pas la base nécessaire au parachevement du contrat puisque les parties avaient reconnu à l'acheteur le droit d'y renoncer. Les vendeurs, ayant donné leur accord, ne peuvent maintenant affirmer que l'exécution du contrat dépendait uniquement de l'adoption d'un nouveau règlement de zonage.

Dans l'arrêt *Dennis v. Evans*¹⁵, le juge Addy (alors juge de la Haute Cour de l'Ontario et actuellement juge de la Cour fédérale) a ordonné l'exécution intégrale dans un cas où une clause de contrat autorisait l'acheteur à renoncer à la condition et où la condition avait été incluse au seul profit de l'acheteur. Il a fait une distinction entre la décision *Genern Investments* et l'arrêt *Turney et al. v. Zhilka*.

Je conclus donc que les conditions en cause ne constituaient pas de véritables conditions suspensives et qu'en conséquence, le terrain a été vendu par la société demanderesse pendant son année d'imposition 1968. Dans les circonstances, il est inutile d'étudier l'argument subsidiaire de la demanderesse. La nouvelle cotisation attaquée doit être modifiée ou annulée en conséquence. La demanderesse a donc gain de cause et a droit à ses dépens.

¹⁴ [1969] 1 O.R. 694 [H.C.].

¹⁵ [1972] 1 O.R. 585 [H.C.].