

**Nathan Bernstein (Appellant)**

v.

**Minister of National Revenue (Respondent)**

Trial Division, Walsh J.—Montreal, November 26; Ottawa, December 17, 1973.

*Income tax—Companies—Stock option benefits to employees—Election re averaging—Whether scheme for appropriating undistributed profits—Income Tax Act, ss. 8(1)(c), 81, 85A, and 137(2).*

The Minister, in re-assessing the income of the appellant, president of a corporation, denied him the right to apply the provisions of section 85A of the *Income Tax Act*, concerning stock benefits to the appellant as an employee of the company. The sum of \$99,800 was thereby added to the appellant's income for the taxation year 1964.

*Held*, affirming the Minister's decision, section 85A was designed to enable a corporation to afford its employees an opportunity to acquire shares of its stock or the stock of its subsidiary, on terms conferring a benefit on them in order to reward their services and retain their interest in the company's progress, without the obligation to pay regular tax rates on the amount of this benefit. It was not intended to be used as a means of compensating employees who may have been underpaid for some years, by conferring a benefit in a taxation year at a very advantageous tax rate, when, had they been paid the salary to which they claim to have been entitled, they would have had to pay tax on it each year at the regular tax rate. Neither was it intended to be used as a means of transferring all the company's surplus to shareholders who, between them, own or control all of the company's stock, at the same advantageous tax rate, whereas payment to them by way of increased salary, bonus, regular dividend or even by the use of section 105 (tax on undistributed income, corporate election) would have resulted in substantially higher taxes.

INCOME tax appeal.

COUNSEL:

*Bruce Verchère* and *André Primeau* for appellant.

*André P. Gauthier* for respondent.

SOLICITORS:

*Verchère* and *Primeau*, Montreal, for appellant.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

**Nathan Bernstein (Appelant)**

c.

**Le ministre du Revenu national (Intimé)**

Division de première instance, le juge Walsh—Montréal, le 26 novembre; Ottawa, le 17 décembre 1973.

*Impôt sur le revenu—Compagnies—Prestations accordées aux employés sous forme d'option d'achat d'actions—Choix de la façon d'établir l'impôt—S'agit-il d'un plan d'appropriation des bénéfices non distribués—Loi de l'impôt sur le revenu, art. 8(1)(c), 81, 85A et 137(2).*

En établissant la nouvelle cotisation de l'appelant, président d'une compagnie, le Ministre lui a refusé le droit d'appliquer les dispositions de l'article 85A de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en ce qui concerne des prestations en actions qu'on lui avait accordées en sa qualité d'employé de la compagnie. Le montant de \$99,800 fut donc ajouté au revenu de l'appelant pour l'année d'imposition 1964.

*Arrêt*: la décision du Ministre est confirmée. Le but visé par l'article 85A était de permettre à une compagnie d'accorder à ses employés une possibilité d'acquérir à des conditions favorables des actions de la compagnie ou de sa filiale de façon à récompenser leurs services et à maintenir leur intérêt dans le développement de la compagnie sans avoir à payer l'impôt aux taux réguliers sur le montant de la prestation. Le but visé n'était pas son utilisation comme moyen de compenser la longue insuffisance des salaires des employés en leur accordant une prestation dans une année d'imposition à des conditions fiscales très avantageuses, alors que s'ils avaient reçu le salaire auquel ils estiment avoir droit, ils auraient dû payer chaque année l'impôt sur ce salaire au taux régulier. Le but visé ne peut pas non plus avoir été de l'utiliser pour transférer à ce taux d'imposition favorable tout le surplus d'exploitation de la compagnie aux actionnaires qui, entre eux, possèdent ou contrôlent toutes les actions de la compagnie, alors que s'ils l'avaient reçu à titre d'augmentation de salaire, de boni, de dividende ordinaire ou même en utilisant l'article 105 (impôt sur le revenu non distribué, option de la compagnie), les impôts à payer auraient été considérablement plus élevés.

APPEL de l'impôt sur le revenu.

h

AVOCATS:

*Bruce Verchère* et *André Primeau* pour l'appelant.

i

*André P. Gauthier* pour l'intimé.

PROCUREURS:

*Verchère* et *Primeau*, Montréal, pour l'appelant.

j

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

WALSH J:—This case deals with the attempt of appellant to apply section 85A of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148 which was enacted as section 75A in 1952-53, c. 40, section 28, substituted in 1955, c. 54, section 25, with subsection (7) added in 1953-54 by c. 57, section 21(2), as it existed in the taxation year 1964 prior to the further substitution of 1966-67, c. 47, section 9. Without quoting the section in question *in extenso*, it can be said that in 1964 it provided in paragraph (1)(a) as follows:

85A. (1) Where a corporation has agreed to sell or issue shares of the corporation or of a corporation with which it does not deal at arm's length to an employee of the corporation or of a corporation with which it does not deal at arm's length,

(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;

and paragraphs (2)(a) and (b) provide in effect that when an employee is deemed to have received such a benefit by virtue of his employment in a taxation year he may elect to pay the tax that he would normally pay for the year on his other income without this benefit plus the amount by which the proportion of this benefit that the aggregate of his taxes for the three preceding years bears to the aggregate of his income for those years exceeds 20% of the amount of the benefit so deemed to have been received. In the case of the present taxpayer, the calculation of the tax to be paid on the \$99,800 which the stock option benefit he received amounted to was worked out by adding his net income of \$10,970.71 for 1961, \$13,643.56 for 1962, and \$18,550.18 for 1963 making a total of \$43,164.45. The tax paid was \$1,997.75 in 1961, \$2,925.90 in 1962 and \$4,967.83 in 1963 making a total of \$9,891.48 which represents 22.91% of his net income for the three years in question. Applying this tax rate to \$99,800 results in a tax of \$22,864.18 from which 20% of the \$99,800 benefit is deducted in the amount of \$19,960 leaving a sum of \$2,904.18 as tax adjustment payable on

LE JUGE WALSH—Dans la présente affaire, l'appelant a essayé de se prévaloir de l'article 85A de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, c. 148, tel qu'il existait dans l'année d'imposition 1964 avant la nouvelle modification par l'article 9 des Statuts 1966-67, c. 47. Ledit article fut édicté en tant qu'article 75A par l'article 28 des Statuts 1952-53, c. 40 et remplacé par l'article 25 des Statuts 1955, c. 54, le paragraphe (7) ayant été ajouté par l'article 21(2) des Statuts 1953-54, c. 57. Sans citer l'article en question en entier, on peut dire qu'en 1964 l'alinéa (1)a) de cette disposition prévoyait que:

85A. (1) Lorsqu'une corporation a convenu de vendre ou d'émettre de ses actions, ou des actions d'une corporation avec laquelle elle ne traite pas à distance, à un de ses employés ou à un employé d'une corporation avec laquelle elle ne traite pas à distance,

a) si l'employé a acquis des actions en vertu de la convention, une prestation égale au montant par lequel la valeur des actions au moment où il les a acquises excède la somme payée ou à payer par lui à la corporation en l'espèce, est censée avoir été reçue par l'employé en raison de son emploi dans l'année d'imposition où il a acquis les actions;

les alinéas (2)a) et b) prévoient en fait que l'employé qui est censé avoir reçu une telle prestation en raison de son emploi au cours d'une année d'imposition peut choisir de payer l'impôt qu'il paierait normalement pour l'année sur ses autres revenus, à l'exclusion de cette prestation, plus un montant auquel on arrive en appliquant à la prestation un taux établi en faisant le rapport de l'impôt payé pour les trois années précédentes et le revenu durant cette même période et en soustrayant du résultat obtenu 20% du montant de la prestation. En ce qui concerne le contribuable en cause, le calcul de l'impôt sur les \$99,800 que valaient les actions qu'il a reçues, s'est fait en additionnant son revenu net de \$10,970.71 en 1961, son revenu net de \$13,643.56 en 1962 et celui de \$18,550.18 en 1963, ce qui fait un total de \$43,164.45. L'impôt a été de \$1,997.75 en 1961, \$2,925.90 en 1962 et \$4,967.83 en 1963, soit \$9,891.48 au total, c'est-à-dire une proportion de 22.91% de son revenu net pour les trois années. Si l'on applique ce taux d'imposition au montant de \$99,800, l'impôt s'élève alors à \$22,864.18. De ce chiffre, l'on déduit 20% du montant de la prestation de \$99,800, soit

this stock option benefit in addition to his normal taxes on his other income for the year.

The background of his business operations leading to his receipt of this benefit can be set out as follows. In January 1956 he and one Hyman Kamichik incorporated Highland Knitting Mills Inc., hereinafter referred to as "Highland", to carry on the business of manufacturing and distributing knitted clothing, and transferred to it the similar business which they had formerly carried on together in partnership. They were the principal shareholders, officers and most valuable employees of the company from its incorporation to the death of Mr. Kamichik in 1969. The company was very successful as can be seen from its increase of sales from \$350,000 in 1956 to \$1,100,000 in 1964 and \$2,500,000 in 1968. Some time in September 1964 they acquired the charter of a company known as Salbron Investments Limited which had been incorporated under a Quebec charter on December 2, 1963 but which had never commenced operations. Its authorized capital consisted at the time of 9,900 5% non-cumulative non-voting redeemable preferred shares of the par value of \$10 each. They obtained supplementary letters patent dated September 11, 1964 increasing the capital by creating an additional 11,000 5% non-cumulative non-voting redeemable preferred shares of the par value of \$10 each and changing the name of the company to Berkam Investments Limited, hereinafter referred to as "Berkam". At a meeting of Highland on October 28, 1964 it undertook to subscribe for 94 common shares and 20,000 of the said preferred shares of Berkam at their par value of \$10 a share and to pay for all these shares so subscribed for, as well as for the six common shares which had been allotted and issued to the three original applicants for incorporation. The company borrowed the money from its bank to pay for these shares, a cheque for \$201,000 being issued by Highland in favour of Berkam, which cheque was dated October 26, 1964 but not date-stamped by the bank until December 4, 1964.

\$19,960, ce qui laisse \$2,904.18 comme ajustement d'impôt à payer au titre de ladite prestation, en plus de l'impôt sur son revenu ordinaire de l'année.

a

L'histoire des opérations commerciales qui ont conduit à l'obtention de la prestation s'est déroulée de la façon suivante. En janvier 1956, b l'appelant et un certain Hyman Kamichik ont constitué en corporation la Highland Knitting Mills Inc. (appelée ci-après la «Highland») pour fabriquer et distribuer des vêtements de tricot et ont transféré à la nouvelle compagnie le commerce semblable qu'ils exploitaient antérieurement ensemble en société. Ils ont été les principaux actionnaires, les dirigeants et les employés les plus importants de la compagnie de sa constitution en corporation au décès de Kamichik en d 1969. Les affaires de la compagnie ont été très prospères, comme en témoigne l'augmentation de ses ventes: de \$350,000 en 1956, à \$1,100,000 en 1964 et à \$2,500,000 en 1968. Au mois de septembre 1964, ils ont acquis la charte e d'une compagnie, la Salbron Investments Limited, qui avait été incorporée en vertu d'une charte québécoise le 2 décembre 1963, mais qui n'avait pas jamais fait d'affaires. Son capital social était constitué à cette époque de 9,900 f actions privilégiées, non cumulatives, portant intérêt à 5%, remboursables, sans droit de vote et ayant une valeur au pair de \$10 chacune. Par lettres patentes supplémentaires du 11 septembre 1964, le capital fut augmenté par la création g de 11,000 actions privilégiées non cumulatives, portant intérêt à 5%, remboursables, sans droit de vote, d'une valeur au pair de \$10 chacune et le nom de la compagnie fut changé à Berkam Investments Limited (ci-après appelée «la h Berkam»). La Highland, à une assemblée tenue le 28 octobre 1964, s'engagea à souscrire 94 actions ordinaires et 20,000 desdites actions privilégiées de la Berkam, ainsi que les actions i qui avaient été accordées et émises aux trois actionnaires d'origine qui avaient demandé la constitution. La compagnie emprunta à la banque pour payer ces actions, la Highland ayant émis un chèque de \$201,000 en faveur de la Berkam. Le chèque était daté du 26 octobre j 1964, mais la banque n'y a apposé son tampon que le 4 décembre 1964.

On November 23, 1964 Highland gave an option to each of Messrs. Bernstein and Kamichik to purchase from it 10,000 of the said preferred shares for the price of \$200 and by letters dated December 11, 1964 they each took up this option and the same day a meeting of Berkam approved the transfer from Highland to them of the said shares. On December 14, 1964 Berkam approved a by-law providing for the redemption and cancellation of 20,000 of its said preferred shares. This was duly approved at a special general meeting of shareholders the same date and supplementary letters patent were obtained on December 16, 1964 confirming the reduction of the capital of Berkam by the cancellation of the said shares so that the capital would thenceforth consist of 900 preferred shares and 100 common shares of the par value of \$10 each. At all meetings of both companies from the time Highland acquired the shares in Berkam it was Messrs. Kamichik and Bernstein who attended and formed the quorum of directors or shareholders as the case may be.

As a result of this series of transactions appellant received the sum of \$100,000 on redemption of his said preferred shares for which he had paid \$200 or a benefit of \$99,800. Appellant relies on the terms of the agreement giving him (and the same agreement was made with Mr. Kamichik) the right to buy the said shares from Highland for \$200, which sets out that he is an employee of the company and "the latter desires to confer a benefit upon him in respect of and by virtue of his employment", and in the next paragraph states:

... in consideration of such employment the Company hereby grants unto Bernstein the exclusive right to purchase from the Company 10,000 5% Non-Cumulative Non-Voting Redeemable Preferred Shares of the par value of \$10 each of the capital stock of BERKAM INVESTMENTS LIMITED for the sum of \$200, during the period and upon and subject to the terms and conditions hereinafter respectively specified and set forth, namely:-

1. Bernstein's rights hereunder may be exercised in the manner hereinafter specified, at any time during two (2) years from the date hereof provided that at the time of the exercise of such rights Bernstein is in the employ of the Company.

Le 23 novembre 1964, la Highland conféra à Bernstein et Kamichik le droit de lui acheter chacun 10,000 desdites actions privilégiées pour \$200 et tous les deux exercèrent ce droit par écrit en date du 11 décembre 1964. Le même jour, une assemblée de la Berkam approuva le transfert des actions de la Highland aux acheteurs. Le 14 décembre 1964, la Berkam adopta une résolution prévoyant le rachat et l'annulation de 20,000 desdites actions privilégiées. Cette résolution fut dûment approuvée à une assemblée générale spéciale à la même date et, le 16 décembre 1964, on obtint des lettres patentes supplémentaires confirmant la réduction du capital de la Berkam par l'annulation desdites actions de sorte que le capital n'était plus constitué que de 900 actions privilégiées et 100 actions ordinaires d'une valeur au pair de \$10 chacune. A toutes les assemblées des deux compagnies, à partir du moment où la Highland acquit les actions de la Berkam, Kamichik et Bernstein étaient présents et constituaient le quorum des administrateurs ou des actionnaires selon le cas.

A la suite de cette série d'opérations, l'appellant reçut la somme de \$100,000 pour le rachat des actions privilégiées qu'il avait payées \$200, soit un bénéfice de \$99,800. L'appellant invoque les termes de la convention (une convention identique fut conclue d'autre part avec Kamichik) qui lui conférerait le droit d'acheter les actions de la Highland pour \$200 et lui précisait qu'il est un employé de la compagnie et que [TRADUCTION] «cette dernière souhaite lui conférer un avantage à l'égard de son emploi et en vertu dudit emploi». Au paragraphe suivant, il est stipulé que:

[TRADUCTION] ... en considération dudit emploi, la compagnie accorde à Bernstein, par les présentes, le droit exclusif d'acheter à la compagnie 10,000 actions privilégiées non cumulatives, portant intérêt à 5%, remboursables, sans droit de vote, d'une valeur au pair de \$10 chacune du capital-actions de la BERKAM INVESTMENTS LIMITED pour la somme de \$200, durant la période et sous réserve des conditions ci-après spécifiées, à savoir:

1. Bernstein peut en vertu des présentes exercer ses droits de la manière y prescrite dans les deux (2) années à compter de la date des présentes pourvu qu'au moment où il exerce lesdits droits, Bernstein soit employé par la compagnie.

The original assessment of June 28, 1965 assessed appellant's 1964 tax in the amount estimated by him on the basis of the election he made under section 85A but by notice of re-assessment dated June 25, 1969 he was re-assessed by being denied the right to apply the provisions of section 85A so that the sum of \$99,800 was added to his income for the 1964 taxation year. He objected to the re-assessment which was confirmed and in due course instituted the present appeal.

Respondent contends that appellant and Mr. Kamichik did not receive the benefit in consideration of their employment but rather as shareholders of Highland, that this was a scheme for appropriation by the shareholders of Highland's funds or for distribution to the shareholders of most of the accumulated surplus of Highland which, as of January 1, 1964, stood at \$209,022.94, for the sole purpose of diminishing the amount of income tax payable. Respondent relies on subsection (7) of section 85A of the Act which reads as follows:

85A. (7) This section does not apply if the benefit conferred by the agreement was not received in respect of, in the course of or by virtue of the employment. and on section 8(1)(c) which reads:

8. (1) Where, in a taxation year,

(c) a benefit or advantage has been conferred on a shareholder by a corporation,

otherwise than

- (i) on the reduction of capital, the redemption of shares or the winding-up, discontinuance or reorganization of its business,
- (ii) by payment of a stock dividend, or
- (iii) by conferring on all holders of common shares in the capital of the corporation a right to buy additional common shares therein,

the amount or value thereof shall be included in computing the income of the shareholder for the year.

Alternatively, respondent submits that the benefit conferred on the appellant was received in his capacity as a shareholder on account or in lieu of payment of or in satisfaction of dividends within the meaning of section 6(1)(a)(i) of the Act which reads:

6. (1) Without restricting the generality of section 3, there shall be included in computing the income of a taxpayer for a taxation year

La cotisation primitive, datée du 28 juin 1965, fixait l'impôt de l'appelant au montant que ce dernier avait calculé en se fondant sur son choix en vertu de l'article 85A, mais une nouvelle cotisation, dont l'avis date du 25 juin 1969, lui refusa le droit de se prévaloir des dispositions de l'article 85A, en conséquence de quoi on ajouta la somme de \$99,800 à son revenu pour l'année d'imposition 1964. Il s'opposa à la nouvelle cotisation qui fut confirmée et, par la suite, institua le présent appel.

L'intimé soutient que l'appelant et Kamichik n'ont pas reçu la prestation à titre d'employés, mais plutôt à titre d'actionnaires de la Highland, qu'il s'agissait d'une manœuvre permettant aux actionnaires de s'approprier les fonds de la Highland ou à la Highland de distribuer à ses actionnaires la plus grande partie de ses surplus accumulés qui, le 1<sup>er</sup> janvier 1964, se chiffraient à \$209,022.94, dans le seul but de diminuer le montant d'impôt à payer. L'intimé se fonde sur le paragraphe (7) de l'article 85A de la loi, qui se lit comme suit:

85A. (7) Le présent article ne s'applique pas lorsque la prestation accordée par la convention n'a pas été reçue à l'égard, au cours ou en vertu de l'emploi. et sur l'article 8(1)(c):

8. (1) Lorsque, dans une année d'imposition,

c) un bénéfice ou un avantage a été attribué à un actionnaire par une corporation,

autrement

- (i) qu'à l'occasion de la réduction de capital, du rachat d'actions, ou de la liquidation, cessation ou réorganisation de son entreprise,
- (ii) qu'en payant un dividende sous forme d'actions, ou
- (iii) qu'en conférant à tous les détenteurs d'actions ordinaires du capital de la corporation un droit d'acheter des actions ordinaires additionnelles,

le montant ou valeur en l'espèce est inclus dans le calcul du revenu de l'actionnaire pour l'année.

Subsidièrement, l'intimé soutient que le bénéfice a été accordé à l'appelant en sa qualité d'actionnaire à titre, à compte ou au lieu de paiement ou en acquittement de dividendes, au sens de l'article 6(1)(a)(i) de la loi, qui se lit comme suit:

6. (1) Sans restreindre la généralité de l'article 3, doivent être inclus dans le calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition

(a) amounts received in the year as, on account or in lieu of payment of, or in satisfaction of  
(i) dividends,

a) les montants reçus dans l'année à titre, à compte ou au lieu de paiement ou en acquittement  
(i) de dividendes,

Respondent further submits that the result of the interdependent and interconnected transactions referred to was that Highland and/or Berkam conferred on the appellant a benefit of \$99,800 which by virtue of the provisions of subsection (2) of section 137 of the *Income Tax Act* was required to be included in the computation of appellant's income. Section 137(2) reads as follows:

137. (2) Where the result of one or more sales, exchanges, declarations of trust, or other transactions of any kind whatsoever is that a person confers a benefit on a taxpayer, that person shall be deemed to have made a payment to the taxpayer equal to the amount of the benefit conferred notwithstanding the form or legal effect of the transactions or that one or more other persons were also parties thereto; and, whether or not there was an intention to avoid or evade taxes under this Act, the payment shall, depending upon the circumstances, be

- (a) included in computing the taxpayer's income for the purpose of Part I,
- (b) deemed to be a payment to a non-resident person to which Part III applies, or
- (c) deemed to be a disposition by way of gift to which Part IV applies.

Finally, respondent submits that the transactions referred to were part of a reorganization of the business of Highland whereby property of Highland was distributed or otherwise appropriated to or for the benefit of appellant at a time when Highland had undistributed income on hand, which should therefore be included in appellant's income by virtue of section 81(1) of the *Income Tax Act* which reads as follows:

81. (1) Where funds or property of a corporation have, at a time when the corporation had undistributed income on hand, been distributed or otherwise appropriated in any manner whatsoever to or for the benefit of one or more of its shareholders on the winding-up, discontinuance or reorganization of its business, a dividend shall be deemed to have been received at that time by each shareholder equal to the lesser of

- (a) the amount or value of the funds or property so distributed or appropriated to him, or
- (b) his portion of the undistributed income then on hand.

After several conferences between counsel and the Court the following agreement was

L'intimé soutient de plus qu'à la suite d'opérations interdépendantes et intimement liées, la Highland ou la Berkam, ou les deux, a accordé à l'appellant un bénéfice de \$99,800 que les dispositions du paragraphe (2) de l'article 137 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* l'obligeaient à inclure dans le calcul de son revenu. L'article 137(2) se lit comme suit:

137. (2) Lorsqu'une ou plusieurs ventes, échanges, déclarations de fiducie ou autres opérations de quelque nature que ce soit ont pour résultat qu'une personne confère un avantage à un contribuable, cette personne est censée avoir fait au contribuable, un paiement égal au montant de l'avantage conféré, nonobstant la forme ou l'effet juridique des opérations ou le fait qu'une ou plusieurs autres personnes y aient été également parties; et, qu'il y ait eu ou non une intention d'éviter ou d'éluider des impôts prévus par la présente loi, le paiement doit, selon les circonstances, être

- a) inclus dans le calcul du revenu du contribuable pour l'application de la Partie I,
- b) censé constituer un paiement à une personne non résidente à qui s'applique la Partie III, ou
- c) censé constituer une disposition à titre de don à laquelle s'applique la Partie IV.

Enfin, l'intimé soutient que les opérations en question faisaient partie d'une réorganisation de l'entreprise de la Highland, en vertu de laquelle les biens de la Highland étaient distribués à l'appellant ou autrement affectés à son avantage, alors que la Highland avait en main des revenus non distribués qui doivent donc être inclus dans le revenu de l'appellant en vertu de l'article 81(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qui se lit comme suit:

81. (1) Lorsque, au moment où la corporation avait en main un revenu non distribué, des fonds ou des biens d'une corporation ont, de quelque façon, été distribués à un ou plusieurs de ses actionnaires, ou autrement affectés à leur avantage, lors de la liquidation, de la cessation ou de la réorganisation de son entreprise, chaque actionnaire est censé avoir reçu à cette époque une dividende égal au moindre

- a) du montant des fonds ou de la valeur des biens ainsi distribués ou à lui affectés, ou
- b) de sa portion du revenu non distribué alors en main.

Après plusieurs discussions entre la Cour et les avocats, les parties, pour éviter une preuve

reached so as to eliminate what would apparently have been lengthy and repetitive evidence:

The parties, by their respective counsel, hereby agree that the following evidence would be given as to facts by Nathan Bernstein, Emilien Tanguay, Marcel Leduc and Françoise Paquette all employees of Highland Knitting Mills if they had given evidence:

a) such agreement is made for the purpose of this appeal only and may not be used against either party on any other occasion or by any other party; and

b) the parties reserve their right to object to the relevancy of any of the facts hereby admitted.

1. Messrs. Kamichik and Bernstein were bona fide employees of Highland Knitting Mills Inc. (Highland) during the period 1956-1969 and were during this period officers, directors and sole shareholders of the company.

2. Mr. Bernstein has continued to the present day to be a bona fide employee of Highland.

3. During the period 1956-1969 Messrs. Bernstein and Kamichik, being officers, employees, directors and shareholders of Highland, performed their duties in an exceptional manner. Specifically, they worked extraordinary hours, that is, approximately ten hours a day, six days a week, fifty weeks a year in the case of Mr. Kamichik and approximately fifteen hours a day, six days a week, fifty weeks a year in the case of Mr. Bernstein.

4. Messrs. Kamichik and Bernstein worked substantially longer hours than the other "key" employees of Highland.

5. The contribution made by Messrs. Kamichik and Bernstein as outlined above was substantially greater than the contribution made by the other "key" employees.

6. The duties performed by Messrs. Kamichik and Bernstein, as outlined above, were essential to the welfare and growth of the business of Highland.

In view of the agreement it was only necessary to hear one witness, Stanley Rosen, C.A., Highland's auditor since 1960. He testified that Mr. Kamichik's work was primarily on the financial side of the business while Mr. Bernstein was the salesman, stylist and production expert. Both worked extremely hard in building up the business and for salaries which he considered were grossly inadequate. The business grew very rapidly, sales increasing from \$403,245 in 1960 to \$1,538,785 in 1965 and gross profits from \$70,881 in 1960 to \$388,087 in 1965 with net profit before income taxes increasing from \$13,651 in 1960 to \$197,978 in 1965. The business continued to expand thereafter until 1969 when control of it was sold by Messrs. Bern-

longue et redondante, ont conclu l'accord suivant:

[TRADUCTION] Les parties, par l'intermédiaire de leurs avocats, conviennent par les présentes que Nathan Bernstein, Emilien Tanguay, Marcel Leduc et Françoise Paquette, tous employés de Highland Knitting Mills, établis- raient, s'ils étaient entendus, les faits suivants:

a) la présente convention ne s'applique qu'au présent appel et ne peut servir dans d'autres occasions contre l'une ou l'autre des parties, ni être invoquée par toute autre partie; et

b) les parties se réservent leur droit de s'opposer, pour des motifs de pertinence, à tous faits admis par les présentes.

1. MM. Kamichik et Bernstein étaient véritablement des employés de la Highland Knitting Mills Inc. (Highland) durant la période de 1956 à 1969; durant la même période ils étaient les dirigeants, administrateurs et seuls actionnaires de la compagnie.

2. Jusqu'à ce jour, M. Bernstein est resté véritablement un employé de la Highland.

3. De 1956 à 1969, MM. Kamichik et Bernstein, à titre de dirigeants, employés, administrateurs et actionnaires de la Highland, se sont acquittés de leurs charges de façon exceptionnelle. Notamment, leurs journées de travail étaient exceptionnellement longues, à savoir, dans le cas M. Kamichik, environ 10 heures par jour, six jours par semaine, cinquante semaines par année et, dans celui de M. Bernstein, environ quinze heures par jour, six jours par semaine, cinquante semaines par année.

4. MM. Kamichik et Bernstein travaillaient pendant un nombre d'heures notablement plus élevé que les autres employés «clef» de la Highland.

5. L'apport de MM. Kamichik et Bernstein tel que décrit ci-dessus a été beaucoup plus considérable que l'apport des autres employés «clef».

6. Les fonctions remplies par MM. Kamichik et Bernstein, telles que décrites ci-dessus ont une influence capitale sur le bon fonctionnement et la prospérité des affaires de la Highland.

Grâce à l'entente, nous n'avons entendu qu'un seul témoin, Stanley Rosen, C.A., vérificateur de la Highland depuis 1960. Il a déposé que le travail de Kamichik portait surtout sur l'aspect financier de l'entreprise alors que Bernstein s'occupait des aspects vente, mode et production. Ils ont tous les deux beaucoup travaillé pour mettre l'entreprise sur pied et, selon lui, les salaires qu'ils touchaient étaient tout à fait insuffisants. L'entreprise s'est développée très rapidement, les ventes passant de \$403,245 en 1960, à \$1,538,785 en 1965 et les profits bruts de \$70,881 en 1960 et \$388,087 en 1965, alors que le profit net avant déduction de l'impôt sur le revenu augmentait de \$13,651 en 1960 à \$197,978 en 1965. L'entreprise continua à se

stein and Kamichik to Kambern Diversified Industries Limited as a result of which the outstanding loans of Highland payable to Mr. Bernstein and the estate of Mr. Kamichik in the amount of \$71,676.28 and \$73,481.85 respectively were paid in October 1969. Mr. Bernstein continued to remain in the company's employ as President and to devote his full time and attention to the business whose sales had by 1969 grown to \$2,387,328 on which the gross profit was \$744,441 and the net profit before taxes \$424,624. This period does not directly concern the present case save to the extent that it shows the continued progress of the business in the years following 1964. According to Mr. Rosen's evidence, during the period from 1956 to 1962 their salaries had only been in the nature of \$8,000 to \$10,000 each. Mr. Bernstein received a salary of \$17,450 in 1963, however, and \$35,000 in 1964 in which year Mr. Kamichik's salary was \$18,000. Although the company had 123 employees in 1964, three of whom were long-term employees who had been with the business since the late 1940's before it was incorporated, Mr. Rosen felt that the entire growth of the company was due to the exceptionally hard work and successful management of Messrs. Bernstein and Kamichik and when it became apparent in 1962 and 1963 that the net profits were accelerating rapidly he urged them to take more money out of it, which he considered should include compensation for their past services. A pension plan was established in 1965 for Messrs. Bernstein and Kamichik only and large sums paid for their past services pensions. He conceded on cross-examination that taking the company's taxation and the personal tax of Messrs. Bernstein and Kamichik together, the tax burden would be less onerous by using the stock option plan which was adopted than by paying them increased salaries or dividends. He did not consider it bad administration of the company on their part to have the company incur a loss of \$199,600 in 1964 by selling them for \$400 shares of Berkam for which it had paid \$200,000 although this loss on investment reduced the earned surplus account which stood at \$148,817.49 on January 1, 1964 to \$9,422.94 by December 31, 1964 despite the addition to earned surplus of net profit of

développer de cette façon jusqu'en 1969, où Kamichik et Bernstein en cédèrent le contrôle à la Kambern Diversified Industries Limited, en conséquence de quoi les dettes de la Highland envers Bernstein et la succession de Kamichik, d'un montant de \$71,676.28 et \$73,481.85 respectivement, ont été acquittées au mois d'octobre 1969. Bernstein est demeuré employé de la compagnie comme président et a continué à consacrer tout son temps et son attention à l'entreprise dont les ventes ont atteint \$2,387,328 en 1969, le profit brut \$744,441 et le profit net avant déduction de l'impôt \$424,624. Cette période n'est pas en relation directe avec l'affaire présente, si ce n'est dans la mesure où elle montre la croissance continue de l'entreprise après 1964. D'après Rosen, durant la période de 1956 à 1962, leur salaire n'avait été que de l'ordre de \$8,000 à \$10,000 chacun. Bernstein cependant a reçu un salaire de \$17,450 en 1963 et de \$35,000 en 1964, année où le salaire de Kamichik s'élevait à \$18,000. Bien que la compagnie eût 123 employés en 1964, dont trois employés de longue date qui travaillaient là depuis la fin des années 1940, avant son incorporation, Rosen estimait que toute la réussite de la compagnie était due au travail acharné et à la gestion éclairée de Bernstein et Kamichik et lorsqu'en 1962 et en 1963, il devint évident que les profits nets augmentaient rapidement, il les a poussés à en tirer plus d'argent, ceci devant comprendre, d'après lui, une compensation pour leurs services passés. En 1965, on a établi pour Kamichik et Bernstein seulement un régime de retraite et on a versé des sommes considérables à l'égard de leurs services passés. Il a admis en contre-interrogatoire que, compte tenu à la fois des impôts de la compagnie et de l'impôt personnel de Bernstein et Kamichik, le fardeau fiscal serait moins onéreux si l'on utilisait le plan d'option d'achat d'actions qui fut adopté, que si l'on augmentait leurs salaires ou si on leur payait des dividendes plus considérables. Rosen n'estime pas que faire subir à la compagnie une perte de \$199,600 en 1964 en leur vendant \$400 des actions de la Berkam que la compagnie avait payées \$200,000 constituait de la mauvaise gestion de leur part, bien que cette perte eût fait diminuer le compte des surplus d'exploitation qui s'élevait à \$148,817.49 le 1<sup>er</sup> janvier 1964, à

\$60,205.45 for the year 1964. He considered that the benefit was justified to motivate them to continue to make the company prosper, and the company's ability to easily overcome this loss was shown by its continued prosperity in the succeeding years.

Messrs. Bernstein and Kamichik each had \$40,000 invested in the company's capital stock, \$25,000 being in \$1 par value preferred shares and \$15,000 in \$1 par value common shares, the preferred shares carrying a 5% non-cumulative dividend which dividend was only paid once, in 1962, in which year a dividend of 25¢ a share was also paid on the common stock making total dividend payments of \$2,500 on the preferred stock and \$7,500 on the common stock in that year which they shared equally. Berkam, although incorporated as an investment company, never did any business. Mr. Rosen further testified that Highland's acquisition of shares in Berkam was not the result of a "day-light" loan which he defined as one incurred and repaid the same day. Highland had a good line of credit with the bank and in 1964 it amounted to \$250,000. After the borrowing to buy the shares of Berkam, Highland only owed the bank \$213,000, as it normally has only a small bank loan outstanding during December when most of its receipts come in. Although its cheque to Berkam in the amount of \$201,000 in payment of the shares subscribed for is dated October 26, 1964, it was only date-stamped by the bank on December 4, 1964, but this is of no great significance save for the fact that interest on this increase in its outstanding bank loan would only run from that date. The loan was repaid to the bank on January 8, 1965 on the same date that Messrs. Bernstein and Kamichik loaned \$200,000 to the company, taking its promissory notes for same in the amount of \$100,000 each. Although these notes bore interest at 6%, Mr. Rosen testified that this interest was waived by Messrs. Bernstein and Kamichik.

In laying great stress on the value of services rendered to Highland by Messrs. Bernstein and

\$9,422.94 le 31 décembre 1964, alors que le profit net pour 1964 s'élevait de \$60,205.45. Il estime que la prestation se justifiait pour les motiver à continuer à faire prospérer la compagnie et la prospérité de la compagnie dans les années subséquentes a démontré sa capacité d'absorber facilement cette perte.

Bernstein et Kamichik avaient placé chacun \$40,000 dans le capital-actions de la compagnie, \$25,000 en actions privilégiées d'une valeur au pair de \$1 chacune et \$15,000 en actions ordinaires d'une valeur au pair de \$1 chacune. Les actions privilégiées portaient intérêt à 5% et étaient non cumulatives. Ces dividendes n'ont été payés qu'une fois, en 1962, en même temps qu'un dividende de 25¢ par action ordinaire, ce qui fait un paiement total au titre des dividendes cette année-là de \$2,500 pour les actions privilégiées et de \$7,500 pour les actions ordinaires, montant qu'ils ont partagé également. La Berkam, bien que constituée comme compagnie de placements, n'a jamais fait d'affaires. Rosen a en outre témoigné que l'acquisition par la Highland des actions de la Berkam n'était pas la conséquence d'un prêt «éclair» qu'il a défini comme un emprunt qui est contracté et remboursé le même jour. La marge de crédit de la Highland était excellente et, en 1964, elle pouvait emprunter jusqu'à \$250,000 de sa banque. Après son emprunt pour l'achat des actions de la Berkam, la Highland ne devait que \$213,000 à la banque puisque sa dette était normalement minime en décembre, mois où la plupart des revenus rentrent. Bien que son chèque de \$201,000 au nom de la Berkam pour payer les actions souscrites soit daté du 26 octobre 1964, la banque n'y a apposé son tampon que le 4 décembre 1964; cela n'a pas grande importance sinon que l'intérêt sur l'augmentation de son emprunt bancaire ne commencerait à courir qu'à cette date. L'emprunt a été remboursé à la banque le 8 janvier 1965, jour où Kamichik et Bernstein ont prêté \$200,000 à la compagnie contre des billets à ordre de \$100,000 chacun. Bien que ces billets portassent intérêt à 6%, Rosen a déclaré dans son témoignage que Bernstein et Kamichik y ont renoncé.

En insistant fortement sur la valeur des services rendus à la Highland par Kamichik et Bern-

Kamichik compared to the remuneration they had received from it in the years preceding 1964, appellant contends that the benefit conferred on them was "received in respect of, in the course of or by virtue of the employment" and hence the exclusion in section 85A(7) (*supra*) does not apply. While conceding that the end result of the method adopted was that most of Highland's surplus which had been accumulated to the end of 1964 was distributed to Messrs. Bernstein and Kamichik, reliance was placed on the well-established principle in tax law that a taxpayer is not obliged to so arrange his affairs as to attract maximum taxation and that, provided he can bring himself squarely within the provisions of sections of the taxing statute and regulations which have the result of minimizing his taxation, he is entitled to do so. It was further contended that section 137(2) dealing with tax evasion cannot take effect so as to negate the provisions of another section of the Act which the taxpayer is entitled to use, even if the consequence of this use is to reduce his tax liability.

While some of the jurisprudence to which I was referred by counsel for both parties was helpful, there does not appear to be any case which is directly in point. Counsel for appellant referred to paragraph 8 of Tax Interpretation Bulletin IT 23 of August 6, 1971 issued by the Department of National Revenue which would, of course, not be binding on the Court, as authority for the proposition that an option under section 85A may be conferred on a person who is at the same time an employee and a shareholder. I would have assumed this to be the case in any event since section 139(1)(*la*) of the Act states:

139. (1) In this Act,

(*la*) "employee" includes officer;

and, while an officer is not necessarily a director and hence a shareholder, he usually is. I do not believe that respondent's argument goes so far as to contend that section 85A can only be applied to an employee who does not also happen to own some shares in the corporation, but the contention is that the benefit must have been conferred on him "in respect of, in the

stein, par rapport à la rémunération qu'ils en avaient reçue dans les années antérieures à 1964, l'appellant soutient que la prestation qui leur a été accordée a été «reçue à l'égard, au cours ou en vertu de l'emploi» et que, par conséquent, l'exclusion prévue à l'article 85A(7) (précité) ne s'applique pas. S'il concède que la méthode employée a eu pour effet de distribuer à Bernstein et Kamichik la majeure partie du surplus accumulé par la Highland à la fin de l'année 1964, on a invoqué le principe bien établi en droit fiscal selon lequel un contribuable n'est pas tenu d'organiser ses affaires de façon à devoir payer le plus d'impôt possible et que, s'il peut honnêtement se situer dans le champ d'application des dispositions de la loi et des règlements fiscaux qui lui réduisent sa charge fiscale, il a le droit de le faire. On a en outre soutenu que l'article 137(2) qui traite de l'évasion fiscale ne peut avoir l'effet de faire échec aux dispositions de quelque autre article de la loi dont un contribuable peut se prévaloir, même si l'impôt ainsi exigible est réduit.

Bien que certains des arrêts qui m'ont été signalés par les avocats des deux parties m'aient été utiles, il ne semble pas y avoir de jurisprudence qui porte directement sur la question en litige. L'avocat de l'appellant s'est fondé sur le paragraphe 8 du Bulletin d'interprétation en matière d'impôt, IT 23, du 6 août 1971, publié par le ministère du Revenu national, interprétation non contraignante pour la Cour, pour avérer le principe que l'article 85A donne un choix à une personne qui est à la fois employé et actionnaire. Je l'aurais adoptée en l'espèce en tout état de cause puisque l'article 139(1)(*la*) de la loi affirme:

139. (1) Dans la présente loi,

(*la*) «employé» comprend un fonctionnaire;

et bien qu'un fonctionnaire (dirigeant) ne soit pas nécessairement un administrateur et, partant, un actionnaire, il l'est ordinairement. Je ne crois pas que l'intimé prétende que l'article 85A ne s'applique qu'aux employés qui ne possèdent aucune action dans la compagnie mais plutôt que la prestation doive leur avoir été accordée «à l'égard, au cours ou en vertu de l'emploi» et

course of or by virtue of the employment” and not in his capacity as a shareholder of the corporation. The difficulty in the present case arises from the fact that Messrs. Bernstein and Kamichik were not merely minor shareholders of Highland but that between them they owned or controlled all of its shares and could direct and govern the conduct of the corporation as they saw fit. I am not unmindful of the fact that the corporation has an existence separate and apart from its shareholders and that in the present case Highland, at least, was an actively operating corporation and not a sham or simulacrum, nor am I unmindful of the jurisprudence which has held that a corporation cannot be considered as an agent of its shareholders nor are the shareholders owners of the property of the corporation<sup>1</sup>. With respect to Berkam, however, although it filed the necessary annual returns and continued to do so in the years following 1964, ownership of it was clearly acquired by Messrs. Bernstein and Kamichik for the purpose of completing the carrying out of this scheme, the end result of which was to greatly diminish their income tax liability for the year in question, and it has never at any time been used for any other purpose or carried on any business whatsoever. However, it was Highland which conferred the benefit on them and not Berkam, the benefit consisting of their being given the right to purchase from it shares of Berkam worth \$200,000 for \$400, Berkam being merely the vehicle by which the cash benefit of this transaction eventually found its way into their hands.

Appellant invokes the case of *Crosbie Estate v. M.N.R.* [1967] 1 Ex.C.R. 297 which case, however, did not depend on an interpretation of section 85A of the *Income Tax Act* but was an estate tax case. In it a corporation controlled by the deceased gave two of its employees, one of whom was related by blood relationship to the deceased, the right to buy shares of its capital stock at a substantial discount in recognition of “long and faithful service . . . and as a further incentive to continue to render such service”. When the deceased died within three years the Minister added the value of the benefit back to his estate as being in the nature of a gift or a disposition for partial consideration. The Court

non en leur qualité d'actionnaire de la compagnie. La difficulté en l'espèce provient de ce que Bernstein et Kamichik n'étaient pas seulement des actionnaires minoritaires de la Highland, mais qu'entre eux, ils détenaient la propriété ou le contrôle de toutes les actions de la compagnie et pouvaient l'administrer comme ils l'entendaient. Je n'ignore pas que la compagnie a une existence séparée et distincte de celle de ses actionnaires et que, dans la présente affaire, la Highland, au moins, était une compagnie en pleine exploitation et non un subterfuge ou un simulacre. Je n'ignore pas non plus les arrêts qui ont décidé qu'une corporation ne peut être considérée l'agent de ses actionnaires ni les actionnaires propriétaires des biens de la compagnie<sup>1</sup>. Toutefois, en ce qui concerne la Berkam, bien qu'elle ait préparé ses déclarations annuelles et qu'elle ait continué à le faire après 1964. Bernstein et Kamichik en avaient fait manifestement l'acquisition dans le but évident de réaliser ce projet qui a eu pour effet de réduire énormément leurs impôts à payer pour l'année en cause. Cette compagnie n'a jamais servi à autre chose et n'a jamais exploité d'entreprise, quelle qu'elle soit. Cependant, c'est la Highland et non la Berkam qui leur a accordé la prestation, soit le droit d'acheter des actions de la Berkam valant \$200,000 pour la somme de \$400. La Berkam n'a été que le canal par lequel on leur a finalement transmis, en espèces, les profits de l'opération.

L'appelant invoque l'arrêt *La succession Crosbie c. M.R.N.* [1967] 1 R.C.É. 297, dont le point déterminant n'était pas l'interprétation de l'article 85A de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, mais qui portait sur l'impôt successoral. Dans cette cause, une compagnie contrôlée par le *de cuius* avait accordé à deux de ses employés, dont un était uni par les lieux du sang au *de cuius*, le droit d'acheter des actions de son capital-actions à un prix considérablement réduit en reconnaissance de «longs et fidèles services . . . et en encouragement à continuer à rendre de tels services». Le *de cuius* étant décédé dans les trois années, le Ministre a ajouté le montant de la prestation à la masse successorale comme

ruled that the benefit was conferred upon a relative as an employee of the company for legitimate business reasons and not as a blood relation of the deceased. In rendering judgment, however, Jackett P., as he then was, made reference to section 85A, stating at page 304:

One further point needs to be developed in considering the neat point that has to be decided on this appeal. In my view, what was done here falls into a not uncommon category of business transactions, namely, payments made in the ordinary course of business without legal liability. A business is operated to make a profit. No disbursement is a proper business disbursement unless it is made directly or indirectly to attain that end. Generally speaking, business payments are made pursuant to contracts whereby the business man receives a *quid pro quo* for that payment—e.g., contracts for services, purchase contracts, construction contracts, etc. Nevertheless, good business can dictate, depending on the circumstances, disbursements over and above the amounts legally owing for what the business man has received or is to receive. A special payment to a good contractor in unforeseen difficulties so that he will be available for future work, is one example. Bonuses to employees over and above any requirement of the contracts of employment, so as to maintain their goodwill and keep employee morale high is another. Still another is the very type of benefit conferred on senior executives that we find in this appeal. That it is a very common type of benefit conferred on senior executives is evidenced by the special provision made in section 85A of the *Income Tax Act* for their income tax treatment.

In the preceding paragraph, however, a conclusion of fact on which this statement is based is set out as follows:

There is no suggestion that the transaction was a mere subterfuge for conferring a benefit on Andrew C. Crosbie as a blood relation of the deceased and there is no suggestion that any part of the amount of the benefit is for anything other than the benefit that "legitimate business reasons" dictated that it was in the commercial interest of the company that it should confer on this employee. This aspect of the case is underlined by the otherwise irrelevant fact that a similar arrangement was made for a fellow employee on very similar terms at the same time.

The facts in that case are evidently quite different from the present where, despite the great stress laid by appellant's counsel in argument of the value to a corporation of offering stock option benefits to senior employees in lieu of

étant une donation ou une disposition dont la contrepartie n'avait été que partielle. Le tribunal a jugé que la prestation avait été accordée au parent à titre d'employé de la compagnie pour des motifs d'affaires valables et non à titre de parent par le sang du *de cuius*. Le président Jackett, tel était alors son titre, s'est rapporté dans son jugement à l'article 85A, alors qu'il déclarait à la page 304:

[TRADUCTION] Il nous faut éclaircir un autre point en plus de la question à trancher dans cet appel. Il me semble que l'opération en cause tombe dans une catégorie assez courante de transactions commerciales, celle des paiements faits dans le cours normal de l'entreprise, sans obligation juridique. On exploite une entreprise pour faire des bénéfices. Aucun débours n'est véritablement commercial s'il ne tend pas directement ou indirectement à cette fin. En général, les paiements commerciaux sont faits conformément à des contrats, en vertu desquels l'homme d'affaires reçoit une contrepartie pour ce paiement—par ex. des contrats de service, des contrats d'achat, des contrats de construction, etc. Cependant, selon les circonstances, une pratique commerciale judicieuse rendra nécessaires des débours supérieurs au montant juridiquement payable en contrepartie de ce que l'homme d'affaires a reçu ou doit recevoir. Un paiement spécial à un bon entrepreneur en raison de difficultés imprévues, afin qu'il soit disposé à effectuer un autre travail à l'avenir, est un exemple de ces situations. Des primes versées à des employés en sus des stipulations de contrats d'engagement, pour conserver leur bonne volonté et maintenir leur moral, en est un autre. On peut en citer un autre encore, c'est celui du type même d'avantages conférés à des cadres supérieurs, dont il est question dans cet appel. La clause spéciale de l'article 85A de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, relative à leur traitement pour fins d'impôt, démontre qu'il s'agit là d'un type très courant d'avantages consentis aux cadres supérieurs.

Cependant, l'alinéa précédant ce passage fait état d'une conclusion sur les faits qui fonde cette déclaration:

[TRADUCTION] On n'a pas prétendu que la transaction n'était qu'un simple subterfuge pour accorder une gratification à Andrew C. Crosbie en qualité de parent du défunt, ni qu'une partie du montant de la gratification n'ait eu d'autre but que de satisfaire aux raisons commerciales légitimes pour lesquelles il était de l'intérêt commercial de la compagnie de l'accorder à cet employé. Cet aspect de l'affaire est souligné par le fait, par ailleurs insignifiant, qu'on avait prévu un arrangement du même type pour un collègue de l'employé, dans des conditions semblables et à la même époque.

Les faits de l'arrêt cité diffèrent considérablement de ceux de la présente espèce car, en dépit de l'importance attachée par l'avocat de l'appellant à l'argument qu'une compagnie a avantage à accorder des prestations sous forme d'option

increases in salary in order to retain their services and prevent their leaving to work for a competitor, it was quite evident that neither Mr. Bernstein nor Mr. Kamichik had any such thought or intention. The business was, in fact, theirs, had been founded by them long before they incorporated, and they were for all practical purposes the only shareholders of Highland. It might perhaps be contended that the stock option benefit was conferred on them as a reward for past services, but certainly it was not required as an incentive to maintain their goodwill and continued devotion to the company's service. Looked at in this light it cannot be compared with stock option benefit plans which are frequently given to senior executives of large corporations in the interests of encouraging them and retaining their services. It is not without significance that three other employees who had been with the business since the late 1940's, and while admittedly not as valuable to Highland as Messrs. Bernstein and Kamichik, were only receiving \$7,000 to \$8,000 in 1964, were not given the opportunity to participate to even a very limited extent in the stock option benefit nor were they included in the company's pension plan established in 1965. It is also not without significance that in 1964, the very year in which the stock option benefit was conferred on appellant (and on Mr. Kamichik with whom we are not here concerned) his salary had been increased to \$35,000 from the \$17,450 he had received in 1963 and \$8,000 in 1962, so it can hardly be successfully contended that the stock option benefit was necessary "for legitimate business reasons" to reward him for his exceptionally hard work and ability and to retain his interest in continuing on the same basis in the company's service.

Appellant also referred to the Tax Appeal Board judgment in the case of *Smith v. M.N.R.* 69 DTC 192 which permitted the application of section 85A to a share option benefit conferred on appellant by a company in which he and his wife owned the controlling interest. The case

d'achat d'actions au lieu d'augmentations de salaire à ses cadres chevronnés pour retenir leurs services et éviter qu'ils quittent leur emploi pour s'engager chez un concurrent, il est bien évident que ni Bernstein ni Kamichik n'avaient jamais rien envisagé de tel. L'entreprise, en réalité, leur appartenait. Ils l'avaient fondée bien avant de la constituer en corporation, et à toute fin pratique, ils en étaient les seuls actionnaires. On peut peut-être prétendre qu'on leur a accordé la prestation sous forme d'option d'achat d'actions comme récompense de leurs services passés, mais cette gratification n'était sûrement pas nécessaire pour les encourager à rester bien disposés envers la compagnie et à prodiguer leurs efforts à son service. On ne peut sous ce rapport comparer la prestation dont il est question ici avec les régimes de prestations sous forme d'option d'achat d'actions qu'on accorde dans les grandes compagnies aux cadres supérieurs à titre d'encouragement et pour retenir leurs services. Il n'est pas sans conséquence de constater que trois autres employés, qui travaillent dans l'entreprise depuis la fin des années 40, bien qu'ils n'eussent manifestement pas la même importance pour la Highland que Bernstein et Kamichik, ne recevaient que des salaires de \$7,000 à \$8,000 en 1964; on ne leur avait aucunement donné la possibilité de participer, même de façon minime, à ladite prestation sous forme d'option d'achat d'actions, ni inclus dans le plan de pension établi par la compagnie en 1965. Il est également significatif qu'en 1964, l'année même où l'appellant a reçu la prestation (et Kamichik aussi, mais la présente affaire ne le concerne pas), le salaire de l'appellant a été porté à \$35,000, alors qu'il n'était que de \$17,450 en 1963 et de \$8,000 en 1962. Il est donc difficile de prétendre que ladite prestation était nécessaire «pour des raisons commerciales légitimes» afin de le récompenser pour son zèle et son talent exceptionnel et d'assurer qu'il demeure aussi empressé au service de la compagnie.

L'appellant s'est aussi référé au jugement de la Commission d'appel de l'impôt dans l'affaire *Gordon G. Smith c. M.R.N.* 69 DTC 192, qui a admis l'application de l'article 85A à une prestation sous forme d'option d'achat d'actions accordée à l'appellant par une compagnie que lui

seems to have been decided, however, on the basis that it was not necessary to have a formal written agreement between the company and appellant respecting the issue of the shares to him, a mere verbal agreement being sufficient, and no consideration seems to have been given to the possible application of section 85A(7) nor did the Minister invoke the provisions of section 137(2).

Appellant also referred to the case of *Marsland v. M.N.R.* [1970] Tax A.B.C. 49 in which appellants, husband and wife, were assessed for gift tax as the result of the issuance to their son at a substantial discount of shares in a corporation of which they owned 47 of the 50 issued shares, the son owning the other three. The finding was to the effect that it was clearly a benefit conferred on an employee by virtue of section 85A(1)(a) so that tax should be calculated in accordance with the provisions of section 85A(2) and that section 137(2) could not be applied. The reasoning in the judgment was to the effect that, since under section 85A such a payment is deemed to be income and under section 137(2) it can either be included in computing taxpayer's income under paragraph (a) or deemed to be a disposition by way of gift under paragraph (c) and since the recipient, the son, was prepared to pay whatever tax was payable by section 85A(2), it should not be treated as a gift. Again in this case there was no discussion of section 85A(7) and as already pointed out the question was not one of income tax but rather of gift tax which is not the issue in the case before me. Furthermore, the appellants' son was only a minority shareholder of the corporation although he had been for some time its most valued employee, his father having retired some time previously. It is clearly distinguishable from the present case therefore.

Appellant also relies on the case of *M.N.R. v. Pillsbury Holdings Limited* [1965] 1 Ex.C.R. 676, in which the respondent company borrowed a large sum of money from two of its subsidiaries. Subsequently interest was waived on the loan. The contention was that this was the conferral of a benefit by the subsidiary corporations on the parent corporation, being a

et son épouse contrôlaient. Toutefois, il semble que la décision dans cette affaire se soit fondée sur le fait qu'il n'était pas nécessaire qu'il y eut un accord écrit entre l'appelant et la compagnie au sujet de l'émission des actions en son nom, mais qu'un simple accord verbal suffisait. On ne semble pas avoir envisagé la possibilité d'appliquer l'article 85A(7) et le Ministre n'a pas invoqué les dispositions de l'article 137(2).

L'appelant a cité aussi l'arrêt *Marsland c. M.N.R.* [1970] Tax A.B.C. 49. Dans cette affaire, on avait imposé les appelants, mari et femme, à l'égard d'une donation par suite d'une émission d'actions à prix réduit au profit de leur fils; il s'agissait d'actions d'une compagnie dont ils possédaient 47 des 50 actions émises et leur fils le reste. On a conclu qu'il s'agissait manifestement d'une prestation accordée à un employé en vertu des dispositions de l'article 85A(1)a, si bien qu'on devait calculer l'impôt conformément à l'article 85A(2) et que l'article 137(2) ne s'appliquait pas. Selon les motifs du jugement, puisqu'aux termes de l'article 85A, on considère un tel paiement comme un revenu et qu'en vertu de l'article 137(2), on peut soit l'inclure dans le calcul du revenu du contribuable selon l'alinéa a), soit le considérer une donation selon l'alinéa c) et puisque le fils, bénéficiaire, était prêt à payer l'impôt prévu dans ce cas par l'article 85A(2), on ne devait pas traiter la prestation comme une donation. Dans cet arrêt, l'article 85A(7) n'a pas été discuté et, comme on l'a déjà souligné, il ne s'agissait pas d'impôt sur le revenu mais d'impôt sur les donations, ce qui n'est pas le cas dans la présente espèce. De plus, le fils des appelants n'était qu'un actionnaire minoritaire de la compagnie bien que, depuis un certain temps, il en ait été l'employé le plus important, son père ayant pris sa retraite quelque temps auparavant. Cette affaire se distingue donc clairement de la présente espèce.

L'appelant se fonde aussi sur l'arrêt *M.N.R. c. Pillsbury Holdings Limited* [1965] 1 R.C.É. 676. Dans cette affaire, la compagnie intimée avait emprunté une importante somme d'argent à deux de ses filiales qui avaient par la suite renoncé à l'intérêt sur ce prêt. On a allégué que les filiales avaient de cette manière accordé une prestation à la compagnie-mère qui en était

shareholder. In refusing to apply section 8(1)(c) of the Act (*supra*), Cattanach J., in rendering judgment, found that the benefit or advantage was not conferred on the parent company *qua* shareholder and in so finding he states at page 687:

The Minister does not allege that he assumed, in making the assessments, that the waiver was an arrangement or device adopted by the corporation to confer a benefit or advantage on the respondent as a shareholder. There was no onus on the respondent to disprove that fact, which is essential to its being taxable, unless the Minister assumed that fact when assessing. It may be that the Minister's appeal should be dismissed on that ground.

In the present case there is a clear invoking of the provisions of section 8(1)(c) and section 137(2) by respondent. The significance of this is emphasized when Cattanach J. states again at page 688:

I have more difficulty, as far as the first round of waivers is concerned, inasmuch as it does seem improbable that the lender would have cancelled the interest outright, instead of merely giving time for payment, on a claim by the borrower that it was in difficulties, were it not for the fact that the borrower owned practically all the shares in the lender corporation. However, there was no allegation that the waiver was anything other than what it purported to be, that is, a lender granting relief to a borrower in difficulties. Had the transactions been attacked in the Notice of Appeal and at the trial as being a device or arrangement for conferring a benefit on the respondent *qua* shareholder, it might well have been difficult for the respondent to have resisted the attack. However no such attack was made and the assessments cannot therefore stand.

I believe that two of respondent's contentions can readily be disposed of. In support of its contention that the benefit should be treated as a dividend under the provisions of section 6(1)(a)(i) of the Act (*supra*) respondent relies on the case of *Hill v. Permanent Trustee Company of New South Wales, Limited* [1930] A.C. 720 in which it is stated at page 731:

A limited company not in liquidation can make no payment by way of return of capital to its shareholders except as a step in an authorized reduction of capital. Any other payment made by it by means of which it parts with moneys to its shareholders must and can only be made by way of dividing profits. Whether the payment is called "dividend" or "bonus," or any other name, it still must remain a payment on division of profits.

actionnaire. Refusant d'appliquer l'article 8(1)(c) de la loi (précité), le juge Cattanach, dans son jugement, décide que le bénéfice ou avantage n'a pas été accordé à la compagnie-mère à titre d'actionnaire et déclare en conséquence à la page 687:

[TRADUCTION] Le Ministre n'allègue pas qu'il a présumé, en établissant la cotisation que le fait de renoncer à l'intérêt constituait une manœuvre de la part de la compagnie pour accorder à l'intimée un bénéfice ou avantage à titre d'actionnaire. L'intimée n'était pas tenue de réfuter ce fait, nécessaire pour que la renonciation à l'intérêt soit imposable, à moins que le Ministre n'ait présumé ledit fait en établissant la cotisation. Il se peut que ce motif suffise à justifier le rejet de l'appel du Ministre.

Dans la présente espèce, l'intimé invoque clairement les dispositions de l'article 8(1)(c) et 137(2). L'importance de ce fait est soulignée par la déclaration du juge Cattanach à la page 688:

d

[TRADUCTION] J'ai quelques difficultés, en ce qui concerne la première série de renonciations, à accepter que le prêteur, suite à la déclaration du débiteur relativement à ces difficultés financières, aurait tout simplement renoncé à l'intérêt plutôt que de lui accorder un délai supplémentaire, si ce n'était que le débiteur détenait la presque totalité des actions de la compagnie prêteuse. Cependant, on n'a pas soutenu que la renonciation était autre chose que ce qu'elle prétendait être, c'est-à-dire une aide accordée par un prêteur à un débiteur en difficultés financières. Si l'on avait mis en cause ces opérations dans l'avis d'appel et au procès en alléguant qu'elles étaient des manœuvres pour accorder un bénéfice à l'intimée à titre d'actionnaire, il lui aurait peut-être été difficile d'y faire échec. Cependant, on n'a pas mis en cause les opérations et, par conséquent, on ne peut maintenir les cotisations.

J'estime qu'on peut facilement régler deux des prétentions de l'intimé. L'intimé se fonde sur l'arrêt *Hill c. Permanent Trustee Company of New South Wales, Limited* [1930] A.C. 720 pour soutenir qu'on devrait traiter la prestation comme un dividende et lui appliquer les dispositions de l'article 6(1)(a)(i) de la loi (précité). Dans cet arrêt, on déclare ce qui suit à la page 731:

[TRADUCTION] Une compagnie à responsabilité limitée qui n'est pas en liquidation, ne peut faire aucun paiement en remboursement de capital à ses actionnaires sauf lorsqu'il s'agit d'une réduction autorisée de son capital. Tout autre versement effectué au profit de ses actionnaires ne peut et ne doit seulement se faire qu'au moyen d'une division des profits. Que l'on nomme ce paiement «dividende» ou «boni» ou n'importe quoi d'autres, il ne peut s'agir que d'un paiement par division de profits.

This case was referred to in the Exchequer Court in the case of *Northern Securities Company v. The King* [1935] Ex.C.R. 156 where, after quoting this passage, Maclean P. stated at pages 160-61:

This means that any distribution of money, except on a reduction of capital, by which assets are released to the shareholders, can only be a distribution of profits, by whatever method it is made.

Another finding to the same effect was made in the case of *McConkey v. M.N.R.* [1937] Ex.C.R. 209. None of these cases has any application to the present situation, however, unless it is concluded that the benefit was conferred on Messrs. Bernstein and Kamichik *qua* shareholders and not *qua* employees as otherwise section 85A, which was not of course an issue in the *Hill* case (*supra*) in Britain, nor in existence at the time of the two Canadian judgments, does provide an alternative method of distributing surplus by interest means. In any event, even if the conclusion were reached that this was a benefit conferred on Messrs. Bernstein and Kamichik *qua* shareholders, I believe it would be section 8(1)(c) which should apply to it rather than section 6(1)(a)(i). Section 6(1)(a)(i) merely uses the word "dividends" and the word "dividend" is defined in section 139(1)(k) as follows:

139. (1) In this Act,

(k) "dividend" does not include a stock dividend;

There was no meeting of directors at which any dividend was declared and the elaborate scheme which was adopted to eventually get cash from the company's surplus into the hands of Messrs. Bernstein and Kamichik could hardly be considered as the payment of a dividend. If it were to be considered as a dividend at all, and I do not so find, it would be more in the nature of a stock dividend dealt with in section 8(1)(c)(ii). However, some consideration, however slight, was paid for the stock and surely in a normal stock dividend no consideration would be paid for same and, moreover, it was not stock of Highland which was distributed to them but stock of Berkam which was sold at a discount. If it is found, therefore, that the transaction

La Cour de l'Échiquier s'est référée à cet arrêt dans l'affaire *Northern Securities Company c. Le Roi* [1935] R.C.É. 156. Le président Maclean, après avoir cité ce passage, déclare  
a aux pages 160 et 161:

[TRADUCTION] Ceci veut dire que, sauf s'il s'agit d'une réduction de capital, toute distribution de fonds qui a pour effet de transférer des actifs aux actionnaires, ne peut être qu'une distribution des profits, quelle que soit la méthode qu'on emploie pour l'effectuer.

L'arrêt *McConkey c. M.N.R.* [1937] R.C.É. 209 en arrive à la même conclusion. Aucun de ces arrêts, cependant, ne peut s'appliquer à l'espèce présente, à moins qu'on en vienne à la conclusion que Bernstein et Kamichik ont reçu la  
c prestation à titre d'actionnaires et non à titre d'employés car, autrement, l'article 85A, qui n'était évidemment pas en cause dans l'arrêt  
d *Hill* (précité) en Angleterre et qui n'existait pas à l'époque des deux jugements canadiens, pré-voit effectivement une autre façon de distribu-  
e tion des surplus, savoir sous forme de participation. En tous cas, même si l'on concluait qu'il s'agissait d'une prestation accordée à Bernstein  
f et Kamichik à titre d'actionnaires, j'estime qu'on devrait lui appliquer l'article 8(1)(c) plutôt que l'article 6(1)(a)(i). L'article 6(1)(a)(i) n'utilise que le mot «dividende» et ce mot est défini comme suit à l'article 139(1)(k):

139. (1) Dans la présente loi,

k) «dividende» ne comprend pas un dividende sous forme  
g d'actions;

Aucun dividende n'a été déclaré au cours d'une réunion des administrateurs et on ne peut vraiment pas considérer le plan compliqué qu'on a adopté pour tirer des fonds en espèces du surplus de la compagnie et les remettre à Bernstein  
h et Kamichik comme le paiement d'un dividende. Si l'on devait les considérer comme un dividende, ce qui n'est pas ma conclusion, ce serait  
i plutôt comme un dividende sous forme d'actions dont il est question à l'article 8(1)(c)(ii). Cependant, il y eut une contrepartie pécuniaire, si minime fut-elle, à la prestation sous forme  
j d'actions, ce qui ne se produirait jamais dans le cas d'un dividende normal sous forme d'actions. De plus, ce ne sont pas des actions de la Highland qui leur ont été distribuées, mais des

resulted in a benefit or advantage being conferred on a shareholder *qua* shareholder within the meaning of section 8(1)(c) of the Act, the exceptions in subparagraphs (i), (ii) and (iii) of paragraph (c) would not apply since it would not be an advantage or benefit conferred either "on the reduction of capital, redemption of shares or winding-up, discontinuance or reorganization of the business", the "payment of a stock dividend", or "by conferring on all holders of common shares in the capital of the corporation the right to buy additional common shares therein", as what was conferred was not a right to buy additional shares of Highland but rather the sale by Highland to Messrs. Bernstein and Kamichik of the shares which Highland owned in Berkam. The amount or value of the benefit would therefore be included in computing appellant's income for the year.

I believe also that respondent's contention that the benefit should be taxed under the provisions of section 81(1) of the Act must fail since it only applies "on the winding-up, discontinuance or reorganization" of the corporation's business and there was no reorganization whatsoever of Highland's capital structure or business, the reorganization having taken place with respect to Berkam. As I have already concluded that the benefit was conferred not by Berkam but by Highland, this section can have no application.

This brings us to the main question in issue, namely whether the benefit was not received "in respect of, in the course of or by virtue of the employment" of appellant within the meaning of section 85A(7) in which event the application of section 85A can have no effect.

Appellant contends that section 85A(1) is intended to apply to a transaction such as that in issue in the present case in that Highland sold shares of Berkam, a corporation with which it did not deal at arm's length, he and Mr. Kamichik being employees of Highland, and that the benefit must be deemed to have been received by them by virtue of their employment in

actions de la Berkam qu'on leur a vendues à prix réduit. Si l'on en vient à la conclusion que l'opération a accordé un bénéfice ou un avantage à un actionnaire à titre d'actionnaire au sens de l'article 8(1)c de la loi, les exceptions prévues aux sous-alinéas (i), (ii) et (iii) de l'alinéa c) ne s'appliquent pas puisqu'il ne s'agit pas d'un bénéfice ou avantage attribué à un actionnaire «à l'occasion de la réduction de capital, du rachat d'actions, ou de la liquidation, cessation ou réorganisation de l'entreprise», ni du «paiement d'un dividende sous forme d'actions», ni d'un bénéfice attribué «en conférant à tous les détenteurs d'actions ordinaires du capital de la corporation un droit d'y acheter des actions ordinaires additionnelles», puisqu'on n'a pas conféré à Bernstein et Kamichik le droit d'acheter des actions additionnelles de la Highland, mais des actions de la Berkam dont la Highland était détentrice. Le montant ou la valeur du bénéfice doit donc être inclus dans le calcul du revenu de l'appelant pour l'année.

J'estime également qu'on ne peut admettre la prétention de l'intimé selon laquelle on devrait imposer le bénéfice en vertu des dispositions de l'article 81(1) de la loi puisque cet article ne s'applique que «lors de la liquidation, la cessation ou la réorganisation» de l'entreprise de la compagnie et qu'il n'y a pas eu de réorganisation quelle qu'elle soit de la structure financière ni de l'entreprise de la Highland, la Berkam ayant fait l'objet de la réorganisation. Comme j'ai déjà décidé que le bénéfice a été attribué non par la Berkam mais par la Highland, cet article ne peut s'appliquer.

Ceci nous amène à la principale question en litige, à savoir si la prestation a été accordée «à l'égard, au cours ou en vertu de l'emploi», au sens de l'article 85A(7), auquel cas l'article 85A ne peut s'appliquer.

L'appelant soutient que l'article 85A(1) vise une opération comme celle qui est en question en l'espèce parce que la Highland a vendu des actions de la Berkam, compagnie avec laquelle elle ne traitait pas à distance, l'appelant et Kamichik étant des employés de la Highland, et qu'on doit considérer qu'ils ont reçu la prestation en raison de leur emploi au sens de l'article

accordance with section 85A(1)(a) and the tax calculated in accordance with section 85A(2). He points out that there is no requirement in the section that the same benefit be extended to all employees and that there is no limitation on the amount of the benefit which can be so given. Certain indicia point to the fact, however, that the benefit was not conferred on them by virtue of their employment. Although they worked unequal time in the course of their employment by the company and in the years 1963 and 1964, in any event, Mr. Bernstein received substantially higher salary than Mr. Kamichik, at all times each owned 50% of the company's shares and had the same investment in the company, and the benefit was conferred on them equally. It was not merely a relatively small benefit which was conferred on them but one which absorbed practically all of the company's earned surplus at the end of 1964. It was not offered to any other employee, even three others with long service. It was not beneficial to the company tax-wise but, on the contrary, was detrimental in that had it been paid by way of a bonus or increase in salary, this would have been a deductible expense to the company in its tax return. In its consequences it amounted to a distribution of Highland's profits, which profits are normally only distributed to shareholders as such and not to employees unless by virtue of some profit-sharing plan. Finally, the amounts received were, after the redemption of the shares, immediately loaned back to Highland by appellant and Mr. Kamichik, and it would be most unusual for employees as such to immediately loan back to the company a benefit received from it. When one looks at the intent of section 85A, it was evidently designed to enable a corporation to afford its employees (or its senior employees if it desires to restrict the offer to them) an opportunity to acquire shares of its stock or of the stock of a controlled subsidiary on terms which confer a benefit on them in order to reward their services and retain a personal interest by them in the company's progress without their being obliged to pay regular tax rates on the amount of this benefit. It can hardly have been intended to be used as a means of compensating an employee or employees, who may have been underpaid for

85A(1)(a) et, partant, appliquer l'article 85A(2) pour calculer leur impôt. Il signale que l'article n'exige pas que la même prestation soit accordée à tous les employés et qu'il n'en limite aucunement le montant. Certains indices, toutefois, font ressortir que la prestation ne leur a pas été accordée en raison de leur emploi. Bien qu'ils n'aient pas travaillé pendant le même nombre d'heures au cours de leur emploi et qu'en fait en 1963 et 1964, le salaire de Bernstein ait été considérablement supérieur à celui de Kamichik, chacun d'eux détenait 50% des actions et avait la même mise de fonds dans la compagnie et la compagnie leur a accordé à tous deux une prestation égale. On ne leur accordait pas une prestation relativement minime, mais une somme qui absorbait pratiquement tout le surplus du revenu gagné par la compagnie jusqu'à la fin de 1964. On ne l'a offerte à aucun autre employé, même pas à ces trois employés qui avaient de longs états de service. La prestation n'a pas profité à la compagnie d'un point de vue fiscal, mais au contraire, lui a nui, en ce sens que si elle avait été accordée sous forme de boni ou d'augmentation de salaire, la compagnie aurait pu s'en prévaloir à titre de dépense déductible de son revenu. En somme, ceci revenait à distribuer les profits de la Highland; or les profits ne sont normalement distribués qu'aux actionnaires et non aux employés, à moins qu'il n'existe un plan de participation aux bénéfices. Enfin, tout de suite après le rachat des actions, l'appellant et Kamichik ont prêté les montants reçus à la Highland. Il serait surprenant que de simples employés reprêtent immédiatement à la compagnie le montant d'un bénéfice qu'elle vient de leur accorder. Si l'on recherche le but visé par l'article 85A, il apparaît qu'on a voulu permettre aux compagnies d'accorder à leurs employés (ou à leurs cadres supérieurs, si elles veulent limiter leur offre) une possibilité d'acquies à des conditions favorables des actions de la compagnie même ou de filiales de façon à récompenser leurs services et à maintenir leur intérêt dans le développement de la compagnie, sans avoir à payer l'impôt aux taux réguliers sur le montant de la prestation. On ne peut vraiment pas prétendre que le but visé était son utilisation comme moyen de compenser la longue insuffisance des salaires d'un ou plusieurs employés,

some years, by conferring on them a benefit in a subsequent year at a very advantageous tax rate, in an amount sufficient to compensate them for all the alleged underpayment of salary which they have suffered in preceding years, when, had they been paid the salary to which they claim to have been entitled in those years, they would have had to pay tax on it each year at the regular tax rate. Neither could it have been intended that it should be used as a means of transferring nearly all of the company's earned surplus to shareholders who, between them, own or control all the shares of the company's stock at the same advantageous tax rate, whereas had it been paid to them by way of increased salary, bonus, regular dividend (which would have been subject to the dividend credit) or even by use of section 105, the taxes payable would have been substantially higher<sup>2</sup>.

In the case of *Smythe v. M.N.R.* [1968] 2 Ex.C.R. 189, Gibson J. considered the application of section 137(2) to the involved transaction involved in that case at some length. He concluded that there was no business reason for entering into the various transactions and that the result of the series of transactions was that the company conferred a benefit on the appellants *qua* shareholders, which benefit, because of section 137(2), is deemed to be a payment which must be included in computing the taxpayer's income. The assessor had included it as a deemed dividend under section 81(2) of the Act, but Gibson J. concluded, as I have concluded in the present case, that there was no winding-up, discontinuance or reorganization of the business and as a consequence he would have assessed the benefit as income received by the appellant within the purview of section 8(1) of the Act. This judgment was upheld in the Supreme Court ([1970] S.C.R. 64) but in that Court it was found that the case was plainly covered by section 81(1) of the Act and that it was therefore unnecessary to express any opinion on the scope of section 137(2).

In the case of *Craddock v. M.N.R.* [1969] 1 Ex.C.R. 23, Gibson J. went into further detail as to his understanding of the application of sec-

en leur accordant ultérieurement une prestation, à ces conditions fiscales très favorables, d'un montant assez important pour les dédommager du salaire insuffisant des années antérieures alors que, s'ils avaient reçu le salaire auquel ils estiment avoir eu droit au cours de ces années, ils auraient dû payer chaque année l'impôt sur ce salaire au taux régulier. On ne peut non plus avoir voulu qu'il soit utilisé pour transférer presque tout le surplus d'exploitation de la compagnie à des actionnaires qui, entre eux, possèdent ou contrôlent toutes les actions de la compagnie à ce taux d'imposition favorable, alors que s'ils l'avaient reçu à titre d'augmentation de salaire, de boni, de dividende ordinaire (qui aurait été sujet au crédit d'impôt pour dividendes) ou même en utilisant l'article 105, les impôts à payer auraient été considérablement plus élevés<sup>2</sup>.

Dans l'arrêt *Smythe c. M.R.N.* [1968] 2 R.C.É. 189, le juge Gibson a étudié en détail la possibilité d'appliquer l'article 137(2) dans le cas de la transaction complexe dont il était question dans cette affaire. Il conclut en disant qu'il n'y avait aucune raison commerciale qui justifiait la conclusion des diverses opérations et que, finalement, suite à cette série d'opérations, la compagnie se trouvait à conférer un bénéfice aux appelants, à titre d'actionnaires, bénéfice qui, vu l'article 137(2), est présumé être un paiement qui doit être inclus dans le calcul du revenu du contribuable. Le répartiteur l'avait considéré comme un dividende au sens de l'article 81(2) de la loi, mais le juge Gibson en vient à la conclusion, comme moi-même d'ailleurs en l'espèce, qu'il n'y avait ni liquidation, ni cessation, ni réorganisation de l'entreprise et qu'en conséquence, il aurait imposé la prestation comme étant du revenu reçu par l'appelant au sens de l'article 8(1) de la loi. Ce jugement a été confirmé par la Cour suprême du Canada ([1970] R.C.S. 64), mais cette Cour était d'avis que l'article 81(1) de la loi englobait totalement la question et qu'il n'était donc pas nécessaire de se prononcer sur la question du champ d'application de l'article 137(2).

Dans l'affaire *Craddock c. M.R.N.* [1969] 1 R.C.É. 23, le juge Gibson a précisé davantage quelle application, selon lui, devrait recevoir

tion 137(2) of the Act to a surplus stripping operation having no legitimate business purpose and resulting in a benefit being conferred on the appellants. In rendering judgment he states at page 31:

When the circumstances of the inter-related transactions are such that it is correct to include such "benefit" "in computing the taxpayer's income for the purpose of Part I", then the total of it is included in such taxpayer's income as one of the sources of such taxpayer's income within the meaning of section 3 of the Act in the same manner as if section 137(2) was in one of the series of sections in Part I such as section 6, section 8(1), section 16(1) and section 81(1). But section 137(2) of the Act in any such case is not dependent upon for its efficacy on or connected with any other section or sections in Part I, such as sections 6, 8(1), 16(1) and 81(1) and therefore none of these latter sections are relevant in the adjudication of any case in which section 137(2) is applicable.

On this basis, section 137(2) may not even have to be linked with another section in order to be applied, but since, in the present case, I have concluded that it would also come within section 8(1)(c), it is not necessary to conclude that the transaction would be taxable by the provisions of section 137(2) alone. I am satisfied on the facts before me that the series of transactions commencing with the acquisition of Berkam by Highland, the reorganization of its capital structure to provide for additional preferred shares, the purchase of these shares at their par value by Highland, the subsequent sale of these shares for a nominal price by Highland to appellant and Mr. Kamichik, the subsequent supplementary letters patent of Berkam resulting in the cancellation and redemption of its preferred shares and payment of the par value of them to appellant and Mr. Kamichik, and the immediate loan by them to Highland of the amounts so received to enable Highland to repay the bank indebtedness it had incurred for the purchase of these shares in the first place, were all carried out in order to confer a benefit on appellant and Mr. Kamichik within the meaning of section 137(2) of the Act with the intention of diminishing the taxes payable by them under the Act and that the benefit received should therefore be included in computing the taxpayer's income for the purpose of Part I. Section 8(1)(c) in Part I applies in that the benefit or advantage was conferred on them as shareholders of Highland. This finding depends

l'article 137(2) de la loi en ce qui concerne une opération visant à éliminer les surplus, ne servant aucune fin commerciale légitime et conférant un bénéfice aux appelants. Rendant jugement, il déclare à la page 31 :

[TRADUCTION] Quand les circonstances qui entourent plusieurs transactions toutes reliées entre elles sont telles, qu'il est approprié d'inclure un tel «avantage» «dans le calcul du revenu du contribuable selon la Partie I», à ce moment-là, cet avantage au complet est inclus dans le revenu d'un tel contribuable comme l'une de ses sources de revenu au sens de l'article 3 de la loi tout comme si l'article 137(2) faisait partie de la série d'articles de la Partie I, tel que les articles 6, 8(1), 16(1) et 81(1). Mais l'efficacité de l'article 137(2) de la loi dans un cas semblable n'est aucunement subordonnée ni reliée à un quelconque article de la Partie I, tels que les articles 6, 8(1), 16(1), et 81(1) et, par conséquent, aucun desdits textes ne sont pertinents pour juger une cause où l'article 137(2) s'applique.

Vu cette conclusion, pour appliquer l'article 137(2), il n'est peut-être pas même indispensable de le relier à un autre article de la loi, mais étant donné que dans la présente affaire, j'en suis déjà venu à la conclusion que la prestation est couverte par les dispositions de l'article 8(1)(c), il n'est pas nécessaire de conclure que la transaction est imposable en vertu du seul article 137(2). Sur la base des faits qui ont été exposés devant moi, je suis convaincu que le but de la série d'opérations commençant par l'acquisition de la Berkam par la Highland, la réorganisation de la structure de son capital-actions de manière à créer des actions privilégiées supplémentaires, l'achat de ces actions à leur valeur au pair par la Highland, la vente ultérieure de ces actions à un prix nominal par la Highland à l'appellant et Kamichik, l'adoption subséquente de lettres patentes supplémentaires pour la Berkam qui ont donné lieu à l'annulation et au rachat de ses actions privilégiées puis au paiement de leur valeur au pair à l'appellant et à Kamichik et le prêt immédiat des montants ainsi reçus accordé par ces derniers à la Highland afin d'aider cette dernière à rembourser à la banque les sommes qu'elle avait empruntées pour acheter ces actions à l'origine, a été de conférer un avantage à l'appellant et Kamichik au sens de l'article 137(2) de la loi, tout en ayant l'intention de diminuer leurs impôts payables en vertu de ladite loi. Par conséquent, ledit avantage reçu doit être inclus dans le calcul du revenu du contribuable aux fins de la Partie I.

on the facts of this case, which should not be construed as holding that section 85A cannot properly be applied to an employee who is also a shareholder, but is based on the fact that in the present case appellant and Mr. Kamichik were the sole shareholders as well as being *bona fide* employees and that in their capacity as sole shareholders of Highland they caused it to so act as to confer a benefit on them which, although stated to be conferred by virtue of their employment, was in actual fact received by them in consequence of their being able as sole shareholders of the company to so control its actions as to cause this benefit to be paid. It was not, therefore, received by virtue of their employment within the meaning of section 85A(7) but rather by virtue of their being shareholders of the company with the result that section 85A cannot be used in the case of appellant as an exception preventing the application of section 137(2) and section 8(1)(c) of the Act. The appeal is therefore dismissed with costs.

L'article 8(1)c) de la Partie I s'applique étant donné que le bénéficiaire ou avantage leur a été conféré à titre d'actionnaires de la Highland. Cette conclusion repose exclusivement sur les faits de la présente affaire et l'on ne doit pas l'interpréter comme voulant dire que l'article 85A ne peut s'appliquer à bon droit à un employé qui est en même temps actionnaire; ma conclusion se fonde sur le fait qu'en l'espèce, l'appelant et Kamichik étaient les seuls actionnaires en même temps que les seuls employés véritables de la compagnie; en leur qualité de seuls actionnaires de la Highland, ils l'ont amenée à leur conférer une prestation que, malgré les déclarations portant qu'il s'agissait d'une prestation conférée en raison de leur emploi, ils ont effectivement reçue parce qu'ils étaient les seuls actionnaires de la compagnie et qu'ils la contrôlaient de façon à pouvoir conférer une telle prestation. En conséquence, ils ne l'ont pas reçue en vertu de leur emploi au sens de l'article 85A(7), mais plutôt en conséquence du fait qu'ils sont actionnaires de la compagnie; il s'ensuit que l'article 85A ne peut être invoqué par l'appelant pour éviter l'application des articles 137(2) et 8(1)c) de la loi. L'appel est par conséquent rejeté avec dépens.

<sup>1</sup> See for example *Salomon v. Salomon* [1897] A.C. 22; *The Gramophone and Typewriter, Limited v. Stanley* [1908] 2 K.B. 89; *Army and Navy Department Store Limited v. M.N.R.* [1953] 2 S.C.R. 496; *Denison Mines Limited v. M.N.R.* [1971] F.C. 295 at p. 320 and *Sazio v. M.N.R.* [1969] 1 Ex.C.R. 373.

<sup>2</sup> I am strengthened in this view by the amendment made to section 85A(2)(b) in 1966-67, c. 47, s. 9(1) whereby the tax, instead of being based on the difference between the proportion of the benefit, calculated in accordance with section 85A(2)(b)(i) and 20% of the benefit so received is now calculated on the difference between the proportion so calculated and the lesser of 20% of the benefit so deemed to have been received or \$200. If the \$200 provision had been in effect in 1964, the tax payable by appellant would have been very substantially larger and the benefit would have been of far less tax advantage to him.

<sup>1</sup> Voir par exemple *Salomon c. Salomon* [1897] A.C. 22; *The Gramophone and Typewriter, Limited c. Stanley* [1908] 2 K.B. 89; *Army and Navy Department Store Limited c. M.N.R.* [1953] 2 R.C.S. 496, *Denison Mines Limited c. M.N.R.* [1971] C.F. 295 à la p. 320 et *Sazio c. M.N.R.* [1969] 1 R.C.É. 373.

<sup>2</sup> La modification de l'article 85A(2)(b) aux Statuts de 1966-67, c. 47, art. 9(1) me confirme dans cette opinion. D'après la modification, l'impôt, au lieu d'être fondé sur la différence entre la proportion de la prestation que l'on calcule suivant l'article 85A(2)(b)(i) et 20% de la prestation reçue, se calcule maintenant en se fondant sur la différence entre la proportion de la prestation calculée de la même façon et le moindre de 20% de la prestation reçue ou de \$200. Si la disposition prévoyant le montant de \$200 avait été en vigueur en 1964, l'impôt qu'aurait dû payer l'appelant aurait été beaucoup plus élevé et la prestation aurait été moins avantageuse sur le plan fiscal.