

A-15-74

A-15-74

Nathan Bernstein (*Appellant*)

v.

Minister of National Revenue (*Respondent*)

Court of Appeal, Ryan and Le Dain JJ. and Hyde D.J.—Montreal, March 9; Ottawa, May 16, 1977.

Income tax — Calculation of income — Companies — Stock option benefits to employees — Election re averaging — Whether scheme for appropriating undistributed profits — Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 85A.

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. The Trial Division dismissed the appellant's appeal from this assessment.

Held, the appeal is dismissed. Although the judgment of the Trial Division might imply that an employee who was a controlling shareholder could not qualify for the election provided in section 85A(2), this is not the case. All the factors surrounding the granting of the benefit by the corporation must be taken into consideration. When it is evident that the options were granted because the employees were shareholders, they cannot qualify.

INCOME tax appeal.

COUNSEL:

Bruce Verchère and *S. Sweibel* for appellant.
Alban Garon, Q.C., and *Jean Paul Fortin, Q.C.*, for respondent.

SOLICITORS:

Verchère & Gauthier, Montreal, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

HYDE D.J.: Appellant (Bernstein) has appealed from a judgment of the Trial Division [[1973] F.C. 1305] which dismissed his appeal from his assessment for the year 1964 under the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148.

Nathan Bernstein (*Appellant*)

c.

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

Cour d'appel, les juges Ryan et Le Dain et le juge suppléant Hyde—Montréal, le 9 mars; Ottawa, le 16 mai 1977.

^b *Impôt sur le revenu — Calcul du 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, S.R.C. 1952, c. 148, art. 85A.*

^c En établissant la nouvelle cotisation de l'appellant, 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'appellant pour l'année d'imposition 1964. La Division de première instance a rejeté le pourvoi de l'appellant contre cette cotisation.

Arrêt: l'appel est rejeté. Le jugement de la Division de première instance pourrait signifier que l'employé-actionnaire qui détient le contrôle ne pourrait pas prétendre au choix prévu à l'article 85A(2), mais ce n'est pas le cas. On doit tenir compte de tous les facteurs entourant l'octroi de la prestation par la compagnie. Lorsqu'il est clair que les options sont accordées parce que les employés sont actionnaires, ceux-ci n'y ont plus droit.

^f APPEL en matière d'impôt sur le revenu.

AVOCATS:

Bruce Verchère et *S. Sweibel* pour l'appellant.
Alban Garon, c.r., et *Jean Paul Fortin, c.r.*, pour l'intimé.

^g PROCUREURS:

Verchère & Gauthier, Montréal, pour l'appellant.
^h *Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

LE JUGE SUPPLÉANT HYDE: Appel est interjeté par l'appellant Bernstein d'un jugement rendu par la Division de première instance [[1973] C.F. 1305] et qui rejetait son appel d'une cotisation de l'année 1964 aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, c. 148.

The dispute arises from the election by Bernstein as to the manner in which a stock option benefit, amounting to \$99,800, received by him in 1964 should be taxed as provided in section 85A of the Act. The arithmetic by which the contested tax is arrived at is not in question but only the right of Bernstein to make the election provided for in subsection (2) of section 85A.

Bernstein was both an employee and a shareholder of Highland Knitting Mills Inc. (Highland)—in fact he was the President of the Company and beneficial owner of fifty per cent of its capital stock, the other fifty per cent being beneficially owned by one Kamichik its Vice-President and Secretary-Treasurer.¹ Bernstein and Kamichik incorporated Highland in 1956 to take over their unincorporated partnership business of manufacturing and distributing knitted clothing—a successful operation as indicated from its increase in sales from \$350,000 in 1956 to \$1,100,000 in 1964.

By a complicated series of transactions Highland acquired 20,000 5% non-cumulative non-voting redeemable preferred shares of a wholly owned subsidiary corporation, Berkam Investments Limited (Berkam), at the par value of \$10 each in October 1964.² On November 23, 1964 Highland gave Bernstein and Kamichik each the option to purchase 10,000 of Berkam preferred shares for the sum of \$200 which option they each exercised on December 11, 1964.

¹ The record only shows Kamichik as Secretary-Treasurer but Stanley S. Rosan C.A., the auditor of Highland Knitting Mills Inc. and principal witness called by Bernstein at trial, during cross-examination on being asked what office he held in 1960 replied "I would imagine he was Vice-President, I think he was also Vice-President and Treasurer" (transcript p. 172).

² As the various steps in this series are material to this case I give the Trial Judge's account [[1973] F.C. 1305 at pp. 1307-08]:

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

Conformément à l'article 85A de la Loi, M. Bernstein avait exercé un choix pour l'imposition de la prestation qu'il avait reçue en 1964 sous forme d'option d'achat d'actions d'un montant de \$99,800. Ce n'est pas le calcul de l'impôt contesté qui est mis en cause mais le droit de M. Bernstein de faire le choix prévu au paragraphe 85A(2).

M. Bernstein était employé et actionnaire de Highland Knitting Mills Inc. (Highland). En fait, il était président de la compagnie et propriétaire bénéficiaire de 50% de son capital-actions et un certain M. Kamichik qui était vice-président et trésorier¹ avait le *beneficial ownership* du reste. M.M. Bernstein et Kamichik constituèrent Highland en corporation en 1956 afin qu'elle acquière leur entreprise de fabrication et de distribution de vêtements de tricot. Ils ont fait de bonnes affaires comme en témoigne l'augmentation du chiffre d'affaires qui est passé de \$350,000 en 1956 à \$1,100,000 en 1964.

Grâce à des transactions multiples et complexes, Highland acquit en octobre 1964² 20,000 actions privilégiées, non cumulatives, portant intérêt à 5% et sans droit de vote d'une filiale en propriété exclusive, Berkam Investments Limited (Berkam) pour une valeur au pair de \$10 l'action. Le 23 novembre 1964, Highland conféra à M. Bernstein et à M. Kamichik le droit de lui acheter 10,000 desdites actions privilégiées de Berkam pour \$200 et tous les deux firent valoir ce droit le 11 décembre 1964.

¹ Selon le dossier, M. Kamichik était seulement secrétaire-trésorier mais durant le contre-interrogatoire, lorsqu'on a demandé à M. Stanley S. Rosan, C.A., vérificateur de Highland Knitting Mills Inc. et témoin principal cité par M. Bernstein au procès, quel poste détenait M. Kamichik en 1960, il a répondu «Je pense qu'il était vice-président et également trésorier» (page 172 de la transcription).

² Comme les diverses étapes de cette affaire sont pertinentes en l'espèce, je cite les paroles du juge de première instance [[1973] C.F. 1305, aux pages 1307-08]:

Au mois de septembre 1964, ils ont acquis la charte 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 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 de 11,000 actions privilégiées non cumulatives, portant intérêt à 5%,

On December 14, 1964 Berkam redeemed these preferred shares so that Bernstein received \$100,000 for an outlay of \$200 or the substantial benefit of \$99,800—the basis of the disputed assessment.

The issue on appeal is whether the stock option benefit received by the appellant is one contemplated by section 85A, and the appellant is, therefore, entitled to elect the special calculation of tax provided for by subsection 85A(2)³.

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.

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.

³ 85A. . . .

(2) Where a benefit is deemed by paragraph (a), (b), (c) or (d) of subsection (1) to have been received by an employee by virtue of his employment in a taxation year, the employee shall, if he so elects, pay as tax for the year under this Part, in lieu of the amount that would otherwise be payable, an amount equal to the aggregate of

(a) the tax that would be payable by the employee for the year under this Part if no benefit were so deemed to have been received by him in the year, and

(b) the amount, if any, by which

(i) the proportion of the benefit so deemed to have been received that the aggregate of the taxes that would have been payable by the employee under this Part for the 3 years immediately preceding the taxation year (before making any deduction under section 33, 38 or 41), if no

(Continued on next page)

Le 14 décembre 1964, Berkam racheta ces actions privilégiées et M. Bernstein toucha ainsi la somme de \$100,000 en contrepartie d'un débours de \$200, soit le bénéfice considérable de \$99,800 qui est à l'origine de la cotisation contestée.

Le point en litige est de savoir si la prestation accordée à l'appelant sous forme d'option d'achat d'actions est prévue par l'article 85A et si l'appelant a donc le droit de choisir le calcul particulier de l'impôt prévu par le paragraphe 85A(2)³.

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 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 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 1964, mais la banque n'y a apposé son tampon que le 4 décembre 1964.

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.

³ 85A. . . .

(2) Lorsque, d'après l'alinéa a), b), c) ou d) du paragraphe (1), une prestation est censée avoir été reçue par un employé en raison de son emploi dans une année d'imposition, l'employé doit, s'il opte en ce sens, payer comme impôt pour l'année sous le régime de la présente Partie, au lieu du montant qui serait autrement payable, un montant égal à l'ensemble

a) de l'impôt qui serait payable par l'employé pour l'année sous le régime de la présente Partie si nulle prestation n'était ainsi censée avoir été reçue par lui dans l'année, et

b) du montant, s'il en est, par lequel

(i) la proportion de la prestation ainsi réputée avoir été reçue que l'ensemble des impôts qui auraient été payables par l'employé sous le régime de la présente Partie pour les trois années précédant immédiatement l'année d'imposition (avant toute déduction prévue par l'article 33, 38 ou

(Suite à la page suivante)

His original assessment of June 28, 1965 was made on the basis of this election but by notice of re-assessment dated June 25, 1969 he was re-assessed and denied the right to make such election so that the sum of \$99,800 was added to his ordinary taxable income for 1964. He filed an objection but the re-assessment was confirmed and his appeal to the Federal Court was dismissed in the Trial Division—hence the present appeal.

The re-assessment was based on subsection (7) of section 85A which reads:

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.

Appellant's principal attack on the judgment appealed from is directed against the reasoning [at page 1325] that:

... 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. [Underlining mine.]

Read out of context this might imply that an employee who was a controlling shareholder could not qualify for the election provided in subsection 85A(2) which I do not consider to be so. All the factors surrounding the granting of the benefit by the corporation must be taken into consideration.

One of these factors is certainly that Bernstein and Kamichik were the sole shareholders, each for one half. But that is not enough by itself given the

(Continued from previous page)

benefit were deemed by paragraph (a), (b), (c) or (d) of subsection (1) to have been received by him in those years, is of the aggregate of the employee's incomes for those years minus the benefit deemed by paragraph (a), (b), (c) or (d) of subsection (1) to have been received by him in those years,

exceeds

(ii) 20% of the amount of the benefit so deemed to have been received.

La cotisation primitive, datée du 28 juin 1965, fixait l'impôt en se fondant sur le choix de l'appelant en vertu de l'article 85A mais, par avis de nouvelle cotisation daté du 25 juin 1969, il reçut une nouvelle cotisation lui interdisant de se prévaloir de ce choix, à la suite de quoi, on ajouta la somme de \$99,800 à son revenu imposable pour l'année d'imposition 1964. L'appelant s'opposa à la nouvelle cotisation qui fut néanmoins confirmée; son appel en Cour fédérale fut rejeté par la Division de première instance, d'où le présent appel.

La nouvelle cotisation se fondait sur le paragraphe 85A(7) que voici:

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.

L'argument principal dirigé par l'appelant contre le jugement dont il est interjeté appel porte sur le raisonnement [à la page 1325] suivant:

... 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. [C'est moi qui souligne.]

Pris hors de contexte, ceci pourrait signifier que l'employé-actionnaire qui détient le contrôle ne pourrait pas prétendre au choix prévu au paragraphe 85A(2) et je ne suis pas de cet avis. On doit tenir compte de tous les facteurs entourant l'octroi de la prestation par la compagnie.

L'un de ces facteurs est que MM. Bernstein et Kamichik étaient certes les seuls actionnaires puisqu'ils détenaient chacun la moitié des actions.

(Suite de la page précédente)

41) si nulle prestation n'était censée, d'après l'alinéa a), b), c) ou d) du paragraphe (1), avoir été reçue par lui dans les trois années susdites, représente par rapport à l'ensemble des revenus de l'employé pour ces années, moins la prestation censée, par l'alinéa a), b), c) ou d) du paragraphe (1), avoir été reçue par lui dans les trois années susdites,

dépasse

(ii) vingt pour cent du montant de la prestation ainsi réputée avoir été reçue.

fact that they were also the most important employees.

For reasons not explained while Bernstein and Kamichik each received salaries of \$17,000 in 1963, in 1964 Bernstein's was \$34,000 while Kamichik's was only \$18,000, and still the stock option benefit was conferred on them equally.

Moreover, this transaction required the appropriation of a substantial part of Highland's earned surplus on which tax had been paid. Compared with a salary or bonus adjustment, which would have been a deductible expense to the company, it was from that point of view not in the company's interest but designed, taxwise, particularly to favour the recipients. While it is true that Bernstein and Kamichik had rendered most valuable services there were other employees who, if there had been no share control, might reasonably have been expected to participate in such an important employee benefit arrangement. For example Mr. Rosan (transcript p. 223) testified that there were three long-term employees who had been with Messrs. Bernstein and Kamichik since 1950 or earlier, before the business was incorporated, who in 1964 were receiving comparatively modest salaries of \$7,000 a year.

Furthermore, Highland was obliged to borrow from its bankers to provide the \$200,000 it paid Berkam for its preferred shares which loan was repaid on January 8, 1965 with loans from Bernstein and Kamichik of an equal amount against which they each received from Highland promissory notes of \$100,000. Although these notes bore interest at 6% per annum, Mr. Rosan testified that this interest was waived by Messrs. Bernstein and Kamichik.

As subsection (7) of section 85A indicates, the exception provided for stock option benefits is that they be received as employees not as shareholders. That an employee may incidentally be a shareholder does not disqualify him but when it is evident, as I believe it has been shown to be the case in this instance, that the options were granted because these employees were shareholders—in fact the only ones—they cannot qualify.

Mais cela n'est pas un critère suffisant puisqu'ils étaient aussi les employés les plus importants.

Pour des raisons obscures, M. Bernstein a touché un salaire de \$34,000 en 1964 et M. Kamichik, \$18,000 seulement bien qu'ils aient en tous les deux \$17,000 en 1963. Ils ont tous deux touché une prestation égale sous forme d'option d'achat d'actions en 1964.

Cette transaction exigeait l'affectation d'une bonne partie du surplus d'exploitation de Highland qui avait été déjà imposé. Bien qu'elle puisse être comparée à une augmentation de salaire ou un boni qui aurait constitué une dépense déductible pour la compagnie, cette transaction ne visait pas l'intérêt de la compagnie mais plutôt l'octroi de conditions fiscales avantageuses aux bénéficiaires. Bien qu'il soit vrai que MM. Bernstein et Kamichik aient rendu des services d'une grande valeur, il y avait d'autres employés qui, faute de contrôle des actions, auraient pu vraisemblablement participer à ladite prestation sous forme d'option d'achat d'actions. M. Rosan (page 223 de la transcription) a témoigné, par exemple, que trois employés de longue date qui travaillaient pour MM. Bernstein et Kamichik depuis 1950 au moins, avant la constitution de la compagnie en corporation, touchaient en 1964 des salaires relativement modestes de \$7,000 par an.

De plus, Highland a dû emprunter à ses banquiers afin de fournir le montant de \$200,000 qu'elle a versé à Berkam pour ses actions privilégiées, emprunt qui a été remboursé le 8 janvier 1965 grâce à des prêts du même montant consentis par MM. Bernstein et Kamichik pour lesquels ils reçurent des billets à ordre de Highland de l'ordre de \$100,000. Bien que ces billets aient porté un intérêt annuel de 6%, M. Rosan a témoigné que MM. Bernstein et Kamichik avaient renoncé à cet intérêt.

Comme l'indique le paragraphe 85A(7), les prestations sous forme d'option d'achat d'actions doivent être touchées par les bénéficiaires à titre d'employés et non à titre d'actionnaires. Le fait que l'employé soit actionnaire à l'occasion ne l'empêche pas de jouir de cette prestation mais lorsqu'il est clair, comme en l'espèce, que les options sont accordées parce que les employés sont actionnaires, en fait les seuls actionnaires, ces derniers n'y ont plus droit.

Obviously, the self-serving statement in the option agreement (Ex. Mc vol. 1, p. 70) that the benefit is conferred on Bernstein "in respect of and by virtue of his employment" does not establish that as a fact. When one reads Rosan's testimony (particularly pp. 183 to 232) it is clear that the two partners did not want to take the surplus earnings out of the company through dividends in the normal way because of the tax impact and that this scheme was devised by Mr. Rosan, with legal advice, to accomplish indirectly what they did not wish to do directly.

I believe that the factors I have noted are sufficient to show that appellant Bernstein does not escape the proviso of subsection (7) of section 85A.

I would dismiss this appeal with costs.

* * *

RYAN J.: I concur.

* * *

LE DAIN J.: I concur.

Il est évident que la déclaration intéressée qui figure dans l'option (Ex. Mc vol. 1, p. 70) et selon laquelle la prestation est accordée à M. Bernstein «à l'égard de son emploi et en vertu dudit emploi» n'établit pas cela comme un fait. Il ressort clairement du témoignage de M. Rosan (les pages 183 à 232 en particulier), que les deux associés ne voulaient pas tirer le surplus d'exploitation de la compagnie par voie de paiement de dividendes selon l'usage courant, à cause de l'incidence fiscale et aussi que cette manœuvre avait été conçue par M. Rosan, à l'aide d'un avocat, pour réaliser indirectement ce qu'ils ne voulaient pas faire directement.

A mon avis, les faits que j'ai observés suffisent à prouver que les dispositions du paragraphe 85A(7) doivent s'appliquer à l'appellant Bernstein.

L'appel est rejeté avec dépens.

* * *

LE JUGE RYAN: J'y souscris.

* * *

LE JUGE LE DAIN: J'y souscris.