

A-464-75

A-464-75

Bendix Automotive of Canada Limited (*Appellant*)

v.

The Queen (*Respondent*)

Court of Appeal, Jackett C.J., Heald and Ryan JJ.—Ottawa, February 9, 1978.

Income tax — Income calculation — Valuation of shares — Parent company agreeing with Control Data Corporation to exchange its shares for shares in Computing Devices of Canada — Appellant required to declare dividend to fulfil agreement — Value of distributed shares for purposes of non-resident withholding tax — Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, ss. 106(1a)(a), 109(1), 139(1)(a).

This is an appeal from a judgment of the Trial Division dismissing an appeal from the Tax Review Board which in turn dismissed appellant's appeal from an assessment increasing the value of a dividend paid by the appellant. In 1969, appellant distributed a dividend to its parent corporation to fulfil a share exchange agreement between the parent and Control Data Corporation, on the basis of one share of Control Data for each five shares of Computing Devices held by appellant. Appellant contends that the value to be placed on the shares for 15% withholding tax purposes should be based on the value of Control Data shares acquired by the parent, taking into account restrictions on transfer in the offer. Respondent values the shares at the price at which a block of Computing Devices shares was traded on the Toronto Stock Exchange in August 1969. The issue is whether or not the Trial Division should have changed the Minister's determination of the value expressed in money.

Held, the appeal is allowed. The value is the amount for which the shares would have been sold by a willing, well-informed owner not acting under pressure to a willing purchaser not acting under pressure. Two branches of evidence are to be considered: (1) the market history of the value of the shares held by persons other than the appellant in the third company and (2) the consideration received for the block of shares constituting the dividend by the parent company from a purchaser with whom it was dealing at arm's length immediately after the payment of the dividend. Either the Trial Judge put to himself the wrong question or he was clearly wrong in concluding that the evidence of the market value of the minority shares (influenced as it seems to have been by the exchange offer that arose out of the negotiations between the purchaser and the parent company) outweighed the evidence of the value of the consideration negotiated with an arm's length third person for the block of shares constituting the dividend at the relevant time.

INCOME tax appeal.

Bendix Automotive of Canada Limited (*Appelante*)

a c.

La Reine (*Intimée*)

Cour d'appel, le juge en chef Jackett et les juges Heald et Ryan—Ottawa, le 9 février 1978.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Estimation des actions — Accord entre la compagnie-mère et Control Data Corporation visant l'échange des actions de cette dernière contre des actions dans Computing Devices of Canada — Appelante tenue de déclarer un dividende aux termes de l'accord — Valeur des actions négociées aux fins de la retenue d'impôt pour les non-résidents — Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, c. 148, art. 106(1a), 109(1), 139(1a).

Il s'agit d'un appel d'un jugement de la Division de première instance rejetant un appel interjeté contre une décision de la Commission de révision de l'impôt qui déboutait l'appelante de son pourvoi contre une cotisation qui augmentait la valeur d'un dividende payé par l'appelante. En 1969, l'appelante a payé à sa compagnie-mère un dividende aux termes d'un accord d'échange d'actions conclu entre la compagnie-mère et Control Data Corporation, à raison d'une action de Control Data contre cinq actions de Computing Devices dont l'appelante était la propriétaire. L'appelante fait valoir que la valeur du dividende d'actions, aux fins de la retenue d'impôt de 15 p. 100, doit être fondée sur la valeur des actions de Control Data acquises par la compagnie-mère, assujettie aux restrictions stipulées dans l'offre d'échange. L'intimée a fixé la valeur des actions au prix auquel a été négociée une tranche d'actions de Computing Devices à la Bourse de Toronto en août 1969. La question est de savoir si la Division de première instance aurait dû modifier la valeur en argent attribuée par le Ministre au dividende d'actions.

Arrêt: l'appel est accueilli. La valeur est le montant contre lequel les actions auraient été vendues par un propriétaire consentant et bien renseigné, agissant sans contrainte, à un acheteur consentant et agissant, lui aussi, sans contrainte. Il faut prendre en considération deux éléments de preuve: (1) les antécédents à la Bourse de la valeur des actions de la tierce compagnie détenues par des personnes autres que l'appelante et (2) la contrepartie qu'a reçue la compagnie-mère pour la tranche d'actions constituant le dividende, de la part d'un acheteur avec qui elle traitait sans lien de dépendance immédiatement après le paiement du dividende. Le juge de première instance ne s'est pas posé la question qu'il fallait ou alors il s'est manifestement trompé en concluant que la preuve portant sur la valeur marchande des actions minoritaires (influencée comme elle semble l'avoir été par l'offre d'échange consécutif aux négociations entre l'acheteur et la compagnie-mère) l'emportait sur la preuve concernant la valeur de la contrepartie négociée sans lien de dépendance avec une tierce personne relativement à la tranche d'actions constituant le dividende à l'époque considérée.

APPEL en matière d'impôt sur le revenu.

COUNSEL:

H. Stikeman, Q.C., and R. Pound for appellant.

D. Aylen, Q.C., and D. Olsen for respondent.

SOLICITORS:

Stikeman, Elliott, Tamaki, Mercier & Robb, Montreal, for appellant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment delivered orally in English by

HEALD J.: This is an appeal from a judgment of the Trial Division [[1976] 1 F.C. 115] dismissing an appeal from the Tax Review Board which in turn had dismissed the appellant's appeal from an assessment dated May 5, 1974, increasing for the purposes of Part III of the *Income Tax Act*, the value of a dividend paid by the appellant.

The issue in this appeal is whether the Trial Division should have changed the Minister's determination of the value expressed in money of a dividend of shares paid by appellant on August 7, 1969, to its parent company in the U.S.A., the Bendix Corporation (hereinafter Bendix). Such a determination is necessary for the purpose of calculating the 15% withholding tax payable under sections 106(1a)(a), 109(1) and 139(1)(a) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148. Those sections read as follows:

106. ...

(1a) Every non-resident person

(a) shall pay an income tax of 15% on every amount that a person resident in Canada, other than a person described in paragraph (b), pays or credits, or is deemed by Part I to pay or credit to him as, on account or in lieu of payment of, or in satisfaction of a dividend other than

(i) a dividend from a non-resident-owned investment corporation if the corporation has, previous to the payment of the dividend and at a time when it was taxable under section 70, paid dividends (other than dividends on which no tax was payable under this Part) the aggregate amount of which is not less than the corporation's surplus determined in prescribed manner for taxation years for which it was not taxable under section 70, or

AVOCATS:

H. Stikeman, c.r., et R. Pound pour l'appelante.

D. Aylen, c.r., et D. Olsen pour l'intimée.

PROCUREURS:

Stikeman, Elliott, Tamaki, Mercier & Robb, Montréal, pour l'appelante.

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

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement prononcés à l'audience par

LE JUGE HEALD: Il s'agit d'un appel d'un jugement de la Division de première instance [[1976] 1 C.F. 115] rejetant un appel interjeté contre une décision de la Commission de révision de l'impôt qui déboutait l'appelante de son pourvoi contre une cotisation en date du 5 mai 1974, laquelle augmentait, aux fins de la Partie III de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la valeur d'un dividende payé par l'appelante.

En l'espèce, il s'agit de déterminer si la Division de première instance aurait dû modifier la valeur en argent que le Ministre a attribuée à un dividende d'actions payé par l'appelante le 7 août 1969 à sa compagnie-mère aux États-Unis, la Bendix Corporation (ci-après appelée Bendix). Il est nécessaire de déterminer cette valeur aux fins du calcul de la retenue d'impôt de 15 p. 100 payable en vertu des articles 106(1a)a, 109(1) et 139(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, c. 148. Voici le libellé desdits articles:

106. ...

(1a) Chaque personne non résidente

a) doit payer un impôt sur le revenu de 15 p. 100 sur tout montant qu'une personne résidant au Canada, autre qu'une personne décrite à l'alinéa b) lui paie ou crédite, ou est censée en vertu de la Partie I lui payer ou créditer, à titre, à compte ou au lieu de paiement, ou en acquittement, d'un dividende autre

(i) qu'un dividende provenant d'une corporation placement possédée par des non-résidents si la corporation a, avant le paiement du dividende et à une époque où elle était imposable d'après l'article 70, acquitté des dividendes (autres que des dividendes sur lesquels aucun impôt n'était payable selon la présente Partie), dont le montant global n'est pas inférieur au surplus de la corporation, déterminé de la manière prescrite, pour les années d'imposition à l'égard desquelles elle n'était pas assujettie à l'impôt aux termes de l'article 70, ou

(ii) a dividend that would not be included in computing income under Part I by virtue of section 67; and

109. (1) When a person pays or credits or is deemed to have paid or credited an amount on which an income tax is payable under this Part, he shall, notwithstanding any agreement or any law to the contrary, deduct or withhold therefrom the amount of the tax and forthwith remit that amount to the Receiver General of Canada on behalf of the non-resident person on account of the tax and shall submit therewith a statement in prescribed form.

139. (1) In this Act,

(a) "amount" means money, rights or things expressed in terms of the amount of money or the value in terms of money of the right or thing;

The appellant is a wholly owned subsidiary of Bendix. Bendix is a corporation resident in the U.S.A. and not resident in Canada. The appellant was the registered owner of 517,313 shares of the common stock of Computing Devices of Canada, Limited (hereinafter C.D.C.). Such shares represented 66.75% of the issued and outstanding shares of C.D.C. On May 1, 1969, Bendix entered into an agreement with Control Data Corporation (hereinafter Control Data), a U.S. resident corporation with which it dealt at arm's length, pursuant to which Bendix agreed to exchange its shares of C.D.C. (which were beneficially owned by Bendix through its 100% shareholding in the appellant) on the basis of one Control Data share for each five shares of C.D.C.

As a condition to the Control Data exchange offer, Control Data required that the Control Data shares which Bendix was to receive in exchange for the C.D.C. shares be subject to certain restrictions. Under the restrictions, Bendix was obligated not to sell in excess of 25% of the Control Data shares within the first year after acquiring them and not in excess of 50% prior to two years from the date of acquisition.

A formal prospectus and take-over bid circular, dated May 15, 1969, extended the offer of one share of Control Data stock for each five shares of C.D.C. to all shareholders of C.D.C., but was made subject, *inter alia*, to Control Data acquiring 90% of the outstanding shares of C.D.C. All of the conditions precedent to completion of the exchange offer were completed by July 31, 1969.

(ii) qu'un dividende qui ne serait pas compris dans le calcul du revenu aux termes de la Partie I en raison de l'article 67; et

109. (1) Lorsqu'une personne paie ou crédite ou est censée avoir payé ou crédité un montant sur lequel un impôt sur le revenu est exigible aux termes de la présente Partie, elle doit, nonobstant toute convention ou toute loi à l'effet contraire, en déduire ou en retenir le montant de l'impôt et le remettre immédiatement au receveur général du Canada au nom de la personne non résidente à compte sur l'impôt et l'accompagner d'un état en la forme prescrite.

139. (1) Dans la présente loi,

(a) «montant» signifie des sommes d'argent, droits ou choses exprimés en fonction du montant d'argent, ou la valeur en argent du droit ou de la chose;

L'appelante est une filiale de Bendix possédée en propriété exclusive. Bendix est une société résidant aux États-Unis d'Amérique et non résidente au Canada. L'appelante était le propriétaire nominatif de 517,313 actions ordinaires de Computing Devices of Canada, Limited (ci-après appelée C.D.C.). Ces actions représentaient 66.75 p. 100 des actions émises et en circulation de C.D.C. Le 1^{er} mai 1969, Bendix a conclu un accord avec Control Data Corporation (ci-après appelée Control Data), une société résidant aux États-Unis avec laquelle elle négociait en toute indépendance; aux termes de cet accord, Bendix convenait d'échanger ses actions dans C.D.C. (dont elle était la propriétaire réelle en détenant la totalité des actions de l'appelante) à raison d'une action de Control Data contre cinq actions de C.D.C.

L'offre d'échange de Control Data stipulait cependant que Bendix ne pourrait vendre plus de 25 p. 100 des actions de Control Data, reçues à la suite de l'échange, au cours de la première année de leur acquisition ni plus de 50 p. 100 dans les deux années suivant la date de leur acquisition.

Un prospectus et une circulaire contenant l'offre d'achat assortie d'une prise de contrôle, datés du 15 mai 1969, rendirent accessibles à tous les actionnaires de C.D.C. l'offre d'une action de Control Data pour cinq actions de C.D.C.; toutefois, pour que l'offre soit valable, il fallait notamment que Control Data acquière 90 p. 100 des actions en circulation de C.D.C. Les conditions suspensives

By August 7, 1969, 97.9% of the issued and outstanding shares of C.D.C. had been tendered pursuant to the terms of the exchange offer.

On August 7, 1969, Bendix took the necessary steps to fulfil its part of the May 1, 1969 agreement with Control Data. This involved:

- (a) convening a meeting of the Board of Directors of the appellant (of which 5 of 6 directors were employees of Bendix);
- (b) causing it to declare a dividend in kind of the C.D.C. shares; and
- (c) immediately tendering the C.D.C. shares to Control Data.

The restrictions as to disposal of the Control Data shares had the effect of reducing their value below that of unrestricted shares. The price of unrestricted shares of Control Data on August 7, 1969 was U.S. \$149.50. One expert appraiser testified, at the trial, that an average value for the shares received by Bendix as of August 7, 1969 would be U.S. \$130 per share. No contrary evidence was given.

There was never, at any time, any restriction on anyone with respect to the sale of the C.D.C. shares, the only restriction being on Bendix with respect to some of the Control Data shares which it received in exchange for C.D.C. shares. The appellant itself made no agreement with Control Data as to the disposition of the shares of C.D.C. which it was declaring and paying as a dividend to Bendix.

C.D.C. shares traded actively on the Toronto Stock Exchange between January 1 and August 31, 1969, the closing prices ranging from a low of \$23½ on February 28, 1969 to a high of \$34 on August 20, 1969. Sales volume of the C.D.C. shares was as high as 29,772 shares on January 24, 1969 and 36,900 on May 23, 1969, but the last day on which there was a substantial volume of shares traded was July 11, 1969, when 3,825 shares were sold. On August 7, 1969, the day the dividend in question was declared, 50 shares of C.D.C. were sold at \$31 on the Toronto Stock Exchange. Although the market was thin after July 11, 1969, prices for C.D.C. shares continued to rise even after August 7, 1969, and, with a few

dont dépendait l'offre d'échange avaient été remplies le 31 juillet 1969. Le 7 août 1969, 97.9 p. 100 des actions émises et en circulation de C.D.C. avaient été offertes conformément aux termes de l'offre d'échange.

Le 7 août 1969, Bendix entreprit les démarches nécessaires afin de s'acquitter de son engagement dans l'accord intervenu le 1^{er} mai 1969, à savoir:

- a) réunir le conseil d'administration de l'appelante (dont 5 des 6 administrateurs étaient employés de Bendix);
- b) l'amener à déclarer un dividende en nature des actions de C.D.C.; et
- c) offrir immédiatement les actions de C.D.C. à Control Data.

Les restrictions portant sur le droit d'aliéner les actions de Control Data diminua leur valeur au-dessous de celles qui n'y étaient pas soumises. Le cours de ces dernières actions de Control Data, le 7 août 1969, était de 149.50 \$É.U. Selon le témoignage d'un estimateur expert, le 7 août 1969 la valeur moyenne des actions reçues par Bendix était de 130 \$É.U. l'unité. Aucune preuve contraire n'a été présentée.

En ce qui concerne la vente des actions de C.D.C., personne, à l'exception de Bendix pour les actions de Control Data reçues en échange des actions de C.D.C., n'avait à aucun moment été assujéti à des restrictions. L'appelante elle-même n'a conclu aucun accord avec Control Data concernant l'aliénation des actions de C.D.C. qu'elle déclarait et payait à Bendix à titre de dividende.

Les actions de C.D.C. ont fait l'objet de nombreuses négociations à la Bourse de Toronto entre le 1^{er} janvier et le 31 août 1969, les cours de clôture variant entre un minimum de \$23½ le 28 février 1969 et un maximum de \$34, le 20 août 1969. Le volume des ventes des actions de C.D.C. s'est élevé à 29,772 actions le 24 janvier 1969, à 36,900 actions le 23 mai de la même année et à 3,825 actions le 11 juillet 1969, dernier jour où un nombre important d'actions fut négocié. Le 7 août 1969, jour où fut déclaré le dividende en question, 50 actions de C.D.C. furent vendues à \$31 à la Bourse de Toronto. Bien qu'après le 11 juillet 1969, le marché ait été limité, les cours des actions de C.D.C. ont continué à augmenter même après

exceptions, were above \$31 for the sales made during the balance of the month of August, 1969. The shares of C.D.C. were not evaluated before Bendix commenced negotiating with Control Data and no evidence with respect to the value of the C.D.C. shares themselves, other than the market value, was submitted by any of the witnesses at trial. Appellant's only expert witness at trial, Mr. Haythe, was not instructed to value the C.D.C. shares that comprised the dividend and he expressed no opinion as to their value.

In valuing the dividend in kind of the C.D.C. shares for purposes of determining the "amount" of the dividend and hence the tax payable under section 106 of the Act, the appellant, through Bendix, obtained an independent valuation of the Control Data shares (for which the C.D.C. shares were exchanged) from Mr. Madison Haythe, a New York investment banker. The Minister, on the other hand, in making his determination of the amount of the dividend, multiplied the price at which 50 shares of C.D.C. traded on the Toronto Stock Exchange on August 7, 1969 (*i.e.*,—Canadian \$31 per share), by the 517,313 shares of C.D.C. comprising the dividend in kind.

The sole question raised by this appeal is the "amount" of the dividend paid by the appellant to its parent company. As the dividend consisted of a block of shares in a third company, that "amount" is by virtue of section 139(1)(a) of the *Income Tax Act*, the "value" in terms of Canadian money of that block of shares.

In my view, in the circumstances of this case, that "value" is the amount for which they would have been sold by a willing, well-informed owner of such shares not acting under pressure to a willing purchaser not acting under pressure. In applying that view, it must be borne in mind that the block of shares in question represents a majority of the shares in a relatively closely held company and that the appellant had decided that it no longer desired to have the responsibility for the operation of the business carried on by that company.

As I appreciate it, there were two main branches of evidence to be considered, *viz*:

le 7 août 1969 et, à quelques exceptions près, restèrent supérieurs à \$31 durant le reste du mois d'août 1969. Les actions de C.D.C. n'ont pas été évaluées avant que Bendix ne commence à négocier avec Control Data, et aucun des témoins n'a présenté, au procès, des preuves concernant la valeur des actions de C.D.C., si ce n'est leur valeur marchande. Haythe, le seul expert cité au procès par l'appelante, n'a pas été requis d'estimer la valeur des actions de C.D.C. comprenant le dividende, et il ne s'est pas prononcé à ce sujet.

En évaluant le dividende en nature composé d'actions de C.D.C. afin de déterminer le «montant» du dividende et, par conséquent, l'impôt exigible en vertu de l'article 106 de la Loi, l'appelante, par l'entremise de Bendix, a obtenu une estimation indépendante des actions de Control Data (contre lesquelles ont été échangées les actions de C.D.C.) de la part de Madison Haythe, banquier en valeurs de New York. D'autre part, le Ministre, en se livrant à sa propre évaluation du montant du dividende, a multiplié le prix auquel ont été négociées 50 actions de C.D.C. à la Bourse de Toronto le 7 août 1969 (soit 31 \$CAN l'action) par les 517,313 actions de C.D.C. comprenant le dividende en nature.

La seule question que soulève le présent appel est le «montant» du dividende payé par l'appelante à sa compagnie-mère. Comme le dividende consistait en une tranche d'actions d'une tierce compagnie, ce «montant» est, en vertu de l'article 139(1)a de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la «valeur» de cette tranche d'actions, exprimée en monnaie canadienne.

Selon les circonstances en l'espèce, j'estime que cette «valeur» est le montant contre lequel les actions auraient été vendues par un propriétaire consentant et bien renseigné, agissant sans contrainte, à un acheteur consentant et agissant, lui aussi, sans contrainte. En appliquant cette opinion, il ne faut pas oublier que la tranche d'actions en question représente la majorité des actions dans une compagnie relativement fermée, et que l'appelante avait décidé qu'elle ne souhaitait plus être responsable du fonctionnement de l'entreprise exercée par la compagnie.

A mon avis, il fallait prendre en considération les deux principaux éléments de preuve que voici:

(a) the market history of the value of the shares that were held by persons other than the appellant in the third company; and

(b) the consideration received for the block of shares constituting the dividend by the parent company from a purchaser with whom it was dealing at arm's length immediately after the payment of the dividend.

As I understand the facts, either the learned Trial Judge put to himself the wrong question or he was clearly wrong in concluding that the evidence of the market value of the minority shares (influenced as it seems to have been by the exchange offer that arose out of the negotiations between the purchaser and the parent company) outweighed the evidence of the value of the consideration negotiated with an arm's length third person for the block of shares constituting the dividend at the relevant time.

I would allow the appeal with costs and refer the matter back for re-assessment on the basis that the value of the dividend distributed as reported by the appellant should not have been increased.

* * *

JACKETT C.J. concurred.

* * *

RYAN J. concurred.

a) les antécédents à la Bourse de la valeur des actions de la tierce compagnie détenues par des personnes autres que l'appelante; et

b) la contrepartie qu'a reçue la compagnie-mère pour la tranche d'actions constituant le dividende, de la part d'un acheteur avec qui elle traitait sans lien de dépendance immédiatement après le paiement du dividende.

a Selon mon interprétation des faits, le savant juge de première instance ne s'est pas posé la question qu'il fallait, ou alors il s'est manifestement trompé en concluant que la preuve portant sur la valeur marchande des actions minoritaires (influencée comme elle semble l'avoir été par l'offre d'échange consécutif aux négociations entre l'acheteur et la compagnie-mère) l'emportait sur la preuve concernant la valeur de la contrepartie négociée sans lien de dépendance avec une tierce personne relativement à la tranche d'actions constituant le dividende à l'époque considérée.

Je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens et je renvoie l'affaire aux fins d'établir une nouvelle cotisation tenant compte du fait que la valeur du dividende distribué tel que l'a décrit l'appelante, n'aurait pas dû être augmentée.

* * *

f LE JUGE EN CHEF JACKETT y a souscrit.

* * *

LE JUGE RYAN y a souscrit.