

A-15-94

Peter Dale and Bernard Dale (*Appellants*) (*Respondents by Cross-Appeal*)

v.

Her Majesty the Queen (*Respondent*) (*Appellant by Cross-Appeal*)

INDEXED AS: DALE v. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Pratte, Décary and Robertson J.J.A.
—Vancouver, February 3; Ottawa, April 21, 1997.

Practice — Judgments and orders — As consideration for transfer of apartment building to corporation, preference shares issued to taxpayers — To effect necessary increase in authorized capital, supplementary letters patent required, but not obtained — Building sold, dividends declared — Eventually corporation obtaining provincial superior court order based on provincial legislation deeming preference shares to have been validly issued within taxation year — Order not pronounced before reassessment assessing dividends as taxable shareholder benefit under Income Tax Act, s. 15 — General rule: superior court order cannot be attacked collaterally unless lawfully set aside — Review of principles governing binding effect of superior court orders — Retroactive orders made on basis of statutory authority generally immune from jurisdictional collateral attack — Provincial superior court order binding on Minister, constituting proof shares validly issued as of December 31, 1985.

Income tax — Income calculation — Dividends — Tax Court judgment holding dividend payment taxable shareholder benefit under Income Tax Act, s. 15(1) — As consideration for transfer of apartment building to corporation, preference shares issued to taxpayers — To effect necessary increase in authorized capital, supplementary letters patent required, but not obtained — Eventually corporation obtaining provincial superior court order deeming preference shares to have been validly issued within taxation year — Appeal allowed as provincial superior court order binding on Minister, constituting proof shares validly issued as of December 31, 1985 — Dividends not shareholder benefits.

A-15-94

Peter Dale et Bernard Dale (*appelants*) (*intimés dans l'appel incident*)

c.

Sa Majesté la Reine (*intimée*) (*appelante dans l'appel incident*)

RÉPERTORIÉ: DALE c. CANADA (C.A.)

Cour d'appel, juges Pratte, Décary et Robertson, J.C.A.—Vancouver, 3 février; Ottawa, 21 avril 1997.

Pratique — Jugements et ordonnances — En contrepartie de la cession d'un immeuble d'habitation à une société, des actions privilégiées ont été émises aux contribuables — Pour augmenter le capital-actions autorisé, des lettres patentes supplémentaires étaient nécessaires, mais elles n'ont jamais été obtenues — L'immeuble a été vendu et les dividendes déclarés — Par la suite, la société a obtenu une ordonnance d'une cour supérieure provinciale en s'appuyant sur une loi provinciale en vertu de laquelle les actions privilégiées étaient réputées avoir été valablement émises au cours de l'année d'imposition en cause — L'ordonnance n'a pas été rendue avant que la nouvelle cotisation établie n'affirme que les dividendes étaient un avantage conféré à un actionnaire en vertu de l'art. 15 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Règle générale: une ordonnance d'une cour supérieure ne peut être attaquée indirectement à moins qu'elle ne soit légalement infirmée — Examen des principes régissant l'effet obligatoire des ordonnances des cours supérieures — Les ordonnances rétroactives rendues en s'appuyant sur une loi sont généralement à l'abri des attaques indirectes concernant la compétence — L'ordonnance de la cour supérieure provinciale lie le ministre et constitue une preuve que les actions avaient été valablement émises le 31 décembre 1985.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Dividendes — Le jugement de la Cour de l'impôt conclut que les dividendes versés sont un avantage conféré à un actionnaire en vertu de l'art. 15(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu — En contrepartie de la cession d'un immeuble d'habitation à une société, des actions privilégiées ont été émises aux contribuables — Pour effectuer l'augmentation nécessaire du capital-actions autorisé, des lettres patentes supplémentaires étaient exigées, mais elles n'ont pas été obtenues — Par la suite, la société a obtenu une ordonnance d'une cour supérieure provinciale dans laquelle il était déclaré que les actions privilégiées étaient réputées avoir été valablement émises au cours de l'année d'imposition en cause — L'appel est accueilli étant donné que l'ordonnance de la cour supérieure provinciale lie le

Income tax — Corporations — Cross-appeal from Tax Court judgment holding s. 85 rollover valid — Income Tax Act, s. 85 requiring consideration on rollover of property from individual to corporation to include at least one share of capital stock — As consideration for transfer of apartment building to corporation, preference shares issued to taxpayers — To effect necessary increase in authorized capital, supplementary letters patent required, but not obtained — Eventually corporation obtaining provincial superior court order deeming preference shares to have been validly issued within taxation year — Cross-appeal dismissed — Provincial superior court order binding on Minister, constituting proof shares validly issued as of December 31, 1985 — Rollover valid.

This was an appeal from a Tax Court judgment holding that a capital dividend payment was a taxable benefit under *Income Tax Act*, subsection 15(1) and a cross-appeal from the finding that a section 85 rollover was valid. To avoid recapture and capital gain on the sale of an apartment building in Nova Scotia, the taxpayers sold the building to their company, which had sufficient losses to offset any capital gain and recapture. *Income Tax Act*, section 85 provides that the consideration on a rollover of property from an individual to a corporation must include at least one share of the capital stock of the transferee. The consideration for the transfer was the assumption of the mortgage on the building and the issuance to each taxpayer of a preference share having a redemption value of \$1.1 million. As the authorized capital of the company, incorporated by letters patent under the laws of Prince Edward Island, did not permit the issuance of preference shares, the shareholders passed a by-law authorizing the increase in capital and the making of an application for supplementary letters patent. The company then issued the preference shares. The sale to the company was completed December 30, 1985 and the next day the company sold the building and declared and paid a capital dividend of \$80,000 on each of the preference shares. The taxpayers and the company executed and filed the section 85 elections as required by the Act. In 1988 it was discovered that the supplementary letters patent had not been obtained. The shareholders subsequently ratified the requisite increase in share capital both before and after the company had obtained its certificate of continuance under

ministre et constitue une preuve que les actions avaient été valablement émises le 31 décembre 1985 — Les dividendes ne sont pas des avantages conférés à un actionnaire.

Impôt sur le revenu — Corporations — Appel incident concernant un jugement de la Cour de l'impôt statuant qu'un transfert en franchise d'impôt fondé sur l'art. 85 est valide — En vertu de l'art. 85 de la Loi de l'impôt sur le revenu, la contrepartie versée dans le cadre d'une opération de transfert en franchise d'impôt d'un particulier à une société doit comprendre au moins une action du capital-actions de la cessionnaire — En contrepartie de la cession d'un immeuble d'habitation à une société, des actions privilégiées ont été émises aux contribuables — Pour effectuer l'augmentation nécessaire du capital-actions autorisé, des lettres patentes supplémentaires étaient exigées, mais elles n'ont pas été obtenues — Par la suite, la société a obtenu une ordonnance d'une cour supérieure provinciale dans laquelle il était déclaré que les actions privilégiées étaient réputées avoir été valablement émises au cours de l'année d'imposition en cause — L'appel incident est rejeté — L'ordonnance de la cour supérieure provinciale lie le ministre et constitue une preuve que les actions avaient été valablement émises le 31 décembre 1985 — Le transfert en franchise d'impôt est valide.

Il s'agit d'un appel d'un jugement de la Cour de l'impôt statuant que le paiement d'un dividende en capital était un avantage imposable en vertu du paragraphe 15(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et d'un appel incident contestant la conclusion qu'un transfert en franchise d'impôt fondé sur l'article 85 était valide. Pour éviter de réaliser un gain en capital et de récupérer l'amortissement au moment de la vente d'un immeuble d'habitation en Nouvelle-Écosse, les contribuables ont vendu l'immeuble à leur société, qui avait accumulé suffisamment de pertes pour absorber tout gain en capital et toute récupération de l'amortissement. En vertu de l'article 85 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la contrepartie versée dans le cadre d'une opération de transfert en franchise d'impôt d'un particulier à une société doit comprendre au moins une action du capital-actions de la cessionnaire. La contrepartie du transfert était constituée de la prise en charge de l'hypothèque en cours et de l'émission à chaque contribuable d'une action privilégiée ayant une valeur de rachat de 1,1 million de dollars. Étant donné que le capital-actions autorisé de la société, constituée par voie de lettres patentes en vertu du droit de l'Île-du-Prince-Édouard, n'était pas suffisant pour permettre l'émission de ces actions privilégiées, les actionnaires ont adopté un règlement intérieur autorisant l'augmentation du capital social et le dépôt d'une demande de lettres patentes supplémentaires. La société a ensuite émis les actions privilégiées. La vente à la société a eu lieu le 30 décembre 1985 et le lendemain, la société vendait l'immeuble et déclarait et versait un dividende en capital de 80 000 \$ sur chacune des actions privilégiées. Les contri-

the laws of Nova Scotia. They also obtained an order from the Supreme Court of Nova Scotia confirming that preference shares had been validly issued as of December 31, 1985. That order had not yet been pronounced when the appellant's 1985 income taxes were reassessed on the basis that the preference shares had not been validly issued in 1985. As dividends could not be declared on shares that did not exist, the capital dividends were assessed as appropriations to shareholders under subsection 15(1). The Tax Court agreed that the dividends were not dividends since they had been declared when the shares did not exist, but held that the section 85 rollover was valid. The Tax Court held that "consideration that includes shares" in section 85 did not imply that the shares must be issued simultaneously with the transfer of property or within the same taxation year. It was sufficient that there be an actual issuance of shares or a binding obligation to issue shares at the time the property was transferred and that the shares be issued within a reasonable period.

The issues were (1) whether the preference shares were validly issued in 1985; and, (2) if not, whether the section 85 requirements had been met.

Held (Pratte J.A. *dissenting*), the appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed.

Per Robertson J.A. (Décary J.A. concurring): The general rule is that an order of a superior court cannot be attacked collaterally unless it is lawfully set aside. The following general statements of law govern the binding effect of orders issued by superior courts: (1) The record of a superior court is to be treated as "absolute verity so long as it stands unreversed". (2) An order which has not been set aside must receive full effect according to its terms. (3) The order is binding on all the world. (4) A collateral attack is deemed to include proceedings other than those whose specific object is to effect a reversal or nullification of the order.

The Nova Scotia Supreme Court granted the order on the basis of the Nova Scotia *Companies Act*, section 44, which permits applications to rectify the register. If a provincial legislature authorizes its courts to deem something to have occurred on a date already past, the Minister

and the company have made the choice provided for in article 85 and they have made the declaration as required by the Law. In 1988, it was discovered that the letters patent had never been obtained. The shareholders have since ratified the increase in capital before and after the company obtained its certificate of incorporation in accordance with the law of Nova Scotia. They also obtained an order from the Supreme Court of Nova Scotia confirming that the privileged shares had been validly issued on December 31, 1985. This order had not yet been pronounced when the appellant's 1985 income taxes were reassessed on the basis that the preference shares had not been validly issued in 1985. As dividends could not be declared on shares that did not exist, the capital dividends were assessed as appropriations to shareholders under subsection 15(1). The Tax Court agreed that the dividends were not dividends since they had been declared when the shares did not exist, but held that the section 85 rollover was valid. The Tax Court held that "consideration that includes shares" in section 85 did not imply that the shares must be issued simultaneously with the transfer of property or within the same taxation year. It was sufficient that there be an actual issuance of shares or a binding obligation to issue shares at the time the property was transferred and that the shares be issued within a reasonable period.

The questions to be decided were (1) whether the preference shares were validly issued in 1985; and, (2) if not, whether the section 85 requirements had been met.

Arrêt (le juge Pratte, J.C.A., *dissident*), l'appel doit être accueilli et l'appel incident rejeté.

Le juge Robertson, J.C.A. (avec l'appui du juge Décary, J.C.A.): La règle générale veut que l'ordonnance d'une cour supérieure ne peut être attaquée indirectement à moins d'avoir été légalement infirmée. Les déclarations générales de droit suivantes régissent l'effet obligatoire des ordonnances rendues par les cours supérieures: (1) le dossier d'une cour supérieure doit être considéré comme «la vérité absolue tant qu'il n'a pas été infirmé». (2) Une ordonnance qui n'a pas été annulée doit être appliquée intégralement. (3) L'ordonnance a force exécutoire pour tous. (4) Une attaque indirecte est réputée englober des procédures autres que celles visant précisément à obtenir l'infirmité ou l'annulation de l'ordonnance.

La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a accordé une ordonnance fondée sur l'article 44 de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse qui autorise les demandes de rectification du registre. Si la législature d'une province autorise ses tribunaux à déclarer que des événements passés sont

cannot undermine the legislation by refusing to recognize the clear effect of the deemed event. Regardless, section 44 did not have the revisionist effect advanced by the Minister. The court order did not deem shares to have been issued when in fact they were not, but that the shares which had been issued were validly issued.

The Nova Scotia Supreme Court order was binding on the Minister and constituted proof of the fact that the preference shares were validly issued as of December 31, 1985.

To impose the requirement that retroactive orders not be based on facts arising after the end of the taxation year, if such orders are to have any force in tax proceedings, would be to unduly restrict the effectiveness of such orders and provide the Minister with a more effective means of avoiding the rule against collateral attacks.

Per Pratte J.A. (dissenting): Save when the law prescribes otherwise, when assessing the tax for a given year the Minister must take into consideration the facts as they existed during that year. On an appeal from an income tax assessment, the question is whether the assessment was valid when it was made. In performing his assessment function, the Minister must determine what were the relevant facts during the taxation year after considering all pertinent evidence, whether it came to light before or after the end of the taxation year. The Minister may not ignore a judgment that determines a taxpayer's situation during the taxation year, solely because it was rendered after the end of the taxation year. But the Minister must ignore a judgment that declares the situation that existed during that year to be different from what it really was if it is based on facts which occurred after the end of the taxation year, because it is irrelevant to the assessment of the taxpayer's liability on the basis of the facts existing at the end of the taxation year. The Nova Scotia Supreme Court judgment was based on evidence of facts that occurred long after the end of the taxation year and long after the date on which the appellants and their company made their election. It could not affect the validity of the Minister's assessment. The two preferred shares were irregularly issued and this irregularity was not corrected before the reassessment.

The Tax Court erred when it concluded that the conditions prescribed by subsections 85(1) and (2) had been met. "Consideration that includes shares" does not refer to

réputés s'être produits à une date antérieure, le ministre n'a pas le pouvoir de saper l'autorité de la loi en refusant de reconnaître l'effet manifeste de cet événement réputé. Quoi qu'il en soit, l'article 44 n'a pas l'effet révisionniste que lui prête le ministre. L'ordonnance judiciaire n'a pas déclaré que des actions sont réputées avoir été émises alors qu'en fait elles ne l'ont pas été, mais bien que les actions qui ont été émises l'ont été valablement.

L'ordonnance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse lie le ministre et constitue une preuve du fait que les actions privilégiées avaient été valablement émises le 31 décembre 1985.

Exiger que les ordonnances rétroactives ne soient pas fondées sur des faits qui se sont produits après la fin de l'année d'imposition, si l'on veut que de telles ordonnances aient un effet quelconque dans les instances en matière de fiscalité, revient à restreindre indûment leur efficacité et à donner au ministre des moyens beaucoup plus efficaces de contourner la règle interdisant les attaques indirectes.

Le juge Pratte, J.C.A. (*dissident*): Sauf disposition contraire de la Loi, le ministre, quand il évalue l'impôt à payer dans une année donnée, doit tenir compte des faits qui existaient au cours de cette année. Dans un appel formé à l'encontre d'une cotisation d'impôt sur le revenu, la question à trancher est de savoir si la cotisation était valide au moment où elle a été faite. Pour déterminer l'impôt à payer, le ministre doit d'abord déterminer quels étaient les faits pertinents au cours de l'année d'imposition après avoir examiné tous les éléments de preuve pertinents, que ceux-ci soient portés à son attention avant ou après la fin de l'année d'imposition. Le ministre ne peut ignorer un jugement qui établit quelle était la situation du contribuable au cours de l'année d'imposition, pour la simple raison que ce jugement a été rendu après la fin de l'année d'imposition. Mais il ne doit pas tenir compte d'un jugement qui déclare que la situation qui existait au cours de cette année est différente de ce qu'elle était réellement si ce jugement est fondé sur des faits qui se sont produits après la fin de l'année d'imposition, parce que cela ne se rapporte pas à l'évaluation de la responsabilité fiscale du contribuable à partir des faits existant à la fin de l'année d'imposition. L'ordonnance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a été rendue en s'appuyant sur des faits qui se sont produits longtemps après la fin de l'année d'imposition et bien longtemps après la date à laquelle les appelants et leur société ont fait leur choix. Cela ne peut porter atteinte à la validité de la cotisation établie par le ministre. Les deux actions privilégiées ont été irrégulièrement émises et cette irrégularité n'a pas été corrigée avant l'établissement de la nouvelle cotisation.

La Cour de l'impôt a commis une erreur en concluant que les conditions prescrites par les paragraphes 85(1) et (2) avaient été respectées. L'expression «contrepartie

consideration that consists of a simple promise to issue shares. The Minister must be in a position, as soon as an election is made under section 85, to assess the amount of tax owed by the taxpayer who chose to take advantage of that section. He must, at that time, be able to determine whether the conditions prescribed by the section are met and he must make that determination on the basis of the facts as they existed at that time. The taxpayers had not acquired the preferred shares when they made their election in 1986; they acquired them more than three years later.

comprenant des actions» ne peut faire référence à une contrepartie qui comprend une simple promesse d'émettre des actions. Le ministre doit être en mesure, aussitôt que le choix est exercé en vertu de l'article 85, d'évaluer le montant de l'impôt que doit payer le contribuable qui a choisi de tirer parti de cet article. Le ministre doit, dès ce moment, être en position de déterminer si les conditions prescrites par l'article sont respectées et il doit faire cette détermination en s'appuyant sur les faits tels qu'ils existent à ce moment. Les appelants n'avaient pas acquis les actions privilégiées lorsqu'ils ont fait leur choix en 1986; ils les ont acquises plus de trois ans plus tard.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Companies Act, R.S.N.S. 1989, c. 81, ss. 44, 109.
Companies Act, R.S.P.E.I. 1974, c. C-15, ss. 11.2 (as enacted by S.P.E.I. 1984, c. 14, s. 2), 18, 32(1) (as am. *idem*, s. 12), 34(1), 35 (as am. *idem*, s. 14), 36 (as am. *idem*, s. 15), 85(1),(3).
Excise Act, R.S.C. 1952, c. 99.
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 15(1) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 8; 1980-81-82-83, c. 48, s. 7), 83(2) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 37), 85(1) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 45), (2) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 48; 1980-81-82-83, c. 48, s. 45; 1984, c. 45, s. 26).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Wilson v. R., [1983] 2 S.C.R. 594; (1983), 4 D.L.R. (4th) 577; [1984] 1 W.W.R. 481; 26 Man. R. (2d) 194; 9 C.C.C. (3d) 97; 37 C.R. (3d) 97; 51 N.R. 321.

DISTINGUISHED:

Bently v. M.N.R. (1954), 54 DTC 510 (T.A.B.); *Hobbs v. M.N.R.* (1970), 70 DTC 1744 (T.A.B.).

CONSIDERED:

Stuart Investments Ltd. v. The Queen, [1984] 1 S.C.R. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *Walsh v. Lonsdale* (1882), 21 Ch. D. 9.

REFERRED TO:

Hillis v. R., [1983] 6 W.W.R. 577; [1983] CTC 348; (1983), 83 DTC 5365; 15 E.T.R. 156; 49 N.R. 1 (F.C.A.); *Boger (A.) Estate v. M.N.R.*, [1993] 2 C.T.C. 81; (1993), 93 DTC 5276; 50 E.T.R. 1; 155

LOIS ET RÈGLEMENTS

Companies Act, R.S.N.S. 1989, ch. 81, art. 44, 109.
Companies Act, R.S.P.E.I. 1974, ch. C-15, art. 11.2 (édicte par S.P.E.I. 1984, ch. 14, art. 2), 18, 32(1) (mod., *idem*, art. 12), 34(1), 35 (mod., *idem*, art. 14), 36 (mod., *idem*, art. 15), 85(1),(3).
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 15(1) (mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 8; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 7; 1985, ch. 45, art. 126), 83(2) (mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 37; 1985, ch. 45, art. 126), 85(1) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 45), (2) (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 48; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 45; 1984, ch. 45, art. 26; 1985, ch. 45, art. 126).
Loi sur l'accise, S.R.C. 1952, ch. 99.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Wilson c. R., [1983] 2 R.C.S. 594; (1983), 4 D.L.R. (4th) 577; [1984] 1 W.W.R. 481; 26 Man. R. (2d) 194; 9 C.C.C. (3d) 97; 37 C.R. (3d) 97; 51 N.R. 321.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Bently c. M.R.N. (1954), 54 DTC 510 (C.A.I.); *Hobbs c. M.R.N.* (1970), 70 DTC 1744 (C.A.I.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Stuart Investments Ltd. c. La Reine, [1984] 1 R.C.S. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *Walsh v. Lonsdale* (1882), 21 Ch. D. 9.

DÉCISIONS CITÉES:

Hillis c. R., [1983] 6 W.W.R. 577; [1983] CTC 348; (1983), 83 DTC 5365; 15 E.T.R. 156; 49 N.R. 1 (C.A.F.); *Succession Boger (A.) c. M.R.N.*, [1993] 2 C.T.C. 81; (1993), 93 DTC 5276; 50 E.T.R. 1; 155

N.R. 303 (F.C.A.); *Atinco Products Ltd v The Queen*, [1978] CTC 566; (1978), 78 DTC 6387; 22 N.R. 485 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [1979] 1 S.C.R. v; *The Queen v. Paxton, J.D.* (1996), 97 DTC 5012 (F.C.A.); *Can. Transport (U.K.) Ltd. v. Alsbury et al.*, [1953] 1 D.L.R. 385; (1952), 7 W.W.R. (N.S.) 49; 105 C.C.C. 20 (B.C.C.A.).

N.R. 303 (C.A.F.); *Atinco Products Ltd c La Reine*, [1978] CTC 566; (1978), 78 DTC 6387; 22 N.R. 485 (C.A.F.); autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée à [1979] 1 R.C.S. v; *La Reine c. Paxton, J.D.* (1996), 97 DTC 5012 (C.A.F.); *Can. Transport (U.K.) Ltd. v. Alsbury et al.*, [1953] 1 D.L.R. 385; (1952), 7 W.W.R. (N.S.) 49; 105 C.C.C. 20 (C.A.C.-B.).

AUTHORS CITED

Snell's Principles of Equity, 28th ed. by P. V. Baker and P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1982.

APPEAL from Tax Court judgment holding that a capital dividend payment was a taxable benefit under *Income Tax Act*, subsection 15(1) and cross-appeal from the finding that a section 85 rollover was valid (*Dale (P.) v. Canada*, [1994] 1 C.T.C. 2303; (1993), 94 DTC 1100 (T.C.C.)). Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

COUNSEL:

D. Laurence Armstrong for appellants (respondents on cross-appeal).
Naomi Goldstein and *James C. Yaskowich* for respondent (appellant on cross-appeal).

SOLICITORS:

Armstrong, Nikolich, Victoria, for appellants (respondents by cross-appeal).
Deputy Attorney General of Canada, for respondent (appellant by cross-appeal).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

1 PRATTE J.A. (*dissenting*): The appellants appeal and the respondent cross-appeals from judgments of the Tax Court of Canada [[1994] 1 C.T.C. 2303] allowing in part the appellants' appeals to that Court from the reassessments of their 1985 income taxes.

2 In 1985, the appellants, who are father and son, owned 23 of the 26 issued shares of the Dale Cor-

DOCTRINE

Snell's Principles of Equity, 28th ed. by P. V. Baker and P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1982.

APPEL d'un jugement de la Cour de l'impôt statuant que le versement d'un dividende en capital était un avantage imposable en vertu du paragraphe 15(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et appel incident contestant la conclusion qu'un transfert en franchise d'impôt fondé sur l'article 85 était valide (*Dale (P.) c. Canada*, [1994] 1 C.T.C. 2303; (1993), 94 DTC 1100 (C.C.I.)). Appel accueilli et appel incident rejeté.

AVOCATS:

D. Laurence Armstrong, pour les appelants (intimés dans l'appel incident).
Naomi Goldstein et *James C. Yaskowich*, pour l'intimée (appelante dans l'appel incident).

PROCUREURS:

Armstrong, Nikolich, Victoria, pour les appelants (intimés dans l'appel incident).
Le sous-procureur général du Canada, pour l'intimée (appelante dans l'appel incident).

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

1 LE JUGE PRATTE, J.C.A. (*dissident*): Dans l'appel principal et dans l'appel incident, les appelants et l'intimée contestent les jugements de la Cour canadienne de l'impôt [[1994] 1 C.T.C. 2303] qui accueilleraient en partie les appels formés à l'encontre des nouvelles cotisations d'impôt sur le revenu établies pour 1985.

2 En 1985, les appelants, qui sont père et fils, étaient propriétaires de 23 des 26 actions émises de

poration. That company was incorporated by letters patent under the *Companies Act* of Prince Edward Island [R.S.P.E.I. 1974, c. C-15] with an authorized capital of \$5,000 divided into 50 shares of a par value of \$100. The appellants also owned an apartment building in Halifax, Nova Scotia, that they wanted to sell to an arm's-length purchaser. They knew that, if the sale was made directly to that purchaser, they would have to pay substantial tax on the capital gain and recapture of capital cost allowance that they would realize. In order to avoid that unpleasant result, they proposed to take advantage of subsection 83(2) [as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 37] and section 85 [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 48; 1980-81-82-83, c. 48, s. 45; 1984, c. 45, s. 26] of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63].¹ Their plan was to dispose of the apartment building to their company (it had sufficient losses to offset the capital gain and recapture) which, in return, would assume the mortgage on the building and issue to each of them a fully paid redeemable preference share of \$1,142,702 on which the company would, after having sold the building at a profit, declare a tax-free capital dividend of \$80,000 under subsection 83(2).

3 The appellants, by an agreement with their company dated December 30, 1985, disposed of their apartment building in consideration of the assumption of the mortgage by the company and the issuance to each of them of a fully paid preference share having a redemption value of \$1,142,702. The signature of that contract, which also contained a clause whereby the parties agreed to "do and perform all such further acts . . . as are necessary to implement this Agreement," had been authorized by the shareholders and directors of the company who had also resolved, at the same time, that "the Company make application through its solicitors for amendment to the Letters Patent of the Company" to increase its capital stock from \$5,000 to \$6,000,000 so as to enable it to issue the two preference shares. Anticipating that the supplementary letters patent

la Dale Corporation. La société avait été constituée par lettres patentes en vertu de la *Companies Act* de l'Île-du-Prince-Édouard [R.S.P.E.I. 1974, ch. C-15], avec un capital social autorisé de 5 000 \$ divisé en 50 actions d'une valeur nominale de 100 \$ chacune. Les appelants étaient également propriétaires d'un immeuble d'habitation à Halifax (N.-É.) qu'ils voulaient vendre à un acquéreur n'ayant avec eux aucun lien de dépendance. Ils savaient que, si la vente était faite directement à cet acquéreur, ils devraient payer un impôt substantiel sur le gain en capital et la récupération de l'amortissement ainsi réalisés. Afin d'éviter ce résultat défavorable, ils ont proposé de tirer parti du paragraphe 83(2) [mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 37; 1985, ch. 45, art. 126] et de l'article 85 [mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 48; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 45; 1984, ch. 45, art. 26; 1985, ch. 45, art. 126] de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63]¹. Leur plan était de céder l'immeuble d'habitation à leur société (celle-ci avait suffisamment de pertes pour absorber le gain en capital et la récupération) qui, en retour, prendrait en charge l'hypothèque de l'immeuble et émettrait au nom de chacun des propriétaires une action privilégiée entièrement payée et rachetable de 1 142 702 \$ sur laquelle la société pourrait, après avoir vendu l'immeuble à profit, déclarer un dividende en capital exempt d'impôt de 80 000 \$ aux termes du paragraphe 83(2).

3 Dans une entente avec leur société en date du 30 décembre 1985, les appelants ont cédé leur immeuble en contrepartie de la prise en charge de l'hypothèque par la société et de l'émission à chacun d'eux d'une action privilégiée entièrement payée ayant une valeur de rachat de 1 142 702 \$. La signature de l'entente, qui comprenait également une clause en vertu de laquelle les parties «prendront toutes autres mesures nécessaires à la mise en œuvre de la présente entente», avait été autorisée par les actionnaires et administrateurs de la société qui avaient également adopté une résolution, au même moment, afin que la société demande «par l'intermédiaire de ses avocats que ses lettres patentes soient modifiées» afin de porter le capital-actions de 5 000 \$ à 6 000 000 \$, ce qui lui permettrait d'émettre les deux actions privilégiées. En prévision de

would be obtained, the company then issued a fully paid preference share certificate to each of the appellants, sold the building at a profit and immediately declared "a dividend out of its Capital Dividend Account pursuant to subsection 83(2) of the income tax [act] in the amount of \$80,000 per share on each of the two issued, outstanding and fully paid preference shares". The appellants and their company subsequently filed the election required by section 85 and the company filed the election required by subsection 83(2).

4 In their income tax returns for 1985, the appellants, as one could expect, assumed the validity of the section 85 rollover and the tax-free character of the dividends they had received on their preference shares. Nobody could have challenged that assumption with any chance of success had it not been for an omission which was apparently discovered three years later, at a time when the Dale Corporation was about to apply for a certificate of continuance under the *Companies Act* of Nova Scotia [R.S.N.S. 1989, c. 81], a jurisdiction where companies are constituted by memorandum of association rather than by letters patent as in Prince Edward Island.

5 In the fall of 1988, the appellants found that the supplementary letters patent authorizing the increase of the capital stock of their company had never been obtained. Realizing the serious fiscal consequences that this omission might have, they did everything in their power, short of obtaining letters patent under the *Companies Act* of Prince Edward Island, to remedy it. The increase in the capital stock of the company that had been decided by the shareholders in 1985 was thus ratified not only by further resolutions of the shareholders before and after the company had obtained its certificate of continuance under the *Companies Act* of Nova Scotia, but also by the increase of its capital stock under the *Companies Act* of Nova Scotia and by an order of the Supreme Court of that province. That order, made on June 25, 1992, declared "the authorized capital of the Dale Corporation . . . to have been amended . . .

la délivrance des lettres patentes supplémentaires, la société a ensuite émis un certificat d'action privilégiée entièrement payée à chacun des appelants, a vendu l'immeuble à profit et a immédiatement déclaré «sur son compte de dividende en capital, conformément au paragraphe 83(2) de la [loi] de l'impôt sur le revenu, un dividende de 80 000 \$ sur chacune des deux actions émises, qui sont en circulation et qui sont entièrement payées». Les appelants et leur société ont ensuite fait le choix exigé à l'article 85 et la société a déposé le formulaire prévu au paragraphe 83(2) pour l'exercice de ce choix.

4 Dans leurs déclarations de revenus pour 1985, les appelants, comme on peut s'y attendre, ont présumé de la validité du transfert en franchise d'impôt prévu à l'article 85 et de l'exonération touchant les dividendes qu'ils avaient déjà reçus sur leurs actions privilégiées. Personne n'aurait pu contester cette hypothèse avec une quelconque chance de succès, n'eût été cette omission qui a apparemment été découverte trois ans plus tard, au moment où la Dale Corporation était sur le point de demander un certificat de prorogation en vertu de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse [R.S.N.S. 1989, ch. 81], un ressort dans lequel les sociétés sont constituées par actes constitutifs plutôt que par lettres patentes comme c'est le cas à l'Île-du-Prince-Édouard.

5 À l'automne 1988, les appelants se sont rendu compte que les lettres patentes supplémentaires autorisant l'augmentation du capital-actions de leur société n'avaient jamais été obtenues. Se rendant compte des conséquences fiscales sérieuses qu'une telle omission pouvait entraîner, ils ont fait tout ce qui était en leur pouvoir, à défaut de pouvoir obtenir les lettres patentes en vertu de la *Companies Act* de l'Île-du-Prince-Édouard, pour remédier à cette situation. L'augmentation du capital-actions de la société qui avait été décidée par les actionnaires en 1985 a donc été ratifiée, non seulement par l'adoption d'autres résolutions des actionnaires avant et après que la société obtienne son certificat de prorogation en vertu de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse, mais également par l'augmentation de son capital-actions en vertu de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse et par la délivrance d'une ordon-

effective December 28, 1985,” and ratified the two preference shares “as having been validly issued and outstanding as at December 31, 1985.”²

6 That order had not yet been pronounced when the appellants’ income taxes for 1985 were reassessed on the basis that the two preference shares had not been validly issued in 1985.³ It followed, in the Minister’s view, that the apartment building had not been transferred to the Dale Corporation, as required by section 85, for a “consideration that include[d] shares of the capital stock of the corporation” and that, as a consequence, the appellants were deemed to have disposed of their building at fair market value. It also followed, as dividends cannot be declared on shares that do not exist, that the capital dividends of \$80,000 received by the appellants were not tax-free dividends but appropriations to shareholders under subsection 15(1) of the Act.

7 The appellants’ appeals from those reassessments were allowed only in part. The Tax Court Judge was of the view that, as long as the Dale Corporation had been governed by the *Companies Act* of Prince Edward Island, the preference shares could not be validly issued since the initial authorized capital stock had not been increased by supplementary letters patent. He was also of opinion that, from the moment when the company had ceased to be a letters patent Prince Edward Island company to become a memorandum of association Nova Scotia company with an increased authorized share capital, the irregularity in the issuance of the preference shares had been cured. Accordingly, he held that the \$80,000 dividends were not dividends since they had been declared at a time when the shares did not exist. On that point, he upheld the reassessments. However, on the question of the validity of the section 85 rollover, he ruled in favour of the appellants. He was of the view [at page 2317] that the requirement of section 85 that the taxpayers shall

nance de la Cour suprême de cette province. Cette ordonnance, délivrée le 25 juin 1992, déclarait que «le capital-actions autorisé de la Dale Corporation . . . [avait] été modifié . . . avec prise d’effet le 28 décembre 1985», et considérait les deux actions privilégiées «comme ayant été valablement émises et comme étant en circulation le 31 décembre 1985»².

6 Cette ordonnance n’avait pas encore été prononcée quand l’impôt sur le revenu des appelants pour l’année 1985 a fait l’objet d’une nouvelle cotisation au motif que les deux actions privilégiées n’avaient pas été valablement émises en 1985³. Il s’ensuit, d’après l’opinion du ministre, que l’immeuble n’a pas été transféré à la Dale Corporation, comme l’exigeait l’article 85, pour «une contrepartie comprenant des actions du capital-actions de la [société]» et que, par conséquent, les appelants sont censés avoir disposé de leur immeuble à la juste valeur marchande. Il s’ensuit également, comme il est impossible de déclarer des dividendes sur des actions qui n’existent pas, que les dividendes en capital de 80 000 \$ touchés par chacun des appelants ne sont pas des dividendes exonérés d’impôt, mais bien des avantages accordés aux actionnaires en vertu du paragraphe 15(1) de la Loi.

7 Les appels formés à l’encontre de ces nouvelles cotisations ont été accueillis en partie seulement. Le juge de la Cour d’impôt s’est dit d’avis que, tant et aussi longtemps que la Dale Corporation avait été régie par la *Companies Act* de l’Île-du-Prince-Édouard, les actions privilégiées ne pouvaient valablement avoir été émises puisque le capital-actions initialement autorisé n’avait pas été augmenté au moyen des lettres patentes supplémentaires. Il était également d’avis que, dès que la société avait cessé d’être une société de l’Île-du-Prince-Édouard constituée par lettres patentes pour devenir une société de la Nouvelle-Écosse dotée d’un acte constitutif et d’un capital-actions autorisé accru, on avait remédié à l’émission irrégulière des actions privilégiées. Par conséquent, il a statué que les dividendes de 80 000 \$ n’étaient pas des dividendes puisqu’ils avaient été déclarés à un moment où les actions n’existaient pas. Sur ce point, il a maintenu les nouvelles cotisations. Toutefois, sur la question de la validité du transfert en franchise d’impôt prévu à

dispose of their property to a corporation for “consideration that includes shares’ [of the capital stock of the corporation] does not . . . imply that the share must necessarily be issued simultaneously with the transfer of property to the company or indeed within the same taxation year.” According to him, “What is essential is that there be either an actual issuance of shares or a binding obligation to do so at the time of transfer and that the shares be issued within a period of time that, in all the circumstances, is reasonable.” He considered that, in the unusual circumstances of this case, the shares had been issued within a reasonable time. He therefore concluded that the section 85 rollover was valid.

l’article 85, il a tranché en faveur des appelants. Il s’est dit d’avis [à la page 2317] que l’exigence prévue à l’article 85 selon laquelle les contribuables devaient aliéner leur bien à une société pour une «contrepartie incluant des actions» [du capital-actions de cette société] n’implique pas . . . que les actions doivent être émises en même temps que le bien est transféré ou, en fait, dans la même année d’imposition». Selon lui, «[l’]essentiel est que l’on émette effectivement les actions ou qu’une obligation à force exécutoire en prévoit l’émission à l’époque du transfert et que les actions soient émises dans un délai qui, eu égard à l’ensemble des circonstances, est raisonnable». Il a jugé que, compte tenu des circonstances inhabituelles de cette affaire, les actions avaient été émises dans un délai raisonnable. Il a donc conclu à la validité du transfert en franchise d’impôt effectué en application de l’article 85.

8 The appellants appeal from the part of the judgment that relates to the \$80,000 dividends; the respondent, by Her cross-appeal, challenges the conclusion that the section 85 rollover was valid.

8 Les appelants contestent la partie du jugement qui traite des dividendes de 80 000 \$; l’intimée, dans un appel incident, conteste la conclusion selon laquelle le transfert en franchise d’impôt fondé sur l’article 85 est valide.

9 The first question to be considered is the correctness of the Judge’s decision that the two preference shares had not been validly issued in 1985. If he was wrong on that point and if, contrary to what he decided, the shares were really issued in 1985, there would be no reason to doubt either the validity of the section 85 rollover or the reality of the declaration of dividends; such a finding would dispose of the appeal, which would succeed, and the cross-appeal, which would be dismissed.

9 La première question à analyser est la justesse de la décision du juge selon laquelle les deux actions privilégiées n’ont pas été valablement émises en 1985. S’il a tort sur ce point et si, contrairement à ce qu’il a décidé, les actions ont réellement été émises en 1985, il n’y aurait aucune raison de douter ni de la validité du transfert en franchise d’impôt fondé sur l’article 85 ni de la réalité de la déclaration des dividendes; une telle conclusion trancherait définitivement l’appel, qui serait accueilli, ainsi que l’appel incident, qui serait rejeté.

10 If, however, the Judge was right on that point, the appeal would have to be dismissed and, in order to dispose of the cross-appeal, it would be necessary to determine the correctness of the Judge’s finding that the requirements of section 85 had been met even though the two preference shares had not been validly issued in 1985.

10 Toutefois, si le juge a raison sur ce point, il faudra rejeter l’appel et, pour trancher définitivement l’appel incident, il sera nécessaire de déterminer la justesse de la conclusion du juge selon laquelle les exigences de l’article 85 ont été respectées même si les deux actions privilégiées n’ont pas été valablement émises en 1985.

The Validity of the Issuance of the Preferred Shares

La validité de l’émission des actions privilégiées

11 According to the appellants, the failure of the Dale Corporation to obtain supplementary letters

11 Selon les appelants, l’omission de la Dale Corporation d’obtenir les lettres patentes supplémentaires

patent increasing its capital stock did not invalidate the issuance of the two preference shares. Of the many arguments that they put forward in support of that contention, only three deserve consideration.

augmentant son capital-actions n'invalide pas l'émission des deux actions privilégiées. Parmi les nombreux arguments qu'ils ont formulés à l'appui de cette prétention, trois seulement méritent notre attention.

12 First, they say that, under the *Companies Act* of Prince Edward Island,⁴ the two preference shares could be legally issued without any amendment to the letters patent of the company.

Tout d'abord, ils prétendent qu'en vertu de la *Companies Act* de l'Île-du-Prince-Édouard⁴, les deux actions privilégiées pouvaient légalement être émises sans modification des lettres patentes de la société. 12

13 The Dale Corporation had been created by letters patent on December 9, 1969, pursuant to the *Companies Act* of Prince Edward Island. The letters patent described the capital stock of the company in the following terms:

La Dale Corporation a été constituée par lettres patentes le 9 décembre 1969, aux termes de la *Companies Act* du l'Île-du-Prince-Édouard. Les lettres patentes décrivent le capital-actions de la société dans les termes suivants: 13

The Capital Stock of the said Company shall be Five Thousand Dollars divided into Fifty Common Shares of One Hundred Dollars each subject to the increase of such Capital Stock under the provisions of the said Act.

[TRADUCTION] Le capital-actions de ladite société sera de cinq mille dollars divisés en cinquante actions ordinaires de 100 \$ chacune, sous réserve de l'augmentation du capital-actions conforme aux dispositions de ladite Loi.

14 The appellants' contention that the issuance of the two preferred shares did not require an amendment to the letters patent of the company is based on two premises: first, they say that, under subsection 85(1) of the *Companies Act* of Prince Edward Island, the issuance of preferred shares did not need to be authorized by the letters patent of the company and, second, that, as the preferred shares here in question had no par value, they could be issued without increasing the capital stock of the company.

La prétention des appelants selon laquelle l'émission des deux actions privilégiées n'exigeait pas une modification des lettres patentes de la société se fonde sur deux prémisses: premièrement, selon leur affirmation, aux termes du paragraphe 85(1) de la *Companies Act* de l'Île-du-Prince-Édouard, il n'était pas nécessaire que les lettres patentes de la société autorisent l'émission des actions privilégiées et, deuxièmement, comme les actions privilégiées en l'espèce n'ont pas de valeur nominale, elles pouvaient être émises sans qu'il y ait augmentation du capital-actions de la société. 14

15 Both these propositions are wrong.

Ces deux propositions sont erronées. 15

16 Under subsection 85(1) of the Prince Edward Island *Companies Act*, the directors and shareholders of a company may decide to issue part of the authorized capital stock of the company as preferred stock. They may not, however, create preferred stock in addition to the authorized capital stock of the company.

En vertu du paragraphe 85(1) de la *Companies Act* de l'Île-du-Prince-Édouard, les administrateurs et actionnaires d'une société peuvent décider d'émettre une partie du capital-actions autorisé de la société sous forme d'actions privilégiées. Ils ne peuvent pas, toutefois, créer des actions privilégiées qui dépassent le capital-actions autorisé de la société. 16

17 As to the assertion that the issuance of the two preferred shares did not increase the amount of the capital stock of the company, all that I can say is

Quant à l'affirmation selon laquelle l'émission des deux actions privilégiées n'a pas augmenté le montant du capital-actions de la société, tout ce que je 17

that I disagree: it is obvious that the issuance, for consideration exceeding two million dollars, of two shares without par value but with a redemption and retraction value of more than a million dollars each, had the effect of increasing the capital of the company.

18 The appellants' second argument regarding the validity of the issuance of the preference shares is based on section 18 of the *Companies Act* of Prince Edward Island which, they say, makes it clear that the failure to obtain letters patent increasing the capital stock of the company was of no consequence. Section 18 reads, in part, as follows:

18. This Part as it relates to matters preliminary to the issue of the letters patent and supplementary letters patent are directory only; and no letters patent, or supplementary letters patent, issued under this Part shall be held void for any irregularity, insufficiency or want of compliance herewith as respects such preliminary matter, . . .

19 This section does not help the appellants. It does not apply when, as in this case, no letters patent have been issued.

20 The appellants' third argument is based on the order of the Supreme Court of Nova Scotia of June 25, 1992, which declared that the "authorized share capital of the Dale Corporation . . . [had] been amended . . . effective December 28, 1985," and confirmed "the two Preference Shares issued . . . as having been validly issued and outstanding as at December 31, 1985."

21 As that order was made by a superior court, the appellants argue that it cannot be attacked collaterally until it is lawfully set aside or quashed (see *Wilson v. R.*, [1983] 2 S.C.R. 594) and that the Tax Court erred in ignoring it.

22 I do not agree.

peux dire c'est que je ne peux accepter cet argument; il est évident que l'émission, pour une contrepartie de plus de deux millions de dollars, de deux actions sans valeur nominale mais avec une valeur de rachat et d'encaissement par anticipation de plus d'un million de dollars chacune, a eu pour effet d'augmenter le capital-actions de la société.

Le deuxième argument des appelants concernant la validité de l'émission des actions privilégiées se fonde sur l'article 18 de la *Companies Act* de l'Île-du-Prince-Édouard qui, selon leur prétention, indique clairement que l'omission d'obtenir des lettres patentes augmentant le capital-actions de la société n'entraîne aucune conséquence. L'article 18 se lit en partie comme suit:

[TRADUCTION] 18. Les dispositions de la présente partie portant sur des questions préliminaires à la délivrance de lettres patentes et de lettres patentes supplémentaires, sont directrices seulement; les lettres patentes ou lettres patentes supplémentaires, délivrées en vertu de la présente partie, ne peuvent être déclarées nulles par suite de toute irrégularité, insuffisance ou non-respect des présentes dispositions concernant ces questions préliminaires . . .

Cet article n'aide pas les appelants. Il ne s'applique pas, lorsque, comme en l'espèce, des lettres patentes n'ont pas été délivrées.

Le troisième argument des appelants se fonde sur l'ordonnance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse en date du 25 juin 1992, déclarant que le [TRADUCTION] «capital-actions autorisé de la Dale Corporation . . . [avait été] modifié . . . avec prise d'effet le 28 décembre 1985», et considérant que «les deux actions privilégiées qui ont été émises . . . comme ayant été valablement émises et comme étant en circulation le 31 décembre 1985».

Étant donné que cette ordonnance a été rendue par une cour supérieure, les appelants prétendent qu'elle ne peut être attaquée indirectement tant qu'elle n'est pas légalement annulée ou infirmée (voir *Wilson c. R.*, [1983] 2 R.C.S. 594) et que la Cour de l'impôt a commis une erreur en ne tenant pas compte de ce principe.

Je ne peux accepter cet argument.

18

19

20

21

22

23 We are dealing here with the validity of an income tax assessment for the 1985 taxation year. Under our law, income tax is an annual affair. Taxpayers must file an income tax return for each taxation year and the Minister of National Revenue must thereafter assess the tax for that year. It follows, in my view, that, save when the law prescribes otherwise,⁵ the Minister, when he assesses the tax for a given year, must take into consideration the facts as they existed during that year. It also follows that, if there is an appeal from the Minister's assessment, the correctness and validity of the assessment must be decided on the basis of the facts that existed at the end of the taxation year. An assessment which was correct when it was made cannot, with the passage of time, degenerate into an incorrect assessment. On an appeal from an income tax assessment, the question to be decided is whether the assessment was valid when it was made.

24 This is not to say that the Minister, in assessing or reassessing, must ignore all judgments concerning the taxpayer that are rendered after the end of the taxation year. In performing his assessment function, the Minister must first determine what were the relevant facts during the taxation year and, in making that determination, he must consider all pertinent evidence, whether it came to light before or after the end of the taxation year. If a judgment pronounced against or in favour of the taxpayer determines what was his situation during the taxation year, the Minister may not ignore it for the sole reason that it was rendered after the end of the taxation year. The situation is different, however, when a judgment, on the basis of facts which occurred after the end of the taxation year, declares the situation that existed during that year to be different from what it really was. Then, the judgment must be ignored by the Minister because it is irrelevant to the question that he has to address, namely the assessment of the taxpayer's liability on the basis of the facts existing at the end of the taxation year. In other words, if the Minister may not, in the performance of his assessment function, take into consideration facts that

23 Nous traitons en l'espèce de la validité d'une cotisation d'impôt sur le revenu pour l'année d'imposition 1985. En vertu de notre droit, l'impôt sur le revenu est exigible tous les ans. Les contribuables doivent produire une déclaration de revenus pour chaque année d'imposition, et le ministre du Revenu national doit par la suite évaluer l'impôt payable dans l'année. Il s'ensuit, à mon avis, que, sauf disposition contraire de la Loi⁵, le ministre, quand il évalue l'impôt à payer dans une année donnée, doit tenir compte des faits qui existaient au cours de cette année. Il s'ensuit également que, si un appel est formé à l'encontre de la cotisation du ministre, la justesse et la validité de la cotisation établie doivent être décidées en se fondant sur les faits qui existaient à la fin de l'année d'imposition en question. Une cotisation qui était exacte au moment où elle a été établie ne peut, du seul fait de l'écoulement du temps, devenir inexacte. Dans un appel formé à l'encontre d'une cotisation d'impôt sur le revenu, la question à trancher est de savoir si la cotisation était valide au moment où elle a été faite.

24 Je ne veux pas dire que le ministre, en établissant une première cotisation ou une nouvelle cotisation, doit ignorer tous les jugements concernant le contribuable qui ont été rendus après la fin de l'année d'imposition. Pour déterminer l'impôt à payer, le ministre doit d'abord déterminer quels étaient les faits pertinents au cours de l'année d'imposition et, pour ce faire, il doit considérer tous les éléments de preuve pertinents, que ceux-ci soient portés à son attention avant ou après la fin de l'année d'imposition. Si un jugement prononcé en faveur ou à l'encontre du contribuable établit quelle était sa situation au cours de l'année d'imposition, le ministre ne peut ignorer ce jugement pour la simple raison que celui-ci a été rendu après la fin de l'année d'imposition. Bien entendu, la situation est différente lorsqu'un jugement, se fondant sur des faits qui se sont produits après la fin de l'année d'imposition, déclare que la situation qui existait au cours de cette année est différente de ce qu'elle était réellement. Dans ce cas, le ministre ne peut pas tenir compte du jugement parce que celui-ci ne se rapporte pas à la question qu'il doit trancher, c'est-à-dire évaluer la responsabilité fiscale du contribuable à partir des faits

occur after the end of the taxation year, he may not, either, take into consideration judgments based on such facts.

25 In this instance, the order of the Nova Scotia Supreme Court was made *ex parte* on an application by the Dale Corporation Limited under section 44 of the *Companies Act* of Nova Scotia upon reading the affidavit of Peter Dale who swore that, after issuing the two preferred shares, the company had become a Nova Scotia company with an increased capital stock and that the shareholders of the company, before and after the continuation of the company as a Nova Scotia company, had ratified the issuance of the two preferred shares. That judgment was clearly based on evidence of facts that occurred long after the end of the taxation year and long after the date on which the appellants and their company made their election (May 5, 1986). It could not affect the validity of the assessment made by the Minister.⁶

26 The Judge of the Tax Court was therefore right when he held that the two preferred shares had been irregularly issued in 1985 and that this irregularity had not been corrected before 1989. Was he also right in his interpretation of section 85 and his conclusion that the invalidity of the issuance of the two preferred shares in 1985 did not affect the validity of the section 85 rollover?

The Section 85 Rollover

27 In order for the provisions of subsections 85(1) and (2) to apply, the taxpayers and the partnership concerned must have disposed of property to a taxable Canadian corporation "for consideration that includes shares of the capital stock of the corporation." As the Dale Corporation, when it acquired the appellants' apartment building, could not issue the two preferred shares, the Minister of National

existant à la fin de l'année de l'imposition. Autrement dit, si le ministre ne peut, dans l'accomplissement de sa fonction d'évaluation, tenir compte de faits qui se sont produits après l'expiration de l'année d'imposition, il ne peut pas non plus tenir compte de jugements rendus à partir de ces mêmes faits.

25 En l'espèce, l'ordonnance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a été rendue *ex parte*, par suite du dépôt d'une demande par la Dale Corporation Limited en vertu de l'article 44 de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse, en s'appuyant sur l'affidavit de Peter Dale qui a déclaré sous serment que, après avoir émis les deux actions privilégiées, la société était devenue une société néo-écossaise avec un capital-actions accru et que les actionnaires de la société, avant et après la prorogation de la société en Nouvelle-Écosse, avaient ratifié l'émission des deux actions privilégiées. Ce jugement se fondait clairement sur la preuve de faits qui se sont produits longtemps après la fin de l'année d'imposition et bien longtemps après la date à laquelle les appelants et leur société ont fait leur choix (le 5 mai 1986). Cela ne peut porter atteinte à la validité de la cotisation établie par le ministre⁶.

26 Le juge de la Cour de l'impôt a donc conclu à bon droit que les deux actions privilégiées avaient été irrégulièrement émises en 1985 et que cette irrégularité n'avait pas été corrigée avant 1989. Son interprétation de l'article 85 et sa conclusion selon laquelle l'invalidité de l'émission des deux actions privilégiées en 1985 n'a pas porté atteinte à la validité du transfert en franchise d'impôt fondé sur l'article 85 sont-elles tout aussi justes?

Le transfert en franchise d'impôt fondé sur l'article 85

27 Pour que les dispositions des paragraphes 85(1) et (2) s'appliquent, les contribuables et la société de personnes en cause doivent avoir disposé des biens en faveur d'une corporation canadienne imposable «moyennant une contrepartie comprenant des actions du capital-actions de la corporation». Étant donné que la Dale Corporation, quand elle a acquis l'immeuble des appelants, ne pouvait émettre les deux

Revenue reassessed the appellants on the basis that the requirements of subsections 85(1) and (2) were not met because the consideration for which the appellants had disposed of their property did not, in fact, “include shares.” The Trial Judge disagreed. He conceded that, in fact, the appellants had disposed of their property in consideration of the mere promise of the company to obtain supplementary letters patent and issue the two preferred shares. In his view, however, it did not follow that the consideration for which the appellants had disposed of their property did not include shares. As it is trite law that consideration may be of two kinds, executed and executory, and as he saw no reason to restrict the meaning of the word “consideration” in section 85 to executed consideration, he concluded that the requirement of subsections 85(1) and (2) concerning consideration is met not only when, at the time of the transfer of the property to the corporation, there is an actual issue of shares but also when, as here, there is at that time a binding obligation to do so provided, in such a case, that the shares be issued within a reasonable time.

28 I am not convinced by the reasoning of the Judge.

29 First, I am of opinion that the phrase “consideration that includes shares,” in its plain and ordinary meaning, cannot refer to consideration that consists of a simple promise to issue shares.

30 Second, the interpretation adopted by the Judge of first instance is difficult to reconcile with the intention of Parliament which, I assume, did not enact section 85 simply to allow taxpayers to gain tax advantages by disposing of property through the intermediary of a corporation. Parliament clearly intended that the taxpayer disposing of the property should acquire shares of the corporation. This, the Judge clearly acknowledged by requiring, when the consideration consists of a mere promise to issue shares, that the shares be issued within a reasonable

actions privilégiées, le ministre du Revenu national a établi une nouvelle cotisation pour les appelants en se fondant sur le fait que les exigences des paragraphes 85(1) et (2) n’avaient pas été respectées étant donné que la contrepartie versée en échange de la cession du bien des appelants ne comprenait pas d’actions. Le juge de première instance n’a pas accepté cet argument. Il reconnaît qu’en fait les appelants ont cédé leur bien en contrepartie de la simple promesse faite par la société d’obtenir des lettres patentes supplémentaires et d’émettre les deux actions privilégiées. Toutefois, à son avis, il ne s’ensuit pas que la contrepartie pour laquelle les appelants ont aliéné leur propriété ne comprenait pas d’actions. Comme il est bien établi en droit qu’il y a deux types de contrepartie, soit les contreparties réalisées et celles qui dépendent d’un événement futur, et comme il n’a pas vu de raisons de restreindre le sens du mot «contrepartie» utilisé à l’article 85 à une contrepartie réalisée, il a conclu que les conditions des paragraphes 85(1) et (2) concernant la contrepartie sont respectées non seulement lorsque, au moment du transfert du bien à la société, il y a une émission réelle d’actions mais aussi lorsque, comme en l’espèce, il y a à ce moment une obligation à force exécutoire de le faire pourvu, dans ce cas, que les actions soient émises dans un délai raisonnable.

Ce raisonnement ne me convainc pas.

29 Tout d’abord, je suis d’avis que l’expression «contrepartie comprenant des actions», selon son sens ordinaire, ne peut faire référence à une contrepartie qui comprend une simple promesse d’émettre des actions.

30 Deuxièmement, l’interprétation adoptée par le juge de première instance est difficile à rapprocher de l’intention du législateur qui, je le présume, n’a pas adopté l’article 85 simplement pour autoriser les contribuables à profiter d’avantages fiscaux en aliénant leur bien par l’intermédiaire d’une société. Le législateur avait manifestement l’intention de faire en sorte que le contribuable qui aliène un bien acquière des actions de la société, ce qui suppose, comme l’a clairement reconnu le juge, que, lorsque la contrepartie est constituée d’une simple promesse d’émet-

time. He failed to recognize, however, that the Minister of National Revenue must be in a position, as soon as an election is made under section 85, to assess the amount of tax owed by the taxpayer who chose to take advantage of that section. The Minister must, at that time, be able to determine whether the conditions prescribed by the section are met and, as he is not endowed with a gift of divination, he must make that determination on the basis of the facts as they exist at that time. Now, it is clear that the appellants had not acquired the preferred shares when they made their election on May 5, 1986; they acquired them more than three years later.

31 I am therefore of opinion that the Judge of first instance was wrong when he concluded that the conditions prescribed by subsections 85(1) and (2) had been met in this case.

32 Contrary to what was argued by counsel for the appellants, I think that this conclusion is consistent with paragraph 85(1)(b) which refers to the "non-share" portion of the consideration received by the taxpayer from the corporation as being the total consideration for the disposition "other than any shares of the capital stock of the corporation or a right to receive any such shares." That phrase certainly shows that the author of subsections 85(1) and (2) was very conscious of the difference between shares and a right to receive shares and of the possibility that the consideration received by the taxpayer could include both shares and a right to receive shares. I cannot draw any other inference from the use of those words in that paragraph.

33 I would, therefore, dismiss the appeal, allow the cross-appeal, set aside the judgment of the Tax Court as it relates to the appellants' 1985 taxation year, and restore the Minister's assessments for that year. I would, in addition, order the appellants to pay the respondent's costs both here and below.

tre des actions, ces actions soient émises dans un délai raisonnable. Il n'a pas vu cependant que le ministre du Revenu national doit être en mesure, aussitôt que le choix est exercé en vertu de l'article 85, d'évaluer le montant de l'impôt que doit payer le contribuable qui a choisi de tirer parti de cet article. Le ministre doit, dès ce moment, être en position de déterminer si les conditions prescrites par l'article sont respectées et, comme il n'est pas devin, il doit faire cette détermination en s'appuyant sur les faits tels qu'ils existent à ce moment. Il est clair que les appelants n'avaient pas acquis les actions privilégiées lorsqu'ils ont fait leur choix le 5 mai 1986; ils les ont acquises plus de trois ans plus tard.

Je suis donc d'avis que le juge de première instance a eu tort de conclure que les conditions prescrites par les paragraphes 85(1) et (2) avaient été respectées en l'espèce. 31

Contrairement à ce qu'a soutenu l'avocat des appelants, je crois que cette conclusion est compatible avec l'alinéa 85(1)b) qui fait référence à la fraction «non composée d'actions» de la contrepartie touchée par le contribuable de la société comme étant la contrepartie totale reçue pour la disposition «autre que toutes actions du capital-actions de la corporation ou un droit d'en recevoir». Cette expression démontre certainement que l'auteur des paragraphes 85(1) et (2) était très conscient de la différence qui existe entre des actions et un droit de recevoir des actions et de la possibilité que la contrepartie touchée par le contribuable puisse inclure à la fois des actions et un droit d'en recevoir. Je ne puis tirer aucune autre inférence de l'emploi de ces mots dans cet alinéa. 32

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter l'appel, d'accueillir l'appel incident, d'annuler la partie du jugement de la Cour de l'impôt qui traite de l'année d'imposition 1985 et de rétablir les cotisations établies par le ministre pour cette année. En outre, je suis d'avis d'ordonner aux appelants de payer les dépens de l'intimée tant devant cette instance que devant la Cour de l'impôt. 33

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

34 ROBERTSON J.A.: This is yet another case in which the Court is called on to determine whether a taxpayer is to be denied a tax advantage on the basis of what the Minister of National Revenue characterizes as an ineffective or invalid transaction. Section 85 of the *Income Tax Act* (hereinafter the Act) requires that the consideration on a rollover of property from an individual to a corporation must include at least one share of the capital stock of the transferee. In this instance preference shares were issued to the transferor, the appellant taxpayers, but at a time when the authorized capital of the corporate transferee did not permit such. To effect the necessary increase in capital, supplementary letters patent were required but never obtained. Eventually, the corporate transferee did obtain an order of the Supreme Court of Nova Scotia which deemed the preference shares to have been validly issued within the relevant taxation year. Both the appeal and cross-appeal can be disposed of in favour of the taxpayers if the Nova Scotia order is accepted according to its terms. I conclude that the law requires the Minister to give full legal effect to the order in question and, therefore, the taxpayers are entitled to the tax relief claimed.

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Il s'agit encore une fois d'une affaire dans laquelle la Cour est appelée à décider si un contribuable doit se voir refuser un avantage fiscal sur la base de ce que le ministre du Revenu national qualifie d'opération invalide ou sans effet. L'article 85 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la Loi) exige que, lorsqu'un particulier envisage de transférer en franchise d'impôt des biens à une société, le transfert comprenne au moins une action du capital-actions de la cessionnaire. En l'espèce, des actions privilégiées ont été émises aux cédants, c'est-à-dire les contribuables appelants, mais à un moment où le capital social autorisé de la société cessionnaire ne permettait pas une telle opération. Pour effectuer l'augmentation nécessaire du capital social, des lettres patentes supplémentaires étaient exigées, mais elles n'ont jamais été obtenues. Par la suite, la société cessionnaire a effectivement obtenu une ordonnance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse dans laquelle il était déclaré que les actions privilégiées étaient réputées avoir été valablement émises au cours de l'année d'imposition en cause. L'appel, tout comme l'appel incident, pourront être tranchés en faveur des contribuables si l'ordonnance de la Nouvelle-Écosse est acceptée selon les conditions qui y sont énoncées. Je conclus que la loi exige que le ministre donne son plein effet juridique à l'ordonnance en question et, par conséquent, que les contribuables ont droit à l'allègement fiscal réclamé.

35 Bernard Dale and his son Peter, the taxpayers, were the beneficial owners of an apartment building located in the city of Halifax. In 1985 they decided to sell the building. Rather than effecting a direct transfer to a third party the taxpayers proposed to convey the property to the Dale Corporation, incorporated under the laws of Prince Edward Island. The taxpayers owned 23 of the 26 issued shares of that corporation. The remaining shares were owned by Bernard's wife and the two other Dale children. All the shareholders of Dale Corporation approved the purchase of the apartment building. The consideration for the transfer was the assumption of the

Bernard Dale et son fils Peter, les contribuables, étaient propriétaires bénéficiaires d'un immeuble d'habitation situé dans la ville d'Halifax. En 1985, ils ont décidé de vendre cet immeuble. Au lieu de le céder directement à un tiers, les contribuables ont proposé de céder l'immeuble à la Dale Corporation, constituée en vertu des lois de l'Île-du-Prince-Édouard. Les contribuables possédaient 23 des 26 actions émises de cette société. Le reste des actions était la propriété de l'épouse de Bernard et des deux autres enfants Dale. Tous les actionnaires de la Dale Corporation ont approuvé l'achat de l'immeuble. La contrepartie du transfert était constituée de la prise

existing mortgage indebtedness and the issuance to each taxpayer of a preference share having a redemption value of approximately \$1.1 million. However, the Dale Corporation did not, at that time, have an authorized capital which would permit the issuance of preference shares. Accordingly, at a meeting held on December 28, 1985, the shareholders of Dale Corporation passed a by-law authorizing the increase in capital and the making of an application for supplementary letters patent as required by section 35 of the *Companies Act* of Prince Edward Island. In anticipation of the grant of supplementary letters patent, the Dale Corporation issued the two preference shares.

en charge de l'hypothèque en cours et de l'émission à chaque contribuable d'une action privilégiée ayant une valeur de rachat d'environ 1,1 million de dollars. Toutefois, la Dale Corporation n'avait pas, à ce moment, le capital social autorisé lui permettant d'émettre des actions privilégiées. Par conséquent, au cours d'une réunion qui s'est tenue le 28 décembre 1985, les actionnaires de la Dale Corporation ont adopté un règlement intérieur autorisant l'augmentation du capital social et le dépôt d'une demande de lettres patentes supplémentaires comme l'exigeait l'article 35 de la *Companies Act* de l'Île-du-Prince-Édouard. En prévision de la délivrance des lettres patentes, la Dale Corporation a émis les deux actions privilégiées.

36 The obvious purpose of the transaction was to ensure that the taxpayers did not realize the recapture and capital gain on the disposition of a property to an arm's-length party. In addition, the Dale Corporation had sufficient losses to offset any capital gain and recapture which it would have had to include in its income tax return upon disposition of the property to a third party. As described by Judge Bowman of the Tax Court the transaction was "a perfectly acceptable form of tax planning" (at page 2305). I would simply add that this is one instance where the Act expressly provides for and encourages beneficial tax planning.

36 Le but évident de l'opération était de faire en sorte que les contribuables ne réalisent pas de gain en capital et ne bénéficient pas de la récupération sur l'amortissement en aliénant l'immeuble à une partie n'ayant avec eux aucun lien de dépendance. En outre, la Dale Corporation avait suffisamment de pertes pour absorber tout gain en capital et récupération sur l'amortissement qu'elle devrait inclure dans sa déclaration de revenus au moment de l'aliénation de l'immeuble à un tiers. Comme l'indique le juge Bowman de la Cour de l'impôt, l'opération était «une forme de planification fiscale parfaitement acceptable» (à la page 2305). J'ajouterais simplement qu'il s'agit d'un cas où la Loi prévoit expressément et encourage même une planification fiscale en faveur des contribuables.

37 The sale by the taxpayers to the Dale Corporation was completed on December 30, 1985. On the following day the Dale Corporation transferred the property to a third party and declared and paid what was thought to be a tax-free capital dividend of \$80,000 on each of the two preference shares. At the time of the transfer all the necessary corporate steps to give effect to the transactions were properly taken, except for the supplementary letters patent requirement. As well, the taxpayers and the Dale Corporation executed and filed the section 85 elections by March of 1986 as required by the Act. It was not until 1988 that it was discovered that supplementary letters patent had not been obtained. This

37 La vente par les contribuables à la Dale Corporation a eu lieu le 30 décembre 1985. Le lendemain, la Dale Corporation cédait le bien à un tiers, déclarait et versait un dividende de 80 000 \$, qu'elle croyait exempt d'impôt, sur chacune des deux actions privilégiées. Au moment de la cession, toutes les mesures nécessaires pour donner effet aux opérations avaient été dûment prises au niveau de la société, sauf en ce qui concerne la délivrance des lettres patentes supplémentaires. De même, les contribuables et la Dale Corporation ont fait le choix prévu à l'article 85 et en ont fait la déclaration en mars 1986, comme l'exigeait la Loi. Ce n'est qu'en 1988 que l'on a découvert que les lettres patentes supplémentaires

may have been due to the fact that the records of the Dale Corporation were held by the receiver-manager appointed on February 13, 1985. Those records were not returned until after the discharge of the receiver-manager on September 1, 1988. As well the intervening death of Mrs. Dale, the corporate secretary, is advanced as another reason for the failure to apply for supplementary letters patent.

n'avaient jamais été obtenues. Cela est peut-être dû au fait que les registres de la Dale Corporation étaient sous le contrôle d'un séquestre-gérant nommé le 13 février 1985. Ces registres n'ont été remis qu'après la destitution du séquestre le 1^{er} septembre 1988. De même, le décès de M^{me} Dale, qui était la secrétaire de la société, pourrait expliquer que les lettres patentes n'ont pas été obtenues.

38 On December 6, 1988, the shareholders of Dale Corporation ratified the requisite increase in share capital and resolved that the Corporation would continue under the laws of Nova Scotia. A certificate of continuance was issued by the Registrar of Joint Stock Companies of that province on July 27, 1989. On May 22, 1991, the shareholders again ratified the increase in share capital. They also passed a resolution on the same day authorizing an application to the Supreme Court of Nova Scotia to permit the late filing under section 109 of the Nova Scotia *Companies Act* of the contract entered into by the taxpayers and the Dale Corporation in December of 1985 with respect to the issuance of the preference shares as partial consideration for the apartment building. Section 109 requires, when shares are issued for consideration other than cash, that a copy of the underlying contract be filed with the Registrar before the shares are issued. In instances where that requirement has not been met subsection 109(3) enables a corporation to obtain retroactive relief. On June 28, 1991, the Dale Corporation obtained from the Supreme Court of Nova Scotia an order under subsection 109(3) of the *Companies Act* of that province. The relevant portion of that order reads as follows:

IT IS ORDERED THAT the Contract appended as Schedule "A" to this Order bearing execution date December 30, 1985, be and is hereby declared to be a sufficient Contract executed in due compliance with the requirements of Section 109 of the Companies Act, R.S.N.S. 1989, c. 81;

AND IT IS FURTHER ORDERED THAT upon the filing of that Contract with the Registrar aforesaid within Thirty (30) days next following the date of this Order that

38 Le 6 décembre 1988, les actionnaires de la Dale Corporation ont ratifié l'augmentation exigée du capital-actions et ont adopté une résolution selon laquelle la société serait prorogée en vertu des lois de la Nouvelle-Écosse. Un certificat de prorogation a été émis par le registraire des compagnies par actions de cette province le 27 juillet 1989. Le 22 mai 1991, les actionnaires ont de nouveau ratifié l'augmentation du capital-actions. Ils ont également adopté une résolution le même jour autorisant une demande à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse pour permettre le dépôt tardif en vertu de l'article 109 de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse du contrat conclu entre les contribuables et la Dale Corporation en décembre 1985 concernant l'émission des actions privilégiées en tant que contrepartie partielle de l'aliénation de l'immeuble d'habitation. L'article 109 exige que, lorsque des actions sont émises pour une contrepartie autre qu'un paiement en espèces, une copie du contrat de base soit déposée auprès du registraire avant l'émission des actions. Dans les cas où cette exigence ne peut être respectée, le paragraphe 109(3) permet à une société d'obtenir un redressement rétroactif. Le 28 juin 1991, la Dale Corporation a obtenu de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse une ordonnance délivrée en vertu du paragraphe 109(3) de la *Companies Act* de cette province. La partie pertinente de cette ordonnance est rédigée dans les termes suivants:

[TRADUCTION] IL EST ORDONNÉ que le contrat figurant à l'annexe «A» de la présente ordonnance et portant la date de signature du 30 décembre 1985 soit considéré comme un contrat valable signé conformément aux exigences de l'article 109 de la Companies Act, R.S.N.S. 1989, ch. 81;

ET IL EST ORDONNÉ QU'au moment du dépôt de ce contrat auprès du registraire, dans les trente (30) jours suivant la date de la présente ordonnance, ce contrat

such filing shall, in relation to such shares, operate as if it had been duly filed with the Registrar aforesaid before the issue of such shares, that being a filing as of Monday, December 30, 1985.

39 On June 25, 1992, the Dale Corporation obtained a further order declaring its authorized share capital to have been amended effective December 28, 1985 and confirming that the preference shares were validly issued as of December 31, 1985. The pertinent portion of that order reads as follows:

IT IS ORDERED THAT the authorized share capital of the Dale Corporation be and is hereby declared to have been amended as per Schedule "A" to this Order, effective December 28, 1985.

IT IS FURTHER ORDERED THAT the two Preference Shares issued are hereby ratified and confirmed as having been validly issued and outstanding as at December 31, 1985.

40 The June 25, 1992 order was issued *ex parte* pursuant to section 44 of the *Companies Act* of Nova Scotia which states in relevant part:

44(1) If

(a) the name of a person is, without sufficient cause, entered in or omitted from the register of members of a company; or

(b) . . .

the person aggrieved, or any member of the company, or the company, may apply to the Court by motion for rectification of the register, and the court may either refuse the application or may order rectification of the register, and payment by the company of any damages sustained by any party aggrieved.

(2) On application under this Section the court may decide any question relating to the title of any person who is a party to the application to have his name entered in or omitted from the register, whether the question arises between members or alleged members, or between members or alleged members on the one hand and the company of the other hand, and generally may decide any question necessary or expedient to be decided for rectification of the register.

41 The Minister took the position that the section 85 election was invalid because the preference shares

s'applique, relativement à ces actions, comme s'il avait été dûment déposé auprès dudit registraire avant l'émission de ces actions, c'est-à-dire le lundi 30 décembre 1985.

Le 25 juin 1992, la Dale Corporation a obtenu 39 une nouvelle ordonnance déclarant que son capital-actions autorisé avait été modifié à compter du 28 décembre 1985 et confirmant que les actions privilégiées avaient été valablement émises le 31 décembre 1985. La partie pertinente de cette ordonnance est rédigée dans les termes suivants:

IL EST ORDONNÉ que le capital-actions autorisé de la Dale Corporation soit considéré comme ayant été modifié conformément à l'annexe «A» de la présente ordonnance, avec prise d'effet le 28 décembre 1985.

ET IL EST ORDONNÉ QUE les deux actions privilégiées qui ont été émises soient considérées comme ayant été valablement émises et comme étant en circulation le 31 décembre 1985.

L'ordonnance du 25 juin 1992 a été émise *ex parte* en vertu de l'article 44 de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse dont l'extrait pertinent figure ci-dessous: 40

[TRADUCTION] **44(1)** Dans les cas où

a) le nom d'une personne figure ou ne figure pas, sans raison suffisante, dans le registre des membres d'une société; ou

b) . . .

la personne lésée, ou tout autre membre de la société, ou la société elle-même, peut s'adresser à la Cour par requête pour faire corriger le registre, et la Cour peut soit refuser la demande, soit ordonner que le registre soit rectifié, et ordonner à la société de payer à toute partie lésée les dommages-intérêts qu'elle a subis.

(2) Sur présentation d'une demande en vertu du présent article, la cour peut décider de toute question ayant trait au titre d'une personne qui est une partie à la demande visant à faire inscrire son nom au registre ou à le rayer du registre, si la question se pose entre les membres ou les membres présumés, ou entre les membres et les membres présumés d'une part et la société d'autre part, et décider de façon générale de toute question nécessaire ou souhaitable concernant la rectification du registre.

Le ministre a décidé que le choix prévu à l'article 41 85 était invalide parce que les actions privilégiées

had not been validly issued in 1985. He also argued that the capital dividend declared on December 31, 1985 was a taxable shareholder benefit under subsection 15(1) [as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 8; 1980-81-82-83, c. 48, s. 7] of the Act because all the steps necessary to perfect the issuance of the preference shares were not in fact and in law completed by December 31, 1985. With respect to the latter issue Judge Bowman agreed with the Minister and held that for dividends to be payable on a class of shares all necessary steps for the valid issuance of the shares must in fact and law have been completed at that time: "Dividends cannot become payable on embryonic shares" (at page 2318). In reaching that conclusion Judge Bowman questioned whether an order of the Supreme Court of Nova Scotia could have retroactive effect to a time when the Dale Corporation was not subject to the law of Nova Scotia. After referring to *Hillis v. R.*, [1983] 6 W.W.R. 577 (F.C.A.) and *Boger (A.) Estate v. M.N.R.*, [1993] 2 C.T.C. 81 (F.C.A.), he concluded that "whatever might be the effect of a specific statutory provision, a court order purporting to have retroactive effect cannot create a state of affairs in an earlier year that did not in fact exist" (at page 2319).

n'avaient pas été valablement émises en 1985. Il a également fait valoir que le dividende en capital déclaré le 31 décembre 1985 était un avantage imposable conféré à un actionnaire en vertu du paragraphe 15(1) [mod. par. S.C. 1977-78, ch. 1, art. 8; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 7; 1985, ch. 45, art. 126] de la Loi parce que toutes les mesures nécessaires pour parfaire l'émission des actions privilégiées n'avaient pas, en fait et en droit, été prises au 31 décembre 1985. Pour ce qui a trait à cette dernière question, le juge Bowman a accepté la position du ministre et a statué que, pour qu'un dividende soit payable sur une catégorie d'actions, toutes les étapes nécessaires à l'émission valable des actions doivent, en fait et en droit, avoir été accomplies à la date pertinente: «Des dividendes ne peuvent devenir payables sur des actions embryonnaires» (à la page 2318). En arrivant à cette conclusion, le juge Bowman s'est demandé si une ordonnance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse pouvait s'appliquer rétroactivement à une date où la Dale Corporation n'était pas assujettie aux lois de la Nouvelle-Écosse. Après avoir fait référence à l'arrêt *Hillis c. R.*, [1983] 6 W.W.R. 577 (C.A.F.) et *Succession Boger (A.) c. M.R.N.*, [1993] 2 C.T.C. 81 (C.A.F.), il a conclu que «quel que puisse être l'effet d'une disposition législative particulière, une ordonnance judiciaire censée avoir un effet rétroactif ne peut créer une situation applicable à une année antérieure qui n'existait pas en fait» (à la page 2319).

42 Judge Bowman went on to reject the Minister's argument that the section 85 election was invalid because the preference shares were not issued simultaneously with the transfer of the property or within the same taxation year. He reasoned that the Minister's interpretation of section 85 was unduly restrictive and would defeat the purpose underlying that provision. In the opinion of Judge Bowman, the words "consideration that includes shares" contained in subsections 85(1) and (2) do not imply that shares must necessarily be issued simultaneously with the transfer of property to a corporation or indeed within the same taxation year. In his opinion, it is sufficient for purposes of compliance with section 85 that there be a binding obligation to issue shares at the time the property is transferred and that the

Le juge Bowman a ensuite rejeté l'argument du ministre selon lequel le choix prévu à l'article 85 était invalide parce que les actions privilégiées n'avaient pas été émises en même temps que le transfert du bien ou dans la même année d'imposition. Selon son raisonnement, l'interprétation que le ministre donne à l'article 85 est indûment restrictive et va à l'encontre de l'objet de cette disposition. De l'avis du juge Bowman, les termes «contrepartie comprenant des actions» qui sont énoncés au paragraphe 85(1) et (2) n'impliquent pas que les actions doivent nécessairement être émises en même temps que le bien est transféré à une société ou, en fait, dans la même année d'imposition. À son avis, pour que l'article 85 soit respecté, il suffit qu'une obligation à force exécutoire prévoie l'émission des actions

42

shares be issued within a period that, in all the circumstances, is reasonable. On the facts of the present case Judge Bowman held that both of those requirements were satisfied, at the very latest by June 25, 1992 and probably by May 22, 1991 if not July 27, 1989. Accordingly, the taxpayers were entitled to succeed on this issue.

43 The taxpayers appeal that part of Judge Bowman's decision holding the capital dividend payment to be a taxable benefit under subsection 15(1) of the Act. The Minister cross-appeals the finding that the section 85 rollover was valid because of the promise to issue shares and their issuance within a reasonable period. My colleague Pratte J.A. has concluded that the taxpayers are not entitled to succeed on either issue. Respectfully, I am of the contrary opinion. Briefly stated, I am of the view that the order of the Supreme Court of Nova Scotia, dated June 25, 1992 is determinative of the issues at hand. As a matter of law both the Tax Court and this Court are required to give effect to orders issued by the superior courts of the provinces. Before turning to the legal effect of the order in question I propose to restate some basic propositions which serve as a useful background for my analysis.

44 There can be no doubt that the onus rests on the taxpayer or his or her advisors to ensure that a tax planning scheme meets both the requirements of the Act and the general requirements, imposed at law, for establishing a particular type of relationship or transaction. A transaction which fails to comply with those requirements in some fundamental or essential aspect will be deemed ineffectual for income tax purposes: see *Atinco Products Ltd v The Queen*, [1978] CTC 566 (F.C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused [1979] 1 S.C.R. v, where it was held that a valid trust was not created; see also *The Queen v. Paxton, J.D.* (1996), 97 DTC 5012 (F.C.A.), where there was a failure to properly document a sale of

à l'époque du transfert et que les actions soient émises dans un délai qui, eu égard à l'ensemble des circonstances, est raisonnable. D'après les faits de la présente affaire, le juge Bowman a statué que ces deux exigences avaient été respectées, à tout le moins au 25 juin 1992 et probablement dès le 22 mai 1991, sinon le 27 juillet 1989. Par conséquent, les contribuables ont eu gain de cause sur ce point.

Les contribuables en appellent de cette partie de la 43
décision du juge Bowman statuant que le versement du dividende en capital est un avantage imposable visé au paragraphe 15(1) de la Loi. Le ministre a déposé un appel incident contestant la conclusion selon laquelle le transfert en franchise d'impôt prévu à l'article 85 est valide en raison de la promesse d'émission des actions et de leur émission réelle dans un délai raisonnable. Mon collègue le juge Pratte a conclu que les contribuables ne devaient avoir gain de cause sur aucun de ces points. En toute déférence, je suis d'avis contraire. En peu de mots, je crois que l'ordonnance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, en date du 25 juin 1992, règle définitivement les questions en l'espèce. D'un point de vue juridique, la Cour de l'impôt et la Cour sont tenues de donner effet aux ordonnances rendues par les cours supérieures provinciales. Avant d'aborder l'effet juridique de l'ordonnance en question, je propose de réaffirmer certaines propositions fondamentales qui constitueront un contexte utile pour mon analyse.

Il ne fait aucun doute qu'il incombe au contribu- 44
able ou à ses conseillers de s'assurer qu'une planification fiscale respecte à la fois les exigences de la Loi et les exigences générales que le droit impose pour établir un type particulier de relation ou d'opération. Une opération qui ne respecte pas ces exigences sur un point fondamental ou essentiel sera réputée sans effet pour les fins de l'impôt sur le revenu: voir *Atinco Products Ltd c La Reine*, [1978] CTC 566 (C.A.F.), l'autorisation d'appel à la C.S.C. a été refusée [1979] 1 R.C.S. v, dans lequel il a été statué qu'une fiducie valide n'avait pas été créée; voir aussi *La Reine c. Paxton, J.D.* (1996), 97 DTC 5012 (C.A.F.), portant sur l'omission de documenter

the family business to the owner's children prior to its sale to a third party.

45 There is also little doubt that the courts have been diligent in requiring adherence to legal formalities imposed at law or by statute if certain tax advantages are to be accorded. I am not suggesting that the standard to be met by the taxpayer is best described as one of "perfection". In *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, the Supreme Court of Canada acknowledged that certain deficiencies may be found to be inconsequential. In that case there had been, among other things, a failure to ensure that the buyer of the appellant's business held a licence under the *Excise Act* [R.S.C. 1952, c. 99] in conjunction with that business. Despite that omission, it was held that the contract of purchase and sale of the business was complete and the associated tax reduction scheme valid.

46 In determining whether a legal transaction will be recognized for tax purposes one must turn to the law as found in the jurisdiction in which the transaction is consummated. Often that determination will be made without the aid of guiding precedents which are on point and, hence, the effectiveness of a transaction may depend solely on the proper application of general common law and equitable principles. In some instances it will be necessary for the Tax Court to interpret the statutory law of a province. As for the Minister, he must accept the legal results which flow from the proper application of common law and equitable principles, as well as the interpretation of legislative provisions. This leads me to the question of whether the Minister is bound by an order issued by a superior court, which order has its origins in the interpretation and application of the provisions of a provincial statute.

47 In the court below, the Minister argued that the order of the Nova Scotia Supreme Court might be binding as between the taxpayers and the Dale Corporation but not on him. Judge Bowman rejected that argument, and in my opinion rightly so, but went on to reason that an order allegedly having retroactive effect "cannot create a state of affairs in an earlier year that did not in fact exist" (at page

correctement la vente de l'entreprise familiale aux enfants du propriétaire avant la vente à un tiers.

45 Il ne fait pas non plus de doute que les tribunaux insistent sur le respect des formalités d'origine juridique ou législative lorsque certains avantages fiscaux sont accordés. Je ne veux pas laisser entendre que la norme à respecter par le contribuable est une norme de «perfection». Dans l'arrêt *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, la Cour suprême du Canada a reconnu que certaines irrégularités pouvaient n'avoir aucune conséquence. Dans cette affaire, on avait, notamment, omis de s'assurer que l'acquéreur de l'entreprise de l'appelante avait une licence en vertu de la *Loi sur l'accise* [S.R.C. 1952, ch. 99] pour exploiter cette entreprise. Malgré cette omission, la Cour a statué que la convention d'achat-vente de l'entreprise était complète et que le plan connexe en vue de réduire l'impôt était valide.

46 Pour déterminer si une opération juridique sera reconnue aux fins de l'impôt, il faut examiner le droit du ressort où l'opération est effectuée. Souvent, cette décision sera prise sans l'aide de précédents traitant exactement de la même question et, par conséquent, l'effet d'une opération peut dépendre uniquement de l'application appropriée de principes généraux de common law et d'*equity*. Dans certains cas, la Cour de l'impôt devra interpréter les lois d'une province. Quant au ministre, il doit accepter les résultats juridiques qui découlent de l'application appropriée des principes de common law et d'*equity*, de même que l'interprétation des dispositions législatives. Ceci m'amène à la question de savoir si le ministre est lié par une ordonnance émise par une cour supérieure, ordonnance qui a ses origines dans l'interprétation et l'application des dispositions d'une loi provinciale.

47 Devant l'instance inférieure, le ministre a fait valoir que l'ordonnance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse liait peut-être les contribuables et la Dale Corporation, mais pas lui. Le juge Bowman a rejeté cet argument, à mon avis à bon droit, mais il a poursuivi son raisonnement en indiquant qu'une ordonnance ayant prétendument un effet rétroactif «ne peut créer une situation applicable à une année

2319). As I understand his reasons, this is so even though the Nova Scotia court was acting under the provisions of the *Companies Act* of that province. Counsel for the taxpayers now relies on the decision of the Supreme Court of Canada in *Wilson v. R.*, [1983] 2 S.C.R. 594, to support the argument that the Minister and Tax Court are bound by the terms of the Nova Scotia order. That decision establishes the general rule that an order of a superior court cannot be attacked collaterally unless it is lawfully set aside. In *Wilson* the Supreme Court was called on to determine whether a provincial court judge could look behind the apparently valid search order of a superior court and rule inadmissible the evidence obtained thereunder. In the course of delivering its reasons for judgment the Supreme Court made some general statements of the law concerning the binding effect of orders issued by superior courts.

antérieure qui n'existait pas en fait» (à la page 2319). Selon mon interprétation de ces motifs, cela est d'autant plus vrai que la Cour de la Nouvelle-Écosse agissait en vertu des dispositions de la *Companies Act* de cette province. L'avocat des contribuables s'appuie maintenant sur la décision de la Cour suprême du Canada dans *Wilson c. R.*, [1983] 2 R.C.S. 594, pour faire valoir que le ministre et la Cour de l'impôt sont liés par l'ordonnance de la Nouvelle-Écosse. Cette décision pose la règle générale selon laquelle une ordonnance d'une cour supérieure ne peut être attaquée indirectement à moins d'avoir été légalement infirmée. Dans l'arrêt *Wilson*, la Cour suprême devait déterminer si un juge d'une cour provinciale pouvait vérifier un mandat de perquisition apparemment valide d'une cour supérieure et conclure à l'irrecevabilité de la preuve obtenue en vertu de ce mandat. Dans l'énoncé de ses motifs, la Cour suprême a fait quelques déclarations générales de droit concernant l'effet obligatoire des ordonnances émises par les cours supérieures.

48 The first principle is that the record of a superior court is to be treated as "absolute verity so long as it stands unreversed" (*per* McIntyre J., at page 599, quoting Monnin J.A. in the Manitoba Court of Appeal). Second, an order which has not been set aside must receive full effect according to its terms (at page 604). Third, the order is binding on all the world (at page 601, citing Bird J.A. in *Can. Transport (U.K.) Ltd. v. Alsbury et al.*, [1953] 1 D.L.R. 385 (B.C.C.A.), at page 418). Fourth, a collateral attack is deemed to include proceedings other than those whose specific object is to effect a reversal or nullification of the order. At page 599, McIntyre held as follows:

It has long been a fundamental rule that a court order, made by a court having jurisdiction to make it, stands and is binding and conclusive unless it is set aside on appeal or lawfully quashed. It is also well settled in the authorities that such an order may not be attacked collaterally—and a collateral attack may be described as an attack made in proceedings other than those whose specific object is the reversal, variation, or nullification of the order or judgment.

Le premier principe affirme que le dossier d'une cour supérieure doit être considéré comme [TRADUCTION] «la vérité absolue tant qu'il n'a pas été infirmé» (le juge McIntyre, à la page 599, citant le juge Monnin de la Cour d'appel du Manitoba). Deuxièmement, une ordonnance qui n'a pas été annulée doit être appliquée intégralement (à la page 604). Troisièmement, l'ordonnance a force exécutoire pour tous (à la page 601, citant le juge d'appel Bird dans *Can. Transport (U.K.) Ltd. v. Alsbury et al.*, [1953] 1 D.L.R. 385 (C.A.C.-B.), à la page 418). Quatrièmement, une attaque indirecte est réputée englober des procédures autres que celles visant précisément à obtenir l'infirmité ou l'annulation de l'ordonnance. À la page 599, le juge McIntyre dit ceci:

Selon un principe fondamental établi depuis longtemps, une ordonnance rendue par une cour compétente est valide, concluante et a force exécutoire, à moins d'être infirmée en appel ou légalement annulée. De plus, la jurisprudence établit très clairement qu'une telle ordonnance ne peut faire l'objet d'une attaque indirecte; l'attaque indirecte peut être décrite comme étant une attaque dans le cadre de procédures autres que celles visant précisément à obtenir l'infirmité, la modification ou l'annulation de l'ordonnance ou du jugement.

49 Rarely are guiding rules or principles expressed as absolutes and so it is proper to ask whether the prohibition against collateral attacks is subject to exceptions. The Supreme Court in *Wilson* expressly singled out instances where orders were issued in fraudulent circumstances but declined to offer an exhaustive list of exceptions to the rule (at pages 599-600). For purposes of deciding this appeal it is unnecessary to circumscribe the precise boundaries of the exceptional category relating to the rule against collateral attacks. I need only address the Minister's "jurisdictional" attack. As I understand it, the Minister's position is that a court order which has the effect of rewriting fiscal history is not binding on him. Based on the existing authorities, he posits that a court order cannot create a state of affairs in an earlier year that did not in fact exist.

50 It seems only logical that a court would decline the invitation to grant a retroactive order which has the clear legal effect of rewriting fiscal history. Assuming that such an order were granted then it would be proper to ask whether the Minister is entitled to ignore it for taxation purposes. One might be tempted to permit an attack on the ground of fiscal revisionism where it could be shown that the order was obtained by non-disclosure or misrepresentation. More likely than not revisionist orders will be obtained on consent, or in circumstances where it is likely that the tax ramifications of the order were not placed squarely before the judge, or where the judge was obviously sympathetic to the taxpayer's situation. There are two reported tax cases decided prior to *Wilson* which aptly illustrate the judicial sympathy scenario: see *Bently v. M.N.R.* (1954), 54 DTC 510 (T.A.B.) and *Hobbs v. M.N.R.* (1970), 70 DTC 1744 (T.A.B.). In both cases it is obvious that there was no legal foundation, statutory or otherwise, for making the retroactive orders requested. Assuming without deciding that those decisions come within the exceptional category recognized in *Wilson*, they are readily distinguishable from the case under appeal.

49 Il est rare que des règles ou des principes directeurs soient exprimés en termes aussi absolus et il est donc approprié de se demander si l'interdiction frappant les attaques indirectes souffre quelques exceptions. Dans l'arrêt *Wilson*, la Cour suprême a expressément mentionné les cas où des ordonnances ont été rendues dans des circonstances frauduleuses, mais elle a refusé de dresser une liste exhaustive des exceptions à la règle (aux pages 599 et 600). Pour les fins du présent appel, il est inutile de circonscrire les limites précises de la catégorie d'exceptions ayant trait à la règle contre les attaques indirectes. Il suffit de traiter de l'attaque relative à la «compétence» soulevée par le ministre. D'après mon interprétation, le ministre soutient qu'une ordonnance d'un tribunal qui a pour effet de réécrire l'histoire fiscale ne le lie aucunement. S'appuyant sur les autorités en vigueur, il prétend que l'ordonnance d'un tribunal ne peut créer une situation applicable à une année antérieure qui n'existait pas en fait.

50 Il me semble tout simplement logique de soutenir qu'un tribunal refuserait de rendre une ordonnance rétroactive qui aurait pour effet juridique manifeste de réécrire l'histoire fiscale. En supposant qu'une telle ordonnance soit rendue, il serait tout à fait approprié de se demander si le ministre a le droit de ne pas en tenir compte aux fins de l'imposition. On pourrait être tenté d'autoriser une attaque de cette ordonnance pour des fins de révisionnisme fiscal dans les cas où l'on peut démontrer que l'ordonnance a été obtenue par fausse déclaration ou par non-divulcation de renseignements pertinents. Très vraisemblablement, les ordonnances révisionnistes seront obtenues par consentement, ou dans des circonstances où il est probable que les ramifications fiscales de l'ordonnance n'ont pas été exposées clairement au juge, ou lorsque le juge est manifestement sympathique à la cause du contribuable. Deux décisions antérieures à la décision *Wilson* illustrent adéquatement ce scénario de sympathie judiciaire: voir *Bently c. M.R.N.* (1954), 54 DTC 510 (C.A.I.) et *Hobbs c. M.R.N.* (1970), 70 DTC 1744 (C.A.I.). Dans les deux cas, il n'y avait manifestement pas de fondement légal, d'origine législative ou autre, pour délivrer les ordonnances à effet rétroactif qui avaient été demandées. En supposant, sans se prononcer sur

ce point, que ces décisions tombent sous le coup de la catégorie d'exceptions reconnues dans l'arrêt *Wilson*, on peut facilement établir une distinction avec l'appel en l'espèce.

51 On the facts of this appeal, the Nova Scotia court granted the June 25, 1992 order on the basis of section 44 of the Nova Scotia *Companies Act*. In my view, any objection that the Court lacked jurisdiction to issue that order is without foundation. If the legislature of a province authorizes its courts to deem something to have occurred on a date already past, then it is not for the Minister to undermine the legislation by refusing to recognize the clear effect of the deemed event. In any case I am not prepared to concede that section 44 has the revisionist effect advanced by the Minister. This is not a case where a court order deems shares to have been issued when in fact they were not. This is a case where shares were issued, but not validly so until such time as either supplementary letters patent were obtained in Prince Edward Island or the Nova Scotia court granted the June 25, 1992 order. After all, no one has argued that the share issuance constituted a nullity, nor could it be so argued.

D'après les faits de l'espèce, la Cour de la Nouvelle-Écosse a accordé le 25 juin 1992 une ordonnance fondée sur l'article 44 de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse. À mon avis, toute objection alléguant que la Cour n'avait pas compétence pour délivrer cette ordonnance est sans aucun fondement. Si la législature d'une province autorise ses tribunaux à déclarer que des événements passés sont réputés s'être produits à une date antérieure, alors le ministre n'a pas le pouvoir de saper l'autorité de la loi en refusant de reconnaître l'effet manifeste de cet événement réputé. Quoi qu'il en soit, je ne suis pas disposé à admettre que l'article 44 a l'effet révisionniste que lui prête le ministre. Il ne s'agit pas d'un cas où une ordonnance judiciaire déclare que des actions sont réputées avoir été émises alors qu'en fait elles ne l'ont pas été. Il s'agit plutôt d'un cas où les actions ont été émises, mais pas d'une façon valable tant que les lettres patentes supplémentaires n'ont pas été obtenues de l'Île-du-Prince-Édouard ou que la Cour de Nouvelle-Écosse n'a pas rendu l'ordonnance du 25 juin 1992. Après tout, personne n'a fait valoir que l'émission des actions était nulle et, bien entendu, cet argument n'aurait pu être soutenu.

52 I digress here for a moment to point out that while the common law may treat the share issuance as being ineffective a different result could be reached in equity, *vis-à-vis* the validity of the share issuance as between the taxpayers and the Dale Corporation. In other words, it may well be that in equity the share issuance would be viewed as effective. The maxim that "equity looks on that as done which ought to be done" is of some import. Its impact is revealed in the seminal decision of *Walsh v. Lonsdale* (1882), 21 Ch. D. 9. Since that decision imperfect agreements for value have often been treated as if they had been performed at the time they ought to have been, thus yielding the same consequences as if they had been completely performed: see P. V. Baker and P. St. J. Langan, *Snell's Principles of Equity*, 28th ed. (London:

Je fais une petite digression pour souligner que, bien que la common law puisse considérer l'émission des actions comme étant sans effet, un résultat différent pourrait être obtenu en *equity* concernant la validité de l'émission des actions entre les contribuables et la Dale Corporation. Autrement dit, il se pourrait fort bien qu'en *equity* l'émission des actions soit considérée comme valide. La maxime «l'*equity* considère que ce qui aurait dû être fait, l'a été effectivement» est d'une certaine importance. Celle-ci ressort clairement de l'arrêt de principe *Walsh v. Lonsdale* (1882), 21 Ch. D. 9. Depuis cette décision, des ententes à titre onéreux imparfaites ont souvent été considérées comme si elles avaient été exécutées au moment où elles auraient dû l'être, aboutissant ainsi aux mêmes conséquences que si elles avaient été intégralement accomplies: voir P. V. Baker et P.

Sweet & Maxwell, 1982), at page 41. I say no more on this point as it was not raised in argument.

- 53 In the Court below it was observed that the Nova Scotia Supreme Court may have lacked the jurisdiction to issue an order having the retroactive effect of amending the share register of a company to a date when the company was not subject to the law of Nova Scotia or the jurisdiction of its Supreme Court. I do not deny that the problem identified raises an interesting question of law, but in my view it is not a sufficient basis to ground a collateral attack on the June 25, 1992 order. First, I would point out that subsection 44(2) of the *Companies Act* of Nova Scotia authorizes its Supreme Court to decide “any question necessary or expedient to be decided for rectification of the register”. Second, I revert to the reasoning in *Wilson* to the effect that however wrong or irregular an order of a court may be, that order still binds until reversed. If the law is to recognize exceptions to the rule against collateral attacks then the jurisdictional error complained of must be, at the very least, self-evident and not a matter of further debate: compare with *Bently*, *supra* and *Hobbs*, *supra*.
- 54 In concluding that retroactive orders made on the basis of statutory authority are generally immune from jurisdictional collateral attack, it remains to be decided whether the jurisprudence of this Court holds otherwise. In my view, neither the *Hillis* nor *Boger Estate* decisions, *supra*, are of assistance to the Minister. In *Hillis*, this Court was dealing with Saskatchewan legislation expressly conferring retroactive effect on an order of the Court. The decision is a fragmented one which, respectfully, reveals no discernible *ratio*. Each of the three Justices on appeal disagreed with the other two on each of the issues raised. More importantly no consideration was given to the rule against collateral attacks. In this regard I note that *Wilson*, *supra*, was decided subsequent to *Hillis*. With respect to the *Boger* decision,
- St. J. Langan, *Snell's Principles of Equity*, 28^e éd. (Londres: Sweet & Maxwell, 1982), à la page 41. Je ne m'étendrai pas plus longtemps sur ce point, étant donné qu'il n'a pas été soulevé au débat.
- 53 Devant le tribunal inférieur, on a fait observer que la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse n'avait peut-être pas compétence pour délivrer une ordonnance ayant pour effet rétroactif de modifier le registre des actions d'une société à une date où la société n'était pas assujettie aux lois de la Nouvelle-Écosse ou à la compétence de sa Cour suprême. Je ne nie pas que ce problème soulève une intéressante question de droit, mais à mon avis il n'y a pas là de fondement suffisant pour justifier une attaque indirecte de l'ordonnance du 25 juin 1992. Tout d'abord, je tiens à souligner que le paragraphe 44(2) de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse autorise la Cour suprême à décider [TRADUCTION] «de toute question nécessaire ou souhaitable concernant la rectification du registre». Deuxièmement, je reviens au raisonnement énoncé dans l'arrêt *Wilson* qui indique que même si l'ordonnance d'une cour est irrégulière ou erronée, cette ordonnance est tout de même exécutoire tant qu'elle n'a pas été infirmée. S'il faut reconnaître en droit des exceptions à la règle contre les attaques indirectes, alors l'erreur de compétence soulevée en l'espèce doit être, à tout le moins, manifeste et ne pas exiger de débat plus approfondi: comparer avec *Bently*, et *Hobbs*, précités.
- 54 En concluant que les ordonnances rétroactives rendues en vertu d'un pouvoir d'origine législative sont généralement à l'abri d'une attaque indirecte portant sur la compétence, il me reste à décider si la jurisprudence de la Cour est à l'effet contraire. À mon avis, les décisions *Hillis* et *Succession Boger*, précitées, ne sont d'aucune utilité au ministre. Dans l'arrêt *Hillis*, la Cour traitait d'une loi de la Saskatchewan conférant expressément un effet rétroactif à une ordonnance de la Cour. La décision est partagée et, avec respect, ne permet pas de dégager une tendance discernable. Chacun des trois juges en appel a exprimé une opinion différente de celles des deux autres sur chacune des questions soulevées. Qui plus est, la Cour n'a pas examiné la règle applicable aux attaques indirectes. À cet égard, je note

it did not involve giving effect to a retroactive order of a court.

55 In summary, the June 25, 1992 order of the Nova Scotia Supreme Court is binding on the Minister and constitutes proof of the fact that as of the end of the taxation year (December 31, 1985) the preference shares in the Dale Corporation were validly issued and outstanding. It follows that the appeal must be allowed and the cross-appeal dismissed.

56 My colleague Justice Pratte is also of the view that the Nova Scotia order is not subject to collateral attacks. Nonetheless he concludes that the Minister is not bound by that order for the reason that it is not permissible to take into consideration orders based on facts that occur after the end of the taxation year. This logically follows from Justice Pratte's earlier premise that if there is an appeal from the Minister's assessment then the correctness and validity of that assessment must be decided on the basis of the facts that existed at the end of the taxation year. Thus, if the Minister may not take into account facts which arise outside the taxation year for assessment purposes then neither can he take into consideration orders based on such facts. In the present case Justice Pratte notes that the Dale Corporation had become a Nova Scotia company with an increased capital stock and that its shareholders had ratified the issuance of the preference shares before and after the continuation of the company in that province. Some of these events clearly took place outside the relevant taxation year. Thus, Justice Pratte reasons that the June 25, 1992 order was based on evidence of facts that may not properly be taken into account for taxation purposes.

57 My initial difficulty with the above analysis is that the likelihood of finding an order being issued without the applicant relying on subsequent facts is remote. For example, it would not have been unrea-

que l'arrêt *Wilson*, précité, a été rendu après l'arrêt *Hillis*. Pour ce qui est de la décision *Boger*, il n'y était nullement question de donner un effet rétroactif à l'ordonnance d'une cour.

55 En résumé, l'ordonnance du 25 juin 1992 de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse lie le ministre et constitue une preuve du fait qu'à la fin de l'année d'imposition (le 31 décembre 1985) les actions privilégiées de la Dale Corporation avaient été valablement émises et étaient en circulation. Il s'ensuit que l'appel doit être accueilli et l'appel incident rejeté.

56 Mon collègue le juge Pratte est également d'avis que l'ordonnance de la Nouvelle-Écosse ne peut être attaquée indirectement. Néanmoins, il conclut que le ministre n'est pas lié par cette ordonnance au motif qu'on ne peut tenir compte des ordonnances se fondant sur des faits qui se sont produits après la fin de l'année d'imposition. Cette affirmation découle logiquement de la prémisse posée antérieurement par le juge Pratte selon laquelle lorsque la cotisation établie par le ministre est portée en appel, alors la justesse et la validité de cette cotisation doivent être décidées d'après les faits qui existaient à la fin de l'année d'imposition. Ainsi, si le ministre ne peut tenir compte de faits qui se sont produits en dehors de l'année d'imposition pour établir sa cotisation, alors il ne peut pas non plus prendre en compte les ordonnances se fondant sur de tels faits. En l'espèce, le juge Pratte note que la Dale Corporation est devenue une société de la Nouvelle-Écosse, avec un capital-actions accru, et que ses actionnaires ont ratifié l'émission des actions privilégiées avant et après la prorogation de la société dans cette province. Certains de ces événements ont manifestement eu lieu en dehors de l'année d'imposition pertinente. Ainsi, le juge Pratte indique dans son raisonnement que l'ordonnance du 25 juin 1992 se fondait sur une preuve de faits qui n'ont pas à bon droit été pris en compte pour les fins de l'imposition.

57 J'ai de la difficulté à accepter l'analyse précitée premièrement parce que la probabilité que l'on puisse trouver une ordonnance ayant été délivrée sans que le requérant s'appuie sur des faits ultérieurs

sonable for the Nova Scotia Court to insist in 1992 that existing shareholders ratify the issuance of the preference shares, as in fact they did, given the nature of the order sought. Presumably, the purpose of the ratification was twofold: to ensure both that the state of affairs that existed on December 31, 1985 continued to exist as of June 25, 1992 and that no shareholder at that latter time would be adversely effected by the *ex parte* order being sought. Had it been necessary for the taxpayers to seek specific performance surely they would have had to establish that no existing shareholder would be prejudiced by an award of that remedy. In my opinion, to impose the requirement that retroactive orders not be based on facts arising after the end of the taxation year, if such orders are to have any force in tax proceedings, is to unduly restrict the effectiveness of such orders and provide the Minister with a more effective means of avoiding the rule against collateral attacks. Finally, I have serious reservations about adopting an inflexible rule requiring that facts be established as of the end of the taxation year. I prefer to leave that issue for another day.

58 In conclusion, I would allow the appeal with costs, set aside that part of the judgment of the Tax Court, dated December 14, 1993, declaring the \$80,000 dividend paid to each appellant to be a shareholder benefit and refer the matter back to the Minister for reconsideration in a manner consistent with these reasons. The appellants are entitled to their costs in the Tax Court on a party and party basis with only one counsel fee for both appellants. I would dismiss the cross-appeal with costs.

DÉCARY J.A.: I agree.

est très mince. Par exemple, il n'aurait pas été déraisonnable pour la Cour de la Nouvelle-Écosse d'insister, en 1992, pour que les actionnaires existants ratifient l'émission des actions privilégiées, comme ils l'ont d'ailleurs fait, étant donné la nature de l'ordonnance demandée. On peut présumer que l'objet de la ratification était double: s'assurer que la situation qui prévalait le 31 décembre 1985 existait toujours le 25 juin 1992 et qu'aucun actionnaire, à cette dernière date, ne subirait de préjudice du fait de l'ordonnance *ex parte* demandée. S'il avait été nécessaire pour les contribuables de rechercher une exécution directe, ils auraient certainement dû établir que l'octroi d'un tel redressement n'entraînait aucun préjudice pour les actionnaires existants. À mon avis, exiger que les ordonnances rétroactives ne soient pas fondées sur des faits qui se sont produits après la fin de l'année d'imposition, si l'on veut que de telles ordonnances aient un effet quelconque dans les instances en matière de fiscalité, revient à restreindre indûment leur efficacité et à donner au ministre des moyens beaucoup plus efficaces de contourner la règle interdisant les attaques indirectes. Finalement, j'ai de sérieuses réserves au sujet de l'adoption d'une règle inflexible exigeant que les faits soient établis avant la fin de l'année d'imposition. Je préfère remettre à plus tard l'examen de cette question.

En conclusion, je suis d'avis d'accueillir l'appel 58 avec dépens, d'annuler la partie du jugement de la Cour de l'impôt en date du 14 décembre 1993 déclarant que le dividende de 80 000 \$ versé à chaque appellant est un avantage conféré à un actionnaire et de renvoyer l'affaire au ministre pour qu'elle soit réexaminée conformément aux présents motifs. Les appelants ont droit à leurs dépens devant la Cour de l'impôt sur la base des frais entre parties, en ne retenant que les honoraires d'un seul avocat pour les deux appelants. Je suis d'avis de rejeter l'appel incident avec dépens.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

ANNEX

Provisions of the *Companies Act* of Prince Edward Island relating to the capital stock of companies [ss. 11.2 (as enacted by S.P.E.I. 1984, c. 14, s. 2), 32(1) (as am. *idem*, s. 12), 35 (as am. *idem*, s. 14), 36 (as am. *idem*, s. 15)]:

11.2 (1) Any or all of the shares of any company may be issued without any nominal or par value, but there must be included in its letters patent, the following statements:

- a) the total number of shares that may be issued by the company;
- b) the number of shares, if any, which are to have a par value and the par value of each;
- c) the number of shares which are to be without par value; and
- d) either one of the following clauses:
 - (i) the capital of the company shall be at least equal to the sum of the aggregate par value of all issued shares having par value, plus . . . dollars (the blank space being filled in with some number representing one dollar or more) in respect to every issued share without par value, plus such amounts as, from time to time, by bylaw of the company, may be transferred thereto, or
 - (ii) the capital of the company shall be at least equal to the sum of the aggregate par value of all issued shares having par value, plus the aggregate amount of consideration received by the company for the issuance of shares without par value plus such amounts as, from time to time, by bylaw of the company, may be transferred thereto.

(2) There may also be included in the letters patent an additional statement that the capital shall not be less than . . . dollars (the blank space being filled in with a number); such statements in the letters patent shall be in lieu of any statements prescribed by this Part, as to the amount of its capital stock or the number of shares into which the same shall be divided, or of which it shall consist.

. . .

32. (1) The directors of the company may make a bylaw for increasing the capital stock of the company to any amount which they may consider requisite for the due carrying out of the objects of the company.

ANNEXE

Les dispositions de la *Companies Act* de l'Île-du-Prince-Édouard ayant trait au capital-actions des sociétés sont les suivantes [art. 11.2 (édicte par S.P.E.I. 1984, ch. 14, art. 2), 32(1) (mod., *idem*, art. 12), 35 (mod., *idem*, art. 14), 36 (mod., *idem*, art. 15)]:

[TRADUCTION] **11.2** (1) La totalité ou une partie des actions d'une société peut être émise sans valeur nominale, mais les lettres patentes doivent indiquer ce qui suit:

- a) le nombre total d'actions pouvant être émises par la société;
- b) le nombre d'actions, s'il en est, qui auront une valeur nominale et la valeur nominale de chacune d'elles;
- c) le nombre d'actions sans valeur nominale; et
- d) l'une ou l'autre des clauses suivantes:
 - (i) le capital-actions de la société est au moins égal à la somme de la valeur nominale de toutes les actions émises ayant une valeur nominale, majorée de . . . dollars (un dollar ou plus) à l'égard de chaque action émise sans valeur nominale, et des sommes qui pourront, selon les règlements administratifs de la société, y être transférées de temps à autre, ou
 - (ii) le capital-actions de la société est au moins égal à la somme de la valeur nominale de toutes les actions émises ayant une valeur nominale, majorée du montant cumulatif de la contrepartie reçue par la société pour l'émission des actions sans valeur nominale, et des sommes qui, selon les règlements administratifs de la société, pourront y être transférées de temps à autre.

(2) Les lettres patentes peuvent également comprendre une déclaration additionnelle indiquant que le capital-actions ne peut pas être inférieur à . . . dollars (un nombre quelconque); ces déclarations dans les lettres patentes remplacent toutes déclarations prescrites par la présente partie quant au montant du capital-actions ou du nombre d'actions composant le capital-actions.

. . .

32. (1) Les administrateurs de la société peuvent prendre un règlement administratif pour augmenter le capital-actions jusqu'à concurrence du montant qu'ils considèrent nécessaire pour la réalisation de ses fins.

...

34. (1) No bylaw for increasing . . . the capital stock of the company, or subdividing the shares or consolidating or dividing share capital into shares of larger amounts than its existing shares has any force or effect whatever until after it has been sanctioned by a vote of not less than two-thirds in value of the shareholders at a general meeting of the company, duly called for considering the same, and afterwards confirmed by supplementary letters patent.

...

35. (1) At any time within six months from the sanction of a bylaw under section 34, the directors may apply to the Minister through the Provincial Secretary, for the issue of supplementary letters patent to confirm the same.

(2) With the application they must produce the bylaw, and establish to the satisfaction of the Provincial Secretary, or of such other officer as may be charged by order of the Lieutenant Governor in Council to report thereon, the due passage and sanction of the bylaw, and the *bona fide* character and expediency of the increase or decrease of capital thereby provided for.

36. (1) The Minister may thereupon grant supplementary letters patent and give notice in the Gazette of the granting thereof in the form prescribed by regulations.

(2) From the date of supplementary letters patent granted under subsection (1) the shares shall be subdivided, or the capital stock of the company shall be increased or decreased, as the case may be, to the amount, in the manner and subject to the conditions, set forth by the bylaw.

...

85. (1) The directors of every company incorporated under this Part may make bylaws for creating and issuing any part of the capital stock as preference stock, giving the same such preference and priority as respect principal and dividends or both, and in any other respect over ordinary stock as is by the bylaws declared.

...

(3) No bylaw referred to in subsection (1) has any force or effect until after it has been sanctioned by a vote of three-fourths of the shareholders present in person or by proxy at a general meeting of the company, or at a special general meeting duly called for considering the same and representing two-thirds of the stock of the company

...

34. (1) Aucun règlement administratif ayant pour objet d'augmenter . . . le capital-actions de la société, de fractionner les actions ou de consolider ou de répartir le capital-actions en actions d'un montant plus élevé que celui des actions émises n'entre en vigueur avant d'avoir été approuvé par le vote de pas moins de deux tiers en valeur des actions représentées par les actionnaires présents à une assemblée générale extraordinaire convoquée à cette fin et avoir été ratifié ensuite par lettres patentes supplémentaires.

...

35. (1) Dans les six mois suivant l'approbation d'un règlement administratif aux termes de l'article 34, les administrateurs peuvent demander au ministre, par l'entremise du secrétaire provincial, d'émettre des lettres patentes supplémentaires pour le ratifier.

(2) Les administrateurs joignent à cette demande le règlement administratif et ils doivent établir, à la satisfaction du secrétaire provincial, ou de tout autre délégué nommé par ordre du lieutenant-gouverneur en conseil pour s'occuper de cette question, que le règlement administratif a été régulièrement adopté et approuvé et que l'augmentation ou la diminution du capital-actions est opportune et faite de bonne foi.

36. (1) Le ministre peut, sur preuve de l'adoption et de l'approbation du règlement administratif, accorder des lettres patentes supplémentaires et il en donne avis dans la Gazette selon la formule prescrite par règlement.

(2) À compter de la date d'octroi des lettres patentes supplémentaires en vertu du paragraphe (1), les actions sont fractionnées ou le capital-actions est augmenté ou réduit, selon le cas, jusqu'au montant, de la manière et aux conditions énoncées dans ledit règlement administratif.

...

85. (1) Les administrateurs de toute société constituée en vertu de la présente partie peuvent prendre des règlements administratifs pour créer et émettre toute partie du capital-actions sous forme d'actions privilégiées, donnant à celles-ci la priorité concernant le principal et les dividendes ou les deux, ou toute autre préférence par rapport aux actions ordinaires, dont font état lesdits règlements.

...

(3) Les règlements administratifs visés au paragraphe (1) n'entrent en vigueur qu'après avoir été approuvés par le vote des trois quarts des actionnaires présents ou représentés par procuration à une assemblée générale de la société ou à une assemblée générale extraordinaire convoquée à cette fin et représentant les deux tiers des actions de la société

¹ Those provisions read as follows:

83. . . .

(2) Where at any particular time after 1971 a dividend becomes payable by a private corporation to shareholders of any class of shares of its capital stock and the corporation so elects in respect of the full amount of the dividend, in prescribed manner and prescribed form and at or before the particular time or the first day on which any part of the dividend was paid if that day is earlier than the particular time, the following rules apply:

(a) the dividend shall be deemed to be a capital dividend to the extent of the corporation's capital dividend account immediately before the particular time; and

(b) no part of the dividend shall be included in computing the income of any shareholder of the corporation.

. . .

85. (1) Where a taxpayer has, after May 6, 1974, disposed of any of his property that was a capital property (other than real property, an interest therein or an option in respect thereof, owned by a non-resident), a property referred to in subsection 59(2), an eligible capital property or an inventory (other than real property) to a taxable Canadian corporation for consideration that includes shares of the capital stock of the corporation, if the taxpayer and the corporation have jointly so elected in prescribed form and within the time referred to in subsection (6), the following rules apply:

(a) the amount that the taxpayer and the corporation have agreed upon in their election in respect of the property shall be deemed to be the taxpayer's proceeds of disposition of the property and the corporation's cost of the property;

(b) subject to paragraph (c), where the amount that the taxpayer and the corporation have agreed upon in their election in respect of the property is less than the fair market value, at the time of the disposition, of the consideration therefor (other than any shares of the capital stock of the corporation or a right to receive any such shares) received by the taxpayer, the amount so agreed upon shall, irrespective of the amount actually so agreed upon by them, be deemed to be an amount equal to that fair market value;

. . .

(2) Where, after May 6, 1974,

(a) a partnership has disposed of any partnership property that was a capital property (other than real property, an interest therein or an option in respect thereof, owned by a partnership that was not a Canadian partnership at the time of the disposition), a

¹ Ces dispositions sont formulées dans les termes suivants:

83. . . .

(2) Lorsque, à une date donnée après 1971, un dividende devient payable par une corporation privée aux actionnaires de toute catégorie d'actions de son capital-actions et que la corporation fait un choix relativement au montant total du dividende, de la manière prescrite et selon le formulaire prescrit, au plus tard, à la date donnée ou le premier jour où une partie du dividende a été payée si ce jour est antérieur à la date donnée, les règles suivants s'appliquent:

a) le dividende est réputé être un dividende en capital jusqu'à concurrence du montant du compte de dividendes en capital de la corporation immédiatement avant la date donnée; et

b) aucune partie du dividende ne doit être incluse dans le calcul du revenu de tout actionnaire de la corporation.

. . .

85. (1) Lorsqu'un contribuable a disposé, après le 6 mai 1974, en faveur d'une corporation canadienne imposable et moyennant une contrepartie, y compris des actions du capital-actions de la corporation, de tout bien lui appartenant qui était un bien en immobilisations (autre qu'un bien immeuble ou une participation ou une option d'achat s'y rapportant appartenant à un non-résident), un bien visé au paragraphe 59(2), un bien en immobilisations admissible ou un bien figurant dans un inventaire (autre qu'un bien immeuble), si le contribuable et la corporation ont conjointement pris cette option en la forme prescrite et dans le délai mentionné au paragraphe (6), les règles suivantes s'appliquent:

a) la somme convenue entre le contribuable et la corporation, dans leur option, relativement au bien, est réputée être, pour le contribuable, le produit de disposition du bien et, pour la corporation, le coût du bien;

b) sous réserve de l'alinéa c), lorsque la somme convenue entre le contribuable et la corporation dans leur option, relativement au bien, est inférieure à la juste valeur marchande, à la date de la disposition, de la contrepartie de la disposition (autre que toutes actions du capital-actions de la corporation ou un droit d'en recevoir), reçue par le contribuable la somme ainsi convenue est, quel qu'en soit le montant effectivement convenu entre eux, réputée être une somme égale à cette juste valeur marchande;

. . .

(2) Lorsque, après le 6 mai 1974,

a) une société a disposé en faveur d'une corporation canadienne imposable et moyennant une contrepartie comprenant des actions du capital-actions de la corporation, d'un bien de la société qui était un bien en immobilisations (autre qu'un bien immeuble, ou une

property referred to in subsection 59(2), an eligible capital property or an inventory (other than real property) to a taxable Canadian corporation for consideration that includes shares of the capital stock of the corporation, and

(b) the corporation and all the members of the partnership have jointly so elected, in prescribed form and within the time referred to in subsection (6),

paragraphs (1)(a) to (i) are applicable, with such modifications as the circumstances require, in respect of the disposition as if the partnership were a taxpayer resident in Canada who had disposed of the property to the corporation.

² That decision was rendered *ex parte* on the application of the Dale Corporation for relief under s. 44 of the *Companies Act* of Nova Scotia, a provision that reads in part as follows:

44(1) If

(a) the name of a person is, without sufficient cause, entered in or omitted from the register of members of a company; or

(b) . . .

the person aggrieved, or any member of the company, or the company, may apply to the Court by motion for rectification of the register, and the court may either refuse the application or may order rectification of the register, and payment by the company of any damages sustained by any party aggrieved.

(2) On application under this Section the court may decide any question relating to the title of any person who is a party to the application to have his name entered in or omitted from the register, whether the question arises between members or alleged members, or between members or alleged members on the one hand and the company of the other hand, and generally may decide any question necessary or expedient to be decided for rectification of the register.

³ At first, the Minister founded that assertion on the assumption that, as the appellants' common shares of the Dale Corporation had been placed in escrow or security for a loan at the relevant time, the shareholders could not change the authorized capital of the company. Before trial, it was realized that this assumption was wrong. The Crown then invoked the failure to obtain supplementary letters patent as the basis for the reassessment.

⁴ The relevant provisions of that Act relating to the capital stock of companies are reproduced in an Annex to these reasons.

⁵ For instance, under s. 85, the Minister must take into consideration, for the purposes of that section, the election

participation ou une option d'achat s'y rapportant qui appartient à une société qui n'était pas une société canadienne au moment de la disposition), un bien visé au paragraphe 59(2), un bien en immobilisations admissible ou un bien figurant dans un inventaire (autre qu'un bien immeuble), et

b) que la corporation et tous les membres de la société ont conjointement opté ainsi relativement à la disposition, selon le formulaire prescrit et dans le délai mentionné au paragraphe (6),

les alinéas (1)a) à i) s'appliquent, compte tenu des adaptations de circonstance, à la disposition, comme si la société était un contribuable résidant au Canada, qui aurait disposé du bien en faveur de la corporation.

² Cette décision a été rendue *ex parte* sur présentation d'une demande de la Dale Corporation demandant les redressements prévus à l'art. 44 de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse, une disposition qui se lit en partie comme suit:

[TRADUCTION] **44(1) Dans les cas où**

a) le nom d'une personne figure ou ne figure pas, sans raison suffisante, dans le registre des membres d'une société; ou

b) . . .

la personne lésée, ou tout autre membre de la société, ou la société elle-même, peut s'adresser à la Cour par requête pour faire corriger le registre, et la Cour peut soit refuser la demande, soit ordonner que le registre soit rectifié, et ordonner à la société de payer à toute partie lésée les dommages-intérêts qu'elle a subis.

(2) Sur présentation d'une demande en vertu du présent article, la Cour peut décider de toute question ayant trait au titre d'une personne qui est une partie visant à faire inscrire son nom au registre ou à le rayer du registre, si la question se pose entre les membres ou les membres présumés, ou entre les membres et les membres présumés d'une part et la société d'autre part, et décider de façon générale de toute question nécessaire ou souhaitable concernant la rectification du registre.

³ Au début, le ministre a fondé cette affirmation sur l'hypothèse selon laquelle, comme les actions ordinaires de la Dale Corporation avaient été déposées en main tierce en garantie d'un prêt à l'époque pertinente, les actionnaires ne pouvaient modifier le capital-actions autorisé de la société. Avant l'instruction, on s'est rendu compte que cette hypothèse était erronée. Le ministère public a alors invoqué l'omission d'obtenir les lettres patentes supplémentaires comme fondement de la nouvelle cotisation.

⁴ Les dispositions pertinentes de cette Loi ayant trait au capital-actions des sociétés sont reproduites en annexe aux présents motifs.

⁵ Par exemple, en vertu de l'art. 85, le ministre doit tenir compte, pour les fins de cet article, du choix qui est

made after the end of the taxation year and, in my view, the facts existing when that election was made.

⁶ It is interesting to note that:

(a) although the application which resulted in the order of the Nova Scotia Supreme Court purported to claim relief under s. 44, it was not "a motion for rectification of the register" which, as it then stood, showed the two preference shares to have been issued on December 31, 1985;

(b) s. 44 did not empower the Court to either validate retroactively an irregular issue of shares or make "deeming" orders of the kind made in this case;

(c) the shares here in question had been issued by the Dale Corporation when it was governed by the *Companies Act* of Prince Edward Island which contained no provision similar to s. 44 of the Nova Scotia *Companies Act* nor any provision enabling a Court to validate shares irregularly issued.

fait après la fin de l'année d'imposition et, à mon avis, de la situation qui existait quand le choix a été fait.

⁶ Il est intéressant de noter ce qui suit:

a) Même si la demande à l'origine de l'ordonnance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse était censée réclamer un redressement en vertu de l'art. 44, il ne s'agissait pas d'une «requête en rectification du registre» qui, dans l'état dans lequel il se trouvait, indiquait que les deux actions privilégiées avaient été émises le 31 décembre 1985.

b) L'art. 44 ne conférait pas à la Cour le pouvoir de valider rétroactivement l'émission irrégulière d'actions ou de délivrer des ordonnances «déterminatives» du genre de celle qui a été rendue en l'espèce.

c) Les actions en cause ont été émises par la Dale Corporation quand celle-ci était régie par la *Companies Act* de l'Île-du-Prince-Édouard qui ne renferme aucune disposition semblable à l'art. 44 de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse ni aucune disposition autorisant la Cour à valider des actions irrégulièrement émises.