

A-14-94

A-14-94

Her Majesty the Queen (*Appellant*)**Sa Majesté la Reine** (*appelante*)

v.

c.

Melville Neuman (*Respondent*)**Melville Neuman** (*intimé*)**INDEXED AS: CANADA v. NEUMAN (C.A.)****RÉPERTORIÉ: CANADA c. NEUMAN (C.A.)**

Court of Appeal, Isaac C.J., Stone and McDonald J.J.A.—Winnipeg, December 14, 1995; Ottawa, August 23, 1996.

Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Stone et McDonald, J.C.A.—Winnipeg, 14 décembre 1995; Ottawa, 23 août 1996.

Income tax — Income calculation — Dividends — Appeal from trial judgment, affirming Tax Court's decision allowing taxpayer's appeal from reassessment under Income Tax Act, s. 56(2) including corporate dividend paid to wife in respondent's income — S. 56(2) providing payment or transfer of property, made with concurrence of taxpayer, to some other person for benefit of taxpayer shall be included in taxpayer's income — Taxpayer incorporating company to split income with wife — Taxpayer, wife officers of company — While sole director, wife declaring dividend on her shares — Taxpayer ratifying declaration — Wife neither contributing to company nor assuming risks — Immediately thereafter loaning taxpayer amount of dividend — Evidence establishing wife acted with taxpayer's concurrence in declaring dividend — Concurrence inferred from circumstances, including degree of control taxpayer entitled to exercise over corporation conferring benefit — Four elements laid down in Fraser Companies Ltd. v. The Queen required for invocation of s. 56(2) satisfied — Minister not required to prove taxpayer's wife not subject to tax on dividend — Taxpayer, wife not dealing at arm's length — S. 56(2) applied.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Dividendes — Appel d'un jugement de première instance, confirmant la décision de la Cour de l'impôt qui avait accueilli l'appel du contribuable formé à l'encontre d'une nouvelle cotisation, établie en vertu de l'art. 56(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu, incluant le dividende de la société versé à son épouse dans le revenu de l'intimé — L'art. 56(2) dispose que le paiement ou le transfert de biens fait, avec l'accord du contribuable, à toute autre personne au profit du contribuable doit être inclus dans le calcul du revenu du contribuable — Le contribuable a constitué une société afin de fractionner son revenu avec son épouse — Le contribuable et son épouse étaient les dirigeants de la société — Alors qu'elle était seule administratrice, l'épouse a déclaré un dividende sur ses actions — Le contribuable a ratifié cette déclaration de dividende — Son épouse n'a pas fourni d'apport à la société et n'a assumé aucun risque — Immédiatement après la déclaration du dividende, l'épouse a prêté cette somme au contribuable — La preuve établit que l'épouse a déclaré le dividende avec l'accord du contribuable — Cet accord se déduit des circonstances, notamment du degré de contrôle que le contribuable est en droit d'exercer sur la société qui confère l'avantage — Les quatre éléments énoncés dans l'arrêt Fraser Companies Ltd. c. La Reine, nécessaires pour entraîner l'application de l'art. 56(2), sont réunis — Le ministre n'est pas tenu de prouver que l'épouse du contribuable n'était pas assujettie à l'impôt sur ce dividende — Le contribuable et son épouse traitaient avec un lien de dépendance — L'art. 56(2) s'applique.

Judges and Courts — Supreme Court of Canada in McClurg v. Canada holding Income Tax Act, s. 56(2) not applicable to declaration of dividends including those declared pursuant to discretionary power, but Dickson C.J. adding s. 56(2) may apply to exercise of discretionary power to distribute dividends when non-arm's length shareholder making no contribution to company — Applicability of s. 56(2) to non-arm's length transactions live issue, although unnecessary for disposition of that appeal as wife making legitimate contribution to company —

Juges et tribunaux — La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt McClurg c. Canada, a statué que l'art. 56(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu ne s'appliquait pas à la déclaration de dividendes, notamment aux dividendes déclarés en vertu d'un pouvoir discrétionnaire, mais le juge en chef Dickson a précisé que l'art. 56(2) pouvait s'appliquer à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de répartir des dividendes lorsqu'un actionnaire ayant un lien de dépendance ne fournit aucun apport à la société — L'applicabilité de l'art. 56(2) aux opérations avec lien de

That opinion, representing considered opinion of majority of S.C.C., binding on courts below.

This was an appeal from the trial judgment, which had affirmed the Tax Court's decision allowing an appeal from a reassessment whereby the amount of a dividend paid to the respondent's wife had been included in his income pursuant to *Income Tax Act*, subsection 56(2). Subsection 56(2) provides that a payment or transfer of property made pursuant to the direction of, or with the concurrence of, a taxpayer to some other person for the benefit of the taxpayer or as a benefit that the taxpayer desired to have conferred on the other person shall be included in computing the taxpayer's income to the extent that it would be if the payment or transfer had been made to him.

The respondent incorporated Melru Ventures Inc. in order to split income from another company with his wife. He sold his common shares in that other company to Melru for an equal number of Class "G" shares of Melru. The respondent was appointed President and his wife was appointed Secretary. He held the only common voting share. The respondent was elected director until the first annual meeting when Mrs. Neuman was elected sole director of Melru. Both continued as officers of the company. Mrs. Neuman held Class "F" shares. On September 8, 1982, at a meeting chaired by the respondent as President, a resolution was unanimously passed to declare a taxable dividend of \$5,000 on the Class "G" shares and \$14,800 on the Class "F" shares. The respondent, as an officer, ratified the declaration of dividends. On the same day, Mrs. Neuman loaned her husband \$14,800 on the security of a promissory note. She died in 1988. No demand was ever made on the note and no interest was ever paid on the loan. The Trial Judge found that Mrs. Neuman neither contributed to Melru, nor assumed any risks for the company. The amount of the dividends was arbitrarily chosen.

In *McChurg v. Canada*, the Supreme Court of Canada held that, as a general principle, subsection 56(2) does not apply to the declaration of dividends, including those declared pursuant to a discretionary power. But Dickson C.J. went on to state that subsection 56(2) may apply to the exercise of a discretionary power to distribute dividends when the non-arm's length shareholder has made no contribution to the company. The Tax Court concluded that the facts of this case did not fall within subsection

dépendance était une question pertinente, quoique non nécessaire au règlement de l'appel étant donné que l'épouse avait fourni un apport réel à la société — Cette opinion, représentant l'opinion réfléchie de la majorité de la Cour suprême du Canada, lie les tribunaux d'instance inférieure.

Il s'agit d'un appel du jugement de première instance, confirmant une décision de la Cour de l'impôt qui avait accueilli l'appel formé à l'encontre d'une nouvelle cotisation en vertu de laquelle le montant du dividende versé à l'épouse de l'intimé avait été inclus dans son revenu conformément au paragraphe 56(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le paragraphe 56(2) dispose que tout paiement ou transfert de biens fait, suivant les instructions ou avec l'accord d'un contribuable, à toute autre personne au profit du contribuable ou à titre d'avantage que le contribuable désirait voir accorder à l'autre personne doit être inclus dans le calcul du revenu du contribuable dans la mesure où il le serait si ce paiement ou transfert avait été fait au contribuable.

L'intimé a constitué en personne morale Melru Ventures Inc. aux fins de partager le revenu d'une autre société avec son épouse. Il a vendu les actions ordinaires qu'il détenait dans cette autre société à Melru en échange d'un nombre égal d'actions de catégorie «G» de Melru. L'intimé a été nommé président et son épouse, secrétaire. Il était titulaire de la seule action ordinaire assortie d'un droit de vote. L'intimé a été élu administrateur jusqu'à la première assemblée annuelle, date à laquelle Mme Neuman a été élue seule administratrice de Melru. L'intimé et son épouse ont continué de faire office de dirigeants de la société. Mme Neuman était titulaire d'actions de catégorie «F». Le 8 septembre 1982, au cours d'une réunion présidée par l'intimé à titre de président, une résolution a été adoptée à l'unanimité afin que soit déclaré un dividende imposable de 5 000 \$ sur les actions de catégorie «G» et un dividende de 14 800 \$ sur les actions de catégorie «F». L'intimé, en sa qualité de dirigeant, a ratifié la déclaration des dividendes. Le même jour, Mme Neuman a prêté à son mari 14 800 \$, emprunt garanti au moyen d'un billet à ordre. Elle est décédée en 1988. Aucune demande n'a jamais été faite concernant le billet et aucun intérêt payé sur le prêt. Le juge de première instance a conclu que Mme Neuman n'avait fourni aucun apport à Melru, ni assumé de risques pour le compte de la société. Le montant des dividendes était arbitraire.

Dans l'arrêt *McChurg c. Canada*, la Cour suprême du Canada a conclu que, en tant que principe général, le paragraphe 56(2) ne s'applique pas à la déclaration de dividendes, y compris aux dividendes déclarés en vertu d'un pouvoir discrétionnaire. Toutefois, le juge en chef Dickson a ajouté que le paragraphe 56(2) pouvait s'appliquer à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de répartir des dividendes lorsque l'actionnaire ayant un lien de dépendance n'a fourni aucun apport à la société. La Cour de

56(2). The Trial Judge held that no distinction was to be drawn between an arm's length and a non-arm's length transaction, and that subsection 56(2) was not designed to prevent the type of income splitting engaged in by the respondent. He declined to decide the case on the issue of whether Mrs. Neuman acted with her husband's concurrence.

The issues were: (1) whether Mrs. Neuman was acting pursuant to the direction of, or with the concurrence of, the respondent when she declared the dividend of \$14,800 from Melru to herself; (2) whether the *dictum* of Dickson C.J. in *McChurg* was binding upon the courts below; (3) whether subsection 56(2) permitted the Minister to include in the income of the respondent for the 1982 taxation year, the dividend of \$14,800 which Mrs. Neuman received from Melru.

Held, the appeal should be allowed.

(1) The Trial Judge failed to consider all of the evidence and as a result he erred in law. There was sufficient evidence to establish the respondent's concurrence with Mrs. Neuman's declaration of the \$14,800 dividend to herself, and that Mrs. Neuman had acted with that concurrence when she declared the dividend.

The concurrence or participation of the taxpayer in the conferring of the benefit need not be active. It may well be passive or implicit and can be inferred from all the circumstances, including the degree of control which the taxpayer is entitled to exercise over the corporation conferring the benefit.

The appellant had satisfied the four elements set out in *Fraser Companies Ltd. v. The Queen* as being required for the invocation of subsection 56(2). (i) There was a payment or transfer of property to a person other than the taxpayer. Payment of a dividend is a transfer of property. (ii) The evidence as a whole established on a balance of probabilities that the dividend of \$14,800 was declared to Mrs. Neuman with the concurrence of the respondent. Subsection 56(2) requires proof that the transfer of property be either at the direction of or with the concurrence of the taxpayer, not both. (iii) The respondent benefitted from splitting the income with his wife by reducing the income tax that he would otherwise have paid. He also enjoyed the use of the full amount of the dividend by borrowing that amount from his wife. That loan was never repaid. (iv) By the operation of paragraph 12(1)(j) and subsection 82(1), the dividend which Mrs. Neuman received would have been included in the respondent's income for the 1982 taxation year had it not been paid to her.

l'impôt a conclu que les faits de l'espèce n'étaient pas expressément visés au paragraphe 56(2). Le juge de première instance a statué qu'il n'y avait pas lieu d'établir une distinction entre les opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance, et que le paragraphe 56(2) n'avait pas été conçu pour empêcher le type de fractionnement du revenu auquel s'était livré l'intimé. Il a refusé de faire reposer le règlement de l'affaire sur la question de savoir si Mme Neuman avait agi avec l'accord de son époux.

Les questions sont les suivantes: (1) Mme Neuman agissait-elle suivant les instructions ou avec l'accord de l'intimé quand elle a déclaré le dividende de 14 800 \$ que la société Melru devait lui verser; (2) la remarque incidente du juge en chef Dickson dans l'arrêt *McChurg* lie-t-elle les tribunaux d'instance inférieure; (3) l'art. 56(2) autorise-t-il le ministre à inclure dans le revenu de l'intimé pour l'année d'imposition 1982 le dividende de 14 800 \$ que Mme Neuman a reçu de Melru.

Arrêt: l'appel doit être accueilli.

(1) Le juge de première instance n'a pas tenu compte de la totalité de la preuve et par conséquent il a commis une erreur de droit. Il y avait suffisamment d'éléments de preuve indiquant que l'intimé avait donné son accord à Mme Neuman pour que celle-ci déclare le dividende de 14 800 \$ de la société Melru à son profit, et que Mme Neuman a agi avec cet accord quand elle a déclaré le dividende.

L'accord ou la participation du contribuable relativement à l'octroi de l'avantage ne doit pas nécessairement être actif. Il peut très bien être passif ou implicite et peut s'inférer de toutes les circonstances, notamment du degré de contrôle que le contribuable est en droit d'exercer sur la société qui confère l'avantage.

L'appelante a réussi à établir les quatre éléments énoncés dans la décision *Fraser Companies Ltd. c. La Reine* nécessaires pour invoquer avec succès le paragraphe 56(2). (i) Il y a eu paiement ou transfert de biens à une personne autre que le contribuable. Le paiement d'un dividende est un transfert de biens. (ii) La preuve, prise dans son ensemble, établit d'après la prépondérance des probabilités que le dividende de 14 800 \$ a été déclaré à Mme Neuman avec l'accord de l'intimé. Le paragraphe 56(2) dispose qu'il faut établir que le transfert de biens a été fait suivant les instructions ou avec l'accord du contribuable, mais n'exige pas la preuve de ces deux éléments. (iii) En fractionnant le revenu avec son épouse, l'intimé a réduit le montant de l'impôt qu'il aurait autrement dû payer sur son revenu et il a en outre bénéficié de la totalité du montant du dividende en empruntant cette somme à son épouse. Ce prêt n'a jamais été remboursé. (iv) Par l'application conjointe de l'alinéa 12(1)(j) et du paragraphe 82(1), le dividende que Mme Neuman a reçu aurait été inclus dans le revenu de l'intimé pour l'année d'imposition 1982 si le versement ne lui en avait pas été fait.

The application of subsection 56(2) herein would not be contrary to the commercial reality of the declaration of the dividend to Mrs. Neuman, since there was none. The payment to her of the dividend was not the product of a *bona fide* business relationship.

Neither the cases nor subsection 56(2), read in the context of the Act as a whole, mandate the imposition of a requirement that the Minister prove that the respondent's wife was not subject to tax on the dividend she received.

(2) The respondent and his wife were not dealing with each other at arm's length. Since they were the only shareholders of Melru, they were not dealing with that corporation at arm's length. Confronted by these facts, the Courts below were bound to consider Dickson C.J.'s statement in *McClurg*. The issue of the applicability of subsection 56(2) to non-arm's length transactions was a live one in *McClurg*. Although not necessary for the disposition of that appeal since Mrs. McClurg had made a real contribution to the company, the opinion expressed by Dickson C.J. represented the considered opinion of a majority of the Court and was therefore binding on the courts below and on this Court. Subsection 56(2) was applicable to the transaction.

(3) The Minister was correct in including the dividend which Ruby Neuman received from Melru in the respondent's income for the 1982 taxation year.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Corporations Act (The), S.M. 1976, c. 40.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 324.
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 12(1), 56(2),(3),(4), 82(1) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 36), 178(2) (as am. by S.C. 1976-77, c. 4, s. 64; 1980-81-82-83, c. 158, s. 58; 1984, c. 45, s. 75), 251.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Fraser Companies Ltd. v. The Queen, [1981] CTC 61; (1981), 81 DTC 5051 (F.C.T.D.); *Champ (W) v. The Queen*, [1983] CTC 1; (1982), 83 DTC 5029 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

McClurg v. Canada, [1990] 3 S.C.R. 1020; (1990), 76 D.L.R. (4th) 217; [1991] 2 W.W.R. 244; 50 B.L.R.

L'application du paragraphe 56(2) ne serait pas contraire à la réalité commerciale de la déclaration du dividende à Mme Neuman, étant donné que cette réalité est inexistante. Le versement du dividende à Mme Neuman ne peut être considéré comme le résultat d'une relation d'affaires normale.

Ni les décisions citées ni le paragraphe 56(2), lu dans le contexte de la Loi dans son ensemble, n'imposent au ministre l'obligation de prouver que l'épouse de l'intimé n'était pas assujettie à l'impôt sur le dividende qu'elle a reçu.

(2) L'intimé et son épouse traitaient avec un lien de dépendance. Étant donné qu'ils étaient les seuls actionnaires de Melru, ils avaient également un lien de dépendance avec cette société. Confrontés à ces faits, les tribunaux d'instance inférieure étaient tenus d'examiner l'opinion du juge en chef Dickson dans l'arrêt *McClurg*. La question de l'applicabilité du paragraphe 56(2) aux opérations avec lien de dépendance était tout à fait pertinente dans l'arrêt *McClurg*. Même si elle n'était pas nécessaire au règlement de cet appel, étant donné que Mme McClurg avait fourni un apport réel à la société, l'opinion exprimée par le juge en chef Dickson représentait l'opinion réfléchie de la majorité de la Cour et elle liait par conséquent les tribunaux d'instance inférieure et la présente Cour. Le paragraphe 56(2) était applicable à l'opération.

(3) Le ministre a eu raison d'inclure le dividende que Ruby Neuman a reçu de Melru dans le revenu de l'intimé pour l'année d'imposition 1982.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Corporations Act (The), S.M. 1976, ch. 40.
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 12(1), 56(2),(3),(4), 82(1) (mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 36), 178(2) (mod. par S.C. 1976-77, ch. 4, art. 64; 1980-81-82-83, ch. 158, art. 58; 1984, ch. 45, art. 75), 251.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 324.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Fraser Companies Ltd. c. La Reine, [1981] CTC 61; (1981), 81 DTC 5051 (C.F. 1^{re} inst.); *Champ (W) c. La Reine*, [1983] CTC 1; (1982), 83 DTC 5029 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

McClurg c. Canada, [1990] 3 R.C.S. 1020; (1990), 76 D.L.R. (4th) 217; [1991] 2 W.W.R. 244; 50 B.L.R.

161; [1991] 1 C.T.C. 169; 91 DTC 5001; 119 N.R. 101; *Winter v. Canada*, [1991] 1 F.C. 585; [1991] 1 C.T.C. 113; (1990), 90 DTC 6681; 127 N.R. 69 (C.A.); *McClurg (J.A.) v. The Queen*, [1986] 1 C.T.C. 355; (1986), 86 DTC 6128; 2 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Canada v. McClurg*, [1988] 2 F.C. 356; [1988] 1 C.T.C. 75; (1988), 88 DTC 6047; 84 N.R. 214 (C.A.); *Smith (D.N.) v. The Queen*, [1986] 1 C.T.C. 418; (1986), 86 DTC 6196; 2 F.T.R. 137 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Smith (D.N.) v. M.N.R., [1993] 2 C.T.C. 257; (1993), 93 DTC 5351; 156 N.R. 225 (F.C.A.); *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592; (1973), 40 D.L.R. (3d) 371; 11 C.P.R. (2d) 206; *Murphy (GA) v. The Queen*, [1980] CTC 386; (1980), 80 DTC 6314 (F.C.T.D.); *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; *Sellers v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 527; (1980), 110 D.L.R. (3d) 629; 52 C.C.C. (2d) 345; 20 C.R. (3d) 381; 32 N.R. 70.

AUTHORS CITED

Krishna, Vern and J. Anthony VanDuzer. «Corporate Share Capital Structures and Income Splitting: *McClurg v. Canada*» (1993), 21 *Can. Bus. L.J.* 335.

McDonnell, T. E. «Income Splitting: McClurg Obiter Dicta Not Applied» (1992), 40 *Can. Tax J.* 1143.

Welling, B. L. *Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1991.

APPEAL from the trial judgment, affirming the Tax Court's decision (*M.N.R. v. Neuman*, [1994] 2 F.C. 154; [1994] 1 C.T.C. 354; (1993), 94 DTC 6094; 72 F.T.R. 17 (T.D.); *Neuman (M.) v. M.N.R.*, [1992] 2 C.T.C. 2074; (1992), 92 DTC 1652 (T.C.C.)) allowing an appeal from a reassessment whereby, pursuant to *Income Tax Act*, subsection 56(2), the Minister had included in taxpayer's income the amount of a corporate dividend paid to his wife in a non-arm's length situation. Appeal allowed.

COUNSEL:

Robert W. McMechan for appellant.

161; [1991] 1 C.T.C. 169; 91 DTC 5001; 119 N.R. 101; *Winter c. Canada*, [1991] 1 C.F. 585; [1991] 1 C.T.C. 113; (1990), 90 DTC 6681; 127 N.R. 69 (C.A.); *McClurg (J.A.) c. La Reine*, [1986] 1 C.T.C. 355; (1986), 86 DTC 6128; 2 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.); *Canada c. McClurg*, [1988] 2 C.F. 356; [1988] 1 C.T.C. 75; (1988), 88 DTC 6047; 84 N.R. 214 (C.A.); *Smith (D.N.) c. La Reine*, [1986] 1 C.T.C. 418; (1986), 86 DTC 6196; 2 F.T.R. 137 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Smith (D.N.) c. M.R.N., [1993] 2 C.T.C. 257; (1993), 93 DTC 5351; 156 N.R. 225 (C.A.F.); *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592; (1973), 40 D.L.R. (3d) 371; 11 C.P.R. (2d) 206; *Murphy (GA) c. La Reine*, [1980] CTC 386; (1980), 80 DTC 6314 (C.F. 1^{re} inst.); *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; *Sellers c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 527; (1980), 110 D.L.R. (3d) 629; 52 C.C.C. (2d) 345; 20 C.R. (3d) 381; 32 N.R. 70.

DOCTRINE

Krishna, Vern and J. Anthony VanDuzer. «Corporate Share Capital Structures and Income Splitting: *McClurg v. Canada*» (1993), 21 *Rev. can. D. comm.* 335.

McDonnell, T. E. «Income Splitting: McClurg Obiter Dicta Not Applied» (1992), 40 *Rev. fiscale can.* 1143.

Welling, B. L. *Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1991.

APPEL d'un jugement de première instance, confirmant la décision de la Cour de l'impôt (*M.R.N. c. Neuman*, [1994] 2 C.F. 154; [1994] 1 C.T.C. 354; (1993), 94 DTC 6094; 72 F.T.R. 17 (1^{re} inst.); *Neuman (M.) c. M.R.N.*, [1992] 2 C.T.C. 2074; (1992), 92 DTC 1652 (C.C.I.)) qui avait accueilli un appel formé à l'encontre d'une nouvelle cotisation aux termes de laquelle, en vertu du paragraphe 56(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le ministre avait inclus dans le revenu du contribuable le montant du dividende d'une société versé à son épouse dans le cadre d'une opération avec lien de dépendance. Appel accueilli.

AVOCATS:

Robert W. McMechan, pour l'appelante.

Joe E. Hershfield, Ralph D. Neuman and Brian D. Sexton for respondent.

Joe E. Hershfield, Ralph D. Neuman et Brian D. Sexton, pour l'intimé.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Taylor, McCaffrey, Winnipeg, for respondent.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada, pour l'appelante.
Taylor, McCaffrey, Winnipeg, pour l'intimé.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

1 THE COURT: This is an appeal from a decision of the Trial Division, [1994] 2 F.C. 154, affirming a decision of the Tax Court (reported [1992] 2 C.T.C. 2074) which had allowed the respondent's appeal from the reassessment of his income for the taxation year 1982 in the circumstances mentioned below.

1 LA COUR: Il s'agit d'un appel d'une décision de la Section de première instance, [1994] 2 C.F. 154, confirmant une décision de la Cour de l'impôt (citée à [1992] 2 C.T.C. 2074), qui avait accueilli l'appel de l'intimé formé à l'encontre d'une nouvelle cotisation établie relativement à son revenu pour l'année d'imposition 1982 dans les circonstances décrites ci-dessous.

2 The appeal raises the issue whether a dividend in the amount of \$14,800, received by the respondent's spouse on non-voting Class "F" shares in a corporation, was properly attributed to the respondent as income, on the basis that the amount of the dividend was a payment or transfer of property made pursuant to the direction of, or with the concurrence of the respondent within the contemplation of subsection 56(2) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63] (the Act).

2 L'appel soulève la question de savoir si un dividende de 14 800 \$, versé à l'épouse de l'intimé sur des actions de catégorie «F» non assorties du droit de vote, a été à bon droit attribué à l'intimé à titre de revenu, au motif que le montant du dividende constituait un paiement ou un transfert de biens fait suivant les instructions ou avec l'accord de l'intimé, au sens du paragraphe 56(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63] (la Loi).

3 The appeal also requires us to consider the following statement by the Chief Justice of Canada in his majority reasons in *McClurg v. Canada*, [1990] 3 S.C.R. 1020, at page 1054:

3 L'appel exige également que la Cour se penche sur l'affirmation suivante énoncée par le juge en chef du Canada dans les motifs qu'il a exprimés au nom de la majorité dans l'arrêt *McClurg c. Canada*, [1990] 3 R.C.S. 1020, à la page 1054:

In my opinion, if a distinction is to be drawn in the application of s. 56(2) between arm's length and non-arm's length transactions, it should be made between the exercise of a discretionary power to distribute dividends when the non-arm's length shareholder has made no contribution to the company (in which case s. 56(2) may be applicable), and those cases in which a legitimate contribution has been made. [Emphasis added.]

À mon avis, si une distinction s'impose dans l'application du par. 56(2) entre les opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance, il faut la faire entre l'exercice du pouvoir discrétionnaire de répartir des dividendes lorsque l'actionnaire ayant un lien de dépendance n'a fourni aucun apport à la société (auquel cas le par. 56(2) peut s'appliquer) et les cas où un apport légitime a été fourni. [Non souligné dans l'original.]

The Facts

4 The respondent was at all relevant times a lawyer practising with the firm of Newman, MacLean in Winnipeg, Manitoba. He and some other members of the firm each owned 1,285,714 common shares in Newmac Services (1973) Ltd. (Newmac). Newmac owned some commercial property in downtown Winnipeg, including the property occupied by Newman, MacLean. Newmac also managed that property under contract with Newman, MacLean.

5 On 29 April 1981, the respondent incorporated Melru Ventures Inc. (Melru) and was its sole shareholder and director. Melru was established as a tax planning vehicle with specific purposes: to split any income received from Newmac with his wife Ruby Neuman and to freeze the respondent's equity in Newmac in order that any increase in that equity would accrue to his wife.

6 The authorized capital of Melru was divided as follows:¹

5,000 common voting shares,

5,000 common non-voting shares,

10,000 Class "A" shares,

30,000 Class "B" shares,

25,000 Class "C" shares,

25,000 Class "D" shares,

300,000 Class "E" shares,

5,000 Class "F" shares, and

1,286 Class "G" shares,

all without par value, provided that the shares shall not be issued for a consideration exceeding in amount or value in the aggregate the sum of \$40,000.00.

7 The Articles of Incorporation of Melru² contain the following rights, privileges, restrictions and conditions attaching to Class "F" and Class "G" shares:

(a) the holders of Class "G" shares shall in each year, in the discretion of the directors, be entitled out of any or all profits or surplus available for dividends to non-cumulative dividends at such rate as may from time to

Les faits

4 L'intimé était, à l'époque pertinente, associé au sein du cabinet d'avocats Newman, MacLean à Winnipeg, au Manitoba. Certains de ses associés et lui-même étaient propriétaires de 1 285,714 actions ordinaires de la société Newmac Services (1973) Ltd. (Newmac). Newmac possédait certains immeubles à usage commercial au centre-ville de Winnipeg, dont l'immeuble occupé par Newman, MacLean. Newmac assurait également la gestion de cet immeuble en vertu d'un contrat signé avec Newman, MacLean.

5 Le 29 avril 1981, l'intimé a constitué en personne morale Melru Ventures Inc. (Melru), dont il était le seul actionnaire et administrateur. Melru a été constitué à des fins de planification fiscale dans des buts très précis: partager le revenu tiré de Newmac avec son épouse Ruby Neuman et geler l'avoir de l'intimé dans Newmac, laissant toute augmentation échoir à son épouse.

6 Le capital autorisé de Melru était réparti de la façon suivante¹:

[TRADUCTION] 5 000 actions ordinaires assorties d'un droit de vote,

5 000 actions ordinaires non assorties d'un droit de vote,

10 000 actions de catégorie «A»,

30 000 actions de catégorie «B»,

25 000 actions de catégorie «C»,

25 000 actions de catégorie «D»,

300 000 actions de catégorie «E»,

5 000 actions de catégorie «F» et

1 286 actions de catégorie «G»,

sans valeur nominale, étant entendu que les actions ne peuvent être émises pour une contrepartie supérieure, en montant ou en valeur, à la somme globale de 40 000 \$.

7 Les statuts constitutifs de Melru² énoncent les droits, privilèges, restrictions et conditions attachés aux actions de catégories «F» et «G»:

[TRADUCTION] a) Les détenteurs d'actions de catégorie «G» ont droit chaque année, à la discrétion des administrateurs, à des dividendes non cumulatifs versables sur tout ou partie des bénéfices ou des surplus disponibles aux fins

time be declared on any such shares but not exceeding the equivalent of 1% per annum on "redemption price" above the maximum prime bank rates, charged by the bankers for the time being of the Corporation for the year in question.

...

(c) in the event of the liquidation, dissolution or winding up of the Corporation, whether voluntary or involuntary, the holders of Class "G" shares shall be entitled to receive before any distribution on any part of the assets of the Corporation among the holders of any other class of shares an amount equal to the redemption price for each Class "G" share and any dividends declared thereon and unpaid and no more;

(d) in the event of the liquidation, dissolution or winding up of the Corporation, whether voluntary or involuntary, the holders of the preference shares shall be entitled to receive, before any distribution on any part of the assets of the Corporation among the holders of Class "F" shares and common shares an amount equal to the sum of \$1.00 per share and any dividends declared thereon and unpaid and no more;

(e) all dividends paid or declared and set aside for payment in any fiscal year, after making payments on Class "G" shares and preference shares of dividends declared shall be paid firstly on Class "F" shares until dividends aggregating 1¢ per share on the Class "F" shares then outstanding have been paid and then any additional dividends shall be set aside for payment on common shares until the common shares then outstanding shall have received 1¢ per share and any additional dividends shall be paid on Class "F" shares until they receive that fraction of profits properly available for payment of dividends as the number of Class "F" shares then outstanding bear to the total number of Class "F" shares and common shares then outstanding and the balance shall in the discretion of the directors be paid on common shares or set aside for future payment on common shares at the discretion of the board of directors. Any monies set aside for future payment on common shares as provided in this clause (e) shall no longer be considered in computing future profits properly available for payment of dividends insofar as Class "F" shares are concerned; provided however that no dividends shall be paid on Class "F" shares or common shares so as to reduce the value of the Class "G" shares below their redemption price.

du versement de dividendes à un taux qui, de temps à autre, peut être déclaré sur ces actions, mais qui ne dépasse pas l'équivalent de 1 pour 100 par année sur le «prix de rachat» en sus du plus élevé des taux bancaires préférentiels, imputés par les banques avec lesquelles la société fait affaire pendant l'année en question.

...

c) En cas de liquidation ou de dissolution de la société, volontaire ou non, les détenteurs d'actions de catégorie «G» ont droit, avant toute distribution sur quelque partie que ce soit de l'actif de la société entre les détenteurs de toute autre catégorie d'actions et à l'exclusion de tout autre montant, à une somme équivalente au prix de rachat de chaque action de catégorie «G» et à tout dividende déclaré à l'égard de ces actions mais non versé.

d) En cas de liquidation ou de dissolution de la société, volontaire ou non, les détenteurs d'actions privilégiées ont droit, avant toute distribution sur quelque partie que ce soit de l'actif de la société entre les détenteurs d'actions de catégorie «F» et d'actions ordinaires et à l'exclusion de tout autre montant, à un montant équivalent à la somme de 1 \$ par action et à tout dividende déclaré à l'égard de ces actions mais non versé.

e) Tous les dividendes versés ou déclarés et mis de côté aux fins du versement dans un exercice financier, après le versement des dividendes à l'égard des actions de catégorie «G» et des actions privilégiées, sont en premier versés à l'égard des actions de catégorie «F» jusqu'à ce que des dividendes totalisant 0,01 \$ l'action sur les actions de catégorie «F» alors en circulation, aient été versés et, par la suite, tous les dividendes additionnels sont mis de côté en vue d'être versés à l'égard des actions ordinaires jusqu'à ce que 0,01 \$ ait été versé pour chaque action ordinaire alors en circulation; tous les dividendes additionnels sont versés sur les actions de catégorie «F» jusqu'à ce qu'elles aient reçu la fraction des bénéfices qui est dûment disponible aux fins du versement de dividendes selon la part que les actions de catégorie «F» alors en circulation représentent du total des actions de catégorie «F» et des actions ordinaires alors en circulation. Le solde est, à la discrétion des administrateurs, versé sur les actions ordinaires ou mis de côté aux fins du versement à une date ultérieure sur les actions ordinaires à la discrétion du conseil d'administration. Toute somme mise de côté aux fins du versement à une date ultérieure sur les actions ordinaires aux termes de la présente clause e) n'entrera plus en ligne de compte dans le calcul des bénéfices futurs à partir desquels des dividendes peuvent dûment être versés dans la mesure où sont visées les actions de catégorie «F»; pour autant, toutefois, qu'aucun dividende ne soit versé sur les actions de catégorie «F» ou sur les actions ordinaires, de façon à faire passer la valeur des actions de catégorie «G» en-dessous du prix de rachat.

(f) subject to the prior rights of Class "G" shares and preference shares, on the dissolution of the Corporation, the Class "F" shares shall be entitled to receive an amount equal to the sum of \$1.00 per share and all declared dividends which have not been paid thereon in priority to any payment on the common shares and after the holders of common shares shall have received a similar amount per share and all dividends declared thereon and unpaid and all monies set aside for payment of dividends on common shares, the holders of Class "F" shares and the holders of common shares shall participate in equal amount per share without preference or priority;

(g) the Corporation may redeem the whole or any part of the Class "F" shares on payment for each share to be redeemed of what would have been available for that class if the Corporation were then dissolved divided by the number of Class "F" shares then outstanding; provided however that no dividends shall be paid on Class "F" shares so as to reduce the value of the Class "G" shares below their redemption price.

(h) the Corporation shall have the right at its option at any time and from time to time to purchase the Class "G" shares pursuant to tenders received for a sum not exceeding the redemption price and dividends declared thereon and unpaid;

...

(j) subject to the provisions of The Corporations Act, any holder of Class "G" shares may require that the Corporation redeem all or any part of his shares upon payment for each share to be redeemed of the redemption price together with dividends declared thereon and unpaid;

...

(l) except as set out in paragraph (v) and subject to The Corporations Act, the holders of common non-voting shares, Class "D" shares, Class "E" shares and Class "F" shares shall not, as such, have any voting rights for the election of directors or for any other purpose nor shall they be entitled to notice of or to attend shareholders' meetings. Common voting shares, Class "A" shares, Class "B" shares and Class "G" shares shall, subject to paragraphs (m) and (n), entitle their holders to one vote for each of such shares so held. Class "C" shares shall, subject to paragraph (o), entitle their holders to four votes for each share so held.

(m) except as set out in paragraph (m) [*sic*] and subject to The Corporations Act immediately on the happening of any one or more of the following namely:

f) Sous réserve des droits prioritaires des actions de catégorie «G» et des actions privilégiées, à la dissolution de la société, les détenteurs d'actions de catégorie «F» ont droit à un montant égal à la somme de 1 \$ l'action et à tous les dividendes déclarés mais non versés prioritairement à tout versement sur les actions ordinaires; après que les titulaires des actions ordinaires auront reçu une somme semblable pour chaque action et ainsi que tous les dividendes déclarés mais non versés et toutes les sommes mises de côté aux fins du versement des dividendes sur les actions ordinaires, les détenteurs d'actions de catégorie «F» et d'actions ordinaires participeront également au partage du reliquat pour chaque action détenue sans préférence ni priorité.

g) La société peut racheter la totalité ou une partie des actions de catégorie «F» contre paiement, pour chacune des actions à racheter, de la somme qui serait disponible pour cette catégorie si la société était alors en dissolution, divisée par le nombre d'actions de catégorie «F» alors en circulation; pour autant, toutefois, qu'aucun dividende ne soit versé sur les actions de catégorie «F», de façon à faire passer la valeur des actions de catégorie «G» en-dessous du prix de rachat.

h) La société a le droit, à sa discrétion et à n'importe quel moment, d'acheter les actions de catégorie «G» en fonction des offres reçues pour une somme qui ne dépasse pas le prix de rachat majoré des dividendes déclarés et non versés.

...

j) Sous réserve des dispositions de la Loi sur les sociétés par actions, tout détenteur d'actions de catégorie «G» peut exiger que la société rachète la totalité ou une partie de ses actions contre paiement, pour chaque action à racheter, du prix de rachat majoré des dividendes déclarés et non versés.

...

l) Sous réserve de l'alinéa v) et des dispositions de la Loi sur les sociétés par actions, les détenteurs d'actions ordinaires sans droit de vote et les détenteurs d'actions de catégories «D», «E» et «F» n'ont, en cette qualité, aucun droit de vote concernant l'élection des administrateurs ou pour toute autre fin, et n'ont pas non plus le droit de recevoir les avis de convocation ou d'assister aux assemblées des actionnaires. Les détenteurs d'actions ordinaires assorties d'un droit de vote, et les détenteurs d'actions de catégories «A», «B» et «G» ont droit, sous réserve des alinéas m) et n), à un vote pour chacune de ces actions qu'ils détiennent. Les détenteurs d'actions de catégorie «C», sous réserve de l'alinéa o), ont le droit à quatre votes pour chacune de ces actions qu'ils détiennent.

m) Sous réserve de l'alinéa m) [*sic*] et des dispositions de la Loi sur les sociétés par actions, dès la survenance de l'un ou de plusieurs des événements suivants:

(i) on the death of any holder of Class "G" shares;

i) le décès de n'importe quel détenteur d'actions de catégorie «G»;

(ii) on the transfer of any Class "G" shares (whether legally or equitably);

ii) le transfert d'actions de catégorie «G» (en vertu de la loi ou de l'équité);

then the entire class of Class "G" shares shall forthwith lose all voting rights and thereafter no shares of such class shall entitle the holder thereof to vote at the election of directors or for any other purposes nor shall they entitle the holders to notice of or to attend shareholders' meetings; [Emphasis added.]

la totalité des actions de catégorie «G» sont immédiatement privées de tout droit de vote et, par la suite, aucune action de cette catégorie ne donne à son détenteur le droit de voter pour l'élection des administrateurs ou pour toute autre fin, ni de recevoir les avis de convocation ou d'assister aux assemblées des actionnaires. [Non souligné dans l'original.]

8 On 29 April 1981, the respondent agreed with Melru to sell his common shares in Newmac in exchange for 1,285,714 Class "G" shares of Melru. Subsequent to this acquisition, Melru carried those shares on its balance sheet as an asset, having a value of \$120,000.

Le 29 avril 1981, l'intimé a convenu avec Melru de vendre ses actions ordinaires dans Newmac en échange de 1 285,714 actions de catégorie «G» de la société Melru. Après cette acquisition, Melru a inscrit ces actions à l'actif de son bilan, pour une valeur de 120 000 \$.

8

9 On 1 May 1981, at 10:00 a.m. a meeting of the first director was held at which the respondent was appointed President, his wife, Ruby was appointed Secretary and one common voting share of Melru was issued to the respondent for \$1.³

Le 1^{er} mai 1981, à 10 h, le premier administrateur a tenu une assemblée au cours de laquelle l'intimé a été nommé président, son épouse Ruby, secrétaire, et une action ordinaire de Melru assortie d'un droit de vote a été émise à l'intimé pour la somme de 1 \$³.

9

10 At a special general meeting of shareholders held on the same day at 10:15 a.m. the respondent resigned as first director of Melru and was elected a director of that corporation until the first annual meeting of the corporation or until his successor was elected. Ruby Neuman, his wife, acted as secretary of the meeting.

Au cours d'une assemblée générale extraordinaire des actionnaires qui s'est tenue le même jour à 10 h 15, l'intimé a démissionné comme premier administrateur de Melru et a été élu administrateur de cette société jusqu'à la première assemblée générale annuelle de la société ou jusqu'à ce que son successeur soit élu. Ruby Neuman, son épouse, a fait office de secrétaire de l'assemblée.

10

11 On the same day at a meeting of the Board of Directors held at 10:30 a.m., the respondent, as chairman of the meeting reported that his wife, had subscribed for 99 Class "F" shares in Melru and a resolution was passed authorizing the issue of such shares to Ruby Neuman at a price of \$1 per share.⁴

Le même jour, au cours d'une réunion du conseil d'administration, qui s'est tenue à 10 h 30, l'intimé, en tant que président, a indiqué que son épouse avait souscrit 99 actions de catégorie «F» dans Melru et une résolution a été adoptée pour autoriser l'émission de ces actions à Ruby Neuman au prix de 1 \$ l'action⁴.

11

12 The minutes of the annual meeting of shareholders of Melru held on 12 August 1982 at 10:15 a.m. read in part as follows:⁵

Le procès-verbal de l'assemblée annuelle des actionnaires de Melru qui s'est tenue le 12 août 1982 à 10 h 15, indique en partie ce qui suit⁵:

12

PRESENT:

Melville Neuman
Ruby Neuman

being all the shareholders of the Corporation . . .

The Chairman then stated that it was in order to proceed with the election of the directors and asked for nominations. The following was nominated:

Ruby Neuman

- 13 Ruby Neuman was duly elected a director of Melru to hold office until her successor was elected or appointed.

- 14 Curiously, the minutes of the meeting of the Board of Directors held on the same day at 10:30 a.m., contains the following resolution:⁶

On motion duly made, seconded and unanimously carried, the following persons were elected or appointed as officers of the Corporation to hold the office referred to opposite their respective names for the ensuing year or until their successors are elected or appointed:

President: Melville Neuman
Secretary: Ruby Neuman

[Emphasis added.]

- 15 As the minutes of the meeting of the Board of Directors held on 8 September 1982 are critical to the issues in this appeal, we reproduce them in full:⁷

MINUTES of a meeting of the Board of Directors of MELRU VENTURES INC. held at the offices of the Corporation on the 8th day of September, 1982, at the hour of 10:00 o'clock in the forenoon.

PRESENT:

Ruby Neuman

being the sole director of the Corporation.

ALSO PRESENT:

Melville Neuman

The President took the Chair and the Secretary acted as Secretary of the meeting.

[TRADUCTION] SONT PRÉSENTS:

Melville Neuman
Ruby Neuman

tous actionnaires de la société . . .

Le président a ensuite déclaré qu'il était temps de procéder à l'élection des administrateurs et a demandé les nominations. La personne suivante a été nommée:

Ruby Neuman

- Ruby Neuman a été dûment élue administratrice de Melru avec un mandat valide jusqu'à l'élection ou la nomination de son successeur. 13

- Il est curieux de noter que le procès-verbal de la réunion du conseil d'administration qui s'est tenue le même jour à 10 h 30 fait état de la résolution suivante⁶: 14

[TRADUCTION] Sur proposition dûment présentée, secondée et adoptée à l'unanimité, les personnes suivantes sont élues ou nommées comme dirigeants de la société au poste qui est indiqué en regard de leur nom respectif pour l'année qui vient ou jusqu'à ce que leur successeur soit nommé ou élu:

Président: Melville Neuman
Secrétaire: Ruby Neuman

[Non souligné dans l'original.]

- Étant donné que le procès-verbal de la réunion du conseil d'administration du 8 septembre 1982 est essentiel pour régler les questions soulevées dans le présent appel, nous le reproduisons en entier:⁷ 15

[TRADUCTION] PROCÈS-VERBAL d'une réunion du conseil d'administration de MELRU VENTURES INC. tenue aux bureaux de la société le 8 septembre 1982, à 10 h.

EST PRÉSENTE:

Ruby Neuman

seule administratrice de la société.

EST ÉGALEMENT PRÉSENT:

Melville Neuman

Le président accepte de présider la réunion et la secrétaire agit comme secrétaire de la réunion.

The sold [*sic*] director being present and having waived notice of the calling of the meeting, the meeting was declared to be regularly constituted.

On motion duly made, seconded and unanimously carried, it was:

“RESOLVED that a taxable dividend of \$5,000.00 on the outstanding Class “G” shares in the capital stock of the Corporation be and the same is hereby declared payable forthwith and the President be and he is hereby authorized to do all things necessary for such payment.”

“RESOLVED that the said dividends on Class “G” shares be applied against any shareholders’ advances.”

The meeting discussed the payment of dividend of \$14,800.00 on common shares and Class “F” shares. The meeting was further advised that the holder of common shares was prepared to have money set aside for future payment on his common shares.

On motion duly made, seconded and unanimously carried, it was:

“RESOLVED that a taxable dividend of \$14,800.00 on the outstanding Class “F” shares of the Corporation be and the same is hereby declared payable forthwith to shareholders of record and any officer of the Corporation be and he or she is hereby authorized to do all things necessary for the payment of such dividends.”

16 The next annual meeting of the shareholders of Melru was held on 12 October 1983 at 8:15 p.m. According to the minutes of that meeting,⁸ Melville Neuman acted as Chairman and Ruby Neuman as Secretary. Ruby Neuman was elected as a director. Those minutes also contain the following resolution:

On motion duly made, seconded and unanimously carried, the following resolution was passed:

“RESOLVED that all acts, contracts, by-laws, proceedings, appointments and payments passed, made, done, or taken by the directors and officers of the Corporation since the last annual meeting of the shareholders (or resolution signed in lieu thereof) as the same are set out or referred to in the minutes of the meeting of the Board of Directors or resolutions signed by the Board of Directors and the Financial Statements submitted to the shareholders for approval be and the same are hereby confirmed.”

La seule administratrice étant présente et ayant renoncé à l’avis de convocation de la réunion, celle-ci est déclarée comme ayant été dûment constituée.

Sur proposition dûment présentée, secondée et adoptée à l’unanimité, il est:

«RÉSOLU qu’un dividende imposable de 5 000 \$ sur les actions de catégorie «G» en circulation faisant partie du capital-actions de la société est déclaré payable immédiatement et que le président est autorisé par les présentes à prendre toutes les mesures nécessaires pour en effectuer le versement.»

«RÉSOLU que ledit dividende sur les actions de catégorie «G» est imputé sur les avances consenties aux actionnaires.»

Il est ensuite question du versement d’un dividende de 14 800 \$ sur les actions ordinaires et de catégorie «F». L’assemblée est de plus informée que le détenteur des actions ordinaires est disposé à mettre de côté des fonds aux fins du versement qui sera effectué à une date ultérieure à l’égard de ses actions ordinaires.

Sur proposition dûment présentée, secondée et acceptée à l’unanimité, il est:

«RÉSOLU qu’un dividende imposable de 14 800 \$ sur les actions de catégorie «F» en circulation de la société est par les présentes déclaré payable immédiatement aux actionnaires inscrits et que tout dirigeant de la société est par les présentes autorisé à prendre toutes les mesures nécessaires pour procéder au versement de ces dividendes.»

L’assemblée générale annuelle suivante des actionnaires de Melru s’est tenue le 12 octobre 1983 à 20 h 15. Selon le procès-verbal de cette assemblée⁸, Melville Neuman a fait office de président et Ruby Neuman de secrétaire. Ruby Neuman a été élue comme administratrice. Ce procès-verbal renferme également la résolution suivante:

[TRADUCTION] Sur proposition dûment présentée, secondée et adoptée à l’unanimité, la résolution suivante est adoptée:

«IL EST RÉSOLU que tous les actes, contrats, règlements, procédures, nominations et paiements conclus, adoptés, intentés ou faits par les administrateurs et les dirigeants de la société, depuis la dernière assemblée annuelle des actionnaires (ou depuis la signature d’une résolution tenant lieu d’assemblée annuelle) comme il est indiqué dans le procès-verbal de la réunion du conseil d’administration ou dans les résolutions signées par le conseil d’administration et dans les états financiers remis aux actionnaires pour approbation, sont confirmés.»

17 The respondent gave the following evidence concerning the reasons for electing his wife as the sole director of Melru:⁹

Q. All right. Now, what was the purpose of your wife being elected sole director?

A. I thought it would be a good idea to have my wife as sole director so she can make all the decisions.

Q. You indicated that you were sure, as I understood your words, that she would follow your recommendations?

A. If I told her what to do, she would not. If I recommended, she might.

Q. I take it that it was an element of your decision making process that if you had your wife in place as director, you would have a superior argument should you ever be reassessed?

A. I am electing my . . . the argument will come shortly. It's a rule of thumb. It was my decision to elect my wife director, and I may have thought about it. I will be quite candid about it.

Q. Well, did you think about it?

A. Probably, probably. I probably recommended to other . . . not necessarily in this case. I may have recommended it to other clients.

Q. But the concept was that you would be one step removed from the declaration of the dividend if it were put in the hands of your wife?

A. I decided to make her the sole director so she could exercise all statutory powers. I have recommended to other clients previously that in the similar situations that they elect their wife director. Is that candid enough?

18 He also testified that he explained to his wife the duties of a director, that they manage the corporation, that they have a duty to the corporation and that they make the decisions, including decisions respecting the dividends that could be paid by Melru, if dividends were to be declared.¹⁰

19 Respecting the declaration of dividends, the respondent testified at trial as follows:¹¹

Q. All right. Fine. Now, under tab 19, we come to minutes of the meeting of the board of directors on the 8th of

17 Voici un extrait de la déposition de l'intimé expliquant les raisons pour lesquelles son épouse a été élue comme seule administratrice de Melru⁹:

[TRADUCTION] Q. Très bien. Maintenant, dans quel but avez-vous élu votre épouse comme seule administratrice?

R. Je pensais que ce serait une bonne idée de nommer ma femme comme seule administratrice pour qu'elle puisse prendre toutes les décisions.

Q. Vous avez indiqué que vous étiez certain, d'après ce que j'ai compris de vos propos, qu'elle suivrait vos recommandations?

R. Si je lui avais dit ce qu'elle devait faire, elle ne l'aurait pas fait. Mais si je lui faisais des recommandations, elle accepterait peut-être de les suivre.

Q. Si je comprends bien, vous avez tenu compte dans votre décision du fait que, si votre épouse était nommée administratrice, vous auriez de meilleurs arguments à faire valoir si un avis de nouvelle cotisation vous était émis?

R. J'ai élu mon . . . l'argument ne tardera pas à venir. C'est le simple bon sens. J'ai décidé d'élire mon épouse comme administratrice, et il est possible que j'y aie songé auparavant. Je serai tout à fait franc à ce sujet.

Q. Alors, y avez-vous pensé?

R. Probablement, probablement. J'ai probablement recommandé à d'autres . . . pas nécessairement dans ce cas. Je peux avoir recommandé cette solution à d'autres clients.

Q. Mais l'idée était que vous ne participeriez pas directement à la déclaration du dividende si la responsabilité en était remise à votre épouse?

R. J'ai décidé de la nommer seule administratrice de façon à ce qu'elle puisse exercer tous les pouvoirs légaux. J'avais déjà recommandé à d'autres clients d'élire leur épouse comme administratrice dans des situations semblables. Est-ce que c'est assez franc?

18 Il a également indiqué dans sa déposition qu'il a expliqué à son épouse quelles étaient les responsabilités d'un administrateur, c'est-à-dire gérer la société, respecter son obligation envers celle-ci et prendre les décisions, y compris les décisions concernant les dividendes pouvant être versés par Melru, au cas où des dividendes seraient déclarés¹⁰.

19 Pour ce qui a trait à la déclaration des dividendes, l'intimé a témoigné comme suit à l'instruction¹¹:

[TRADUCTION] Q. Très bien. Bon. Maintenant, sous l'onglet 19, nous avons le procès-verbal de la réunion du

September, 1982, at 10:00 a.m., which deal with the declaration of dividends; is that correct?

A. That is correct.

Q. And it's declared that there be a taxable dividend of \$5,000.00 on class G shares which you held?

A. That is correct.

Q. And a dividend of \$14,800.00 on class F shares which your wife held?

A. That is correct.

Q. Now, my question is: How, by reference to document 1, the articles of incorporation and the rights, privileges, restrictions, and conditions attached to the shares are those amounts computed?

A. There was no . . . it seemed at that time \$5,000.00 for this, when it came in, was not unreasonable. That is equivalent to \$7,500.00 by way of interest. We weren't sure. At that time, we thought the shares were worth probably about \$100,000.00. We originally elected at 120.

Q. Well, my question is: Can the \$5,000.00 and the \$14,800.00 be tied in any way back to the articles to show how they were computed?

A. No, it was a decision of the director.

Q. Right. Just to understand correctly, what specific considerations went into the formulation of those amounts, \$5,000.00 and \$14,800.00?

A. I would almost say that was a nice figure to use that day. No real thought.

Q. All right. And these were amounts that you recommended to your wife?

A. That is correct.

Q. And you are sure that she acted on your recommendation?

A. On my recommendation, but I didn't tell her what to do. I thought \$5,000.00 was a nice round figure to try out.

Q. I take it it was probably influenced by the fact that by this time Melru had received from Newmac \$20,000.00 in dividends?

A. That is correct.

Q. So you declared out of that \$19,800.00?

conseil d'administration du 8 septembre 1982, à 10 h, qui traite de la déclaration des dividendes; est-ce exact?

R. C'est exact.

Q. Et il est résolu qu'un dividende imposable de 5 000 \$ sera déclaré sur les actions de catégorie «G», dont vous êtes détenteur?

R. C'est exact.

Q. Et un dividende de 14 800 \$ sur des actions de catégorie «F», qui sont détenues par votre épouse?

R. C'est exact.

Q. Maintenant, voici ma question: comment, selon le document 1, les statuts constitutifs ainsi que les droits, privilèges, restrictions et conditions attachées aux actions, ces montants sont-ils calculés?

R. Il n'y avait pas—à ce moment-là, la somme de 5 000 \$ ne semblait pas déraisonnable. Elle correspond à 7 500 \$ de revenu d'intérêts. Nous n'étions pas certains. À ce moment-là, nous pensions que les actions valaient environ 100 000 \$. Au départ, nous avions choisi 120.

Q. Bon. Voici ma question: Est-il possible d'établir un lien quelconque entre les 5 000 \$ et les 14 800 \$ et les statuts qui nous permettrait de voir comment ces montants ont été calculés?

R. Non. La décision revenait à l'administratrice.

Q. D'accord. Pour nous aider à bien comprendre, sur quelles considérations précises la formulation de ces montants—5 000 \$ et 14 800 \$—a-t-elle été fondée?

R. Je serais tenté de dire que ces montants semblaient convenir à ce moment-là. Ils n'étaient fondés sur aucune considération particulière.

Q. Très bien. Et il s'agit là des montants que vous avez recommandés à votre épouse?

R. C'est exact.

Q. Et vous êtes persuadé qu'elle a agi conformément à votre recommandation?

R. Sur ma recommandation, mais je ne lui ai pas dit quoi faire. J'ai pensé que la somme de 5 000 \$ était un chiffre rond qui pourrait convenir.

Q. Si je comprends bien, pourrait-elle avoir été influencée par le fait qu'à ce moment-là Melru avait reçu 20 000 \$ de dividendes de Newmac?

R. C'est exact.

Q. Donc, vous avez déclaré sur cette somme des dividendes de 19 800 \$?

A. That is right. We kept \$200.00 back for miscellaneous expenses.

Q. Was the amount of dividend declared on class F shares calculated all by reference to what the taxation impact would be taking into account the dividend tax credit?

A. You want to know—my own thought, my own recommendation was that something should be paid on that. From my knowledge of what had taken place in all roll-overs and rulings of the Department, they were not concerned about what dividends paid as long as they were fully retractable, but my own opinion was something should be paid which was more than a nominal amount, and so I thought \$5,000.00 would be a reasonable amount.

On 8 September 1982, the same day on which she declared the dividend, Ruby Neuman lent to her husband the sum of \$14,800, the same amount she had received as dividend, on the security of a promissory note in the following terms¹²:

September 8th, 1982.

FOR VALUE RECEIVED, I promise to pay, on demand, to RUBY NEUMAN, the sum of FOURTEEN THOUSAND, EIGHT HUNDRED DOLLARS (\$14,800.00). Such demand may be made in whole or in part as the payee shall deem advisable. No interest shall be payable prior to demand and thereafter at prime bank rate on the amount on which interest is so demanded.

20 Ruby Neuman died on 2 October 1988. It is common ground that no demand was ever made and no interest was ever paid on the loan.

21 The learned Trial Judge made the following findings of fact:¹³

(1) Melru was incorporated for tax planning and income splitting purposes. It had no other independent business purpose.

(2) The dividends declared by Ruby Neuman on her own Class "F" shares and the defendant's Class "G" shares were declared pursuant to discretionary dividend provisions in the Articles of Incorporation of Melru. (The Articles of Incorporation expressly conferred a discretion on the directors as to the amount of dividends to be paid on Class "G" shares. Class "F" shares were entitled to dividends only after payment of dividends declared on

R. C'est ça. Nous avons conservé 200 \$ pour des dépenses diverses.

Q. Le montant des dividendes déclarés sur les actions de catégorie «F» a-t-il été calculé en tenant compte des conséquences fiscales, c'est-à-dire en tenant compte du crédit d'impôt sur les dividendes?

R. Vous voulez savoir . . . ce que moi je pensais, en fait ma recommandation était qu'un certain montant devrait être versé sur cette somme. D'après ce que je sais de tous les transferts en franchise d'impôt et des décisions du Ministère, les fonctionnaires ne s'intéressent pas au montant des dividendes tant et aussi longtemps que les actions sont entièrement rachetables au gré du détenteur, mais j'étais personnellement d'avis qu'il fallait verser plus qu'une somme nominale, et j'ai pensé qu'un montant de 5 000 \$ serait raisonnable.

Le 8 septembre 1982, soit le même jour où elle a déclaré les dividendes, Ruby Neuman a prêté à son mari la somme de 14 800 \$, soit la même somme qu'elle venait de toucher comme dividendes, et cet emprunt a été garanti au moyen d'un billet à ordre rédigé dans les termes suivants¹²:

le 8 septembre 1982

[TRADUCTION] CONTRE VALEUR, je promets de payer sur demande à RUBY NEUMAN la somme de QUATORZE MILLE HUIT CENTS DOLLARS (14 800 \$). Cette demande peut être faite en totalité ou en partie selon ce que le bénéficiaire juge souhaitable. Aucun intérêt n'est payable avant que cette demande soit faite et, par la suite, l'intérêt est payable au taux préférentiel bancaire sur la somme visée par cette demande.

Ruby Neuman est morte le 2 octobre 1988. Il est 20 connu qu'aucune demande n'a jamais été faite et qu'aucun intérêt n'a jamais été payé sur le prêt.

Le juge de première instance a tiré les conclusions 21 de fait suivantes¹³:

(1) Melru a été constituée en personne morale à des fins de planification fiscale et de fractionnement du revenu. Elle n'avait aucun autre objectif commercial indépendant.

(2) La déclaration de dividendes par Ruby Neuman sur ses propres actions de catégorie «F» et sur les actions de catégorie «G» du défendeur était conforme aux dispositions relatives aux dividendes discrétionnaires énoncées dans les statuts constitutifs de Melru. (Les statuts constitutifs conféraient expressément aux administrateurs un pouvoir discrétionnaire à l'égard du montant des dividendes à verser sur les actions de catégorie «G»). Les déten-

Class "G" shares. Dividends on Class "F" shares were pursuant to a rather complex formula but in essence the amount available for dividends on Class "F" shares had also been left to the discretion of the directors because the dividends on Class "G" shares, which were in the discretion of the directors, had to be paid first.) The dividends of \$14,800 on her Class "F" shares and \$5,000 on the defendant's Class "G" shares were arbitrary numbers having regard only to the fact that Melru had earnings by way of dividends from Newmac of \$20,000 available for distribution. But the allocation of \$14,800 to the Class "F" shares and \$5,000 to the Class "G" shares was arbitrary.

(3) Ruby Neuman made no contribution to Melru, nor did she assume any risks for the company.

The Decisions Below

a) The Tax Court

22 On 19 May 1992, the learned Tax Court Judge allowed the respondent's appeal with costs and referred the assessment back to the appellant for reconsideration and reassessment on the basis that the dividend received by the respondent's spouse on her Class "F" shares of Melru was not to be included in the respondent's income for the taxation year 1982.

23 In reaching that conclusion the Tax Court Judge noted that in *McClurg*, the Supreme Court of Canada established that, as a general rule, subsection 56(2) of the Act does not apply to the declaration of dividends. However, he was required, as we are in this appeal, to deal with the appellant's contention that the *dictum* of Dickson C.J., which we have earlier quoted, was binding upon him and mandated the dismissal of the respondent's appeal. He concluded¹⁴ that the *dictum* was neither the *ratio decidendi* nor judicial *dicta* by a majority of the Supreme Court of Canada and, consequently, that it was not binding upon him.

24 He then continued [at page 2084]:

teurs d'actions de catégorie «F» n'avaient le droit de recevoir de dividendes qu'après le versement de dividendes déclarés sur les actions de catégorie «G». Les dividendes sur les actions de catégorie «F» étaient déclarés selon une formule plutôt complexe, mais, essentiellement, le montant des dividendes sur les actions de catégorie «F» était également laissé à la discrétion des administrateurs puisque les dividendes sur les actions de catégorie «G», qui relevaient du pouvoir discrétionnaire des administrateurs, devaient être payés en premier.) Les dividendes de 14 800 \$ sur ses actions de catégorie «F» et de 5 000 \$ sur les actions de catégorie «G» du défendeur étaient des montants arbitraires qui tenaient uniquement compte du fait que Melru avait tiré de Newmac des revenus sous forme de dividendes de 20 000 \$, qui pouvaient être distribués. En revanche, la répartition de 14 800 \$ aux actions de catégorie «F» et de 5 000 \$ aux actions de catégories «G» était arbitraire.

(3) Ruby Neuman n'a fourni aucun apport à Melru, ni assumé de risques pour le compte de la société.

Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

a) La Cour de l'impôt

Le 19 mai 1992, le juge de la Cour de l'impôt a 22 accueilli l'appel de l'intimé avec dépens et renvoyé l'avis de cotisation à l'appelante pour nouvel examen et nouvelle cotisation au motif que les dividendes touchés par l'épouse de l'intimé sur ses actions de catégorie «F» de la société Melru ne devaient pas être inclus dans le revenu de l'intimé pour l'année d'imposition 1982.

Pour parvenir à cette conclusion, le juge de la 23 Cour de l'impôt a noté que, dans l'arrêt *McClurg*, la Cour suprême du Canada a établi qu'en règle générale le paragraphe 56(2) de la Loi ne s'applique pas à la déclaration de dividendes. Toutefois, il a dû répondre, comme nous devons le faire dans le présent appel, à la prétention de l'appelante selon laquelle la remarque incidente du juge en chef Dickson, citée précédemment, le liait et l'obligeait à rejeter l'appel de l'intimé. Il a conclu¹⁴ que cette remarque n'était ni la *ratio decidendi* ni une remarque judiciaire formulée par la majorité des juges de la Cour suprême du Canada et que, par conséquent, il n'était aucunement lié par elle.

Et il poursuit [à la page 2084]:

24

Nonetheless the opinions expressed, while not *judicial dicta*, are those of the Supreme Court and cannot be simply ignored. Without deciding whether the operation of subsection 56(2) was perceived or intended by the legislators to be applicable to non-arm's length transactions and assuming for the moment, as the appellant noted, that the majority judgment may have left it open for future consideration to pierce the corporate veil to prevent complex tax avoidance schemes, I have concluded that the facts in this case would not support such an approach nor the conclusion sought by the respondent.

b) The Trial Division

25 The Trial Judge dismissed the appeal from the decision of the Tax Court on the ground that subsection 56(2) of the Act was not designed to prevent the type of income splitting engaged in by the respondent and his wife. He concluded his reasons with the following statement:¹⁵

... subsection 56(2) is not, in my opinion, the appropriate provision for the Minister to invoke to challenge income splitting in the context of the director-shareholder relationship and the declaration of dividends.

26 Earlier in his reasons, the Trial Judge commented upon the submission of counsel for the appellant that Ruby Neuman, in declaring the dividends in issue in this appeal, was acting "pursuant to the direction of, or with the concurrence of", the respondent as those terms are used in subsection 56(2) of the Act. After reviewing some of the evidence and the relevant principles of corporation law, the Trial Judge stated:¹⁶

For these reasons, I would be reluctant to presume that Ruby Neuman was acting pursuant to the direction of, or with the concurrence of, the defendant [respondent] when she, as director, declared dividends on behalf of Melru. A finding that Ruby Neuman was not acting pursuant to the direction of, or with the concurrence of, the defendant would be determinative in this case. However, because this issue was not addressed in depth by counsel, I do not propose to decide the case on this issue and my comments should be considered as *obiter* only. Without deciding this issue therefore, I proceed with an analysis of *McClurg*, (*supra*), and its application to the case at bar.

27 After engaging in an extensive examination of *McClurg*, the Trial Judge reached the conclusion

Quoi qu'il en soit, les opinions exprimées, bien qu'il ne s'agisse pas de remarques judiciaires, sont celles de la Cour suprême et ne peuvent pas simplement être ignorées. Sans décider si le législateur entendait appliquer le paragraphe 56(2) aux transactions avec lien de dépendance ou croyait l'avoir fait et en présumant, pour l'instant, comme le faisait remarquer l'appelant, que la décision majoritaire permettait aux tribunaux de percer le voile corporatif afin d'empêcher les stratagèmes complexes d'évitement fiscal, j'ai conclu que les faits de l'espèce n'appuieraient pas une telle ligne de pensée ni la conclusion demandée par l'intimé.

b) La Section de première instance

25 Le juge de première instance a rejeté l'appel formé à l'encontre de la décision de la Cour de l'impôt au motif que le paragraphe 56(2) de la Loi n'était pas destiné à empêcher le genre de fractionnement du revenu effectué par l'intimé et son épouse. Il conclut ses motifs par l'affirmation suivante¹⁵:

... le paragraphe 56(2) n'est à mon avis pas la disposition que le ministre doit invoquer pour contester un fractionnement du revenu dans le contexte d'une relation administrateur-actionnaire et d'une déclaration de dividendes.

26 Dans les pages précédentes de ses motifs, le juge de première instance a fait des observations sur l'argument présenté par l'avocat de l'appelante selon lequel Ruby Neuman, en déclarant les dividendes contestés dans le présent appel, agissait «suivant les instructions et avec l'accord de» l'intimé au sens où ces expressions sont utilisées au paragraphe 56(2) de la Loi. Après avoir examiné une partie de la preuve et les principes pertinents du droit des sociétés, le juge de première instance déclare ce qui suit¹⁶:

Pour ces motifs, j'hésiterais à présumer que Ruby Neuman agissait suivant les instructions ou avec l'accord du défendeur lorsqu'à titre d'administratrice, elle a déclaré des dividendes pour le compte de Melru. La conclusion que Ruby Neuman n'agissait pas suivant les instructions ou avec l'accord du défendeur serait déterminante en l'espèce. Toutefois, puisque cette question n'a pas été débattue en profondeur par les avocats, je ne souhaite pas trancher l'affaire sur cette question, et mes commentaires devraient être considérées comme purement incidents. Sans trancher cette question donc, j'analyserai l'arrêt *McClurg*, précité, et son application à la présente affaire.

27 Après avoir analysé de façon exhaustive l'arrêt *McClurg*, le juge de première instance a conclu par

quoted at the commencement of this segment of these reasons and dismissed the appeal.

les mots cités au début de cette partie des motifs et a rejeté l'appel.

The Legislation [Subsection 82(1) as am. S.C. 1977-78, c. 1, s. 36]

Les dispositions législatives [Paragraphe 82(1) mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 36]

12. (1) There shall be included in computing the income of a taxpayer for a taxation year as income from a business or property such of the following amounts as are applicable:

12. (1) Sont à inclure dans le calcul du revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien, au cours d'une année d'imposition, les sommes appropriées suivantes:

...

...

(j) any amount required by subdivision h to be included in computing the taxpayer's income for the year in respect of a dividend paid by a corporation resident in Canada on a share of its capital stock;

j) toute somme qui doit, en vertu des dispositions de la sous-section h, être incluse dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année à titre de dividende payé par une corporation résidant au Canada sur une action de son capital-actions;

...

...

56. . . .

56. . . .

(2) A payment or transfer of property made pursuant to the direction of, or with the concurrence of, a taxpayer to some other person for the benefit of the taxpayer or as a benefit that the taxpayer desired to have conferred on the other person shall be included in computing the taxpayer's income to the extent that it would be if the payment or transfer had been made to him.

(2) Tout paiement ou transfert de biens fait, suivant les instructions ou avec l'accord d'un contribuable, à toute autre personne au profit du contribuable ou à titre d'avantage que le contribuable désirait voir accorder à l'autre personne, doit être inclus dans le calcul du revenu du contribuable dans la mesure où il le serait si ce paiement ou ce transfert avait été fait au contribuable.

(3) For the purposes of this Part, a payment or transfer in a taxation year of property made to the taxpayer or some other person for the benefit of the taxpayer and other persons jointly or a profit made by the taxpayer and other persons jointly in a taxation year shall be deemed to have been received by the taxpayer in the year to the extent of his interest therein notwithstanding that there was no distribution or division thereof in that year.

(3) Aux fins de la présente Partie, tout paiement ou transfert de biens fait, au cours d'une année d'imposition, au contribuable ou à toute autre personne au profit du contribuable et d'autres personnes ou tout bénéfice réalisé conjointement, au cours d'une année d'imposition, par le contribuable et d'autres personnes, est réputé avoir été reçu au cours de l'année par le contribuable jusqu'à concurrence de ce qui lui revient, bien qu'il n'y ait eu ni distribution ni partage de ses biens au cours de cette année.

(4) Where a taxpayer has, at any time before the end of a taxation year (whether before or after the end of 1971), transferred or assigned to a person with whom he was not dealing at arm's length the right to an amount that would, if the right thereto had not been so transferred or assigned, be included in computing his income for the taxation year because the amount would have been received or receivable by him in or in respect of the year, the amount shall be included in computing the taxpayer's income for the taxation year unless the income is from property and the taxpayer has also transferred or assigned the property.

(4) Lorsqu'un contribuable a, à une date quelconque avant la fin d'une année d'imposition (soit avant, soit après la fin de 1971), transféré ou cédé à une personne avec laquelle il avait un lien de dépendance son droit sur toute somme qui serait, si ce droit n'avait pas été ainsi transféré ou cédé, incluse dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition du fait que cette somme aurait été reçue ou aurait été à recevoir par lui dans ou pour l'année, cette somme doit être incluse dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année d'imposition, à moins que le revenu ne provienne de biens et que le contribuable n'ait également transféré ou cédé ces biens.

...

...

82. (1) In computing the income of a taxpayer for a taxation year, there shall be included

82. (1) Doivent être incluses dans le calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition

(a) all amounts received by him in the year from corporations resident in Canada as, on account or in lieu of payment of, or in satisfaction of, taxable dividends,

plus

(b) where the taxpayer is an individual, other than a trust that is a registered charity, 1/2 of the aggregate of all amounts described in paragraph (a) received by him in the year from taxable Canadian corporations.

a) toutes les sommes qu'il a reçues dans l'année de corporations résidant au Canada au titre ou en paiement intégral ou partiel de dividendes imposables

plus

b) lorsque le contribuable est un particulier, autre qu'une fiducie qui est un organisme de charité enregistré, ½ du total de toutes les sommes visées à l'alinéa a) qu'il a reçues, dans l'année, de corporations canadiennes imposables.

Issues

28 In Part II of his memorandum of fact and law, the appellant alleges that the decision of the Trial Division poses the following issues for resolution:

- a) whether Ruby Neuman was acting pursuant to the direction of, or with the concurrence of, the respondent, when she declared the dividend of \$14,800.00 from Melru to herself;
- b) whether the *dictum* of Dickson, C.J.C. in *McChurg* was binding upon the courts below; and
- c) whether subsection 56(2) of the Act permitted the Minister to include in the income of the respondent for the taxation year 1982, the dividend of \$14,800.00 which Ruby Neuman received from Melru.

29 We deal with each issue in turn.

- a) whether Ruby Neuman was acting pursuant to the direction of, or with the concurrence of, the respondent, when she declared the dividend of \$14,800.00 from Melru to herself

30 On this issue, counsel for the appellant made several submissions. First, he said that, on the evidence, Ruby Neuman acted at the direction of the respondent in declaring the dividend from Melru to herself. In this respect he urged the findings of the Trial Judge that the respondent had incorporated Melru as a tax planning vehicle to split income from Newmac with his wife, Ruby Neuman; that one of the reasons motivating the respondent's resignation as a director of Melru and his electing Ruby Neuman in his place was to distance himself from the decision-making in Melru, in order to provide

Les points en litige

Dans la partie II de son exposé des faits et du droit, l'appelante allègue que la décision de la Section de première instance soulève les questions suivantes:

- a) Ruby Neuman agissait-elle suivant les instructions ou avec l'accord de l'intimé quand elle a déclaré le dividende de 14 800 \$ que la société Melru devait lui verser?
- b) La remarque incidente du juge en chef Dickson, dans l'arrêt *McChurg*, lie-t-elle les tribunaux d'instance inférieure?
- c) Le paragraphe 56(2) de la Loi autorise-t-il le ministre à inclure dans le revenu de l'intimé pour l'année d'imposition 1982 le dividende de 14 800 \$ que Ruby Neuman a reçu de Melru?

La Cour traitera successivement de chacun de ces points.

- a) Ruby Neuman agissait-elle suivant les instructions ou avec l'accord de l'intimé quand elle a déclaré le dividende de 14 800 \$ que la société Melru devait lui verser?

30 Sur ce point, l'avocat de l'appelante a présenté plusieurs arguments. Tout d'abord, il prétend que, d'après la preuve, Ruby Neuman a agi suivant les instructions de l'intimé en déclarant le dividende de Melru à son profit. À cet égard, il reprend les conclusions du juge de première instance selon lesquelles l'intimé a constitué la société Melru à des fins de planification fiscale afin de partager le revenu de Newmac avec son épouse, Ruby Neuman; que l'une des raisons motivant la démission de l'intimé en tant qu'administrateur de Melru et la nomination de Ruby Neuman à sa place était de se distancier du

the respondent with a superior argument, if the Minister had challenged the income splitting arrangement; and, that the respondent gave his wife expert advice and made recommendations to her concerning the declaration of dividends which he was sure she would take.

processus décisionnel de la société Melru, afin d'avoir un meilleur argument si jamais le ministre contestait l'arrangement visant à fractionner le revenu; et que l'intimé a donné à son épouse des conseils à titre d'expert et lui a fait des recommandations, concernant la déclaration des dividendes, qu'il était persuadé qu'elle allait suivre.

31 Secondly, counsel submitted that the respondent's recommendation to Ruby Neuman that she declare the dividend to herself amounted, in the circumstances of this case, to concurrence within subsection 56(2) of the Act.

31 Deuxièmement, l'avocat fait valoir que la recommandation de l'intimé à Ruby Neuman concernant la déclaration des dividendes équivaut, dans les circonstances de l'espèce, à l'accord dont il est question au paragraphe 56(2) de la Loi.

32 For his part, counsel for the respondent, started from the premise that a director of a corporation has the responsibility to manage the business and affairs of the corporation, including the responsibility to declare dividends. He characterized a dividend as being a distribution of corporate property which does not require the direction or concurrence of a shareholder or, or advisor to, a corporation in order to be declared or paid. For that reason, so he contended, the respondent's direction, or concurrence was not relevant since neither could create a tax obligation under subsection 56(2) of the Act.

32 Pour sa part, l'avocat de l'intimé prend comme point de départ que l'administrateur d'une société a la responsabilité de gérer les affaires de la société, notamment la responsabilité de déclarer les dividendes. Selon lui, les dividendes sont une forme de distribution des biens de la société dont la déclaration ou le versement ne nécessite pas les instructions ou l'accord d'un actionnaire ou d'un conseiller de la société. Pour cette raison, soutient-il, il n'est pas pertinent de se demander si les dividendes ont été déclarés suivant les instructions ou avec l'accord de l'intimé puisqu'aucune obligation fiscale visées au paragraphe 56(2) de la Loi ne peut en découler.

33 We are unable to accept the respondent's contention, having regard to the uncontradicted evidence in this appeal. The minutes of the meeting of the Board of Directors dated 12 August 1982 show unequivocally that the respondent had been elected president of Melru and his wife Ruby as secretary. They thereby became officers of Melru. The next meeting of the Board was held on 8 September 1992. The minutes disclosed the following: first, that the respondent acted as Chairman and his wife as Secretary of the meeting; secondly, that as President, the respondent chaired the meeting; thirdly, that the resolution to pay the dividend of \$5,000 on his Class "G" shares was passed unanimously; and, fourthly, that the meeting discussed payment of a dividend of \$14,800 on common and Class "F" shares. It should be recalled that the respondent was the only holder of a common voting share in Melru; the respondent advised that he was prepared to have money set

33 La Cour ne peut accepter la prétention de l'intimé, compte tenu de la preuve non contredite dans le présent appel. Le procès-verbal de la réunion du conseil d'administration en date du 12 août 1982 démontre sans équivoque que l'intimé avait été élu président de Melru et son épouse, secrétaire. Ils étaient donc les dirigeants de Melru. La réunion suivante du conseil a eu lieu le 8 septembre 1992. Le procès-verbal révèle ce qui suit: premièrement, l'intimé a agi en tant que président et son épouse en tant que secrétaire de la réunion; deuxièmement, en sa qualité de président, l'intimé a dirigé la réunion; troisièmement, la résolution en vue du versement du dividende de 5 000 \$ sur les actions de catégorie «G» a été adoptée à l'unanimité; et quatrièmement, l'assemblée a discuté du versement d'un dividende de 14 800 \$ sur les actions ordinaires et de catégorie «F». Il faut se rappeler que l'intimé était le seul détenteur d'une action ordinaire avec droit de vote

aside for the future payment of his common shares; and, that the resolution to pay a taxable dividend of \$14,800 on the Class "F" shares held by Ruby Neuman was passed unanimously.

34 Furthermore, there was evidence before the Trial Judge that at the meeting of shareholders held on 12 October 1983, the respondent, as an officer of Melru, ratified the declaration of dividends that had been made at the meeting of the Board of Directors on 8 September 1982. For convenience, we reproduce that resolution here:

On motion duly made, seconded and unanimously carried, the following resolution was passed:

"RESOLVED that all acts, contracts, by-laws, proceedings, appointments and payments passed, made, done, or taken by the directors and officers of the Corporation since the last annual meeting of the shareholders (or resolution signed in lieu thereof) as the same are set out or referred to in the minutes of the meeting of the Board of Directors or resolutions signed by the Board of Directors and the Financial Statements submitted to the shareholders for approval be and the same are hereby confirmed."

35 It is clear to us that the Trial Judge failed to consider all of this evidence in reaching his conclusion and, as a result, he erred in law.

36 From this examination of the evidence, we conclude that there was sufficient evidence of the respondent's concurrence with Ruby Neuman's declaration of the dividend of \$14,800 from Melru to herself and that Ruby Neuman acted with that concurrence when she declared that dividend.

37 However, is the respondent's concurrence to the declaration of the dividend to Ruby Neuman sufficient to attract the application of subsection 56(2) of the *Income Tax Act*? The answer to this question

de la société Melru; l'intimé a indiqué qu'il était disposé à mettre de côté des fonds pour le versement ultérieur des dividendes sur ses actions ordinaires; et, enfin, la résolution de verser un dividende imposable de 14 800 \$ sur les actions de catégorie «F» détenues par Ruby Neuman a été adoptée à l'unanimité.

En outre, le juge de première instance était saisi 34 d'éléments de preuve indiquant qu'à l'assemblée des actionnaires qui s'est tenue le 12 octobre 1983, l'intimé, en sa qualité de dirigeant de Melru, a ratifié la déclaration des dividendes qui avait été décidée à la réunion du conseil d'administration du 8 septembre 1982. Pour plus de commodité, nous reproduisons ci-dessous cette résolution:

[TRADUCTION] Sur proposition dûment présentée, secondée et adoptée à l'unanimité, la résolution suivante est adoptée:

«IL EST RÉSOLU que tous les actes, contrats, règlements intérieurs, procédures, nominations et paiements conclus, adoptés, intentés ou faits par les administrateurs et les dirigeants de la société, depuis la dernière assemblée annuelle des actionnaires (ou depuis la signature d'une résolution signée tenant lieu d'assemblée annuelle) comme il est indiqué dans le procès-verbal de la réunion du conseil d'administration ou dans les résolutions signées par le conseil d'administration et dans les états financiers remis aux actionnaires pour approbation, sont confirmés.»

Il apparaît clairement à la Cour que le juge de 35 première instance n'a pas tenu compte de la totalité de cette preuve pour parvenir à sa conclusion et, par conséquent, il a commis une erreur de droit.

Après avoir examiné la preuve, la Cour conclut 36 qu'il y avait suffisamment d'éléments de preuve indiquant que l'intimé avait donné son accord à Ruby Neuman pour que celle-ci déclare le dividende de 14 800 \$ de la société Melru à son profit et que Ruby Neuman a agi avec cet accord quand elle a déclaré ce dividende.

Toutefois, l'accord de l'intimé concernant la dé- 37 claration du dividende à Ruby Neuman est-il suffisant pour entraîner l'application du paragraphe 56(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*? La réponse à

requires an examination of the subsection itself and of the decision in *McClurg*.

cette question exige un examen du paragraphe lui-même et de l'arrêt *McClurg*.

38 For convenience, we repeat the text of subsection 56(2). It reads:

Pour plus de commodité, nous répétons le texte du 38 paragraphe 56(2), rédigé dans les termes suivants:

56. . . .

56. . . .

(2) A payment or transfer of property made pursuant to the direction of, or with the concurrence of, a taxpayer to some other person for the benefit of the taxpayer or as a benefit that the taxpayer desired to have conferred on the other person shall be included in computing the taxpayer's income to the extent that it would be if the payment or transfer had been made to him.

(2) Tout paiement ou transfert de biens fait, suivant les instructions ou avec l'accord d'un contribuable, à toute autre personne au profit du contribuable ou à titre d'avantage que le contribuable désirait voir accorder à l'autre personne, doit être inclus dans le calcul du revenu du contribuable dans la mesure où il le serait si ce paiement ou ce transfert avait été fait au contribuable.

39 In *Winter v. Canada*, [1991] 1 F.C. 585 (C.A.), Marceau J.A. writing for a unanimous Court referred to the subsection [at page 587] as "This well-known tax-avoidance provision, which gives effect to the indirect benefits principle, has a long legislative history dating back to 1948". He continued at page 593:

Dans l'arrêt *Winter c. Canada*, [1991] 1 C.F. 585 39 (C.A.), le juge Marceau, J.C.A., exprimant l'opinion unanime de la Cour, fait référence à ce paragraphe [à la page 587] dans les termes suivants: «Cette disposition bien connue en matière d'évitement fiscal, qui donne effet au principe des avantages indirects, a une longue histoire législative qui remonte à 1948». Il poursuit, à la page 593:

It is generally accepted that the provision of subsection 56(2) is rooted in the doctrine of "constructive receipt" and was meant to cover principally cases where a taxpayer seeks to avoid receipt of what in his hands would be income by arranging to have the amount paid to some other person either for his own benefit . . . or for the benefit of that other person There is no doubt, however, that the wording of the provision does not allow to [*sic*] its being confined to such clear cases of tax-avoidance.

Il est couramment admis que la disposition prévue au paragraphe 56(2) est fondée sur la doctrine de la «recette présumée» et qu'elle vise principalement les cas où le contribuable cherche à éviter de recevoir ce qui serait, entre ses mains, un revenu en s'arrangeant pour que le montant soit versé à quelqu'un d'autre, et ce pour son propre bénéfice . . . ou pour le bénéfice de cette autre personne . . . Il ne fait aucun doute cependant que le libellé de la disposition ne permet pas d'en limiter l'application à de tels cas patents d'évitement fiscal.

40 As will be discussed more fully below, the majority of the Supreme Court in *McClurg* held as a general principle that subsection 56(2) does not apply to the declaration of dividends including those declared pursuant to discretionary power. Of particular significance for the case at bar, however, is that the majority did not foreclose the possible application of this subsection to instances where a discretionary power exists to distribute dividends to the non-arm's length shareholder who "has made no contribution to the company".¹⁷

Comme il en sera question plus en détail ci-dessous, la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt 40 *McClurg* a conclu que, en tant que principe général, le paragraphe 56(2) ne s'applique pas à la déclaration de dividendes, y compris aux dividendes déclarés en vertu d'un pouvoir discrétionnaire. Toutefois, il y a un élément qui est particulièrement important pour le cas en l'espèce, savoir que la majorité n'a pas écarté la possibilité que cet article s'applique à des cas où les administrateurs peuvent, en vertu d'un pouvoir discrétionnaire, distribuer des dividendes à un actionnaire lié qui «n'a fourni aucun apport à la société»¹⁷.

41 It has been well accepted since *Fraser Companies Ltd. v. The Queen*, [1981] CTC 61 (F.C.T.D.), at

Il est bien accepté depuis la décision *Fraser Com- 41 panies Ltd. c. La Reine*, [1981] CTC 61 (C.F. 1^{re}

page 71, that in order to invoke subsection 56(2) successfully, the appellant must demonstrate that the payment or transfer of property:

1. must have been made to a person other than the taxpayer;
2. must have been at the direction or with the concurrence of the taxpayer;
3. must be for the taxpayer's own benefit or for the benefit of some other person on whom the taxpayer desired to have the benefit conferred;
4. would have been included in computing the taxpayer's income if it had been received by the taxpayer instead of the other person.

42 See *Smith (D.N.) v. M.N.R.*, [1993] 2 C.T.C. 257 (F.C.A.), at page 261 and *McClurg, supra*, at pages 1074-1075, *per La Forest J.* dissenting.

43 We need hardly add that in applying subsection 56(2) to the facts of a particular case, the concurrence or participation of the taxpayer in the conferring of the benefit need not be active. It may well be passive or implicit and can be inferred from all the circumstances, not the least of which is the degree of control which the taxpayer is entitled to exercise over the corporation conferring the benefit. See *Smith (D.N.) v. M.N.R.*, *supra*, at page 261.

44 As they apply to the circumstances of this case, we are all of the view that the appellant has satisfied the four elements laid down in *Fraser, supra*, for the successful invocation of subsection 56(2).

45 First, it has been held that the payment of a dividend is a transfer of property. See, *Champ (W) v. The Queen*, [1983] CTC 1 (F.C.T.D.) where it was held that the declaration of dividends to a wife by a corporation in which she and her husband were the only shareholders, contrary to the provisions of the Articles of Association, was a transfer of property

inst.), à la page 71 que, pour être en mesure d'invoquer avec succès le paragraphe 56(2), l'appelante doit démontrer que le paiement ou le transfert de biens:

1. a été fait à une personne autre que le contribuable;
2. a été effectué suivant les instructions ou avec l'accord du contribuable;
3. a été effectué au profit du contribuable ou de toute personne que le contribuable désire avantager;
4. aurait été inclus dans le calcul du revenu du contribuable si ce dernier, au lieu de l'autre personne, l'avait reçu.

Voir *Smith (D.N.) c. M.R.N.*, [1993] 2 C.T.C. 257 (C.A.F.), à la page 261 et *McClurg*, précité, aux pages 1074 et 1075, dans les motifs dissidents du juge La Forest. 42

Est-il besoin d'ajouter qu'en appliquant le paragraphe 56(2) aux faits particuliers d'une cause, l'accord ou la participation du contribuable relativement à l'octroi de l'avantage ne doit pas nécessairement être actif. Il peut très bien être passif ou implicite et peut s'inférer de toutes les circonstances, dont la moindre n'est pas le degré de contrôle que le contribuable est en droit d'exercer sur la société qui confère l'avantage. Voir *Smith (D.N.) c. M.R.N.*, précité, à la page 261. 43

Revenant aux circonstances de l'espèce, nous sommes tous d'avis que l'appelante a réussi à établir les quatre éléments énoncés dans la décision *Fraser*, précitée, et qu'elle a donc démontré que le paragraphe 56(2) s'applique. 44

Tout d'abord, il a été établi que le paiement d'un dividende est un transfert de biens. Voir *Champ (W) c. La Reine*, [1983] CTC 1 (C.F. 1^{re} inst.) dans laquelle il a été statué que la déclaration d'un dividende à l'épouse par une société dont les époux étaient les seuls actionnaires, était contraire aux dispositions des statuts constitutifs et constituait un 45

within the meaning of subsection 56(2) of the Act. In our respectful view, the reasoning in *Champ* applies with equal force to the dividend of \$14,800 that was declared to Ruby Neuman in this case.

transfert de biens au sens du paragraphe 56(2) de la Loi. La Cour est d'avis que le raisonnement énoncé dans la décision *Champ* s'applique également au dividende de 14 800 \$ qui a été déclaré à Ruby Neuman en l'espèce.

46 Secondly, as we have already noted, the learned Trial Judge found that Melru was incorporated for one purpose only, namely, income splitting of dividends received from Newmac. Furthermore, the minutes of the meeting of the Board of Directors of Melru, held on 8 September 1982, show clearly, in our view, that the respondent had concurred in the declaration of the dividend to his wife, Ruby Neuman, for the following reasons. As an officer of Melru, the respondent chaired the meeting at which his wife, also an officer, was present. These two officers discussed payment of a dividend on common shares, of which the respondent was the sole holder, and on Class "F" shares of which the respondent's spouse was the holder of 99. The minutes indicate that the respondent, as holder of one common voting share in Melru, advised the meeting that he "was prepared to have money set aside for future payment of dividends on his common share". In other words, the respondent advised his wife that he was prepared to forego his entitlement as the holder of the only issued common share in Melru in order that the corporation might declare a dividend to her in an amount that was out of all proportion with her entitlement pursuant to Article 8(e) of the Articles of Incorporation.¹⁸ It would seem that, in doing so, the respondent was in breach of his fiduciary duty to Melru.¹⁹ The resolution respecting the payment of the dividend of \$14,800 to the respondent's wife was passed unanimously and the minutes were signed both by the respondent and his wife, as Chairman and Secretary, respectively of the Board of Directors of Melru.

46 Deuxièmement, comme nous l'avons déjà noté, le juge de première instance a conclu que Melru a été constituée en personne morale pour une seule fin, savoir fractionner le revenu provenant des dividendes reçus de Newmac. En outre, le procès-verbal de la réunion du conseil d'administration de Melru, qui a eu lieu le 8 septembre 1982, démontre clairement, à notre avis, que l'intimé avait consenti à la déclaration du dividende à son épouse, Ruby Neuman, pour les raisons suivantes. En tant que dirigeant de Melru, l'intimé a présidé la réunion au cours de laquelle son épouse, également dirigeante, était présente. Ces deux dirigeants ont discuté du versement d'un dividende sur des actions ordinaires, dont l'intimé était le seul détenteur, et sur 99 actions de catégorie «F» qui étaient détenues par son épouse. Le procès-verbal indique également que l'intimé, à titre de détenteur d'une action ordinaire avec droit de vote de Melru, a déclaré à la réunion qu'il était [TRADUCTION] «disposé à mettre de côté des fonds pour le versement ultérieur des dividendes sur son action ordinaire». Autrement dit, l'intimé a informé son épouse qu'il était disposé à renoncer au droit conféré au détenteur de la seule action ordinaire émise dans Melru afin que la société puisse déclarer un dividende à son épouse pour un montant tout à fait disproportionné par rapport au droit que lui conférerait l'alinéa 8e) des statuts constitutifs¹⁸. Il semble donc qu'en agissant ainsi l'intimé a contrevenu à son obligation fiduciaire envers la société Melru¹⁹. La résolution concernant le versement du dividende de 14 800 \$ à l'épouse de l'intimé a été adoptée à l'unanimité et le procès-verbal a été signé par l'intimé et par son épouse à titre de président et de secrétaire, respectivement, du conseil d'administration de Melru.

47 We note, from the minutes of the annual meeting of shareholders of Melru held on 12 October 1983, that the respondent and his wife, as the only shareholders of that corporation ratified the resolu-

47 La Cour note, d'après le procès-verbal de l'assemblée annuelle des actionnaires de Melru qui s'est tenue le 12 octobre 1983, que l'intimé et son épouse, en tant que seuls actionnaires de cette société, ont

ution of 8 September 1982 at which the dividend was declared on the Class "F" shares held by the respondent's spouse. This evidence, arguably of marginal relevance on the issue of concurrence standing alone, does, when taken together with that which is contained in the minutes of the meeting of the Board of Directors held on 8 September 1982, negate the respondent's testimony that his role was that of adviser only. In our view, the evidence, taken as a whole, was sufficient to prove on a balance of probabilities that the dividend of \$14,800 was declared to Ruby Neuman with the concurrence of the respondent.

ratifié la résolution adoptée le 8 septembre 1982 au cours de laquelle le dividende a été déclaré sur les actions de catégorie «F» détenues par l'épouse de l'intimé. Cet élément de preuve qui, pris isolément, aurait pu n'avoir qu'une pertinence minimale sur la question de l'accord de l'intimé, contredit le témoignage de l'intimé indiquant qu'il n'a eu qu'un rôle de conseiller, quand on tient compte du procès-verbal de la réunion du conseil d'administration qui s'est tenue le 8 septembre 1982. De l'avis de la Cour, la preuve, prise dans son ensemble, est suffisante pour établir d'après la prépondérance des probabilités que le dividende de 14 800 \$ a été déclaré à Ruby Neuman avec l'accord de l'intimé.

48 It should be noticed here that subsection 56(2) does not require proof that the transfer of property be both at the direction of and with the concurrence of the taxpayer. The phrase is expressed disjunctively. It follows that proof of either is sufficient. Here, as we have said, there was sufficient proof that the dividend was declared with the concurrence of the respondent.

Il convient de noter ici que le paragraphe 56(2) n'exige pas qu'il soit établi que le transfert de biens ait été fait suivant les instructions et avec l'accord du contribuable. L'expression utilise une conjonction disjonctive. Il s'ensuit donc que la preuve de l'un des éléments est suffisante. En l'espèce, comme nous l'avons dit, il existe une preuve suffisante pour établir que le dividende a été déclaré avec l'accord de l'intimé. 48

49 Thirdly, the benefit that the respondent derived from splitting the income with his wife is obvious. It enabled him to reduce the incidence of income taxation by the amount of the dividend she received. But the respondent received an additional benefit. On the same day on which his wife received the dividend of \$14,800, the respondent borrowed from her the entire amount and gave as security a promissory note at interest which was never paid. The respondent therefore benefitted in two ways: by splitting the dividend from Newmac in the way he did, he reduced the amount of income tax he would otherwise have paid and, furthermore, he enjoyed the use of the full amount of the dividend which his wife had received.

Troisièmement, l'avantage qu'a retiré l'intimé du fractionnement du revenu avec son épouse est évident. Cela lui a permis de réduire son revenu du montant du dividende transféré à son épouse. Mais l'intimé a reçu un avantage additionnel. Le jour même où sa femme a reçu le dividende de 14 800 \$, l'intimé lui a emprunté la totalité de la somme et lui a remis, en garantie, un billet à ordre sur lequel il n'a jamais payé d'intérêt. L'intimé a donc profité de deux façons: en fractionnant le revenu tiré de Newmac comme il l'a fait, il a réduit le montant de l'impôt qu'il aurait autrement dû payer sur son revenu et, en outre, il a bénéficié de la totalité du montant du dividende que son épouse avait reçu. 49

50 The final element that the appellant must satisfy is that the property transferred would have been included in computing the taxpayer's income if it had been received by the taxpayer instead of the other person. In our view, the appellant has also satisfied this element, since, by the conjoint oper-

Le dernier élément que doit prouver l'appelante est que les biens transférés auraient été inclus dans le calcul du revenu du contribuable si ce dernier, au lieu de l'autre personne, les avait reçus. À notre avis, l'appelante a également prouvé cet élément puisque, par l'application conjointe de l'alinéa 50

ation of paragraph 12(1)(j) and subsection 82(1) of the Act, the dividend which Ruby Neuman received would have been included in the respondent's income for the 1982 taxation year, if it had not been paid to her. In reaching this conclusion, we are not unmindful of the following passages taken from the reasons of Dickson C.J. in *McClurg*, *supra*, at pages 1052-1053:

The purpose of s. 56(2) is to ensure that payments which otherwise would have been received by the taxpayer are not diverted to a third party as an anti-avoidance technique. This purpose is not frustrated because, in the corporate law context, until a dividend is declared, the profits belong to a corporation as a juridical person: *Welling*, *supra*, at pp. 609-10. Had a dividend not been declared and paid to a third party, it would not otherwise have been received by the taxpayer. Rather, the amount simply would have been retained as earnings by the company. Consequently, as a general rule, a dividend payment cannot reasonably be considered a benefit diverted from a taxpayer to a third party within the contemplation of s. 56(2)

However, in discussing the use of the discretionary dividend clause, I have already concluded that its validity rests, in part, on the fact that allocations made pursuant to the clause are substantively no different from allocations made pursuant to a mathematical formula in the articles of incorporation of a company. Given that determination, it would be formalistic in the extreme to reach the conclusion that but for the payment to a third party shareholder, a director-shareholder would be the recipient of a portion of the payment. Instead, my view is that an allocation pursuant to a discretionary dividend clause is no different from the payment of a dividend generally. In both cases, but for the declaration (and allocation), the dividend would remain part of the retained earnings of the company. That cannot legitimately be considered as within the parameters of the legislative intent of s. 56(2). If this Court were to find otherwise, corporate directors potentially could be found liable for the tax consequences of any declaration of dividends made to a third party. I agree with both Urie J. and Strayer J. in the courts below that this would be an unrealistic interpretation of the subsection consistent with neither its object nor its spirit. It would violate fundamental principles of corporate law and the realities of commercial practice and would "over-shoot" the legislative purpose of the section.

12(1)(j) et du paragraphe 82(1) de la Loi, le dividende que Ruby Neuman a reçu aurait été inclus dans le revenu de l'intimé pour l'année d'imposition 1982, si le versement ne lui en avait pas été fait. Pour en arriver à cette conclusion, nous avons tenu compte des passages suivants tirés des motifs du juge en chef Dickson dans l'arrêt *McClurg*, précité, aux pages 1052 et 1053:

Ce dernier [le paragraphe 56(2)] a pour objet d'assurer que les paiements qui auraient autrement été reçus par le contribuable ne soient pas détournés au profit d'un tiers comme technique d'évitement fiscal. Cet objet n'est pas contrecarré parce que, dans le contexte du droit des sociétés, les profits appartiennent à la société en sa qualité de personne juridique tant qu'un dividende n'est pas déclaré: *Welling*, précité, aux pp. 609 et 610. Si aucun dividende n'avait été déclaré ni versé à un tiers, il n'aurait pas non plus été touché par le contribuable. Ce montant aurait plutôt simplement fait partie des bénéfices non distribués de la société. Par conséquent, en règle générale, le versement d'un dividende ne peut raisonnablement être considéré comme un avantage détourné par un contribuable en faveur d'un tiers au sens du par. 56(2)

Toutefois, lors de mon analyse de l'utilisation de la clause de dividende discrétionnaire, j'ai déjà conclu que la validité de cette clause découle en partie du fait qu'il n'y a pas de différence fondamentale entre les répartitions effectuées conformément à celle-ci et les répartitions effectuées conformément à une formule mathématique prévue dans l'acte constitutif d'une société. Compte tenu de cette décision, ce serait faire preuve d'un formalisme excessif que de conclure que, sans le versement effectué à un tiers actionnaire, un administrateur actionnaire toucherait une fraction du versement. J'estime plutôt qu'une répartition effectuée conformément à une clause de dividende discrétionnaire ne se distingue pas du versement d'un dividende en général. Dans les deux cas, le dividende continuerait à faire partie des bénéfices non distribués de la société, si ce n'était de la déclaration du dividende (et de sa répartition). On ne peut légitimement considérer que telle était l'intention du législateur au par. 56(2). Si notre Cour devait conclure le contraire, les administrateurs des sociétés pourraient vraisemblablement être tenus responsables des incidences fiscales de toute déclaration de dividendes faite à un tiers. À l'instar des juges Urie et Strayer des tribunaux d'instance inférieure, je conviens qu'il s'agirait alors d'une interprétation irréaliste ne respectant ni l'objet, ni l'esprit de ce paragraphe. Cela violerait les principes fondamentaux du droit des sociétés ainsi que les réalités des pratiques commerciales, et cela irait au-delà de l'intention du législateur.

51 However, unlike *McClurg*, the application of subsection 56(2) in the circumstances of this case

Toutefois, contrairement à *McClurg*, l'application 51 du paragraphe 56(2) dans les circonstances de l'es-

would not be contrary to the commercial reality of the declaration of the dividend to Ruby Neuman, since there was none. In *McClurg*, the Trial Judge [*McClurg (J.A.) v. The Queen*, [1986] 1 C.T.C. 355] found that Wilma McClurg had made a real contribution to the establishment of the company and the business; and, in his majority reasons, the Chief Justice said that she played a vital role in the formation of the company and made a very real contribution to the company both financially and operationally. As we read his reasons, it was this contribution by Wilma McClurg which led the Chief Justice to say at page 1054:

... in my view there is no question that the [dividend] payments to Wilma McClurg represented a legitimate *quid pro quo* and were not simply an attempt to avoid the payment of taxes.

52 And later:

Furthermore, the efforts expended by Wilma McClurg in the operation of Northland Trucks, while not dispositive of the issue raised in this appeal, do provide further evidence that the dividend payment was the product of a *bona fide* business relationship.

53 By contrast, in this case, the learned Trial Judge found that Melru was incorporated for tax planning and income splitting purposes and had no other independent business purpose,²⁰ that the amount of dividends declared were arbitrary and that Ruby Neuman had made no contribution to Melru and did not assume any risks for the company. In light of these facts and of the other evidence to which we have referred earlier, we are of the view that the payment of the dividend of \$14,800 to Ruby Neuman cannot be said to be the product of a *bona fide* business relationship.

54 Counsel for the respondent, relying on the *obiter dictum* of Marceau J.A., in *Winter*, also contended, that the successful invocation of subsection 56(2) required the appellant to satisfy a fifth element, namely, proof that the respondent's spouse was not subject to tax on the dividend she received. Since

pièce ne serait pas contraire à la réalité commerciale de la déclaration du dividende à Ruby Neuman, étant donné que cette réalité est inexistante. Dans l'affaire *McClurg*, le juge de première instance [*McClurg (J.A.) c. La Reine*, [1986] 1 C.T.C. 355] avait conclu que Wilma McClurg avait fourni un apport très réel à la mise sur pied de la société et de l'entreprise; et, dans ses motifs exprimés au nom de la majorité, le juge en chef a indiqué qu'elle avait joué un rôle capital dans la constitution de la société et qu'elle avait fourni des apports très réels quant au financement et à l'exploitation de l'entreprise. Si nous reprenons ses motifs, ce sont ces apports de Wilma McClurg qui ont amené le juge en chef à dire ceci à la page 1054:

... il ne fait aucun doute, à mon avis, que les versements [de dividendes] effectués à Wilma McClurg représentaient une contrepartie légitime et non simplement une tentative d'éviter le paiement de l'impôt.

Et plus loin, il ajoute:

De plus, les efforts déployés par Wilma McClurg dans l'exploitation de Northland Trucks, même s'ils ne sont pas décisifs quant à la question soulevée dans le présent pourvoi, constituent néanmoins une preuve supplémentaire que le versement de dividendes était le résultat d'une relation d'affaires normale.

53 Par contraste, en l'espèce, le juge de première instance a conclu que Melru a été constituée en personne morale à des fins de planification fiscale et de fractionnement du revenu et n'avait aucun autre objectif commercial indépendant²⁰, que le montant des dividendes déclarés était arbitraire et que Ruby Neuman n'a fourni aucun apport à Melru ni assumé de risques pour le compte de la société. Compte tenu de ces faits et d'autres éléments de preuve auxquels nous avons fait référence ci-dessus, nous sommes d'avis que le versement du dividende de 14 800 \$ à Ruby Neuman ne peut être considéré comme le résultat d'une relation d'affaires normale.

54 L'avocat de l'intimé, s'appuyant sur l'opinion incidente du juge Marceau, J.C.A., dans l'arrêt *Winter*, prétend également que pour être en mesure d'invoquer le paragraphe 56(2), l'appelante doit établir un cinquième élément, savoir que l'épouse de l'intimé n'était pas assujettie à l'impôt sur le divi-

that *obiter dictum* received subsequent approval in *Smith*, we consider it desirable to deal with it.

55 In *Winter*, the majority shareholder in an investment company caused the company to sell some of its shares to his son-in-law, himself a shareholder in the company. The Minister of National Revenue reassessed the majority shareholder, pursuant to subsection 56(2), by adding to his income an amount equal to the difference between what the son-in-law had paid for the shares and the amount by which the Minister had valued them, some \$648,368. This amount, the Minister contended, was a benefit which the majority shareholder had conferred upon his son-in-law.

56 At pages 592-593, Marceau J.A., writing for a unanimous Court, addressed the arguments advanced by counsel for the taxpayer (majority shareholder) as follows:

2. Besides, counsel continued, Dick Winter, as a shareholder, was already subject to tax for the benefit conferred on him by the transaction pursuant to subsection 15(1). Even if it could be said that, broadly interpreted, the conditions of application of the provision as it reads were present, an assessment pursuant to it could not, in those conditions, be valid. Here is how he put the submission in his factum:

8. In the alternative, it is submitted that under the scheme of the *Income Tax Act* shareholder A should not be taxed pursuant to subsection 56(2) in respect of a benefit conferred on shareholder B when shareholder B can be taxed pursuant to subsection 15(1) in respect of that same benefit. There is a natural order to the provisions of the *Income Tax Act*, with technical rules such as subsection 15(1) at the base, specific anti-avoidance rules like subsection 56(2) one level higher, and the general anti-avoidance rule in section 245 at the apex. As a matter of assessment practice, a specific anti-avoidance rule should be resorted to only when a particular transaction is not caught by any technical rule, just as the general anti-avoidance rule should not be invoked except in the absence of a specific anti-avoidance rule.

9. In the specific context of shareholder benefits, the scheme of the *Income Tax Act* is made even clearer by

dende qu'elle a reçu. Comme cette opinion incidente a par la suite été approuvée dans l'arrêt *Smith*, nous estimons qu'il est souhaitable d'en traiter.

Dans l'arrêt *Winter*, l'actionnaire majoritaire dans une société de portefeuille a demandé à la société de vendre certaines de ses actions à son gendre, lui-même actionnaire de la société. Le ministre du Revenu national a établi une nouvelle cotisation pour l'actionnaire majoritaire, aux termes du paragraphe 56(2), en ajoutant à son revenu une somme égale à la différence entre le prix que son gendre avait payé pour les actions et le montant auquel le ministre les avait évaluées, c'est-à-dire une somme de quelque 648 368 \$. Le ministre prétendait que cette somme était un avantage que l'actionnaire majoritaire avait accordé à son gendre.

Aux pages 592 à 593, le juge Marceau, J.C.A., exprimant les motifs unanimes de la Cour, traite des arguments soulevés par l'avocat du contribuable (l'actionnaire majoritaire) dans les termes suivants:

2. D'autre part, poursuit l'avocat des appelants, Dick Winter, en sa qualité d'actionnaire, était assujéti à l'impôt à l'égard de l'avantage qu'il avait tiré de l'opération, conformément au paragraphe 15(1). Même en admettant que les conditions d'application de la disposition, interprétée largement, étaient présentes, une cotisation établie sous son régime, dans ces conditions, ne saurait être valide. Voici comment la partie demanderesse a exposé cet argument dans son mémoire:

[TRADUCTION] 8. À titre subsidiaire, les appelants plaident qu'en vertu du régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'actionnaire A ne devrait pas être imposé conformément au paragraphe 56(2), à l'égard d'un avantage accordé à l'actionnaire B, lorsque celui-ci peut être imposé conformément au paragraphe 15(1) à l'égard du même avantage. Les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* suivent un ordre naturel selon lequel les règles techniques, comme celles prévues au paragraphe 15(1), se situeraient à la base, les règles particulières anti-évitement, comme celles du paragraphe 56(2) se situeraient à un niveau supérieur et la règle générale anti-évitement prévue à l'article 245 se situerait au sommet. Lorsqu'il s'agit d'établir une cotisation en pratique, il faut recourir à une règle particulière anti-évitement seulement lorsqu'une opération donnée n'est pas visée par une règle technique. Pareillement, la règle générale anti-évitement ne devrait être invoquée qu'en l'absence d'une règle particulière anti-évitement.

9. Dans le contexte particulier des avantages accordés à un actionnaire, le paragraphe 52(1) nous éclaire encore

55

56

the presence of subsection 52(1). This provision provides that a taxpayer who has had an amount in respect of the value of property he acquires added to his income shall add this same amount to his cost base for the property. Where a taxpayer is taxed under subsection 15(1) on property acquired from a corporation in which he is a shareholder, subsection 52(1) thus operates automatically so as to make the consequential modification to adjusted cost base for purposes of computing the future capital gain or capital loss. Where subsection 56(2) is invoked, by contrast, subsection 52(1) cannot operate since the taxpayer suffering taxation has not himself acquired any property. If any party to the subject transaction was to attract taxation, it should have been Mr. Winter pursuant to subsection 15(1) and not the Deceased pursuant to subsection 56(2).

I would be prepared to go along with that line of thinking. As was so often pointed out, again by both the Trial Judge and the Court of Appeal in the *McChurg* decision, the language of subsection 56(2) cannot be taken in its broadest possible meaning without leading to results obviously untenable, particularly in the context of corporate management. Some qualification suggested by the aim and purpose for which the rule was adopted must be read into it so as to avoid those unreasonable results.

57 He then continued at pages 593-594:

It is generally accepted that the provision of subsection 56(2) is rooted in the doctrine of "constructive receipt" and was meant to cover principally cases where a taxpayer seeks to avoid receipt of what in his hands would be income by arranging to have the amount paid to some other person either for his own benefit (for example the extinction of a liability) or for the benefit of that other person (see the reasons of Thurlow J. in *Miller, supra*, and of Cattanach J. in *Murphy, supra*). There is no doubt, however, that the wording of the provision does not allow to its being confined to such clear cases of tax-avoidance. The *Bronfman* judgment, which upheld the assessment, under the predecessor of subsection 56(2), of a shareholder of a closely held private company, for corporate gifts made over a number of years to family members, is usually cited as authority for the proposition that it is not a pre-condition to the application of the rule that the individual being taxed have some right or interest in the payment made or the property transferred. The precedent does not appear to me quite compelling, since gifts by a corporation come out of profits to which the shareholders have a prospective right. But the fact is that the language of the provision does not require, for its application, that the taxpayer be initially entitled to the payment or transfer of property made to the third party, only that he would have been subject to tax had the payment or transfer been made to him. It seems to me, however, that when the

davantage sur le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cette disposition prévoit qu'un contribuable dont le revenu est majoré relativement à la valeur du bien qu'il acquiert doit ajouter le montant de la majoration au prix de base du bien. Lorsqu'un contribuable est imposé en vertu du paragraphe 15(1) sur des biens acquis d'une société dont il est actionnaire, le paragraphe 52(1) entre en jeu automatiquement pour modifier en conséquence le prix de base rajusté aux fins de calculer le gain en capital, ou la perte de capital, éventuel. Lorsque le paragraphe 56(2) est invoqué, au contraire, le paragraphe 52(1) est sans effet puisque le contribuable assujetti à l'impôt n'a acquis aucun bien lui-même. Si une partie à l'opération en cause devait être assujettie à l'impôt, il aurait dû s'agir de M. Winter, conformément au paragraphe 15(1), et non pas du défunt, en vertu du paragraphe 56(2).

Je serais disposé à souscrire à ce raisonnement. Comme il a été si souvent signalé, notamment par le juge de première instance et la Cour d'appel dans l'arrêt *McChurg*, le libellé du paragraphe 56(2) ne peut être interprété dans son sens le plus large sans aboutir à des résultats évidemment intenable, particulièrement dans le contexte de la gestion des sociétés. Il faut donc en nuancer le sens à la lumière de l'objet de la règle et du but dans lequel elle a été adoptée pour éviter ces résultats déraisonnables.

Il continue ainsi aux pages 593 et 594:

57

Il est couramment admis que la disposition prévue au paragraphe 56(2) est fondée sur la doctrine de la «recette présumée» et qu'elle vise principalement les cas où le contribuable cherche à éviter de recevoir ce qui serait, entre ses mains, un revenu en s'arrangeant pour que le montant soit versé à quelqu'un d'autre, et ce pour son propre bénéfice (par exemple, pour éteindre une dette) ou pour le bénéfice de cette autre personne (voir les motifs du juge Thurlow dans l'arrêt *Miller*, précité, et ceux du juge Cattanach dans l'arrêt *Murphy*, précité). Il ne fait aucun doute cependant que le libellé de la disposition ne permet pas d'en limiter l'application à de tels cas patents d'évitement fiscal. L'arrêt *Bronfman*, qui a confirmé la cotisation, établie en vertu de la disposition de l'ancienne loi qu'a reprise le paragraphe 56(2), d'un actionnaire d'une société privée, à l'égard de dons que la société avait faits régulièrement pendant plusieurs années à des membres de sa famille, est généralement cité comme autorité pour dire que la disposition s'applique, que la personne imposée ait un droit ou non sur le versement effectué ou sur le bien transféré. Cette jurisprudence ne me semble pas tellement convaincante dans la mesure où les dons faits par une société proviennent des bénéficiaires sur lesquels les actionnaires ont un droit éventuel. Le fait néanmoins demeure que le libellé même de la disposition n'exige pas, comme condition d'application, que le contribuable ait initialement eu droit au montant versé ou au bien transféré

doctrine of “constructive receipt” is not clearly involved, because the taxpayer had no entitlement to the payment being made or the property being transferred, it is fair to infer that subsection 56(2) may receive application only if the benefit conferred is not directly taxable in the hands of the transferee. Indeed, as I see it, a tax-avoidance provision is subsidiary in nature; it exists to prevent the avoidance of a tax payable on a particular transaction, not simply to double the tax normally due nor to give the taxing authorities an administrative discretion to choose between two possible taxpayers. [Footnotes omitted.]

au tiers; mais uniquement que le contribuable ait été lui-même imposable à cet égard si le versement ou le transfert avait été fait à lui. Il me semble cependant que, lorsque la doctrine de la «recette présumée» n’est pas clairement en cause, parce que le contribuable n’avait aucun droit au versement effectué ou au bien transféré, il n’est que juste d’inférer que le paragraphe 56(2) ne peut recevoir application que si l’avantage accordé n’est pas directement imposable entre les mains du cessionnaire. En effet, selon moi, une disposition en matière d’évitement fiscal revêt un caractère essentiellement subsidiaire; sa raison d’être est d’empêcher l’évitement de l’impôt payable sur une opération donnée, et non de doubler l’impôt normalement payable ni d’accorder aux autorités fiscales une discrétion administrative qui leur permettrait de choisir entre deux contribuables possibles. [Renvois omis.]

58 In the end, he rejected the appellant’s alternative argument on the basis that the son-in-law was not liable to tax and dismissed the appeal.

Au bout du compte, il a rejeté l’argument subsidiaire de l’appelant au motif que le gendre n’était pas imposable et il a rejeté l’appel. 58

59 The appeal in *Smith* was from a judgment of the Trial Division [*Smith (D.N.) v. The Queen*, [1986] 1 C.T.C. 418] and was concerned with funds or property assumed by the Minister to have been diverted from one company to another for the benefit of the appellant or the second company. The trial judgment, decided before *Winter*, dealt with the issue as if the Minister was required to satisfy only the four elements laid down in *Fraser*. The Court concluded that the Minister had satisfied each of them.

Dans l’arrêt *Smith*, l’appel était formé à l’encontre d’un jugement de la Section de première instance [*Smith (D.N.) c. La Reine*, [1986] 1 C.T.C. 418] et portait sur des fonds ou des biens qui, d’après l’hypothèse du ministre, avaient été transférés d’une société à une autre à l’avantage de l’appelante ou de la deuxième société. Le jugement de première instance, prononcé avant l’arrêt *Winter*, traitait de la question de savoir si le ministre ne devait prouver que les quatre éléments énoncés dans la décision *Fraser*. La Cour a conclu que le ministre avait établi chacun de ces éléments. 59

60 On appeal, Mahoney J.A., speaking for a unanimous Court, differently constituted, concluded [at page 262] that *Winter* had “added another precondition to the application of subsection 56(2)”, which seemed to him to be relevant in the circumstances of the appeal before him. He allowed the appeal on the basis that the appellant taxpayer in that case had no entitlement to any of the payments made to or for the benefit of a company in which the appellant had an interest and which were clearly taxable in the hands of the second company.

En appel, le juge Mahoney, J.C.A., exprimant les motifs unanimes de la Cour, différemment constituée, a conclu [à la page 262] que *Winter* avait «ajouté une autre condition préalable à l’application du paragraphe 56(2)», qui lui semblait pertinente dans les circonstances de l’appel dont il était saisi. Il a accueilli l’appel au motif que le contribuable appellant dans cette affaire n’avait droit à aucun des paiements faits à ou au profit d’une société dans laquelle il avait des intérêts et qui étaient manifestement imposables entre les mains de la deuxième société. 60

61 We do not read either *Winter* or *Smith* as laying down a fifth element or pre-condition applicable in every case in which subsection 56(2) is invoked. Indeed, Marceau J.A. in his *obiter dictum*, acknow-

Nous ne croyons pas que les arrêts *Winter* ou *Smith* établissent un cinquième élément ou condition préalable applicable dans chaque cas où le paragraphe 56(2) est invoqué. En fait, le juge Marceau, 61

ledged an exception when the doctrine of constructive receipt is clearly involved. Moreover, in that case, the Court had before it for consideration, its recent judgment in *Canada v. McClurg* [[1988] 2 F.C. 356] in which Urie J.A. for the majority acknowledged at page 362, the four ingredients laid down in *Fraser* and first developed by Cattanach J. in *Murphy (GA) v. The Queen*, [1980] C.T.C. 386 (F.C.T.D.). Marceau J.A. did not consider the decision of this Court in *McClurg* to be binding on him, saying at pages 591-592 that he did “not see [*McClurg*] as having authority beyond the particular type of situation with which it was dealing”. Furthermore, even though *McClurg* was decided in the Supreme Court subsequent to the decision of this Court in *Winter*, the reasons in *McClurg* contain no reference to a fifth element or pre-condition. Indeed, La Forest J. in his dissenting reasons referred expressly to the four elements or pre-conditions laid down in *Fraser*. Finally, we see nothing in subsection 56(2), read in the context of the Act as a whole, which mandates the imposition of a fifth element or pre-condition in a case such as this which is concerned with the declaration of dividends designed solely to reduce the tax payable by the respondent.

b) whether the dictum of Dickson C.J. in *McClurg* was binding upon the courts below

62 In this case, there can be no dispute that the respondent and Ruby Neuman were not dealing with each other at arm’s length. They were related persons (husband and wife) and by section 251 of the Act are presumed not to be dealing with each other at arm’s length. Furthermore, since they were the only shareholders of Melru, neither was dealing with that corporation at arm’s length. Confronted by these undisputed facts, the Courts below were bound to consider the final paragraph of the reasons of the Chief Justice of Canada in *McClurg*, at page 1054:

J.C.A., dans son opinion incidente, a reconnu qu’une exception s’applique lorsque la doctrine de la recette présumée est clairement en cause. En outre, dans cette affaire, la Cour pouvait tenir compte de son jugement récent dans l’affaire *Canada c. McClurg* [[1988] 2 C.F. 356] dans laquelle le juge Urie, J.C.A., pour la majorité, reconnaissait à la page 362, les quatre éléments énoncés dans la décision *Fraser* et formulés pour la première fois par le juge Cattanach dans la décision *Murphy (GA) c. La Reine*, [1980] C.T.C. 386 (C.F. 1^{re} inst.). Le juge Marceau, J.C.A., n’a pas jugé que la décision de la Cour dans l’arrêt *McClurg* le liait, en indiquant à la page 592 qu’il «estime [que l’arrêt *McClurg*] fait autorité uniquement à l’égard des circonstances particulières qui y étaient traitées». En outre, même si l’affaire *McClurg* a été décidée par la Cour suprême après la décision de la présente Cour dans l’arrêt *Winter*, les motifs énoncés dans *McClurg* ne font aucunement référence à un cinquième élément ou condition préalable. En fait, le juge La Forest, dans ses motifs dissidents, mentionne expressément les quatre éléments ou conditions préalables énoncés dans la décision *Fraser*. Finalement, nous ne voyons rien dans le libellé du paragraphe 56(2), lu dans le contexte de la Loi dans son ensemble, qui impose un cinquième élément ou condition préalable dans un cas comme celui en l’espèce où la déclaration de dividendes avait pour unique but de réduire l’impôt payable par l’intimé.

b) La remarque incidente du juge en chef Dickson dans l’arrêt *McClurg* lie-t-elle les tribunaux d’instance inférieure?

En l’espèce, il ne peut être contesté que l’intimé et Ruby Neuman traitaient avec un lien de dépendance. Ce sont des personnes liées (mari et femme) et, d’après l’article 251 de la Loi, ils sont réputés avoir entre eux un lien de dépendance. En outre, étant donné qu’ils étaient les seuls actionnaires de Melru, ils avaient également un lien de dépendance avec cette société. Confrontés à ces faits non contestés, les tribunaux d’instance inférieure étaient tenus d’examiner le dernier paragraphe des motifs du juge en chef du Canada dans l’arrêt *McClurg*, à la page 1054:

62

In my opinion, if a distinction is to be drawn in the application of s. 56(2) between arm's length and non-arm's length transactions, it should be made between the exercise of a discretionary power to distribute dividends when the non-arm's length shareholder has made no contribution to the company (in which case s. 56(2) may be applicable), and those cases in which a legitimate contribution has been made. In the case of the latter, of which this appeal is an example, I do not think it can be said that there was no legitimate purpose to the dividend distribution.

63 As we have already said, the learned Tax Court Judge considered this paragraph to be less than judicial *dicta*.²¹ As he put it, it was an opinion expressed by the Supreme Court of Canada which "cannot simply be ignored". He, nonetheless, refused to decide whether subsection 56(2) was intended to apply to a non-arm's length transaction. Furthermore, on assumption that it was, he concluded that the facts of this case did not fall squarely within that subsection.

64 For his part, the learned Trial Judge faced with the difficulty of reconciling the opinion expressed in that passage with opinions expressed by the Chief Justice of Canada earlier in his reasons in *McChurg*, relied on *dicta* of Urie J.A. in *Canada v. McChurg*, [1988] 2 F.C. 356, at page 362 and of Estey J. in *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at page 172 to reach the following conclusion:²²

Based on the decisions of the Federal Court of Appeal in *McChurg* and the Supreme Court in *Stubart*, I must conclude that the threshold question, whether a distinction is to be drawn between an arm's length and a non-arm's length transaction in the application of s. 56(2), must be answered in the negative.

65 In our respectful view, the issue of the applicability of subsection 56(2) to non-arm's length transactions was a live one in *McChurg*, both before this Court and in the Supreme Court of Canada. That is why Urie J.A. dealt with the issue when *McChurg* was before this Court and the Chief Justice dealt with it in the final paragraph of his reasons. It is true that in *McChurg* the Supreme Court found that

À mon avis, si une distinction s'impose dans l'application du par. 56(2) entre les opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance, il faut la faire entre l'exercice du pouvoir discrétionnaire de répartir des dividendes lorsque l'actionnaire ayant un lien de dépendance n'a fourni aucun apport à la société (auquel cas le par. 56(2) peut s'appliquer) et les cas où un apport légitime a été fourni. Dans ce dernier cas, dont le présent pourvoi constitue un exemple, je ne crois pas que l'on puisse affirmer que le partage des dividendes ne visait pas un objectif légitime.

63 Comme nous l'avons déjà dit, le juge de la Cour de l'impôt a considéré que ce paragraphe n'était même pas une remarque judiciaire²¹. Comme il le dit lui-même, il s'agit d'opinions exprimées par la Cour suprême du Canada qui «ne peuvent pas simplement être ignorées». Néanmoins, il a refusé de décider si le législateur entendait appliquer le paragraphe 56(2) aux opérations avec lien de dépendance. De plus, en supposant que ce soit le cas, il a conclu que les faits de l'espèce n'étaient pas expressément visés par ce paragraphe.

64 Pour sa part, le juge de première instance, aux prises avec la difficulté de concilier l'opinion exprimée dans ce passage avec les opinions exprimées par le juge en chef du Canada dans les motifs de l'arrêt *McChurg*, s'est appuyé sur les opinions du juge Urie, J.C.A., dans *Canada c. McChurg*, [1988] 2 C.F. 356, à la page 362, et sur celles du juge Estey dans *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, pour parvenir à la conclusion suivante, à la page 172²²:

Compte tenu des décisions de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *McChurg* et de la Cour suprême dans l'arrêt *Stubart*, je dois conclure que la question préliminaire de savoir si une distinction s'impose entre les opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance dans l'application du paragraphe 56(2) doit être répondue par la négative.

65 En toute déférence, la question de l'applicabilité du paragraphe 56(2) aux opérations avec lien de dépendance était tout à fait pertinente dans l'arrêt *McChurg*, devant la présente Cour comme devant la Cour suprême du Canada. C'est pourquoi le juge Urie, J.C.A., a traité de cette question quand la Cour a été saisie de *McChurg* et que le juge en chef en a aussi traité dans le dernier paragraphe de ses motifs.

Wilma McClurg had made a contribution to Northland Trucks. For that reason, the *dictum* of the Chief Justice could not be considered part of the *ratio decidendi* of that case. Although not necessary for the disposition of that appeal, the opinion expressed by the Chief Justice represented the considered opinion of a majority of the Court and was therefore binding on the Courts below and on this Court. See *Sellars v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 527.

Il est vrai que, dans l'arrêt *McClurg*, la Cour suprême a conclu que Wilma McClurg avait fourni un apport réel dans Northland Trucks. Pour cette raison, l'opinion du juge en chef ne pouvait être considérée comme faisant partie de la *ratio decidendi* de cette affaire. Même si elle n'était pas nécessaire au règlement de cet appel, l'opinion exprimée par le juge en chef représentait l'opinion réfléchie de la majorité de la Cour et elle liait par conséquent les tribunaux d'instance inférieure et la présente Cour. Voir *Sellars c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 527.

66 In this case, the declaration of the dividend to Ruby Neuman was made in the exercise of a discretionary power to distribute dividends to a non-arm's length shareholder who, as the learned Trial Judge found, made no contribution to the company and assumed none of the risks for it. In these circumstances, and paying heed to the majority opinion in *McClurg*, it is our opinion that subsection 56(2) of the Act is applicable to the transaction.

En l'espèce, la déclaration du dividende à Ruby Neuman a été faite en vertu du pouvoir discrétionnaire permettant de distribuer des dividendes à un actionnaire lié qui, selon la conclusion du juge de première instance, n'a fait aucun apport à la société et n'a assumé aucun risque pour le compte de cette société. Dans ces circonstances, et en tenant compte de l'opinion majoritaire dans *McClurg*, nous sommes d'avis que le paragraphe 56(2) de la Loi s'applique à l'opération. 66

c) whether subsection 56(2) of the Act permitted the Minister to include in the income of the respondent for the taxation year 1982, the dividend of \$14,800 which Ruby Neuman received from Melru

c) Le paragraphe 56(2) de la Loi autorise-t-il le ministre à inclure dans le revenu de l'intimé pour l'année d'imposition 1982 le dividende de 14 800 \$ que Ruby Neuman a reçu de Melru?

67 It follows from what we have already said that subsection 56(2) has application to the facts of this case and that the Minister was right in including the dividend which Ruby Neuman received from Melru in the income of the respondent for the 1982 taxation year.

Il s'ensuit de ce que nous avons déjà dit que le paragraphe 56(2) s'applique aux faits de l'espèce et que le ministre avait raison d'inclure le dividende que Ruby Neuman a reçu de Melru dans le revenu de l'intimé pour l'année d'imposition 1982. 67

Conclusion

Conclusion

68 For all the foregoing reasons, we would allow the appeal, set aside the decisions of the Trial Division and of the Tax Court and affirm the Minister's assessment.

Pour les motifs précités, nous sommes d'avis d'accueillir l'appel, d'infirmer les décisions de la Section de première instance et de la Cour de l'impôt et de confirmer la cotisation du ministre. 68

Costs

Dépens

69 Paragraph 65 of the memorandum of fact and law filed on behalf of the respondent reads:

Le paragraphe 65 de l'exposé des faits et du droit déposé au nom de l'intimé est rédigé dans les termes suivants: 69

65. The Respondent submits, regardless of the determination of this Honorable Court on this appeal, costs are to be awarded to the Respondent under former subsection 178(2) as the amount of tax in controversy does not exceed \$10,000.00.

70 Subsection 178(2) [as am. by S.C. 1976-77, c. 4, s. 64; 1980-81-82-83, c. 158, s. 58; 1984, c. 45, s. 75] reads:

178. . . .

(2) Where, on an appeal by the Minister, other than by way of cross-appeal, from a decision of the Tax Court of Canada, the amount of

(a) tax, refund or amount payable under subsection 196(2) (in the case of an assessment of the tax or determination of the refund or the amount payable, as the case may be) that is in controversy does not exceed \$10,000, or

(b) loss (in the case of a determination of the loss) that is in controversy does not exceed \$20,000,

the Federal Court, in delivering judgment disposing of the appeal, shall order the Minister to pay all reasonable and proper costs of the taxpayer in connection therewith.

71 As no oral submissions were addressed to us on this issue, it is our opinion that the award of costs in this appeal should not be made until the appellant files and serves a motion respecting the award of costs of the appeal pursuant to Rule 324 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663]. Counsel for the respondent shall file and serve his submissions within 20 days from the date of service of the appellant's submissions and counsel for the appellant shall file and serve his submissions in reply, if any, within ten days of the receipt of the submissions filed on behalf of the respondent.

¹ Articles of Incorporation of Melru Ventures Inc., A.B., Vol. II, at p. 142.

² A.B., Vol. II, at pp. 142-147.

³ A.B., Vol. II, at pp. 167-168.

⁴ A.B., Vol. II, at pp. 169-170.

⁵ A.B., Vol. II, at p. 182.

⁶ A.B., Vol. II, at p. 186.

⁷ A.B., Vol. II, at pp. 188-189.

⁸ A.B., Vol. II, at p. 191.

[TRADUCTION] 65. L'intimé prétend, abstraction faite de la décision de cette honorable Cour dans le présent appel, que les dépens doivent lui être adjugés en vertu du paragraphe 178(2) étant donné que le montant de l'impôt contesté n'excède pas 10 000 \$.

Le paragraphe 178(2) [mod. par S.C. 1976-77, ch. 4, art. 64; 1980-81-82-83, ch. 158; 1984, ch. 45, art. 75] est rédigé dans les termes suivants:

178. . . .

(2) Lorsque, sur un appel interjeté par le Ministre, autrement que par voie de contre-appel, d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt, le montant

a) d'impôt, de remboursement ou du montant payable en vertu du paragraphe 196(2) (dans les cas où la cotisation de l'impôt, la détermination du remboursement, ou du montant payable, selon le cas,) qui fait l'objet du litige ne dépasse pas \$10,000, ou

b) de la perte (dans le cas d'une détermination de la perte) qui fait l'objet du litige ne dépasse pas \$20,000,

la Cour fédérale, en statuant sur l'appel, doit ordonner que le Ministre paie tous les frais raisonnables et justifiés du contribuable afférents à l'appel.

71 Étant donné qu'aucun argument verbal ne nous a été présenté sur ce point, nous sommes d'avis que les frais du présent appel ne devraient pas être adjugés tant que l'appelante n'aura pas déposé et signifié une requête concernant l'adjudication des dépens de l'appel conformément à la Règle 324 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663]. L'avocat de l'intimé doit déposer et signifier ses arguments dans les 20 jours de la signification des observations de l'appelante et l'avocat de l'appelante doit déposer et signifier ses observations en réplique, si tant est qu'il souhaite en formuler, dans les dix jours suivant la réception des observations déposées au nom de l'intimé.

¹ Statuts constitutifs de Melru Ventures Inc., D.A., vol. II, à la p. 142.

² D.A., vol. II, aux p. 142 à 147.

³ D.A., vol. II, aux p. 167 et 168.

⁴ D.A., vol. II, aux p. 169 et 170.

⁵ D.A., vol. II, à la p. 182.

⁶ D.A., vol. II, à la p. 186.

⁷ D.A., vol. II, aux p. 188 et 189.

⁸ D.A., vol. II, à la p. 191.

⁹ A.B., Vol. I, at pp. 124-125.

¹⁰ A.B., Vol. I, at p. 109.

¹¹ A.B., Vol. I, at pp. 126-128.

¹² A.B., Vol. II, at p. 228.

¹³ *M.N.R. v. Neuman*, [1994] 2 F.C. 154, at pp. 160-161 (T.D.).

¹⁴ *Neuman (M.) v. M.N.R.*, [1992] 2 C.T.C. 2074 (T.C.C.), at pp. 2084-2085.

¹⁵ *Supra*, note 13, at p. 175.

¹⁶ *Ibid.*, at p. 162.

¹⁷ See, V. Krishna & J. A. VanDuzer, "Corporate Share Capital Structures and Income Splitting: *McChurg v. Canada*" in (1993), 21 *Can. Bus. L. J.* 335, where the authors wrote, at pp. 362-363:

The *obiter dicta* in *McChurg* will cause tax lawyers to qualify their opinions carefully on the effectiveness of particular share capital structures designed for the purposes of income tax planning. In non-arm's-length transactions, dividend sprinkling may be acceptable only if the recipient of the dividend has made a "legitimate contribution" to the corporation. What constitutes a "legitimate contribution" or *quid pro quo* is a question of fact in each case that involves an evaluation of financial contributions, whether by way of equity or back-up guarantees, and active involvement in the business operations

The use of discretionary dividend clauses is a valid means whereby directors of a company can distribute dividends. The only *caveat* is that the judgment suggests that a court may be entitled to look at the "economic and commercial reality of the taxpayer's actions" even in an arm's-length transaction. It is unclear whether this represents a partial retreat from the Supreme Court's earlier rejection of the business purpose test.

To summarize, although discretionary dividend payments are not generally caught by the indirect payments rule in s. 56(2) of the ITA, they may be caught in two circumstances: if the "economic and commercial reality" of the arrangements dictate that the corporation's capital structure is nothing more than a scheme for tax avoidance; and if the parties are not, either as a question of law or fact, at arm's length with each other.

¹⁸ As the only holder of common voting and Class "F" shares, the respondent relinquished his rights to receive dividends as set out in Article 8(e) of the Articles of Incorporation of Melru. He thereby acted beyond the call of a simple adviser and actively participated in the director's decision-making. Moreover, the respondent permitted the sole director, his spouse, to bypass the

⁹ D.A., vol. I, aux p. 124 et 125.

¹⁰ D.A., vol. I, à la p. 109.

¹¹ D.A., vol. I, aux p. 126 à 128.

¹² D.A., vol. II, à la p. 228.

¹³ *M.R.N. c. Neuman*, [1994] 2 C.F. 154, aux p. 160 et 161 (1^{re} inst.).

¹⁴ *Neuman (M.) c. M.R.N.*, [1992] 2 C.T.C. 2074 (C.C.I.), aux p. 2084 et 2085.

¹⁵ Précité, note 13, à la p. 175.

¹⁶ *Ibid.*, à la p. 162.

¹⁷ Voir, V. Krishna & J. A. VanDuzer, «Corporate Share Capital Structures and Income Splitting: *McChurg v. Canada*» dans (1993), 21 *Rev. can. D. comm.* 335, dans lequel les auteurs écrivent ceci, aux p. 362 et 363:

[TRADUCTION] Les remarques incidentes dans l'arrêt *McChurg* obligeront les fiscalistes à formuler avec soin leurs opinions concernant l'efficacité de certaines organisations du capital-actions conçues aux fins de la planification fiscale du revenu. Dans les opérations avec lien de dépendance, le versement discrétionnaire de dividendes peut être acceptable uniquement si le bénéficiaire a fourni un «apport légitime» à la société. Ce qui doit être considéré comme un «apport légitime» ou une contrepartie légitime est une question de fait particulière à chaque cause et exige une évaluation des contributions financières, que ce soit sous forme de capitaux propres ou de garanties, ou sous forme de participation active aux affaires de la société

Les clauses de dividende discrétionnaire sont un moyen valide que peuvent utiliser les administrateurs d'une société pour distribuer des dividendes. La seule restriction vient de ce que le jugement laisse entendre qu'un tribunal peut avoir le droit d'examiner «les réalités commerciales et économiques des opérations du contribuable» même dans une opération sans lien de dépendance. On ne peut dire avec certitude si, par ces propos, la Cour suprême revient en partie sur son rejet antérieur total du critère de l'objet commercial.

Pour résumer, bien que le versement discrétionnaire de dividendes ne soit pas généralement visé par la règle des paiements indirects énoncée au paragraphe 56(2) de la LIR, ce paragraphe peut s'appliquer au versement discrétionnaire dans deux situations: si les «réalités commerciales et économiques» de l'arrangement font en sorte que la structure du capital-actions de la société n'est rien de plus qu'un stratagème d'évitement fiscal, et si les parties traitent, que ce soit en droit ou en fait, avec un lien de dépendance.

¹⁸ À titre de seul détenteur des actions ordinaires avec droit de vote et des actions de catégorie «F», l'intimé a renoncé à ses droits de recevoir des dividendes, énoncés à l'alinéa 8e) des statuts constitutifs de Melru. Il a donc joué plus qu'un rôle de simple conseiller et a participé activement au processus décisionnel de l'administratrice. En outre, l'intimé a autorisé la seule administratrice, son

dividend declaration procedure in the Articles of Incorporation in violation of s. 117(2) of *The Corporations Act* of Manitoba, S.M. 1976, c. 40 which at the relevant time read:

117(2) Every director and officer of a corporation shall comply with this Act and the regulations, the articles and by-laws, and any unanimous shareholder agreement.

¹⁹ *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592, at pp. 605-614; see also B. Welling, *Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, 2nd ed., (Toronto: Butterworths, 1991), at pp. 325-328.

²⁰ We understand this to mean that there was no *bona fide* purpose in the sense in which that phrase is employed in *McClurg*.

²¹ For an analysis of the Tax Court's refusal to apply the *McClurg obiter dictum* in this case see T. E. McDonnell, "Income Splitting: McClurg Obiter Dicta Not Applied" (1992), 40 *Can. Tax J.* 1143.

²² *Supra*, note 13.

épouse, à contourner la procédure de déclaration des dividendes prévue dans les statuts constitutifs en violation de l'art. 117(2) de *The Corporations Act* du Manitoba, S.M. 1976, ch. 40, qui, à l'époque pertinente, se lisait ainsi:

[TRADUCTION] **117(2)** Les administrateurs et les dirigeants doivent observer la présente loi, ses règlements d'application, les statuts, les règlements administratifs, ainsi que les conventions unanimes des actionnaires.

¹⁹ *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592, aux p. 605 à 614; voir également B. Welling, *Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, 2^e éd. (Toronto: Butterworths, 1991), aux p. 325 à 328.

²⁰ Nous comprenons par cette expression qu'il n'y avait pas d'objectif normal au sens où cette expression est employée dans l'arrêt *McClurg*.

²¹ Pour une analyse du refus de la Cour de l'impôt d'appliquer l'opinion incidente dans *McClurg* à l'espèce, voir T. E. McDonnell, «Income Splitting: McClurg Obiter Dicta Not Applied» (1992), 40 *Rev. fiscale can.* 1143.

²² Précité, note 13.