

Her Majesty the Queen (*Plaintiff*) T-2281-92  
 v. Sa Majesté la Reine (*demanderesse*) T-2281-92  
 Melville Neuman (*Defendant*)  
 a Melville Neuman (*défendeur*)

INDEXED AS: *M.N.R. v. NEUMAN (T.D.)*

RÉPERTORIÉ: *M.R.N. c. NEUMAN (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Rothstein J.—Winnipeg, October 21; b Section de première instance, juge Rothstein—Winnipeg, 21 octobre; Ottawa, 14 décembre 1993.

*Income tax — Income calculation — Dividends — Appeal from Tax Court decision dividends received by defendant's wife should not be attributed to defendant — Defendant incorporating company, making wife sole director to split income from another company — Defendant having sole voting share — Based upon defendant's recommendation, wife directing company to pay dividend — MNR reassessed defendant, pursuant to s. 56(2), by including in his income dividends received by wife — Two qualifications to application of s. 56(2): dividend payments would otherwise have been obtained by reassessed taxpayer; payment "benefit" for which no adequate consideration — S. 56(2) not applicable to dividends generally because first condition not met as, until declared, dividends belonging to company — No distinction between arm's-length and non-arm's length transactions in application of s. 56(2) — Condition precedent to application of s. 56(2) that payee not be subject to tax on amount received when reassessed taxpayer had no entitlement to payment not satisfied. — ITA containing no general scheme to prevent income splitting.*

*Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Dividendes — Appel de la décision par laquelle la Cour de l'impôt a statué que les dividendes versés à l'épouse du défendeur ne devaient pas être attribués à ce dernier — Le défendeur a constitué une société, et a élu son épouse comme seule administratrice, en vue de fractionner le revenu d'une autre société — Le défendeur détenait la seule action assortie d'un droit de vote — Suivant la recommandation du défendeur, l'épouse de ce dernier a fait verser des dividendes par la société — Conformément à l'art. 56(2), le MRN a établi une nouvelle cotisation à l'égard du défendeur, en incluant dans son revenu les dividendes versés à son épouse — Deux conditions d'application de l'art. 56(2): les dividendes auraient été versés au contribuable à l'égard duquel une nouvelle cotisation est établie; le versement est un «avantage» pour lequel il n'y a eu aucune contrepartie suffisante — L'art. 56(2) ne s'applique pas aux dividendes en général car la première condition n'a pas été remplie puisque, tant qu'ils ne sont pas déclarés, les dividendes appartiennent à la société — Aucune distinction entre les opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance dans l'application de l'art. 56(2) — La condition d'application de l'art. 56(2), à savoir que le bénéficiaire n'est pas assujéti à l'impôt à l'égard du montant reçu lorsque le contribuable à l'égard duquel est établie une nouvelle cotisation n'avait aucun droit au versement, n'est pas remplie — Rien dans le régime de la Loi n'interdit le fractionnement du revenu.*

This was an appeal from a Tax Court decision that dividends received by the defendant's wife in 1982 should not be attributed to the defendant. In 1981 the defendant incorporated and became the first director of Melru Ventures Inc., established as a tax planning vehicle to split any income received from another company in which he owned shares, with his wife, and to let any increase in his equity in the other company accrue to his wife. The defendant received one common voting share and Class "G" shares in exchange for an equal number of shares in the other company. He thus rolled over his interest in the other company to Melru. His wife paid for 99 Class "F" non-voting shares of Melru with her own money, but neither made any other contribution to the company nor assumed any risk. The defendant, the sole voting shareholder, resigned as director and elected his wife as the sole director of the corporation. Melru received \$20,000 in dividends during 1982. Based on the defendant's recommendation, and pursuant to discretionary dividend provisions in the articles of incorporation, his wife declared and had Melru pay to her \$14,800 in dividends on her

Il s'agissait d'un appel de la décision par laquelle la Cour de l'impôt avait conclu que les dividendes versés à l'épouse du défendeur en 1982 ne devaient pas être attribués à ce dernier. En 1981, le défendeur a constitué Melru Ventures Inc., dont il est devenu le premier administrateur, à des fins de planification fiscale, en vue de partager avec son épouse tout revenu tiré d'une autre société dans laquelle il détenait des actions et de laisser toute augmentation de son avoir dans cette dernière échoir à son épouse. Le défendeur a reçu une action ordinaire assortie du droit de vote et des actions de catégorie «G» en contrepartie du même nombre d'actions de l'autre société. Il a donc transféré à Melru les autres intérêts qu'il détenait dans l'autre société. Son épouse a acheté 99 actions sans droit de vote de catégorie «F» de Melru avec son propre argent, mais n'a pas fait d'autre contribution à la société et n'a assumé aucun risque. Le défendeur, qui était le seul actionnaire détenant un droit de vote, s'est démis de ses fonctions d'administrateur et a élu son épouse comme seule administratrice de la société. En 1982, Melru a touché des dividendes de 20 000 \$.

Class "F" shares and \$5,000 in dividends to the defendant on his Class "G" shares". The defendant immediately borrowed the \$14,800 from his wife, which he had not repaid at the time of her death in 1988. The Minister reassessed the defendant by including in his income the \$14,800 of dividends received by his wife. *Income Tax Act*, subsection 56(2) provides that a payment made pursuant to the direction 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 it would be if the payment or transfer had been made to him.

*Held*, the appeal should be dismissed.

There are two qualifications to the application of subsection 56(2): (1) that a dividend payment would otherwise have been obtained by the reassessed taxpayer; and, (2) that the payment is a "benefit" for which there was no adequate consideration. If either qualification is not met, subsection 56(2) does not apply.

The Supreme Court of Canada held in *McClurg v. Canada* that subsection 56(2) does not apply to dividends generally because, until declared, dividends belong to the company, not to another shareholder. Thus the first qualification for the application of subsection 56(2) was not met. The Chief Justice's comments in *McClurg* as to the commercial reality of the transaction were intended as an additional, independent reason consistent with the conclusion he had already reached. Irrespective of the director-shareholder relationship that was dispositive of the issue, the payment to the wife in that case was not a benefit and the second qualification also was not met.

Where, as here, a dividend declaration was an attempt at income splitting, and the payment was a "benefit" and not a payment for adequate consideration, it is necessary to address the threshold question of whether a distinction is to be made between arm's length and non-arm's length transactions in the application of subsection 56(2). The Federal Court of Appeal held in *McClurg* that there was nothing in subsection 56(2) to suggest that it contemplated a distinction between arm's length and non-arm's length transactions. That finding was consistent with the Supreme Court's *dictum* in *Stuart Investments Ltd. v. The Queen* that taxpayers in non-arm's length, as well as in arm's length, relationships could utilize whatever legal means were available to minimize tax obligations. *McClurg* did not change the law from that set out in *Stuart*. Therefore, no distinction should be drawn between an arm's length and a non-arm's length transaction in the application of subsection 56(2). There was no basis for investigating whether a shareholder, in a non-arm's length situation, made a contribution to a company

Suivant la recommandation du défendeur, et conformément aux dispositions concernant le dividende discrétionnaire figurant dans les statuts de la société, l'épouse du défendeur a déclaré 14 800 \$ de dividendes, qui lui ont été versés par Melru, sur ses actions de catégorie «F», et 5 000 \$ de dividendes, versés au défendeur, sur les actions de catégorie «G» que celui-ci détenait. Le défendeur a immédiatement emprunté les 14 800 \$ de sa femme, lesquels il n'avait pas remboursés au moment du décès de cette dernière, en 1988. Le ministre a établi une nouvelle cotisation à l'égard du défendeur en incluant dans son revenu les dividendes de 14 800 \$ versés à l'épouse de celui-ci. Le paragraphe 56(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit que tout paiement fait, suivant les instructions 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.

*Jugement*: l'appel doit être rejeté.

Il y a deux conditions d'application du paragraphe 56(2): (1) le dividende aurait autrement été versé au contribuable à l'égard duquel une nouvelle cotisation est établie, et (2) le versement est un «avantage» pour lequel il n'y a eu aucune contrepartie suffisante. Si l'une ou l'autre condition n'est pas remplie, le paragraphe 56(2) ne s'applique pas.

Dans l'arrêt *McClurg c. Canada*, la Cour suprême du Canada a statué que le paragraphe 56(2) ne s'applique pas aux dividendes en général parce que, tant qu'ils ne sont pas déclarés, les dividendes appartiennent à la société, et non à un autre actionnaire. La première condition d'application du paragraphe 56(2) n'a donc pas été remplie. Les remarques que le juge en chef a faites dans l'arrêt *McClurg* au sujet de la véritable nature commerciale de l'opération étaient destinées à constituer un motif supplémentaire et indépendant, compatible avec la conclusion qu'il avait tirée. Indépendamment de la relation administrateur-actionnaire qui était décisive quant à la question soulevée, le versement effectué à la femme dans cette affaire-là n'était pas un avantage et la seconde condition n'était donc pas remplie elle non plus.

Si, comme en l'espèce, la déclaration du dividende constituait une tentative de fractionner le revenu, et que le versement était un «avantage» et non un paiement pour une contrepartie suffisante, il est nécessaire de répondre à 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). Dans l'arrêt *McClurg*, la Cour d'appel fédérale a statué que rien dans le paragraphe 56(2) ne donnait à penser que cette disposition établissait une distinction entre les opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance. Cette conclusion était compatible avec l'opinion de la Cour suprême dans l'arrêt *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, à savoir que les contribuables ayant ou non un lien de dépendance pouvaient utiliser tout moyen légal possible pour réduire au minimum leurs obligations fiscales. L'arrêt *McClurg* n'a pas eu pour effet de modifier le droit qui avait été énoncé dans l'arrêt *Stuart*. Par conséquent, aucune distinction ne s'imposait entre les opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance dans

such that a dividend payment would not be considered a "benefit" as contemplated by subsection 56(2).

It is a condition precedent to the application of subsection 56(2) that the payee not be subject to tax on the amount she received when the reassessed taxpayer had no entitlement to the payment. The defendant's wife received the payment as a shareholder, not as his wife. There was no allegation that the dividend payment was the result of a sham. All corporate formalities were followed. She was liable to tax on the dividend payment she received. The defendant had no entitlement to the payment made to his wife. The condition precedent was not satisfied.

The *Income Tax Act* contains no general scheme to prevent income splitting. For an income splitting transaction to be successfully challenged by the Minister, it must contravene an applicable section of the Act. Subsection 56(2) was not designed to prevent the type of income splitting engaged in by the defendant's wife and the defendant.

This does not mean that subsection 56(2) could never be applied in the context of a director-shareholder relationship and the declaration of dividends. It could well apply if a transaction giving rise to payment of dividends was a sham, in which case the appearance of the director-shareholder relationship would be different from the actual relationship between the parties. It could also apply where the declaration of a dividend to one class of shares was properly attributable to other classes of shares as well, or where the intended recipient of a declared dividend redirected the dividend to another person. Apart from these narrow exceptions, subsection 56(2) is not 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.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Business Corporations Act*, R.S.S. 1978, c. B-10.  
*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 56(2) (as am. by S.C. 1987, c. 46, s. 15), 86 (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 50; 1980-81-82-83, c. 48, s. 46).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*McClurg v. Canada*, [1990] 3 S.C.R. 1020; (1990), 76 D.L.R. (4th) 217; [1991] 2 W.W.R. 244; [1991] 1 C.T.C. 169; 91 DTC 5001; 119 N.R. 101; *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; [1984] CTC 294; (1984), 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *Canada v. McClurg*, [1988] 2 F.C. 356; [1988] 1 C.T.C. 75; (1987), 18 F.T.R. 80; 88 DTC 6047; 84 N.R. 214 (C.A.); affg [1986] 1

l'application du paragraphe 56(2). Il n'y avait pas de raison de se demander si, dans une situation où il existe un lien de dépendance, l'actionnaire avait fourni un apport à une société au point qu'un versement de dividendes ne serait pas considéré comme un «avantage» aux termes du paragraphe 56(2).

<sup>a</sup> Selon une condition d'application du paragraphe 56(2), le bénéficiaire n'est pas assujéti à l'impôt à l'égard du montant qu'il a reçu lorsque le contribuable à l'égard duquel est établie une nouvelle cotisation n'avait aucun droit au versement. L'épouse du défendeur a reçu le versement à titre d'actionnaire et non d'épouse. On n'a pas allégué que le versement du dividende était le fruit d'un trompe-l'œil. Toutes les formalités propres aux sociétés ont été suivies. L'épouse du défendeur était assujétiée à l'impôt à l'égard des dividendes qu'elle avait reçus. Le défendeur n'avait aucun droit au versement effectué à sa femme. La condition d'application n'a pas été remplie.

<sup>c</sup> Rien dans le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans son ensemble n'interdit le fractionnement du revenu. Pour qu'une opération ayant pour résultat de fractionner le revenu soit contestée avec succès par le ministre, elle doit contrevenir à une disposition applicable de la Loi. Le paragraphe 56(2) <sup>d</sup> n'était pas destiné à empêcher le genre de fractionnement du revenu effectué par le défendeur et son épouse.

Cela ne veut pas dire que le paragraphe 56(2) ne pourrait jamais s'appliquer dans le contexte d'une relation administrateur-actionnaire et d'une déclaration de dividendes. Il pourrait <sup>e</sup> bien s'appliquer si une opération entraînant le versement de dividendes était une frime, auquel cas l'apparence de la relation administrateur-actionnaire serait différente de la véritable relation unissant les parties. Il pourrait également s'appliquer dans les cas où la déclaration d'un dividende d'une catégorie d'actions est à bon droit attribuable à d'autres catégories d'actions, ou dans les cas où le bénéficiaire visé par une déclaration de dividendes remettrait le dividende à une autre personne. À <sup>f</sup> part ces exceptions restreintes, le paragraphe 56(2) n'est 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.

<sup>g</sup>

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Business Corporations Act*, R.S.S. 1978, ch. B-10.  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 56(2) (mod. par L.C. 1987, ch. 46, art. 15), 86 (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 50; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 46).

#### JURISPRUDENCE

##### <sup>i</sup> DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*McClurg c. Canada*, [1990] 3 R.C.S. 1020; (1990), 76 D.L.R. (4th) 217; [1991] 2 W.W.R. 244; [1991] 1 C.T.C. 169; 91 DTC 5001; 119 N.R. 101; *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; [1984] CTC 294; (1984), 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *Canada c. McClurg*, [1988] 2 C.F. 356; [1988] 1 C.T.C. 75; (1987), 18 F.T.R. 80; 88 DTC 6047; 84 N.R. 214 (C.A.); conf. [1986] 1

C.T.C. 355; [1986], 86 DTC 6128; 2 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Winter v. Canada*, [1991] 1 F.C. 585 (C.A.); *Smith, D.N. v. The Queen* (1993), 93 DTC 5351 (F.C.A.); *Snook v. London & West Riding Investments, Ltd.*, [1967] 1 All E.R. 518 (C.A.).

## CONSIDERED:

*Champ (W) v. The Queen*, [1983] CTC 1; (1982), 83 DTC 5029 (F.C.T.D.).

## REFERRED TO:

*Miller, Alex v. Minister of National Revenue*, [1962] Ex. C.R. 400; [1962] C.T.C. 199; (1962), 62 DTC 1139.

## AUTHORS CITED

Gower, L. C. B. *Gower's Principles of Modern Company Law*, 4th ed. London: Stevens & Sons, 1979.

Krishna, Vern and J. Anthony VanDuzer, "Corporate Share Capital Structures and Income Splitting: *McClurg v. Canada*" (1992-93), 21 *Can. Bus. L.J.* 335.

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

APPEAL from the Tax Court decision (*Neuman (M.) v. M.N.R.*, [1992] 2 C.T.C. 2074; (1992), 92 DTC 1652) that dividends received by the defendant's wife in 1982 should not be attributed to the defendant. Appeal dismissed.

## COUNSEL:

*Robert W. McMechan* and *Robert M. Gosman* for plaintiff.

*Ralph D. Neuman* for defendant.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for plaintiff.

*Taylor, McCaffrey*, Winnipeg, for defendant.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

ROTHSTEIN J.: This case comes to this Court by way of appeal from the Tax Court of Canada [[1992] 2 C.T.C. 2074]. By decision dated May 19, 1992, Sarchuk T.C.C.J. found in favour of the defendant and the plaintiff appeals that decision.

The issue in this case is whether \$14,800 in dividends received by the defendant's wife in 1982 should be attributed to the defendant by virtue of subsection 56(2) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-

C.T.C. 355; [1986], 86 DTC 6128; 2 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Winter c. Canada*, [1991] 1 C.F. 585 (C.A.); *Smith, D.N. c. La Reine* (1993), 93 DTC 5351 (C.A.F.); *Snook v. London & West Riding Investments, Ltd.*, [1967] 1 All E.R. 518 (C.A.).

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Champ (W) c. La Reine*, [1983] CTC 1; (1982), 83 DTC 5029 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISION CITÉE:

*Miller, Alex v. Minister of National Revenue*, [1962] R.C.É. 400; [1962] C.T.C. 199; (1962), 62 DTC 1139.

## DOCTRINE

Gower, L. C. B. *Gower's Principles of Modern Company Law*, 4th ed. London: Stevens & Sons, 1979.

Krishna, Vern and J. Anthony VanDuzer, «Corporate Share Capital Structures and Income Splitting: *McClurg v. Canada*» (1992-93), 21 *Can. Bus. L.J.* 335.

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

APPEL de la décision de la Cour de l'impôt (*Neuman (M.) c. M.N.R.*, [1992] 2 C.T.C. 2074; (1992), 92 DTC 1652) selon laquelle les dividendes versés à l'épouse du défendeur en 1982 ne doivent pas être attribués au défendeur. Appel rejeté.

## AVOCATS:

*Robert W. McMechan* et *Robert M. Gosman* pour la demanderesse.

*Ralph D. Neuman* pour le défendeur.

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour la demanderesse.

*Taylor, McCaffrey*, Winnipeg, pour le défendeur.

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

LE JUGE ROTHSTEIN: La présente affaire est soumise à la Cour par voie d'appel à l'encontre d'une décision par laquelle le juge Sarchuk de la Cour canadienne de l'impôt a, le 19 mai 1992, conclu en faveur du défendeur [[1992] 2 C.T.C. 2074]. La demanderesse interjette appel de cette décision.

Il s'agit en l'espèce de déterminer si les dividendes de 14 800 \$ versés à l'épouse du défendeur en 1982 devraient être attribués à ce dernier en application du paragraphe 56(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*,

72, c. 63, as amended. In 1982, subsection 56(2) stated:<sup>1</sup>

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.

The defendant is a lawyer and was, at the relevant time, a member of the Winnipeg law firm of Newman, MacLean. He, along with his partners, owned the shares of Newmac Services (1973) Ltd. Newmac had a management contract with Newman, MacLean and owned some commercial property in downtown Winnipeg.

On April 29, 1981, the defendant incorporated and became the first director of Melru Ventures Inc., established by him as a tax planning vehicle specifically to split any income received from Newmac with his wife Ruby Neuman and to freeze his equity in Newmac and let the increase accrue to her.<sup>2</sup> The defendant subscribed for and received one common voting share and 1,285.714 Class "G" shares in Melru in exchange for the same number of shares of Newmac. He thus rolled over his interest in Newmac to Melru. Ruby Neuman, who was not involved in Newmac, subscribed for and received 99 Class "F" non-voting shares of Melru, paying for them with \$99 of her own money.

At the first annual shareholders' meeting of Melru on August 12, 1982, the defendant, who was Melru's sole voting shareholder, resigned as a director of Melru and elected his wife as the sole director of the corporation. One of the motivating reasons for doing so was to distance himself from the decision-making of Melru and therefore to have a better argument should income splitting arrangements be disallowed by the Minister of National Revenue.

<sup>1</sup> S. 56(2) was amended by S.C. 1987, c. 46, s. 15(4), to exclude payments under certain pension plans.

<sup>2</sup> Estate freezing is contemplated by s. 86 [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 50; 1980-81-82-83, c. 48, s. 46(1)] of the *Income Tax Act*.

S.C. 1970-71-72, ch. 63, modifiée. En 1982, le paragraphe 56(2) était ainsi libellé<sup>1</sup>:

56. . . .

(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 transfert avait été fait au contribuable.

Le défendeur est avocat et, à l'époque concernée, il était associé au sein du cabinet d'avocats Newman, MacLean, à Winnipeg. Lui et ses associés détenaient les actions de Newmac Services (1973) Ltd., qui avait conclu un contrat de gestion avec Newman, MacLean, et qui possédait des biens à usage commercial au centre-ville de Winnipeg.

Le 29 avril 1981, le défendeur a constitué en personne morale Melru Ventures Inc., dont il est devenu le premier administrateur, à des fins de planification fiscale, particulièrement en vue de partager entre lui et son épouse Ruby Neuman tout revenu tiré de Newmac et de geler son avoir dans cette dernière, laissant toute augmentation échoir à son épouse<sup>2</sup>. Le défendeur a souscrit et reçu une action ordinaire assortie du droit de vote et 1 285,714 actions de catégories «G» de Melru, en contrepartie du même nombre d'actions de Newmac. Il a donc transféré ses intérêts dans Newmac à Melru. Ruby Neuman, qui n'était pas intéressée dans Newmac, a souscrit et reçu 99 actions sans droit de vote de catégorie «F» de Melru, pour lesquelles elle a versé 99 \$ de son propre argent.

Lors de la première assemblée annuelle des actionnaires de Melru tenue le 12 août 1982, le défendeur, alors seul actionnaire de Melru détenant un droit de vote, s'est démis de ses fonctions d'administrateur de Melru et a élu son épouse comme seule administratrice de la société. Il cherchait ainsi notamment à se distancier du processus décisionnel de Melru et à avoir par conséquent un meilleur argument si le ministre du Revenu national rejetait les dispositions qu'il avait prises pour fractionner son revenu.

<sup>1</sup> L'art. 56(2) a été modifié par S.C. 1987, ch. 46, art. 15(4), afin d'exclure les versements effectués dans le cadre de certains régimes de retraite.

<sup>2</sup> Le gel successoral est visé à l'art. 86 [mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 50; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 46(1)] de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

During the calendar year 1982, Melru received \$20,000 in dividends from Newmac. The defendant said that he gave his wife expert advice as to what dividends Melru should declare, advice which she took. Based on the defendant's recommendation, Ruby Neuman, a sole director of Melru, declared and had Melru pay to her \$14,800<sup>3</sup> in dividends on her Class "F" shares and declared and had Melru pay to the defendant \$5,000 in dividends on his Class "G" shares. The \$14,800 received by Ruby Neuman was immediately borrowed by the defendant on the strength of a demand note with interest payable only if demanded. Ruby Neuman died on October 2, 1988. The demand for repayment was never exercised.

By notice of reassessment dated October 1, 1984, the Minister reassessed the defendant by including in his income the \$14,800 of dividends received by Ruby Neuman from Melru.

Counsel for the plaintiff argues that the dividend payment to Ruby Neuman was an attempt at tax avoidance (income splitting) and not the product of a business arrangement made for adequate consideration. He submits that *McClurg v. Canada*, [1990] 3 S.C.R. 1020, stands for the proposition that subsection 56(2) of the *Income Tax Act* applies to dividends paid pursuant to the power of directors to make discretionary dividend payments when a non-arm's length shareholder has made no contribution to the company. In this case, plaintiff's counsel says that Ruby Neuman, who, as the defendant's wife, was in a non-arm's length relationship with him, made no contribution to Melru. Therefore, subsection 56(2) should properly be applicable so as to have the dividends paid to her included in the income of the defendant for tax purposes.

<sup>3</sup> There was some doubt between the parties as to the exact amount of dividends paid to Mrs. Neuman. In some of the material before me the figure used was \$14,652. At the trial, counsel agreed that the amount should be \$14,800.

Au cours de l'année civile 1982, Newmac a versé à Melru des dividendes de 20 000 \$. Le défendeur a indiqué qu'il avait offert à son épouse ses conseils à titre d'expert quant à la déclaration de dividendes que Melru devrait effectuer, conseils qu'elle a suivis. Suivant la recommandation du défendeur, Ruby Neuman, unique administratrice de Melru, a déclaré 14 800 \$<sup>3</sup> de dividendes, qui lui ont été versés par Melru sur ses actions de catégories «F», et 5 000 \$ de dividendes, versés par Melru au défendeur sur ses actions de catégories «G». La somme de 14 800 \$ versée à Ruby Neuman a immédiatement été empruntée par le défendeur qui a garanti cet emprunt par un billet à demande, dont l'intérêt était remboursable sur demande seulement. Ruby Neuman est décédée le 2 octobre 1988 sans qu'aucune demande de remboursement n'ait été faite.

Dans un avis de nouvelle cotisation du 1<sup>er</sup> octobre 1984, le ministre a établi une nouvelle cotisation à l'égard du défendeur en incluant dans le calcul de son revenu les dividendes de 14 800 \$ versés par Melru à Ruby Neuman.

L'avocat de la demanderesse soutient que le versement de dividendes à Ruby Neuman constituait une tentative d'évitement fiscal (fractionnement du revenu) et non le fruit d'une entente commerciale conclue pour une contrepartie suffisante. Il soutient que l'arrêt *McClurg c. Canada*, [1990] 3 R.C.S. 1020, appuie la proposition portant que le paragraphe 56(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* s'applique aux dividendes versés conformément au pouvoir des administrateurs de verser des dividendes discrétionnaires lorsqu'un actionnaire lié n'a fourni aucun apport à la société. Dans la présente affaire, l'avocat de la demanderesse soutient que Ruby Neuman, qui du fait qu'elle était l'épouse du défendeur avait un lien dépendance avec lui, n'a fourni aucun apport à Melru. Par conséquent, le paragraphe 56(2) devrait à bon droit s'appliquer de façon à ce que les dividendes qui ont été versés à l'épouse soient inclus dans le revenu du défendeur aux fins de l'impôt.

<sup>3</sup> Les parties n'étaient pas certaines du montant exact des dividendes versés à Mme Neuman. Dans certains documents produits devant moi, le chiffre mentionné était 14 652 \$. Au procès, les avocats ont convenu que la somme devrait être 14 800 \$.

Defendant's counsel says that Ruby Neuman made the decision to declare the dividends on her own and not pursuant to the direction of, or with the concurrence of, the defendant. Moreover, defendant's counsel invokes *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, in support of the proposition that a taxpayer may arrange his or her affairs in such a way as to minimize his or her tax consequences. He submits that Melru was incorporated for tax planning and income splitting purposes but cites *Stubart* to support the argument that a transaction may be entered into solely for tax purposes and that an independent business purpose need not be demonstrated. Defendant's counsel also relies on *McClurg*, (*supra*), for the proposition that dividends, generally, do not fall within the scope of subsection 56(2) of the *Income Tax Act*.

The evidence in this case leads me to the following conclusions of, and observations on, the facts:

(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.<sup>4</sup> 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.

<sup>4</sup> 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 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.

L'avocat du défendeur soutient que Ruby Neuman a pris la décision de déclarer des dividendes elle-même, et non suivant les instructions ou avec l'accord du défendeur. En outre, l'avocat du défendeur invoque l'arrêt *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, à l'appui de la prétention suivant laquelle le contribuable peut prendre des dispositions de façon à réduire au minimum les incidences sur le plan fiscal. Il soutient que Melru a été constituée en personne morale à des fins de planification fiscale et de fractionnement du revenu, mais il cite l'arrêt *Stubart* pour appuyer l'argument portant qu'une opération peut être effectuée à des fins purement fiscales et qu'il n'est pas nécessaire d'établir l'existence d'un objectif commercial indépendant. L'avocat du défendeur invoque également l'arrêt *McClurg*, précité, pour soutenir qu'en général, les dividendes ne sont pas visés par le paragraphe 56(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

La preuve dans la présente affaire m'amène à faire les conclusions et les observations suivantes quant aux faits:

(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<sup>4</sup>. 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

<sup>4</sup> 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 détenteurs d'actions de catégorie «F» n'avaient le droit de recevoir de dividendes qu'après le versement de dividendes déclarés sur les actions de catégories «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 versés en premier.

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.

(4) In declaring the dividends, was Ruby Neuman acting “pursuant to the direction of, or with the concurrence of,” the defendant, as those terms are used in subsection 56(2) of the *Income Tax Act*? The defendant’s evidence was that when his wife was elected director of Melru, he explained to her the duties of director, that directors manage the corporation, that they have a duty to the corporation, and that they make the decisions. The defendant said that he made recommendations to his wife which she accepted but that the decision as to the declaration of dividends was hers.

Counsel for the plaintiff points out that this is a family corporation in which the shareholders are husband and wife. Further, the husband in this case held the sole voting share and could remove his wife as a director if she did not declare dividends in accordance with his wishes.

As a corporate director, Ruby Neuman was a fiduciary and as such, owed a duty to act in the best interests of the corporation. Her fiduciary obligation as a director was to the corporation and not to the shareholders (see B. Welling, *Corporate Law in Canada: The Governing Principles* (2nd ed.), at pages 381 and 442). Part of the fiduciary obligation of a director is the necessity to exercise independent and unfettered judgment. This doctrine has been variously stated (see for example L.C.B. Gower, *Gower’s Principles of Modern Company Law* (4th ed.), at page 582).

It seems to me that a finding that Ruby Neuman was acting pursuant to the direction of, or with the concurrence of, the defendant would imply, notwithstanding the defendant’s evidence, that in the husband and wife context, there is a presumption that the director (wife in this case) is breaching her fiduciary obligation owed to the corporation by acting pursuant

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

<sup>a</sup> «G» était arbitraire.

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

<sup>b</sup> (4) En déclarant les dividendes, Ruby Neuman agissait-elle «suivant les instructions ou avec l’accord» du défendeur, au sens du paragraphe 56(2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*? Le défendeur a témoigné que, lorsque son épouse a été élue administratrice de Melru, il lui a expliqué en quoi consistaient ses devoirs, à savoir gérer la société, respecter son obligation envers celle-ci et prendre les décisions. Le défendeur a indiqué qu’il avait fait à son épouse des recommandations qu’elle a suivies, et que la décision de déclarer des dividendes était toutefois celle de son épouse.

<sup>c</sup> L’avocat de la demanderesse souligne qu’il s’agit d’une société familiale dont les actionnaires sont l’époux et l’épouse. Par ailleurs, l’époux dans la présente affaire détenait l’unique action assortie d’un droit de vote et pouvait démettre son épouse de ses fonctions d’administratrice si elle ne déclarait pas des dividendes conformément à ses souhaits.

<sup>d</sup> À titre d’administratrice d’une société, Ruby Neuman était représentante fiduciaire, et par conséquent tenue d’agir au mieux des intérêts de la société. Elle devait son obligation fiduciaire d’administratrice à la société et non aux actionnaires (voir B. Welling, *Corporate Law in Canada: The Governing Principles* (2<sup>e</sup> éd.), aux pages 381 et 442). L’obligation fiduciaire de l’administrateur consiste notamment à exercer un jugement indépendant et libre. Cette théorie a été énoncée à maintes reprises (voir par exemple L.C.B. Gower, *Gower’s Principles of Modern Company Law* (4<sup>e</sup> éd.), à la page 582).

<sup>e</sup> Il me semble que la conclusion que Ruby Neuman agissait suivant les instructions ou avec l’accord du défendeur impliquerait, nonobstant le témoignage du défendeur, que dans le cas d’un époux et de son épouse, il existe une présomption que l’administrateur (l’épouse en l’espèce) viole l’obligation fiduciaire à laquelle il est tenu envers la société en agis-



to the direction of her spouse and not acting independently.

I think it is obvious that in many cases of large and small corporations, directors take the advice or recommendations of management or professional advisers when making decisions as to the declaration of dividends. By accepting such advice or recommendations, are such directors acting pursuant to the direction of, or with the concurrence of, those who provided the recommendations or advice, thereby placing them in breach of their fiduciary obligations owed to their corporations? I think not. Similarly, I do not see why a director, who accepts a recommendation as to the declaration of dividends from his or her spouse, should be presumed, in the absence of evidence to the contrary, to be acting pursuant to the direction of, or with the concurrence of, his or her spouse.

As to the issue of the defendant holding the sole voting share and being able to remove Ruby Neuman as director, a finding that, for this reason, she was acting pursuant to his direction or with his concurrence, would blur the distinction between the corporation and the voting shareholder. I have not been provided with authority to the effect that when specific shareholders control the election to the board of directors, that the directors are presumed to act pursuant to the direction of, or with the concurrence of, the controlling shareholders in declaring dividends.

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 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.

Similar facts to those in the case at bar were present in *McClurg*, (*supra*), with one material exception

sant suivant les instructions de son conjoint et non de façon indépendante.

À mon sens, il est évident qu'il arrive fréquemment au sein de petites et de grandes sociétés que les administrateurs sollicitent les conseils ou les recommandations de conseillers en gestion ou de conseillers professionnels lorsqu'ils prennent des décisions relatives à la déclaration de dividendes. S'ils suivent ces conseils ou recommandations, ces administrateurs agissent-ils suivant les instructions ou avec l'accord des conseillers, violant ainsi leur obligation fiduciaire envers leur société? Je ne crois pas. De même, je ne vois aucune raison de présumer, en l'absence d'une preuve contraire, que l'administrateur qui suit la recommandation de son conjoint relativement à la déclaration de dividendes agit suivant les instructions ou avec l'accord de ce dernier.

S'il fallait conclure, du fait que le défendeur détient l'unique action assortie d'un droit de vote et peut démettre Ruby Neuman de ses fonctions d'administratrice, que cette dernière agissait suivant les instructions ou avec l'accord du défendeur, la distinction entre la société et l'actionnaire ayant un droit de vote serait estompée. On ne m'a soumis aucune jurisprudence portant que, si des actionnaires particuliers dirigent l'élection du conseil d'administration, les administrateurs sont présumés agir suivant les instructions et avec l'accord de ces actionnaires majoritaires lorsqu'ils déclarent des dividendes.

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 considérés comme purement incidents. Sans trancher cette question donc, j'analyserai l'arrêt *McClurg*, précité, et son application à la présente affaire.

L'arrêt *McClurg*, précité, mettait en cause des faits semblables à ceux de la présente affaire, à une seule

being that Ruby Neuman made no contribution to Melru while Mrs. McClurg did make a contribution to the company from which she received dividends. In fact, the processing of this case had been delayed by agreement of counsel to allow *McClurg* to first proceed through the courts. The determination of law applicable to the case at bar requires a consideration of the findings of the Supreme Court in *McClurg*.

In *McClurg*, Wilma McClurg, the wife of the reassessed taxpayer Jim McClurg, had received dividends from a trucking company, Northland Trucks (1978) Ltd., owned by the McClurgs and one other family. The Minister unsuccessfully attempted to invoke subsection 56(2) to tax Jim McClurg as if he had received a portion of the dividends paid to Wilma McClurg.

The decision of the majority of the Supreme Court of Canada dealt with two issues, one corporate and the other tax related. The corporate issue was the question of the validity of a discretionary dividend clause in the Articles of Incorporation of Northland. The tax issue was whether subsection 56(2) applied to dividends generally or to dividends in that case specifically.

As to the corporate issue, the Minister argued that as both Wilma and Jim McClurg held common shares of the company, albeit of different classes, there was a common law presumption of equality of treatment of those shares. Under such presumption, as Jim McClurg had 400 Class "A" common shares and Wilma McClurg had 100 Class "B" common shares, a \$10,000 dividend to Wilma McClurg should have been attributable, \$8,000 to Jim McClurg and \$2,000 to Wilma McClurg.

Dickson C.J. found that the Articles of Incorporation of Northland gave the directors unfettered discretion as to the allocation of dividends among classes of shares and was a valid derogation from the common law presumption of equality of distribution of dividends. Moreover, nothing in the Saskatchewan

exception importante près que Ruby Neuman n'a fourni aucun apport à Melru, alors que Mme McClurg a véritablement fourni un apport à la société qui lui a versé des dividendes. En fait, le traitement de la présente affaire a été retardé sur le consentement des avocats afin que l'affaire *McClurg* soit d'abord entendue devant les tribunaux. La détermination du droit applicable à la présente affaire nécessite l'examen des conclusions tirées par la Cour suprême dans l'arrêt *McClurg*.

Wilma McClurg, l'épouse du contribuable à l'égard duquel une nouvelle cotisation avait été établie, Jim McClurg, a reçu des dividendes d'une compagnie de camionnage, Northland Trucks (1978) Ltd., dont les McClurg et une autre famille étaient propriétaires. Le ministre a sans succès tenté d'invoquer le paragraphe 56(2) pour imposer Jim McClurg comme s'il avait reçu une partie des dividendes versés à Wilma McClurg.

La décision de la Cour suprême du Canada à la majorité portait sur deux questions, l'une relative aux sociétés et l'autre à la fiscalité. La première visait la validité d'une clause de dividendes discrétionnaires énoncée dans les statuts constitutifs de Northland. La seconde était de savoir si le paragraphe 56(2) s'appliquait aux dividendes en général ou aux dividendes dans cette affaire en particulier.

En ce qui concerne la question relative aux sociétés, le ministre a soutenu que, puisque Wilma et Jim McClurg détenaient tous deux des actions ordinaires de la compagnie, bien que de catégories différentes, il existait en common law une présomption d'égalité de traitement à l'égard de ces actions. Conformément à cette présomption, et puisque Jim McClurg détenait 400 actions ordinaires de catégorie «A» et que Wilma McClurg détenait 100 actions ordinaires de catégorie «B», les dividendes de 10 000 \$ versés à Wilma McClurg auraient dû être attribués ainsi: 8 000 \$ à Jim McClurg et 2 000 \$ à Wilma McClurg.

Le juge en chef Dickson a conclu que les statuts constitutifs de Northland conféraient aux administrateurs une discrétion illimitée quant à la répartition des dividendes entre les différentes catégories d'actions et constituaient une dérogation valide à la présomption d'égalité reconnue en common law relativement

*Business Corporations Act*, R.S.S. 1978, c. B-10, as amended, precluded a discretionary dividend clause in the Articles of the corporation.

La Forest J., writing for the minority in the Supreme Court, was of the view that a discretionary dividend clause was invalid at common law because of the principle that directors are not permitted to favour one class of shareholders at the expense of others.

The law as it stands as a result of *McClurg*, (*supra*), is that discretionary dividend clauses in Articles of Incorporation are valid (presumably unless precluded by statute) and rebut the common law presumption of equality of treatment among shareholder classes.

In the case at bar therefore, the declaration of dividends by Ruby Neuman as director of Melru, pursuant to the discretionary dividend provisions in the Articles of Melru, was a valid and effective allocation of dividends between her Class "F" shares and the defendant's Class "G" shares.

As to the tax issue, Dickson C.J., for the majority of the Supreme Court, discussed the object and purpose of subsection 56(2) which he derived from prior judgments, specifically the *dicta* of Thurlow J. (as he then was) in *Miller, Alex v. Minister of National Revenue*, [1962] Ex. C.R. 400 and Strayer J. in *McClurg*, [1986] 1 C.T.C. 355 (F.C.T.D.). Dickson C.J. stated, at page 1051:

The subsection obviously is designed to prevent avoidance by the taxpayer, through the direction to a third party, of receipts which he or she otherwise would have obtained . . . the section reasonably cannot have been intended to cover benefits conferred for adequate consideration in the context of a legitimate business relationship.

It appears to me that these two qualifications to the application of subsection 56(2)—that a dividend payment would otherwise have been obtained by the reassessed taxpayer and that the payment is a "benefit" for which there was no adequate consideration, are central to Dickson C.J.'s analysis of the commer-

à la distribution des dividendes. Par ailleurs, rien dans la *Business Corporations Act* de la Saskatchewan, R.S.S. 1978, ch. B-10, modifiée, n'interdisait l'existence d'une clause de dividende discrétionnaire dans les statuts constitutifs d'une société.

S'exprimant au nom de la minorité de la Cour suprême, le juge La Forest s'est dit d'avis que la clause de dividende discrétionnaire était invalide en common law en raison du principe suivant lequel les administrateurs ne sont pas autorisés à favoriser une catégorie d'actionnaires au dépens des autres.

Par suite de l'arrêt *McClurg*, précité, le droit actuel reconnaît que la clause de dividende discrétionnaire énoncée dans les statuts constitutifs est valide (à moins, on le présume, qu'elle soit interdite par la loi), et réfute la présomption d'égalité de traitement reconnue en common law entre les catégories d'actionnaires.

Dans la présente affaire, la déclaration de dividendes par Ruby Neuman à titre d'administratrice de Melru et conformément aux clauses de dividende discrétionnaire énoncées dans les statuts constitutifs de Melru constituait par conséquent une répartition valide des dividendes entre ses actions de catégories «F» et celles de catégorie «G» du défendeur.

Quant à la question fiscale, le juge en chef Dickson a, au nom de la majorité de la Cour suprême, analysé l'objet et le but du paragraphe 56(2), qu'il a puisés dans des jugements antérieurs, particulièrement dans l'opinion du juge Thurlow (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Miller, Alex v. Minister of National Revenue*, [1962] R.C.É. 400 et du juge Strayer dans l'arrêt *McClurg*, [1986] 1 C.T.C. 355 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). À la page 1051, le juge en chef Dickson a indiqué ceci:

Ce paragraphe vise manifestement à empêcher le contribuable d'éviter le paiement de l'impôt en versant à un tiers les recettes qu'il aurait autrement touchées . . . on ne peut raisonnablement croire que le législateur a voulu que cette disposition s'applique aux avantages conférés moyennant une contrepartie suffisante dans le cadre d'une relation d'affaires légitime.

Il m'apparaît que ces deux conditions d'application du paragraphe 56(2)—le dividende aurait autrement été versé au contribuable à l'égard duquel une nouvelle cotisation est établie et le versement est un avantage pour lequel il n'y a eu aucune contrepartie suffisante—sont primordiales à l'analyse du juge en

cial reality and practical nature of the transaction in *McClurg*. In my view each qualification is independent of the other. Thus, if a taxpayer can demonstrate that either qualification is not met, subsection 56(2) would not apply.

The initial finding of Dickson C.J. with respect to the tax issue was that subsection 56(2) did not apply to dividends generally. At page 1052 he stated:

While it is always open to the Courts to “pierce the corporate veil” in order to prevent parties from benefiting from increasingly complex and intricate tax avoidance techniques, in my view a dividend payment does not fall within the scope of s. 56(2).

He continued:

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).

Later, on the next page, rejecting the notion that, but for the payment of a dividend to a third party, a director-shareholder would be the recipient of the payment, he stated:

... 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 “overshoot” the legislative purpose of the section.

Part of the rationale of the Chief Justice was that subsection 56(2) applied to payments that otherwise would have belonged to the reassessed taxpayer. In

chef Dickson de la réalité commerciale et de la nature pratique de l’opération en cause dans l’arrêt *McClurg*. À mon avis, chaque condition est indépendante de l’autre. Par conséquent, si un contribuable peut démontrer que l’une ou l’autre condition n’est pas remplie, le paragraphe 56(2) ne s’appliquera pas.

Le juge en chef Dickson a d’abord conclu, relativement à la question fiscale, que le paragraphe 56(2) ne s’applique pas aux dividendes en général. À la page 1052, il dit:

Bien qu’il soit toujours loisible aux tribunaux de «percer le voile corporatif» afin d’empêcher les parties de profiter de techniques d’évitement fiscal de plus en plus complexes, je suis d’avis que le versement d’un dividende n’est pas visé par le par. 56(2).

Et il poursuit:

Ce dernier 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).

Plus loin à la page suivante, rejetant la notion que, sans le versement d’un dividende à un tiers, l’administrateur-actionnaire toucherait le versement, il a indiqué:

... 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.

Le raisonnement du juge en chef était en partie que le paragraphe 56(2) s’applique aux versements qui autrement auraient appartenu au contribuable à

the context of dividends however, if they were not paid to a shareholder, they would remain part of the retained earnings of the company. They would not automatically belong to another shareholder. The words "[i]t would violate fundamental principles of corporate law" make it abundantly clear that the Chief Justice was emphatic that subsection 56(2) did not apply to dividends.

This finding disposed of the tax issue in *McClurg* since the payment to Wilma McClurg was not a receipt which Jim McClurg would have otherwise obtained. If the payment had not been made to Wilma McClurg, the dividends would have remained as retained earnings in Northland. Thus the first qualification for the application of subsection 56(2) noted by Dickson C.J. was not met.

Dickson C.J., however, then looked at what he termed "the commercial reality of this particular transaction".<sup>5</sup> At pages 1053-1054 he agreed with the finding of Strayer J. in the Federal Court, Trial Division that Wilma McClurg made a real contribution to the establishment of Northland Trucks and took an active part in the operation of the business. He found that dividend payments to her represented a legitimate *quid pro quo* and were not simply an attempt to avoid taxes.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Earlier in his reasons the Chief Justice concluded that the economic and commercial reality test had been satisfied, in part, by his finding that discretionary dividend clauses were valid and that there was no suggestion that the payment of dividends to Wilma McClurg was a sham (at p. 1050).

<sup>6</sup> La Forest J. writing for the minority, found the contribution made by a shareholder to be irrelevant to the application of s. 56(2). At p. 1073 he observed:

With respect, this fact [justification of the dividend payment because of the efforts made by Wilma McClurg on behalf of the company] is irrelevant to the issue before us. To relate dividend receipts to the amount of effort expended by the recipient on behalf of the payor corporation is to misconstrue the nature of a dividend. As discussed earlier, a dividend is received by virtue of ownership of the capital stock of a corporation. It is a fundamental principle of corporate law that a dividend is a return on capital which

(Continued on next page)

l'égard duquel une nouvelle cotisation a été établie. Dans le cas de dividendes toutefois, ils continueraient à faire partie des bénéficiaires non distribués de la compagnie s'ils n'étaient pas versés à un actionnaire. Ils n'appartiendraient pas automatiquement à un autre actionnaire. La phrase «[c]ela violerait les principes fondamentaux du droit des sociétés» fait clairement ressortir que le juge en chef croyait fermement que le paragraphe 56(2) ne vise pas les dividendes.

Cette conclusion a tranché la question fiscale dans l'arrêt *McClurg* puisque Jim McClurg n'aurait pas autrement touché le versement effectué à Wilma McClurg. En effet, si le versement n'avait pas été effectué à cette dernière, les dividendes auraient continué à faire partie des bénéficiaires non distribués de Northland. La première condition d'application du paragraphe 56(2) énoncée par le juge en chef Dickson n'a donc pas été remplie.

Le juge en chef Dickson s'est toutefois ensuite penché sur ce qu'il a appelé «la véritable nature commerciale de cette opération particulière»<sup>5</sup>. Aux pages 1053 et 1054, il a souscrit à la conclusion du juge Strayer de la Section de première instance de la Cour fédérale que Wilma McClurg a fourni un apport réel à la mise sur pied de Northland Trucks et a joué un rôle actif dans l'exploitation de l'entreprise. Il a conclu que les dividendes qui lui avaient été versés représentaient une contrepartie légitime et non simplement une tentative d'éviter le paiement d'impôts<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Plus tôt dans ses motifs, le juge en chef a conclu qu'il avait été en partie satisfait au critère de la réalité économique étant donné sa conclusion que les clauses de dividende discrétionnaire sont valides et qu'il n'y a eu aucune allégation que le versement de dividendes à Wilma McClurg était feint (à la p. 1050).

<sup>6</sup> S'exprimant au nom de la minorité, le juge La Forest a conclu que l'apport de l'actionnaire n'était pas pertinent pour les fins de l'application de l'art. 56(2). À la page 1073, il a indiqué:

En toute déférence, ce fait [la justification du versement de dividendes en raison des efforts que Wilma McClurg a déployés pour le compte de la compagnie] n'est pas pertinent pour les fins du litige dont nous sommes saisis. C'est mal interpréter la nature d'un dividende que de lier le versement d'un dividende à la somme des efforts déployés par le bénéficiaire pour le compte de la société payante. Comme nous l'avons dit auparavant, le versement d'un dividende résulte de la propriété du capital-actions d'une société. Selon

(Suite à la page suivante)

The question is, what meaning is to be given to the observations of the Chief Justice regarding the commercial reality of the circumstances in *McClurg*? This question is particularly relevant to the case at bar because, contrasted with Wilma McClurg, Ruby Neuman made no contribution to Melru and the declaration of dividends to her on her class “F” shares was solely to her as shareholder of Melru for the purpose of income splitting.

In my opinion, the comments of the Chief Justice, at page 1053 as to the commercial reality of the transaction in *McClurg* addressed the second qualification for the application of subsection 56(2)—whether or not a “benefit” as contemplated by the subsection was conferred on Wilma McClurg. These comments were intended as an additional independent reason consistent with the conclusion he had already reached; that subsection 56(2) generally did not apply in the context of the director-shareholder relationship and that this was dispositive of the issue. Moreover, I doubt that he intended his comments about the commercial reality of the transaction to be determinative of the issue. I come to these conclusions for the following reasons:

(1) The Chief Justice stated, at page 1053:

... its [s. 56(2)] application also would be contrary to the commercial reality of this particular transaction. [Underlining mine.]

His use of the word “also” suggests to me that his conclusion that subsection 56(2) did not apply to the declaration of dividends generally was sufficient to determine the issue in the case.

(2) The Chief Justice stated that he agreed with Desjardins J.A. (writing a minority opinion in the Federal Court of Appeal reported as *Canada v. McClurg*, [1988] 2 F.C. 356, at page 370) that “dividends come as a return on his or her investment”. However, he added that, in that case, they “represented a legitimate *quid pro quo* and were not simply

(Continued from previous page)

attaches to a share, and is in no way dependent on the conduct of a particular shareholder.

La question est la suivante: quel sens doit-on attribuer aux commentaires du juge en chef concernant la véritable nature commerciale de la situation dans l’arrêt *McClurg*? Cette question est particulièrement pertinente relativement à la présente affaire puisque, contrairement à Wilma McClurg, Ruby Neuman n’a fourni aucun apport à Melru, et les dividendes lui ont été versés sur ses actions de catégories «F» à titre d’actionnaire de Melru seulement, à des fins de fractionnement du revenu.

À mon avis, les commentaires du juge en chef à la page 1053 sur la véritable nature commerciale de l’opération en question dans l’arrêt *McClurg* ont réglé le sort de la seconde condition d’application du paragraphe 56(2)—à savoir si un «avantage», au sens du paragraphe, a été conféré à Wilma McClurg. Ces commentaires étaient destinés à constituer un motif supplémentaire et indépendant, compatible avec la conclusion qu’il avait déjà tirée, à savoir que le paragraphe 56(2) ne s’applique généralement pas dans le contexte d’une relation administrateur-actionnaire et que cela est décisif quant à la question en litige. De plus, je doute qu’il ait souhaité que ses commentaires sur la véritable nature commerciale de l’opération résolvent la question, et ce, pour les motifs suivants:

(1) Le juge en chef a dit ceci à la page 1053:

... son application [le par. 56(2)] serait également contraire à la véritable nature commerciale de cette opération particulière. [C’est moi qui souligne.]

Son utilisation du mot «également» me donne à penser que sa conclusion que le paragraphe 56(2) ne s’applique pas à la déclaration de dividendes de façon générale suffisait à trancher la question soulevée dans l’affaire.

(2) Le juge en chef a indiqué qu’il convenait avec le juge Desjardins (exprimant l’opinion minoritaire de la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Canada c. McClurg*, [1988] 2 C.F. 356, à la page 370) que «les dividendes représentent le rapport d’un investissement». Il a toutefois ajouté que, dans ce cas, ils «représentaient une contrepartie légitime et non sim-

(Suite de la page précédente)

un principe fondamental du droit des sociétés, un dividende est le rapport du capital qui se rattache à une action et ne dépend d’aucune façon de la conduite d’un actionnaire donné.

an attempt to avoid the payment of taxes" (at page 1054). In my view, the reference to "*quid pro quo*" is related to the qualification that for subsection 56(2) to be applicable, a payment made must be a "benefit" and not a payment for adequate consideration. It appears to me that the Chief Justice was saying that although he acknowledged that dividends were paid for no other reason than as a return on investment in shares of a company, and that the director-shareholder relationship was dispositive of the issue, even if dividends were contemplated by subsection 56(2), there was clearly no "benefit" as required by that subsection in the *McClurg* case as there was adequate consideration for the payment to Mrs. McClurg. Thus, the second qualification for application of subsection 56(2) had not been met.

(3) The Chief Justice acknowledged that Wilma McClurg's efforts in the operation of Northland Trucks were "not dispositive of the issue raised in this appeal" (at page 1054).

In my view, the comments of the Chief Justice in *McClurg*, relating to the commercial reality of the transaction, were intended to demonstrate that, irrespective of the director-shareholder relationship that he had already determined was dispositive of the issue, the payment to Wilma McClurg was not a "benefit" under subsection 56(2). Thus, neither of the two independent qualifications that are essential for the application of subsection 56(2) were present in *McClurg*.

I now come to the passage in the reasons of Dickson C.J. relied upon by the Minister found, at 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. 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.

plement une tentative d'éviter le paiement de l'impôt» (à la page 1054). À mon avis, le renvoi à «contrepartie» est lié à la condition portant que le paragraphe 56(2) n'est applicable que si le versement effectué est un «avantage» et non le versement d'une contrepartie suffisante. Il me semble que le juge en chef indiquait que, bien qu'il reconnaisse que les dividendes ont été versés uniquement à titre de rapport d'un investissement dans les actions de la compagnie et que la relation administrateur-actionnaire était décisive quant à la question, et même si les dividendes étaient visés par le paragraphe 56(2), il n'y avait manifestement pas d'«avantage» dans l'arrêt *McClurg*, comme le requiert ce paragraphe, puisqu'il existait une contrepartie suffisante pour le paiement effectué à Mme McClurg. Il n'a donc pas été satisfait à la seconde condition d'application du paragraphe 56(2).

(3) Le juge en chef a reconnu que les efforts déployés par Wilma McClurg dans l'exploitation de Northland Trucks n'étaient «pas décisifs quant à la question soulevée dans le présent pourvoi» (à la page 1054).

À mon avis, les commentaires du juge en chef dans l'arrêt *McClurg* sur la véritable nature commerciale de l'opération visaient à démontrer qu'indépendamment de la relation administrateur-actionnaire qui, comme il l'avait déjà conclu, était décisive quant à la question soulevée, le versement effectué à Wilma McClurg n'était pas un avantage au sens du paragraphe 56(2). Par conséquent, aucune des deux conditions indépendantes et essentielles d'application du paragraphe 56(2) n'étaient présentes dans l'arrêt *McClurg*.

Je me penche maintenant sur l'extrait des motifs du juge en chef Dickson, à la page 1054, que le ministre a invoqués:

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 les 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 rapport 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.

I must admit to having some difficulty reconciling this passage with the preceding words of the Chief Justice that to consider dividends within subsection 56(2) “would violate fundamental principles of corporate law and the realities of commercial practice and would ‘overshoot’ the legislative purpose of the section” [at page 1053]. In any event, the passage raises three questions for decision. The first is whether, in the application of subsection 56(2), a distinction is to be made between arm’s length and non-arm’s length transactions. The second is, within the scope of non-arm’s length situations, where a dividend has been declared pursuant to a discretionary dividend clause, whether or not the shareholder has made a contribution to the company. The third is whether, if no contribution has been made by the shareholder, subsection 56(2) is applicable.

Looked at in this way, it is quite clear that the threshold question, whether a distinction is to be made between arm’s length and non-arm’s length transactions in the application of subsection 56(2), has not been answered by the Supreme Court of Canada. Without answering that question, the Chief Justice had no difficulty concluding that on the facts in *McClurg*, Wilma McClurg did make a contribution to the company. I interpret the words of the Chief Justice as meaning that even if a distinction was to be drawn between arm’s length and non-arm’s length transactions in the application of subsection 56(2) (which issue he was not deciding), the facts of *McClurg* were such that there was no “benefit” and subsection 56(2) would not be applicable on that ground, even if the Minister could invoke subsection 56(2) to attack dividend payments in non-arm’s length situations.

However, where, as in the case at bar, the evidence is that a dividend declaration was an attempt at income splitting, and that the payment to Ruby Neuman was a “benefit” and not a payment for adequate consideration, in the *McClurg* sense, it is necessary to address the threshold question of whether a distinction is to be drawn between arm’s length and non-arm’s length transactions in the application of subsection 56(2). While this specific question was not answered by the Supreme Court of Canada in

Je dois admettre que j’éprouve une certaine difficulté à concilier ce passage avec les propos antérieurs du juge en chef portant que la conclusion que les dividendes sont visés par le paragraphe 56(2) «violeraient les principes fondamentaux du droit des sociétés ainsi que les réalités des pratiques commerciales, et cela irait au-delà de l’intention du législateur» [à la page 1053]. Quoi qu’il en soit, le passage soulève trois questions. La première est de savoir si, dans l’application du paragraphe 56(2), une distinction s’impose entre les opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance. La seconde est la suivante: dans les situations où il existe un lien de dépendance, et où un dividende a été déclaré conformément à une clause de dividende discrétionnaire, l’actionnaire a-t-il fourni un apport à la société? Et enfin, si aucun apport n’a été fourni par l’actionnaire, le paragraphe 56(2) s’applique-t-il?

Vue de cet angle, la question préliminaire de savoir si, dans l’application du paragraphe 56(2), une distinction s’impose entre les opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance n’a manifestement pas été tranchée par la Cour suprême du Canada. Sans répondre à la question, le juge en chef n’a pas hésité à conclure dans l’arrêt *McClurg* que, compte tenu des faits, Wilma McClurg a effectivement fourni un apport à la société. À mon avis, les propos du juge en chef signifient que, même si, dans l’application du paragraphe 56(2), une distinction était établie entre les opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance (à laquelle question il n’a pas répondu), les faits de l’affaire étaient tels qu’il n’y avait pas d’«avantage», et que le paragraphe 56(2) ne pouvait s’appliquer pour ce motif, même si le ministre pouvait l’invoquer pour contester le versement de dividendes dans les cas où il existe un lien de dépendance.

Toutefois, si, comme en l’espèce, la preuve établit que la déclaration d’un dividende constituait une tentative de fractionner le revenu, et que le versement effectué à Ruby Neuman était un «avantage» et non un paiement pour une contrepartie suffisante, dans le sens où on l’entend dans l’arrêt *McClurg*, il est nécessaire de répondre à 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). Si la Cour suprême du



*McClurg*, it has been answered by the Federal Court of Appeal in the judgment of Urie J.A. in *Canada v. McClurg*, [1988] 2 F.C. 356. In his reasons, Dickson C.J. did not disturb this finding of the Federal Court of Appeal. The determination by the Federal Court of Appeal as to whether a distinction is to be drawn between arm's length and non-arm's length transactions in the application of subsection 56(2) is, of course, binding on the Trial Division of this Court.

In his reasons in the Federal Court of Appeal, Urie J.A. found there was nothing in subsection 56(2) to suggest that it contemplated a distinction between arm's length and non-arm's length transactions. At pages 363-364 he stated:

It is noteworthy, furthermore, that the subsection, if it is to apply to corporate situations, makes no distinction between arm's length and non-arm's length transfers.

If it had been intended by the legislators that it might apply to directors of small, closely held family corporations only, apt language could have been employed to achieve the desired result. But to utilize the general language of subsection 56(2) to achieve the result desired by the taxing authorities, as exemplified in this case, is not, in my view, justifiable.

In more general terms, the Supreme Court has looked at the issue of whether the *Income Tax Act* contemplates a distinction between arm's length and non-arm's length transactions in the well-known case of *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, (*supra*). In that case Estey J. rejected such a distinction. That case decided that taxpayers in non-arm's length relationships, as well as in arm's length relationships, could utilize whatever legal means were available to minimize tax obligations. At pages 570-572 he stated:

In light of this general background, a further subsidiary question must be considered: Is the transaction affected as to tax consequences where the vendor and purchaser are not at arm's length? There are, of course, many pragmatic and philosophical answers. In considering this issue, one must take cognizance of the many examples in the Act and its application by the Department which belie the distinction. For example, interspousal loans, which effectively allow income splitting with the consequential tax reduction, are approved under the present Act. See Interpretation Bulletin No IT-258R2, Department of National Revenue. There are other examples, including the transfer of invested surpluses by a corporation from bonds to stocks where the corporation moves from deficit to profit on its

Canada n'a pas résolu cette question dans l'arrêt *McClurg*, la Cour d'appel fédérale y a répondu par la plume du juge Urie dans l'arrêt *Canada c. McClurg*, [1988] 2 C.F. 356. Dans ses motifs, le juge en chef Dickson n'a pas modifié cette conclusion de la Cour d'appel fédérale. La décision de cette dernière sur la question de savoir si une distinction s'impose entre les opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance dans l'application du paragraphe 56(2) lie bien entendu la Section de première instance de cette Cour.

Au nom de la Cour d'appel fédérale, le juge Urie a conclu que rien dans le paragraphe 56(2) ne donne à penser qu'il établit une distinction entre les opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance. Aux pages 363 et 364, il a écrit:

Il est à noter, de plus, que le paragraphe en question, s'il devait s'appliquer à une société, ne fait aucune distinction entre des transferts effectués avec ou sans lien de dépendance.

Si le législateur avait voulu qu'elle ne s'applique qu'aux administrateurs de petites sociétés familiales fermées, il aurait pu trouver les mots adéquats pour obtenir le résultat souhaité. Mais à mon avis il n'est pas justifiable d'employer le libellé général du paragraphe 56(2) pour arriver au résultat recherché par le fisc, comme c'est le cas en l'espèce.

En des termes plus généraux, la Cour suprême s'est demandée, dans l'arrêt bien connu *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, précité, si la *Loi de l'impôt sur le revenu* établit une distinction entre les opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance. Dans cet arrêt, le juge Estey a rejeté une telle distinction. Et on a conclu que les contribuables ayant ou non un lien de dépendance pouvaient utiliser tout moyen légal possible pour réduire au minimum leurs obligations fiscales. Aux pages 570 à 572, il écrit:

Dans ce contexte, il faut analyser une autre question subsidiaire: les effets fiscaux de l'opération sont-ils modifiés si le vendeur et l'acquéreur sont liés? Il y a, cela va de soi, plusieurs réponses en pratique et en principe. Pour analyser cette question, il faut prendre connaissance des nombreux exemples contenus dans la Loi et de l'application que le Ministère en fait et qui nient la distinction. Par exemple, la présente loi approuve les prêts entre époux qui permettent le fractionnement réel des revenus et la réduction de l'impôt qui s'ensuit. Voir le bulletin d'interprétation IT-258R2 du ministère du Revenu national. Il y a d'autres exemples, notamment la transformation de surplus investis par une société d'obligations en actions lorsque les opérations commerciales de la société passent d'une situation

commercial operations. In neither of these examples is there any *bona fide* business purpose for the transfer or exchange of assets, both being done exclusively or avowedly to reduce or eliminate taxation.

Other sections of the *Income Tax Act* enable a corporation or its shareholders to reduce income upon the distribution of accumulated surplus, as for example under s. 85 of the old Act. By conforming with the terms of the statute, this income, which, when otherwise withdrawn by the shareholders would be taxable at full personal rates, can be transferred to the shareholders at reduced rates, even "artificially" reduced tax rates when one considers the artifice prescribed by Parliament in these sections.

There are many other examples in the Act of tax reduction devices, most of which, by axiom, are founded upon non-arm's length relationships. The taxpayer may acquire the marital deduction *in toto* for the entire calendar year by marrying on December 31 instead of January 1 in the following year. If the choice is made solely for tax reasons, surely the taxpayer's entitlement is not thereby placed in jeopardy. The same applies to persons who deliberately avail themselves of registered home ownership savings plans whether or not the taxpayer does so because of the tax deduction or because of a long-term, *bona fide* intent to establish a fund to be used to purchase a home; and to businesses combining by way of joint venture rather than by minority shareholding in a project. Motive would nowhere appear to be a precondition of eligibility. The same applies to the decision of a taxpayer to incorporate or to carry on business in partnership with a corporation. Whether or not these choices are made solely on the basis of tax advantage, whenever the *Income Tax Act* prescribes different tax rates for different forms of business, the taxpayer must surely be free to choose whichever mode fits his plans.

I think the finding of Urie J.A. in *McClurg*, that subsection 56(2) makes no distinction between arm's length and non-arm's length transactions, is consistent with the *dictum* of Estey J. in *Stubart*.

In deciding *McClurg*, the Chief Justice did not overlook *Stubart* because he made reference to it himself in setting forth his framework for his analysis in that case (at pages 1049-1050). *Stubart* dealt directly with the issue of tax avoidance and found that *per se*, tax avoidance in the non-arm's length context was not offensive or abusive so as to be judicially curtailed. I do not think the observations of the Chief Justice in *McClurg* were intended, by implication, to change the law from what a unanimous

déficitaire à une situation profitable. Ni dans l'un ni dans l'autre de ces exemples, il n'existe d'objet commercial véritable au transfert ou à la transformation de l'actif, les deux opérations étant faites exclusivement ou manifestement pour réduire ou éliminer l'impôt.

<sup>a</sup> D'autres articles de la *Loi de l'impôt sur le revenu* permettent à une société ou à ses actionnaires de réduire l'impôt lors de la distribution de surplus accumulés, par exemple l'art. 85 de l'ancienne loi. En se conformant au texte de loi, ce revenu que l'actionnaire retirerait autrement et qui serait imposable au taux maximum de l'impôt personnel, peut être versé aux actionnaires à des taux réduits, même à des taux réduits «factuellement» si l'on considère l'artifice prescrit par le législateur dans ces articles.

<sup>b</sup> La Loi comporte bien d'autres exemples de mécanismes de réduction de l'impôt, dont la plupart, par définition, se fondent sur des rapports entre des personnes liées. Le contribuable peut se prévaloir de la totalité de l'exemption de personne mariée pour toute l'année civile en se mariant le 31 décembre plutôt que le 1<sup>er</sup> janvier de l'année suivante. Si le choix est fait uniquement pour des motifs fiscaux, le droit du contribuable n'en est pas pour autant mis en péril. La même chose s'applique aux personnes qui se prévalent des régimes enregistrés d'épargne-logement, que le contribuable le fasse à cause de la réduction d'impôt ou à cause d'une intention véritable et permanente d'accumuler des sommes en vue d'acquérir une propriété. Prenons également l'exemple d'entreprises qui se lancent dans un projet par voie de coparticipation plutôt que par voie de participation minoritaire. La motivation n'apparaît nulle part comme une condition préalable à l'admissibilité. La même chose s'applique à la décision d'un contribuable de se constituer en société commerciale ou d'exploiter une entreprise en association avec une société commerciale. Que ces choix soient faits uniquement en fonction de l'avantage fiscal ou non, chaque fois que la *Loi de l'impôt sur le revenu* prescrit des taux d'imposition différents pour différentes formes d'entreprises, le contribuable est certainement libre de choisir le mode d'opération qui convient le mieux à ses plans.

<sup>c</sup> À mon sens, la conclusion du juge Urie J.C.A. dans l'arrêt *McClurg*, portant que le paragraphe 56(2) n'établit aucune distinction entre les opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance, est compatible avec l'opinion du juge Estey dans l'arrêt *Stubart*.

<sup>d</sup> En se prononçant dans l'arrêt *McClurg*, le juge en chef n'a pas négligé l'arrêt *Stubart* puisqu'il en a fait mention lui-même en posant le cadre de son analyse dans cette affaire (aux pages 1049 et 1050). Dans l'arrêt *Stubart*, qui portait directement sur la question de l'évitement fiscal, on a conclu qu'en soi, l'évitement fiscal dans un contexte où il existe un lien de dépendance était ni offensant ni abusif au point de devoir être restreint par les tribunaux. Je ne crois pas que, par ses commentaires, le juge en chef ait, dans

Supreme Court had set out in *Stubart*. Had it been his intention to do so, it is reasonable to assume that he would have used clear and direct language.<sup>7</sup>

Based on the decisions of the Federal Court of Appeal in *McClurg* 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 subsection 56(2), must be answered in the negative. Having come to this conclusion, there is no basis upon which to embark upon an investigation of whether or not a shareholder, in a non-arm's length situation, made a contribution to a company such that a dividend payment would not be considered a "benefit" as contemplated by subsection 56(2).

Although it is not essential for my decision in this case, I would add that counsel for the plaintiff was good enough to draw to my attention a condition precedent to the application of subsection 56(2) established by the Federal Court of Appeal in *Winter v. Canada*, [1991] 1 F.C. 585, page 594. That condition precedent is that when a reassessed taxpayer himself or herself has no entitlement to the payment made to the recipient, the validity of the assessment under subsection 56(2) of the Act is subject to the condition that the recipient of the benefit not be subject to tax on the benefit received. This principle was applied in *Smith, D.N. v. The Queen* (1993), 93 DTC 5351 (F.C.A.).

Counsel for the plaintiff argued that this condition was not referred to by the Chief Justice in *McClurg*, but I do not think this invalidates the principle, especially since the decision in *Winter* was issued on November 20, 1990, after the argument in *McClurg* in the Supreme Court but only one month before the

<sup>7</sup> Of course, my observations as to the law enunciated in *Stubart* are subject to subsequent amendments to the *Income Tax Act* such as revised attribution rules and a general anti-avoidance rule. As the facts in the case at bar relate to the calendar year 1982, such subsequent amendments, the effect of which I make no comment, would have no relevance here.

l'arrêt *McClurg*, cherché implicitement à modifier le droit que la Cour suprême avait unanimement énoncé dans l'arrêt *Stubart*. S'il en avait eu l'intention, il est raisonnable de présumer qu'il aurait utilisé des termes clairs et non équivoques<sup>7</sup>.

Compte tenu des décisions de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *McClurg* 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. Compte tenu de ma conclusion, il n'y a pas de raison de se demander si, dans une situation où il existe un lien de dépendance, l'actionnaire a fourni un apport à une société à tel point qu'un versement de dividendes ne serait pas considéré comme un «avantage» aux termes du paragraphe 56(2).

Bien que ce ne soit pas essentiel à ma décision en l'espèce, j'ajouterais que l'avocat de la demanderesse a eu l'amabilité d'attirer mon attention sur une condition d'application du paragraphe 56(2) que la Cour d'appel fédérale a énoncée dans l'arrêt *Winter c. Canada*, [1991] 1 C.F. 585, à la page 594. Selon cette condition, lorsque le contribuable à l'égard duquel est établie une nouvelle cotisation n'a lui-même aucun droit au versement effectué au bénéficiaire, la validité de la cotisation dans le cadre du paragraphe 56(2) de la Loi est assujettie à la condition que le bénéficiaire de l'avantage n'ait pas été assujéti à l'impôt à l'égard de l'avantage reçu. Ce principe a été appliqué dans l'arrêt *Smith D.N. c. La Reine* (1993), 93 DTC 5251 (C.A.F.).

L'avocat de la demanderesse soutient que cette condition n'a pas été mentionnée par le juge en chef dans l'arrêt *McClurg*, mais je ne crois pas que le principe s'en trouve invalidé, particulièrement puisque l'arrêt *Winter* a été rendu le 20 novembre 1990, après que la Cour suprême eut entendu les plaidoiries dans

<sup>7</sup> Il va de soi que mes commentaires sur le droit énoncé dans l'arrêt *Stubart* sont sujets aux modifications apportées subséquentement à la *Loi de l'impôt sur le revenu* telles que les règles révisées relatives à l'attribution et la règle générale d'évitement fiscal. Comme les faits en l'espèce portent sur l'année civile 1982, ces modifications subséquentes, sur les effets desquels je ne fais aucun commentaire, n'auraient aucune pertinence en l'espèce.

Supreme Court issued its decision in *McClurg* on December 20, 1990.

Plaintiff's counsel also argued that Ruby Neuman was not subject to tax on her dividend payment as it was not as shareholder, but as wife, that she was paid. This type of distinction was made by Marceau J.A. in *Winter*, (*supra*). However, in my view, in the case at bar, the payment received by Ruby Neuman was indeed received by her as shareholder and not as wife. There was no allegation that the dividend payment was the result of a sham. According to the evidence before me, all corporate formalities were followed. Ruby Neuman was liable for tax on the dividend payment she received. The defendant had no entitlement to the payment made to Ruby Neuman. Following *Winter* and *Smith*, (*supra*), the condition precedent for the application of subsection 56(2), that the payee not be subject to tax on the amount she received when the reassessed taxpayer had no entitlement to the payment made to her, has not been satisfied in the case at bar.

It may also be appropriate for me to observe that nothing in the scheme of the *Income Tax Act* as a whole suggests an overall intention to prevent income splitting. In a paper by Vern Krishna and J. Anthony VanDuzer, "Corporate Share Capital Structures and Income Splitting: *McClurg v. Canada*" (1992-93), 21 *The Canadian Business Law Journal* 335,<sup>8</sup> the learned authors state, at page 367:

The Canadian income tax system is structured on the premise that each taxpayer, including corporations, is a separate tax entity and, apart from specific provisions such as s. 56(2) which prevent the diversion of income, there is no general scheme to prevent income splitting. To be sure, both s. 56(2) and s. 74.1 do reflect an underlying philosophy that a taxpayer should not be able to divert income to another taxpayer for the purposes of reducing his or her marginal rate of tax. Those provisions are, however, extremely technical and specific in their ambit and do not reflect any general overall philosophy that can be ascribed to the Act "read as a whole".

<sup>8</sup> I found this paper instructive in assisting me in understanding the corporate and tax implications of the *McClurg* decision.

l'affaire *McClurg*, mais seulement un mois avant qu'elle rende sa décision, le 20 décembre 1990.

L'avocat de la demanderesse soutient également que Ruby Neuman n'était pas assujettie à l'impôt à l'égard du versement de son dividende puisque ce n'est pas à titre d'actionnaire, mais d'épouse, qu'elle a touché le paiement. Cette forme de distinction a été établie par le juge Marceau, J.C.A., dans l'arrêt *Winter*, précité. À mon avis toutefois, en l'espèce, Ruby Neuman a de fait reçu le versement à titre d'actionnaire et non d'épouse. On n'a pas allégué que le versement du dividende était le fruit d'un trompe-l'œil. Selon la preuve produite devant moi, toutes les formalités propres aux sociétés ont été suivies. Ruby Neuman était assujettie à l'impôt à l'égard des dividendes qu'elle a reçus. Le défendeur n'avait aucun droit au versement effectué à Ruby Neuman. Suivant les arrêts *Winter* et *Smith*, précités, il n'a pas été satisfait en l'espèce à la condition d'application du paragraphe 56(2), portant que la bénéficiaire du paiement ne doit pas être assujettie à l'impôt à l'égard du montant qu'elle a reçu si le contribuable à l'égard duquel est établie une nouvelle cotisation n'a aucun droit au paiement effectué à la bénéficiaire.

Il convient peut-être également que je remarque que rien dans le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans son ensemble n'indique une intention générale d'interdire le fractionnement du revenu. Dans leur article intitulé «Corporate Share Capital Structures and Income Splitting: *McClurg v. Canada*» (1992-93), 21 *The Canadian Business Law Journal* 335<sup>8</sup>, Vern Krishna et J. Anthony VanDuzer ont écrit, à la page 367:

[TRADUCTION] Le régime fiscal canadien repose sur l'hypothèse que chaque contribuable, dont les sociétés, représente une entité distincte sur le plan fiscal et, à l'exception des dispositions expresses comme le paragraphe 56(2), qui interdit le détournement du revenu, aucun mécanisme général n'empêche le fractionnement du revenu. Certes, le paragraphe 56(2) et l'article 74.1 reflètent tous deux une philosophie sous-jacente portant qu'un contribuable ne devrait pouvoir détourner son revenu vers un autre contribuable pour réduire son taux marginal d'imposition. Ces dispositions sont toutefois extrêmement techniques et spécifiques dans leur portée et elles ne reflètent aucune philosophie générale qui puisse être attribuée à la Loi «lue dans son ensemble».

<sup>8</sup> Cet article m'aide à comprendre les incidences de l'arrêt *McClurg* sur le plan des sociétés et de la fiscalité.

For an income-splitting transaction to be successfully challenged by the Minister it must contravene an applicable section of the *Income Tax Act*. Based on the decision of the Supreme Court in *McClurg*, I have found that subsection 56(2) is not designed to prevent the type of income splitting engaged in by Ruby Neuman and Melville Neuman in the case at bar.

My conclusion does not imply that subsection 56(2) can never be applied in the context of a director-shareholder relationship and the declaration of dividends. If a transaction giving rise to the payment of dividends was a sham within the definition of that term as set out by Diplock L.J. in *Snook v. London & West Riding Investments, Ltd.*, [1967] 1 All E.R. 518 (C.A.), at page 528:

... which are intended by them to give to third parties or to the court the appearance of creating between the parties legal rights and obligations different from the actual legal rights and obligations (if any) which the parties intend to create.

I think subsection 56(2) could well apply. In such circumstances, the appearance of the director-shareholder relationship would be different from the actual relationship between the parties. In the case at bar, counsel for the plaintiff expressly stipulated that there was no allegation or suggestion by the Minister that the transaction pursuant to which Ruby Neuman received her dividends was a sham.

Subsection 56(2) could also apply in circumstances in which the declaration of a dividend to one class of shares was properly attributable to other classes of shares as well. Subsection 56(2) was applied in *Champ (W) v. The Queen*, [1983] CTC 1 (F.C.T.D.) in which a dividend payment to one class of shares was, according to the Articles, attributable also to another class of shares. In that case, subsection 56(2) was invoked to attribute dividends to both classes of shares in accordance with the requirements of the Articles. In the case at bar, dividends were declared pursuant to a valid discretionary dividend clause in the Articles and the presumption as to equality of treatment of shares was rebutted.

Pour qu'une opération ayant pour résultat de fractionner le revenu soit contestée avec succès par le ministre, elle doit contrevenir à un article applicable de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Compte tenu de l'arrêt *McClurg*, rendu par la Cour suprême, je conclus que le paragraphe 56(2) n'est pas destiné à empêcher le genre de fractionnement du revenu effectué par Ruby Neuman et Melville Neuman dans la présente affaire.

Ma conclusion n'implique pas que le paragraphe 56(2) ne peut jamais s'appliquer dans le contexte d'une relation administrateur-actionnaire et d'une déclaration de dividendes. Si une opération entraînant le versement de dividendes était une frime, au sens de la définition qu'en a donnée le lord juge Diplock dans l'arrêt *Snook v. London & West Riding Investments, Ltd.*, [1967] 1 All E.R. 518 (C.A.), à la page 528, soit:

[TRADUCTION] ... dans l'intention de faire croire à des tiers ou à la cour qu'ils créent entre les parties des obligations et droits légaux différents des obligations et droits légaux réels (s'il en est) que les parties ont l'intention de créer.

J'estime que le paragraphe 56(2) pourrait très bien s'appliquer. Dans de telles circonstances, l'apparence de la relation administrateur-actionnaire serait différente de la véritable relation qui unit les parties. Dans la présente affaire, l'avocat de la demanderesse a expressément mentionné que le ministre n'alléguait pas ni ne donnait à entendre que l'opération grâce à laquelle Ruby Neuman a reçu des dividendes était un trompe-l'œil.

Le paragraphe 56(2) pourrait également s'appliquer dans les cas où la déclaration d'un dividende sur une catégorie d'actions est à bon droit attribuable à une catégorie différente d'actions également. Le paragraphe 56(2) a été appliqué dans l'arrêt *Champ (W) c. La Reine*, [1983] CTC 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), où le versement d'un dividende à une catégorie d'actions était, selon les statuts constitutifs, attribuable également à une seconde catégorie d'actions. Dans cette affaire, on a invoqué le paragraphe 56(2) pour attribuer les dividendes aux deux catégories d'actions conformément aux exigences énoncées dans les statuts. En l'espèce, les dividendes ont été déclarés conformément à une clause de dividende discrétionnaire valide énoncée dans les statuts constitutif, et la présomption d'égalité de traitement entre les actions a été réfutée.

Subsection 56(2) might also apply to a case in which the intended recipient of a declared dividend redirected the dividend to another person. This did not occur in the case at bar.

Apart from these narrow types of exceptions, 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.

The appeal is dismissed with costs.

Le paragraphe 56(2) pourrait également s'appliquer dans une affaire où le bénéficiaire visé par une déclaration de dividendes remettrait le dividende à une autre personne. En l'espèce, il n'en fut rien.

<sup>a</sup> À l'exception de catégories restreintes d'exceptions, 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.

<sup>b</sup> L'appel est rejeté avec dépens.