

Melville Neuman Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: NEUMAN v. M.N.R.

File No.: 25565.

1998: January 28; 1998: May 21.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major and Bastarache JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income tax — Dividends — Attribution — Taxpayer incorporating family holding company for tax planning and income splitting purposes — Taxpayer's wife elected sole director of company — Wife declaring dividends on her own and on taxpayer's shares — Whether dividend income received by wife should be attributed to taxpayer for income tax purposes — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 56(2).

The appellant N incorporated a family holding company and immediately sold all of his shares in another company to it on a tax-deferred basis for the same number of Class "G" voting shares in the holding company. N's wife was issued 99 non-voting Class "F" shares at \$1 per share. At the first annual meeting of shareholders N's wife was elected sole director of the holding company and N and his wife were appointed as officers. In 1982, the holding company received \$20,000 in dividends on the shares it owned. A board of directors meeting was held at which N's wife, pursuant to a discretionary dividend clause in the company's articles of incorporation, declared a dividend of \$5,000 to be paid on N's Class "G" shares and another dividend of \$14,800 to be paid on her own Class "F" shares. N's wife immediately loaned him \$14,800 and received a demand promissory note as security in return. N's wife died in 1988. The loan was not repaid. The dividend income paid to N's wife in 1982 was attributed to N as being a payment or transfer of property made pursuant to the direction of or with the concurrence of N as described in s. 56(2) of the *Income Tax Act (ITA)* and he was assessed tax on this income. N appealed his 1982 assessment to the Tax Court of Canada and in 1992 that assessment was vacated. The respondent appealed to the

Melville Neuman Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: NEUMAN c. M.R.N.

N° du greffe: 25565.

1998: 28 janvier; 1998: 21 mai.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major et Bastarache.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Dividendes — Attribution — Contribuable constituant une société de portefeuille familiale à des fins de planification fiscale et de fractionnement du revenu — Épouse du contribuable élue seule administratrice de la société — Épouse déclarant des dividendes sur ses propres actions et sur celles du contribuable — Le revenu de dividendes touché par l'épouse devrait-il être attribué au contribuable aux fins de l'impôt sur le revenu? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 56(2).

L'appellant N a constitué une société de portefeuille familiale et lui a immédiatement vendu, selon une formule d'impôt différé, toutes les actions qu'il possédait dans une autre société, en échange du même nombre d'actions de catégorie «G» avec droit de vote de la société de portefeuille. L'épouse de N s'est vu émettre 99 actions de catégorie «F», sans droit de vote, au prix de 1 \$ l'action. Lors de la première assemblée annuelle des actionnaires, l'épouse de N a été élue seule administratrice de la société de portefeuille, et N et son épouse ont été nommés dirigeants. En 1982, la société de portefeuille a touché des dividendes de 20 000 \$ sur les actions qu'elle possédait. Le conseil d'administration a tenu une réunion au cours de laquelle l'épouse de N a, conformément à une clause de dividendes discrétionnaires énoncée dans les statuts constitutifs de la société, déclaré un dividende de 5 000 \$ payable sur les actions de catégorie «G» de N, et un autre dividende de 14 800 \$ payable sur ses propres actions de catégorie «F». L'épouse de N a immédiatement consenti à ce dernier un prêt de 14 800 \$ garanti par un billet à demande. Celle-ci est décédée en 1988. Le prêt n'a pas été remboursé. Le revenu de dividendes versé à l'épouse de N en 1982 a été attribué à N comme paiement ou transfert de biens fait suivant les instructions ou avec l'accord de

Federal Court, Trial Division without success, but a further appeal to the Federal Court of Appeal was allowed.

Held: The appeal should be allowed.

Section 56(2) of the *ITA* does not apply to the dividend income received by N's wife. While s. 56(2) strives to prevent tax avoidance through income splitting, it is a specific tax avoidance provision and not a general provision against income splitting. It can only operate to prevent income splitting where the following preconditions to its application are specifically met: (1) the payment must be to a person other than the reassessed taxpayer; (2) the allocation must be at the direction or with the concurrence of the reassessed taxpayer; (3) the payment must be for the benefit of the reassessed taxpayer or for the benefit of another person whom the reassessed taxpayer wished to benefit; and (4) the payment would have been included in the reassessed taxpayer's income if it had been received by him or her. *McClurg v. Canada* provides that as a general rule, s. 56(2) does not apply to dividend income since, until a dividend is declared, the profits belong to the corporation as retained earnings. The declaration of a dividend therefore cannot be said to be a diversion of a benefit which the taxpayer otherwise would have received. Such an entitlement requirement is consistent with the purpose of s. 56(2), which is to capture and attribute to the reassessed taxpayer receipts which he or she otherwise would have obtained. Unless a reassessed taxpayer had a preexisting entitlement to the dividend income paid to the shareholder of a corporation, the fourth precondition cannot be satisfied and consequently s. 56(2) cannot operate to attribute the dividend income to that taxpayer for income tax purposes.

Assuming that proper consideration was given for the shares when issued, there is no exception to the rule that s. 56(2) does not apply to dividend income where the recipient of the dividend income in a non-arm's length

ce dernier, tel que prévu au par. 56(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu (LIR)*, et N a été imposé sur ce revenu. N a interjeté appel devant la Cour canadienne de l'impôt contre sa cotisation de 1982, qui a été annulée en 1992. L'intimée a interjeté, sans succès, un appel devant la Cour fédérale, Section de première instance, mais a obtenu gain de cause devant la Cour d'appel fédérale.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le paragraphe 56(2) de la *LIR* ne s'applique pas au revenu de dividendes reçu par l'épouse de N. Bien qu'il vise à empêcher l'évitement fiscal au moyen du fractionnement du revenu, le par. 56(2) constitue une disposition particulière relative à l'évitement fiscal, et non une disposition générale interdisant le fractionnement du revenu. Il ne peut s'appliquer pour empêcher le fractionnement du revenu que lorsque les conditions suivantes préalables à son application sont précisément remplies: 1) le paiement doit être fait à une autre personne que le contribuable à l'égard duquel une nouvelle cotisation est établie; 2) la répartition doit être faite suivant les instructions ou avec l'accord du contribuable à l'égard duquel une nouvelle cotisation est établie; 3) le paiement doit être fait au profit du contribuable à l'égard duquel une nouvelle cotisation est établie ou à une autre personne à titre d'avantage que ce contribuable souhaitait voir accorder à cette autre personne; 4) le paiement aurait été inclus dans le revenu du contribuable à l'égard duquel une nouvelle cotisation est établie si ce dernier l'avait reçu lui-même. L'arrêt *McClurg c. Canada* prévoit qu'en règle générale le par. 56(2) ne s'applique pas aux revenus de dividendes étant donné que, jusqu'à ce qu'un dividende soit déclaré, les profits appartiennent à la société à titre de bénéfices non distribués. On ne saurait donc dire que la déclaration d'un dividende constitue un détournement d'un avantage dont le contribuable aurait autrement bénéficié. Une telle condition d'existence d'un droit est compatible avec l'objet du par. 56(2), qui est de prendre et d'attribuer au contribuable à l'égard duquel une nouvelle cotisation est établie les recettes qu'il aurait autrement touchées. À moins que le contribuable à l'égard duquel une nouvelle cotisation est établie n'ait eu un droit préexistant au revenu de dividendes versé à l'actionnaire d'une société, la quatrième condition préalable ne peut pas être remplie et, par conséquent, le par. 56(2) ne peut pas être appliqué de manière à attribuer le revenu de dividendes à ce contribuable aux fins de l'impôt sur le revenu.

À supposer qu'une contrepartie suffisante a été donnée pour les actions au moment de leur émission, il n'y a pas d'exception à la règle selon laquelle le par. 56(2) ne s'applique pas à un revenu de dividendes lorsque le

transaction has not made a legitimate contribution to the corporation. The fact that a company is closely held or that no contribution is made to the company by a shareholder benefiting from a dividend in no way changes the underlying nature of a dividend. Dividends are paid to shareholders as a return on their investment in the corporation. Since the distribution of the dividend is not determined by the quantum of a shareholder's contribution to the corporation, it would be illogical to use contribution as the criterion that determines when dividend income will be subject to s. 56(2). Further, taxpayers are entitled to arrange their affairs for the sole purpose of achieving a favourable position regarding taxation and no distinction is to be made in the application of this principle between arm's length and non-arm's length transactions.

Cases Cited

Considered: *McClurg v. Canada*, [1990] 3 S.C.R. 1020, aff'g [1988] 2 F.C. 356; **distinguished:** *Winter v. Canada*, [1991] 1 F.C. 585; **referred to:** *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *Murphy v. The Queen*, 80 D.T.C. 6314; *Fraser Companies, Ltd. v. The Queen*, 81 D.T.C. 5051.

Statutes and Regulations Cited

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 12(1)(j), 56(2), 74.4 [ad. 1986, c. 6, s. 38], 82(1), 85(1), 245 [rep. & sub. 1988, c. 55, s. 185].

Authors Cited

Krishna, Vern. "Share Capital Structure of Closely-Held Private Corporations" (1996), 7 *Can. Curr. Tax* 7.
Krishna, Vern, and J. Anthony Van Duzer. "Corporate Share Capital Structures and Income Splitting: *McClurg v. Canada*" (1992-93), 21 *Can. Bus. L.J.* 335.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1997] 1 F.C. 79, 201 N.R. 358, [1996] 3 C.T.C. 270, 96 D.T.C. 6464, [1996] F.C.J. No. 1108 (QL), allowing an appeal from a judgment of Rothstein J., [1994] 2 F.C. 154, 72 F.T.R. 17, [1994] 1 C.T.C. 354, 94 D.T.C. 6094, [1993] F.C.J. No. 1332 (QL), dismissing an appeal from a

bénéficiaire du revenu de dividendes, dans une opération effectuée avec lien de dépendance, n'a fourni aucun apport légitime à la société. Le fait qu'une société soit une société à capital fermé ou qu'aucun apport ne soit fourni à la société par un actionnaire qui profite d'un dividende ne change rien à la nature fondamentale d'un dividende. Les dividendes sont versés aux actionnaires à titre de rendement du capital qu'ils ont investi dans la société. Étant donné que la distribution du dividende ne dépend pas de l'importance de l'apport fourni par un actionnaire à la société, il serait illogique de faire de cet apport le critère d'assujettissement du revenu de dividendes au par. 56(2). En outre, les contribuables ont le droit d'organiser leurs affaires dans le seul but de se trouver dans une situation favorable sur le plan fiscal et, pour appliquer ce principe, aucune distinction ne doit être établie entre les opérations effectuées sans lien de dépendance et celles effectuées avec lien de dépendance.

Jurisprudence

Arrêt examiné: *McClurg c. Canada*, [1990] 3 R.C.S. 1020, conf. [1988] 2 C.F. 356; **distinction d'avec l'arrêt:** *Winter c. Canada*, [1991] 1 C.F. 585; **arrêts mentionnés:** *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *Murphy c. The Queen*, 80 D.T.C. 6314; *Fraser Companies, Ltd. c. The Queen*, 81 D.T.C. 5051.

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 12(1)j), 56(2) [abr. & rempl. 1977-78, ch. 1, art. 101], 74.4 [aj. 1986, ch. 6, art. 38], 82(1), 85(1), 245 [abr. & rempl. 1988, ch. 55, art. 185].

Doctrine citée

Krishna, Vern. «Share Capital Structure of Closely-Held Private Corporations» (1996), 7 *Can. Curr. Tax* 7.
Krishna, Vern, and J. Anthony Van Duzer. «Corporate Share Capital Structures and Income Splitting: *McClurg v. Canada*» (1992-93), 21 *Can. Bus. L.J.* 335.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1997] 1 C.F. 79, 201 N.R. 358, [1996] 3 C.T.C. 270, 96 D.T.C. 6464, [1996] A.C.F. n° 1108 (QL), qui a accueilli un appel contre un jugement du juge Rothstein, [1994] 2 C.F. 154, 72 F.T.R. 17, [1994] 1 C.T.C. 354, 94 D.T.C. 6094, [1993] A.C.F. n° 1332 (QL), qui avait rejeté un

judgment of Sarchuk T.C.C.J., [1992] 2 C.T.C. 2074, 92 D.T.C. 1652, [1992] T.C.J. No. 288 (QL), allowing an appeal from an assessment of income tax. Appeal allowed.

Joe E. Hershfield, Q.C., Ralph D. Neuman and Christopher M. Paterson, for the appellant.

Roger Taylor and Robert Gosman, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. — The principal question raised by this appeal is whether dividend income, paid by a closely held family corporation to a non-arm's length shareholder who has not contributed to or participated in the business of the corporation, in this case Ruby Neuman, should be attributed to the shareholder's spouse, the appellant Melville Neuman, for income tax purposes in accordance with s. 56(2) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63 as amended (the "ITA"). I conclude that s. 56(2) does not apply to dividend income such that the dividend income received by Ruby Neuman cannot be attributed to the appellant for income tax purposes.

1. Facts

The appellant was at all material times a lawyer with the firm of Neuman, MacLean in Winnipeg. The appellant and his partners at the law firm each owned 1,285,714 common shares in Newmac Services (1973) Ltd. ("Newmac"), which owned commercial property in downtown Winnipeg, including the offices of Neuman, MacLean. The appellant acted as secretary of Newmac. The appellant's wife, Ruby Neuman, had no involvement in the business of Newmac.

On April 29, 1981, the appellant incorporated Melru Ventures Inc. ("Melru") as a family holding company. Rothstein J. of the Federal Court, Trial

appel contre un jugement du juge Sarchuk, [1992] 2 C.T.C. 2074, 92 D.T.C. 1652, [1992] A.C.I. n° 288 (QL), qui avait accueilli un appel contre une cotisation d'impôt sur le revenu. Pourvoi accueilli.

Joe E. Hershfield, c.r., Ralph D. Neuman et Christopher M. Paterson, pour l'appellant.

Roger Taylor et Robert Gosman, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — La principale question soulevée par le présent pourvoi est de savoir si un revenu de dividendes versé par une société familiale à capital fermé à un actionnaire ayant un lien de dépendance qui n'a fourni aucun apport ni participé aux affaires de la société, en l'occurrence Ruby Neuman, devrait être attribué au conjoint de l'actionnaire, l'appellant Melville Neuman, aux fins de l'impôt sur le revenu, conformément au par. 56(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63 et ses modifications (la «LIR»). Je conclus que le par. 56(2) ne s'applique pas aux revenus de dividendes de sorte que le revenu de dividendes touché par Ruby Neuman ne peut pas être attribué à l'appellant aux fins de l'impôt sur le revenu.

1. Les faits

Pendant toute la période pertinente, l'appellant était avocat au sein du cabinet Neuman, MacLean de Winnipeg. Lui et ses associés détenaient chacun 1 285,714 actions ordinaires de Newmac Services (1973) Ltd. («Newmac»), qui possédait des biens à usage commercial au centre-ville de Winnipeg, notamment les bureaux de Neuman, MacLean. L'appellant faisait fonction de secrétaire de Newmac. L'épouse de l'appellant, Ruby Neuman, ne participait pas aux affaires de Newmac.

Le 29 avril 1981, l'appellant a constitué Melru Ventures Inc. («Melru») en société de portefeuille familiale. Le juge Rothstein de la Cour fédérale,

1

2

3

Division found that Melru was incorporated for tax planning and income splitting purposes and that it had no other independent business purpose ([1994] 2 F.C. 154, at p. 160).

Section de première instance, a conclu que Melru avait été constituée en personne morale à des fins de planification fiscale et de fractionnement du revenu et qu'elle n'avait aucun autre objectif commercial indépendant ([1994] 2 C.F. 154, à la p. 160).

4

The capital structure of Melru provided for different classes of shares with different rights and privileges. The dividends were to be declared at the sole discretion of the directors; distributions could be done selectively among the various classes of shares. The rights and conditions of the Class "G" and "F" shares are as follows:

La structure du capital de Melru prévoyait différentes catégories d'actions assorties de divers droits et privilèges. La déclaration de dividendes était laissée à l'entière discrétion des administrateurs; les distributions pouvaient être faites sélectivement parmi les diverses catégories d'actions. Les conditions et droits suivants sont rattachés aux actions des catégories «F» et «G»:

[TRADUCTION]

(a) the holders of Class "G" shares shall in each year, in the discretion of the directors, be entitled out of any or all profits or surplus available for dividends to non-cumulative dividends at such rate as may from time to time be declared on any such shares but not exceeding the equivalent of 1% per annum on "redemption price" above the maximum prime bank rates. . . .

a) les détenteurs d'actions de catégorie «G» ont droit chaque année, à la discrétion des administrateurs, à des dividendes non cumulatifs versables sur la totalité ou une partie des bénéfices ou des surplus disponibles aux fins du versement de dividendes à un taux qui, à l'occasion, peut être déclaré sur ces actions, mais qui ne dépasse pas l'équivalent de 1 pour 100 par année sur le «prix de rachat» en sus du plus élevé des taux bancaires préférentiels . . .

. . . .

. . . .

(e) all dividends paid or declared and set aside for payment in any fiscal year, after making payments on Class "G" shares and preference shares of dividends declared shall be paid firstly on Class "F" shares until dividends aggregating 1¢ per share on the Class "F" shares then outstanding have been paid and then any additional dividends shall be set aside for payment on common shares until the common shares then outstanding shall have received 1¢ per share and any additional dividends shall be paid on Class "F" shares until they receive that fraction of profits properly available for payment of dividends as the number of Class "F" shares then outstanding bear to the total number of Class "F" shares and common shares then outstanding and the balance shall in the discretion of the directors be paid on common shares or set aside for future payment on common shares at the discretion of the board of directors.

e) tous les dividendes versés ou déclarés et mis de côté aux fins du versement dans un exercice financier, après le versement des dividendes à l'égard des actions de catégorie «G» et des actions privilégiées, sont en premier versés à l'égard des actions de catégorie «F» jusqu'à ce que des dividendes totalisant 0,01 \$ l'action sur les actions de catégorie «F» alors en circulation, aient été versés et, par la suite, tous les dividendes additionnels sont mis de côté en vue d'être versés à l'égard des actions ordinaires jusqu'à ce que 0,01 \$ ait été versé pour chaque action ordinaire alors en circulation; tous les dividendes additionnels sont versés sur les actions de catégorie «F» jusqu'à ce qu'elles aient reçu la fraction des bénéfices qui est dûment disponible aux fins du versement de dividendes selon la part que les actions de catégorie «F» alors en circulation représentent du total des actions de catégorie «F» et des actions ordinaires alors en circulation. Le solde est, à la discrétion des administrateurs, versé sur les actions ordinaires ou mis de côté aux fins du versement à une date ultérieure sur les actions ordinaires à la discrétion du conseil d'administration.

Pursuant to an agreement dated April 29, 1981, the appellant sold his shares in Newmac to Melru for 1,285,714 Class “G” shares of Melru. The shares were sold on a tax-deferred basis pursuant to s. 85(1) of the *ITA* and they were described as having a fair market value of \$120,000. On May 1, 1981, a meeting of the first director was held at which the appellant was appointed president and Ruby Neuman was appointed secretary. One voting common share of Melru was issued to the appellant for \$1. A special general meeting of the shareholders was held that same day at which the appellant resigned as first director and was elected director of Melru until the first annual meeting of the corporation. Ruby Neuman acted as secretary at this meeting. That same day there was a meeting of the board of directors which the appellant chaired. A resolution was passed authorizing the issue of 1,285,714 Class “G” shares to the appellant in accordance with the agreement of sale. A second resolution was passed authorizing the issue of 99 non-voting Class “F” shares to Ruby Neuman at \$1 per share.

The first annual meeting of shareholders was held on August 12, 1982. Ruby Neuman was elected sole director of Melru and the appellant and Ruby Neuman were appointed as officers.

In 1982, Melru received \$20,000 in dividends on the Newmac shares. These were the first dividends paid on the Newmac shares. A board of directors meeting was held on September 8, 1982 at which time Ruby Neuman declared a dividend in the amount of \$5,000 to be paid on the Class “G” shares and another dividend of \$14,800 to be paid on the Class “F” shares. The minutes indicate that the holder of the common shares (i.e., the appellant) was prepared to have money set aside for future payment on his shares.

Conformément à un contrat en date du 29 avril 1981, l’appellant a vendu ses actions de Newmac en échange de 1 285,714 actions de catégorie «G» de Melru. Les actions ont été vendues selon une formule d’impôt différé conformément au par. 85(1) de la *LIR* et leur juste valeur marchande a été fixée à 120 000 \$. Le 1^{er} mai 1981, le premier administrateur a tenu une assemblée au cours de laquelle l’appellant a été nommé président, et Ruby Neuman, secrétaire. Une action ordinaire de Melru assortie d’un droit de vote a été émise à l’appellant pour la somme de 1 \$. Au cours d’une assemblée générale extraordinaire des actionnaires tenue le même jour, l’appellant a démissionné de son poste de premier administrateur et a été élu administrateur de Melru jusqu’à la première assemblée générale annuelle de la société. Ruby Neuman faisait fonction de secrétaire lors de cette assemblée. Le même jour, il y a eu une réunion du conseil d’administration présidée par l’appellant. Une résolution a été adoptée pour autoriser l’émission de 1 285,714 actions de catégorie «G» à l’appellant conformément au contrat de vente. Une seconde résolution a été adoptée autorisant l’émission de 99 actions de catégorie «F», sans droit de vote, à Ruby Neuman au prix de 1 \$ l’action.

Lors de la première assemblée annuelle des actionnaires tenue le 12 août 1982, Ruby Neuman a été élue seule administratrice de Melru, et l’appellant et Ruby Neuman ont été nommés dirigeants.

En 1982, Melru a touché des dividendes de 20 000 \$ sur les actions de Newmac. C’étaient les premiers dividendes versés sur les actions de Newmac. Le 8 septembre 1982, le conseil d’administration a tenu une réunion au cours de laquelle Ruby Neuman a déclaré un dividende de 5 000 \$ payable sur les actions de catégorie «G», et un autre dividende de 14 800 \$ payable sur les actions de catégorie «F». Le procès-verbal révèle que le détenteur des actions ordinaires (c’est-à-dire l’appellant) était disposé à ce qu’une somme soit mise de côté en vue d’un paiement ultérieur à l’égard de ses actions.

5

6

7

- 8 Ruby Neuman immediately loaned \$14,800 to the appellant and she received in return a demand promissory note as security. Ruby Neuman died in 1988. The loan was not repaid.
- Ruby Neuman a immédiatement consenti à l'appelant un prêt de 14 800 \$ garanti par un billet à demande. Ruby Neuman est décédée en 1988. Le prêt n'a pas été remboursé.
- 9 Rothstein J. made the following relevant findings of fact (at pp. 160-61):
- Le juge Rothstein a tiré les conclusions de fait pertinentes suivantes (aux pp. 160 et 161):
1. The dividends declared by Ruby Neuman on her own Class "F" shares and the appellant's Class "G" shares were declared pursuant to a discretionary dividend clause in the Articles of Incorporation of Melru. The dividends of \$14,800 on the "F" shares and \$5,000 on the "G" shares were arbitrary numbers.
 1. La déclaration de dividendes par Ruby Neuman sur ses propres actions de catégorie «F» et sur les actions de catégorie «G» de l'appelant était conforme à la clause de dividendes discrétionnaires énoncée dans les statuts constitutifs de Melru. Les dividendes de 14 800 \$ sur les actions de catégorie «F» et de 5 000 \$ sur les actions de catégorie «G» étaient des montants arbitraires.
 2. Ruby Neuman made no contribution to Melru, nor did she assume any risks for the company.
 2. Ruby Neuman n'a fourni aucun apport à Melru, ni assumé de risques pour le compte de la société.
 3. The appellant's evidence was that when his wife was elected director of Melru, he explained to her the duties of a director, that directors manage the corporation, that they have a duty to the corporation, and that they make the decisions. The appellant said that he made recommendations to his wife which she accepted but that the decision as to the declaration of dividends was hers.
 3. L'appelant 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. L'appelant 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.
- 10 The dividend income paid to Ruby Neuman in 1982 was attributed to the appellant as being a payment or transfer of property made pursuant to the direction of or with the concurrence of the appellant as described in s. 56(2) of the *ITA* and he was assessed tax on this income.
- Le revenu de dividendes versé à Ruby Neuman en 1982 a été attribué à l'appelant comme paiement ou transfert de biens fait suivant les instructions ou avec l'accord de l'appelant, tel que prévu au par. 56(2) de la *LIR*, et il a été imposé sur ce revenu.
- 11 The appellant appealed his 1982 assessment to the Tax Court of Canada and in 1992 the assessment was vacated: [1992] 2 C.T.C. 2074. (Proceedings had been delayed pending the final determination in *McClurg v. Canada*, [1990] 3 S.C.R. 1020.) The respondent appealed to the Federal Court, Trial Division without success, but a further appeal to the Federal Court of Appeal was successful: [1997] 1 F.C. 79.
- L'appelant a interjeté appel devant la Cour canadienne de l'impôt contre sa cotisation de 1982, qui a été annulée en 1992: [1992] 2 C.T.C. 2074. (Les procédures avaient été différées jusqu'à ce qu'une décision définitive soit rendue dans l'affaire *McClurg c. Canada*, [1990] 3 R.C.S. 1020.) L'intimée a interjeté, sans succès, un appel devant la Cour fédérale, Section de première instance, mais a obtenu gain de cause devant la Cour d'appel fédérale: [1997] 1 C.F. 79.

2. Judicial HistoryA. *Tax Court of Canada*

Sarchuk T.C.C.J. allowed the appellant's appeal and referred the assessment back to the respondent for reconsideration on the basis that the dividend income received by Ruby Neuman was not to be included in the appellant's income under s. 56(2). In reaching this conclusion, he relied on the opinion expressed by this Court in *McClurg* that as a general rule s. 56(2) does not apply to dividend income. Sarchuk T.C.C.J. acknowledged Dickson C.J.'s *obiter dicta* in *McClurg* (at p. 1054):

... 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.

However, Sarchuk T.C.C.J. was of the view that since this comment was *obiter* he was not bound by it. In his opinion, the Court had left open the question of the applicability of s. 56(2) to non-arm's length transactions and the possibility of piercing the corporate veil to stop complex tax avoidance schemes. However, the case at bar, in his view, did not warrant this action. Although there were facts that would support the attribution of the income back to the appellant, the plan could not be described as a "blatant tax avoidance scheme" (p. 2085).

B. *Federal Court of Canada, Trial Division*

Rothstein J. dismissed the appeal from the decision of the Tax Court on the grounds that s. 56(2) was not designed to prevent income splitting in the context of the director-shareholder relationship.

2. Historique des procédures judiciairesA. *Cour canadienne de l'impôt*

Le juge Sarchuk a accueilli l'appel de l'appellant et renvoyé la cotisation à l'intimée pour qu'elle procède à un nouvel examen fondé sur le fait que le revenu de dividendes touché par Ruby Neuman ne devait pas être inclus dans le revenu de l'appellant en vertu du par. 56(2). Pour tirer cette conclusion, il s'est appuyé sur l'opinion exprimée par notre Cour dans *McClurg*, selon laquelle le par. 56(2) ne s'applique pas, en général, aux revenus de dividendes. Le juge Sarchuk a fait état de l'opinion incidente exprimée par le juge en chef Dickson dans *McClurg* (à la p. 1054):

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

Cependant, le juge Sarchuk était d'avis que, parce qu'il s'agissait d'une observation incidente, il n'était pas lié par celle-ci. Selon lui, notre Cour n'avait pas résolu la question de l'applicabilité du par. 56(2) aux opérations effectuées avec lien de dépendance et avait maintenu la possibilité de percer le voile de la personnalité morale dans le but d'enrayer des stratagèmes complexes d'évitement fiscal. Cependant, il a estimé que la présente affaire ne justifiait pas une telle mesure. Même s'il y avait des faits à l'appui d'une attribution du revenu à l'appellant, le plan ne pouvait pas être qualifié de [TRADUCTION] «stratagème manifeste d'évitement fiscal» (p. 2085).

B. *Cour fédérale du Canada, Section de première instance*

Le juge Rothstein a rejeté l'appel contre la décision de la Cour canadienne de l'impôt, pour le motif que le par. 56(2) n'était pas conçu pour empêcher le fractionnement du revenu dans le contexte de la relation administrateur-actionnaire.

12

13

14

15 He first considered whether Ruby Neuman, in declaring the dividend, was acting under the direction or with the concurrence of the appellant. Rothstein J. said he was “reluctant to presume that Ruby Neuman was acting pursuant to the direction of, or with the concurrence of, the [appellant] when she, as director, declared dividends on behalf of Melru” (p. 162). Although this would determine the appeal, this point was not pressed by the parties, and Rothstein J. did not decide the case on this point.

16 Rothstein J. went on to consider this Court’s holding in *McClurg*; the *McClurg* decision was critical to the outcome of the case at bar since the only material difference between the facts, in Rothstein J.’s view, is that Ruby Neuman made no contribution to Melru while Wilma McClurg did make contributions to the corporation from which she received dividend income.

17 Applying *McClurg*, Rothstein J. concluded that the declaration of dividends pursuant to the discretionary dividend clause was valid and he then went on to consider the tax law issue. Rothstein J. noted that in *McClurg* Dickson C.J. recognized two prerequisites to the application of s. 56(2): that the dividend income would otherwise have been obtained by the reassessed taxpayer, and that the payment must be a “benefit” for which there was no adequate consideration. Dickson C.J. concluded that s. 56(2) did not generally apply to dividends since the reassessed taxpayer would not have received the money if it had not been paid to the shareholder because it would have been retained as earnings by the company. Dickson C.J. also concluded that, on the facts in *McClurg*, the dividend income received by Wilma McClurg was consideration for the significant contribution which she made to the corporation; the dividend received by her was not, therefore, a “benefit”.

18 Rothstein J. concluded that Dickson C.J. had not intended to dispose of the *McClurg* case on the basis of Wilma McClurg’s contributions to the corporation; rather, his comments about her contribu-

Il s’est d’abord demandé si, en déclarant le dividende, Ruby Neuman avait agi suivant les instructions ou avec l’accord de l’appellant. Le juge Rothstein a affirmé qu’il «hésit[ait] à présumer que Ruby Neuman agissait suivant les instructions ou avec l’accord [de l’appellant] lorsqu’à titre d’administratrice, elle a déclaré des dividendes pour le compte de Melru» (p. 162). Même si cela était déterminant quant à l’appel, les parties n’ont pas insisté sur ce point et le juge Rothstein n’a pas tranché l’affaire en fonction de celui-ci.

Le juge Rothstein a ensuite examiné l’arrêt *McClurg* de notre Cour; cet arrêt était crucial quant à l’issue de la présente affaire étant donné que la seule différence pertinente dans les faits était, selon le juge Rothstein, que Ruby Neuman n’avait fourni aucun apport à Melru, alors que Wilma McClurg avait réellement fourni un apport à la société qui lui avait versé un revenu de dividendes.

Appliquant l’arrêt *McClurg*, le juge Rothstein a conclu que la déclaration de dividendes faite conformément à la clause de dividendes discrétionnaires était valide, et il s’est ensuite penché sur la question de droit fiscal. Il a souligné que, dans *McClurg*, le juge en chef Dickson a reconnu deux conditions d’application du par. 56(2), à savoir que le revenu de dividendes aurait autrement été touché par le contribuable à l’égard duquel une nouvelle cotisation est établie et que le paiement doit être un «avantage» pour lequel il n’y a eu aucune contrepartie suffisante. Le juge en chef Dickson a statué qu’en général le par. 56(2) ne s’appliquait pas aux dividendes étant donné que le contribuable à l’égard duquel une nouvelle cotisation est établie n’aurait pas touché ce montant s’il n’avait pas été versé à l’actionnaire, parce qu’il aurait fait partie des bénéfices non distribués de la société. Le juge en chef Dickson a aussi conclu que, d’après les faits de l’arrêt *McClurg*, Wilma McClurg avait touché le revenu de dividendes en contrepartie de son apport important à la société; le dividende qu’elle avait reçu n’était donc pas un «avantage».

Le juge Rothstein a conclu que le juge en chef Dickson n’avait pas voulu trancher l’affaire *McClurg* en fonction des apports de Wilma McClurg à la société; ses observations concernant

tions were intended to address the third precondition to the application of s. 56(2) articulated in the provision itself, i.e., was the money “for the benefit of the taxpayer or as a benefit that the taxpayer desired to have conferred on the other person”?

Rothstein J. proceeded to consider Dickson C.J.’s suggested exception to the general rule that s. 56(2) does not apply to dividend income. Rothstein J. recognized that this Court did not determine in *McClurg* whether a distinction can be made between non-arm’s length and arm’s length transactions because in *McClurg* the recipient of the dividend made a legitimate contribution to the company; therefore the dividend did not constitute a benefit to Wilma McClurg and s. 56(2) could not apply for that reason.

The problem faced by Rothstein J. was whether, on the facts before him, where Ruby Neuman had made no contribution to the company and the receipt of the dividend was thus a “benefit” to her, a distinction must be drawn between non-arm’s length and arm’s length transactions. He concluded, relying on Urie J.’s ruling in the Federal Court of Appeal in *McClurg*, [1988] 2 F.C. 356 (which ruling had not been overturned by the reasons of Dickson C.J.), that there is nothing in s. 56(2) which contemplates a distinction between non-arm’s length and arm’s length transactions. Rothstein J. noted that this Court found, in more general terms, that there was no distinction between arm’s length and non-arm’s length transactions (*Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536).

Having found that a distinction cannot be drawn between non-arm’s length and arm’s length transactions in the application of s. 56(2), Rothstein J. decided that he need not consider whether a dividend payment is a benefit for the purposes of

les apports de Wilma McClurg visaient plutôt la troisième condition d’application du par. 56(2), énoncée dans la disposition même, à savoir si le montant était versé «au profit du contribuable ou à titre d’avantage que le contribuable désirait voir accorder à l’autre personne».

Le juge Rothstein a ensuite examiné l’exception à la règle générale, proposée par le juge en chef Dickson et voulant que le par. 56(2) ne s’applique pas aux revenus de dividendes. Il a reconnu que notre Cour n’a pas déterminé, dans *McClurg*, si une distinction peut être faite entre les opérations effectuées avec lien de dépendance et celles effectuées sans lien de dépendance, parce que, dans *McClurg*, le bénéficiaire du dividende avait fourni un apport légitime à la société; par conséquent, le dividende ne constituait pas un avantage pour Wilma McClurg et, pour ce motif, le par. 56(2) ne pouvait pas s’appliquer.

Le problème qui se posait au juge Rothstein était de savoir si, d’après les faits qui lui étaient soumis, selon lesquels Ruby Neuman n’avait fourni aucun apport à la société et le dividende qu’elle avait reçu constituait donc un «avantage» pour elle, une distinction devait être faite entre les opérations effectuées avec lien de dépendance et celles effectuées sans lien de dépendance. S’appuyant sur la décision du juge Urie de la Cour d’appel fédérale dans *McClurg*, [1988] 2 C.F. 356 (laquelle décision n’avait pas été écartée par les motifs du juge en chef Dickson), il a conclu que le par. 56(2) ne prévoit nullement l’établissement d’une distinction entre les opérations effectuées avec lien de dépendance et celles effectuées sans lien de dépendance. Le juge Rothstein a fait remarquer que notre Cour avait conclu, de manière plus générale, qu’il n’y avait aucune distinction entre les opérations effectuées sans lien de dépendance et celles effectuées avec lien de dépendance (*Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536).

Après avoir décidé qu’on ne peut pas établir une distinction entre les opérations effectuées avec lien de dépendance et celles effectuées sans lien de dépendance aux fins de l’application du par. 56(2), le juge Rothstein a statué qu’il n’avait pas à exami-

19

20

21

s. 56(2) where the recipient did not make a contribution to the corporation.

²² Rothstein J. noted that there is nothing in the *ITA* which suggests an overall intention to prevent income splitting; an income splitting transaction must actually violate a section of the *ITA* in order for the Minister to challenge it.

²³ In the absence of sham, and with all corporate formalities having been observed, Rothstein J. held that the transaction was valid and he dismissed the appeal.

C. Federal Court of Appeal

²⁴ The Federal Court of Appeal allowed the respondent's appeal and held that the appellant was taxable on the dividend income received by Ruby Neuman. The court held that the *dictum* of Dickson C.J. in *McClurg* regarding the possible application of s. 56(2) in non-arm's length transactions was binding on the Trial Division. The court relied, in reaching its conclusion, on the fact that the incorporation of Melru and the declaration of the dividend to Ruby Neuman had no *bona fide* business purpose and lacked commercial reality. In reaching its conclusion, the court essentially pierced the corporate veil.

²⁵ The court was of the view that the respondent had satisfied the four elements necessary to invoke s. 56(2): (1) payment or transfer made to a person other than the taxpayer; (2) made at the direction of or with the concurrence of the taxpayer; (3) for the taxpayer's benefit; and (4) the payment would have otherwise been included in the taxpayer's income.

²⁶ More specifically, the court found that Ruby Neuman was acting with the concurrence of the appellant when she declared the dividends. The court also held that the payment of the dividend was "for the benefit of the taxpayer" as required by s. 56(2). The appellant benefited through a reduc-

ner si un versement de dividendes est un avantage aux fins du par. 56(2) lorsque le bénéficiaire n'a fourni aucun apport à la société.

Le juge Rothstein a noté que rien dans la *LIR* n'indique une intention générale d'interdire le fractionnement du revenu; une opération ayant pour résultat de fractionner le revenu doit vraiment contrevenir à un article de la *LIR* pour que le Ministre puisse la contester.

En l'absence de trompe-l'œil et étant donné que toutes les formalités propres aux sociétés avaient été respectées, le juge Rothstein a conclu que l'opération était valide et a rejeté l'appel.

C. Cour d'appel fédérale

La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel de l'intimée et a statué que l'appelant était imposable sur le revenu de dividendes touché par Ruby Neuman. La cour a statué que la Section de première instance était liée par l'opinion incidente du juge en chef Dickson, dans *McClurg*, quant à la possibilité que le par. 56(2) s'applique aux opérations effectuées avec lien de dépendance. Pour tirer sa conclusion, la cour s'est appuyée sur le fait que la constitution en personne morale de Melru et la déclaration du dividende en faveur de Ruby Neuman ne visaient aucun objectif d'affaires normal et ne correspondaient pas à une réalité commerciale. En tirant cette conclusion, la cour percevait essentiellement le voile de la personnalité morale.

La cour était d'avis que l'intimée avait satisfait aux quatre conditions nécessaires pour invoquer le par. 56(2): (1) un paiement ou transfert à une autre personne que le contribuable, (2) fait suivant les instructions ou avec l'accord du contribuable, (3) au profit du contribuable, et (4) le paiement aurait autrement été inclus dans le revenu du contribuable.

Plus précisément, la cour a conclu que Ruby Neuman agissait avec l'accord de l'appelant lorsqu'elle a déclaré les dividendes. La cour a également statué que le versement des dividendes avait été fait «au profit du contribuable», comme l'exige le par. 56(2). L'appelant a profité d'un allègement

tion in his own tax liability; he benefited a second time by having his wife lend him the money interest-free. In addition, the court found that the property would have been included in the appellant's income had it been received by him and not Ruby Neuman by operation of ss. 12(1)(j) and 82(1) of the *ITA*.

Next the court had to deal with this Court's ruling in *McClurg* that s. 56(2) does not generally apply to dividend income because the reassessed taxpayer would not have received that money had it not been paid to the shareholder. In order to overcome that general rule, the court invoked the exception to the rule recognized by Dickson C.J. in *obiter* in *McClurg*: that where a non-arm's length shareholder does not make a legitimate contribution to the corporation, a person who directed or concurred in the payment of a dividend to that shareholder could be assessed for taxes on the amount of the dividend under s. 56(2). The court concluded (at p. 111) that the recognition by Dickson C.J. of this possible exception to the rule is binding on courts as it represents the "considered opinion of a majority" of the Supreme Court of Canada.

The court then found that the facts before them fit within the exception detailed in *McClurg*. Unlike Wilma McClurg, Ruby Neuman had made no contribution to Melru, a company which was incorporated solely for tax planning and income splitting purposes. The court found that applying s. 56(2) "would not be contrary to the commercial reality of the declaration of the dividend to Ruby Neuman, since there was none" (p. 105).

The appellant argued that the court should apply *Winter v. Canada*, [1991] 1 F.C. 585 (C.A.), which stands for the proposition that there is a fifth precondition to the application of s. 56(2) which requires proof that the payee would not be subject to tax on the dividend income. The court declined

de ses propres obligations fiscales; il a aussi profité du prêt sans intérêt qu'il s'est fait consentir par son épouse. En outre, la cour a décidé que le bien aurait été inclus dans le revenu de l'appelant si c'était lui qui l'avait reçu et non Ruby Neuman, en application de l'al. 12(1)(j) et du par. 82(1) de la *LIR*.

La cour devait ensuite se pencher sur l'arrêt *McClurg*, où notre Cour a statué que le par. 56(2) ne s'applique pas, en général, à un revenu de dividendes parce que le contribuable à l'égard duquel une nouvelle cotisation est établie n'aurait pas reçu ce montant s'il n'avait pas été versé à l'actionnaire. Dans le but de contourner cette règle générale, la cour a invoqué l'exception à la règle que le juge en chef Dickson a reconnue dans l'opinion incidente qu'il a exprimée dans *McClurg*: lorsqu'un actionnaire ayant un lien de dépendance ne fournit aucun apport légitime à la société, la personne qui a donné des instructions ou son accord pour que des dividendes soient versés à cet actionnaire peut être imposée sur le montant de ces dividendes en vertu du par. 56(2). La cour a conclu (à la p. 111) que la reconnaissance par le juge en chef Dickson de cette exception possible à la règle lie les tribunaux parce qu'elle représente «l'opinion réfléchie de la majorité» de la Cour suprême du Canada.

La cour a ensuite conclu que les faits qui lui avaient été soumis concordaient avec l'exception définie par l'arrêt *McClurg*. Contrairement à Wilma McClurg, Ruby Neuman n'avait fourni aucun apport à Melru, qui n'avait été constituée en société qu'à des fins de planification fiscale et de fractionnement du revenu. La cour a statué que l'application du par. 56(2) «ne serait pas contraire à la réalité commerciale de la déclaration du dividende à Ruby Neuman, étant donné que cette réalité est inexistante» (p. 105).

L'appelant a allégué que la cour devrait appliquer l'arrêt *Winter c. Canada*, [1991] 1 C.F. 585 (C.A.), selon lequel il y aurait une cinquième condition d'application du par. 56(2) exigeant la preuve que le bénéficiaire ne serait pas imposable sur le revenu de dividendes. La cour a refusé de

27

28

29

to find that there was a fifth pre-condition to the application of s. 56(2).

30 As a result, the Federal Court of Appeal allowed the appeal and affirmed the Minister's assessment attributing the dividend income received by Ruby Neuman to the appellant.

3. Issues

31 The central question raised by this appeal is whether the dividend income received by Ruby Neuman should be attributed to the appellant for tax purposes under s. 56(2) of the *ITA*. Section 56(2) provides:

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.

32 In order for s. 56(2) to apply, four preconditions, each of which is detailed in the language of the s. 56(2) itself, must be present:

(1) the payment must be to a person other than the reassessed taxpayer;

(2) the allocation must be at the direction or with the concurrence of the reassessed taxpayer;

(3) the payment must be for the benefit of the reassessed taxpayer or for the benefit of another person whom the reassessed taxpayer wished to benefit; and

(4) the payment would have been included in the reassessed taxpayer's income if it had been received by him or her.

I agree that these four prerequisites to attribution are an appropriate analytical framework for the interpretation of s. 56(2) (see Cattnach J. in both

conclure qu'il existait une cinquième condition d'application du par. 56(2).

En définitive, la Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel et confirmé la cotisation du Ministre attribuant à l'appellant le revenu de dividendes touché par Ruby Neuman.

3. Questions en litige

La question centrale soulevée par le présent pourvoi est de savoir si le revenu de dividendes touché par Ruby Neuman devrait être attribué à l'appellant pour fins d'impôt en vertu du par. 56(2) de la *LIR*. Le paragraphe 56(2) se lit ainsi:

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 paragraphe 56(2) énonce dans son libellé même les quatre conditions préalables à son application:

(1) le paiement doit être fait à une autre personne que le contribuable à l'égard duquel une nouvelle cotisation est établie;

(2) la répartition doit être faite suivant les instructions ou avec l'accord du contribuable à l'égard duquel une nouvelle cotisation est établie;

(3) le paiement doit être fait au profit du contribuable à l'égard duquel une nouvelle cotisation est établie ou à une autre personne à titre d'avantage que ce contribuable souhaitait voir accorder à cette autre personne;

(4) le paiement aurait été inclus dans le revenu du contribuable à l'égard duquel une nouvelle cotisation est établie si ce dernier l'avait reçu lui-même.

Je suis d'accord pour dire que ces quatre conditions préalables à l'attribution constituent un cadre analytique approprié pour interpréter le par. 56(2)

Murphy v. The Queen, 80 D.T.C. 6314 (F.C.T.D.), at pp. 6317-18, and in *Fraser Companies, Ltd. v. The Queen*, 81 D.T.C. 5051 (F.C.T.D.), at p. 5058).

Because I conclude that s. 56(2) does not apply to dividend income since dividend income, by its very nature, cannot satisfy the fourth precondition absent a sham or other subterfuge, it is not necessary to discuss the other three prerequisites to the application of s. 56(2).

4. Analysis

A. *Introduction.*

As the judicial history of this appeal reveals, the interpretation of this Court's majority decision in *McClurg* lies at the heart of the present case. This Court held in *McClurg* that generally s. 56(2) will not apply to dividend income. However, Dickson C.J. suggested in *obiter* in *McClurg* that s. 56(2) may apply where dividend income is distributed through the exercise of a discretionary power to a non-arm's length shareholder who has made no legitimate contribution to the company (at p. 1054). The Federal Court of Appeal felt bound by the potential exception articulated by Dickson C.J. in *obiter* since the facts in the present case were similar to the facts in *McClurg* with the only material difference being that Ruby Neuman, unlike Wilma McClurg, had not made any contribution to the corporation.

A large part of my analysis will involve a review of the holdings in *McClurg*. Before I turn to *McClurg*, however, I wish to make some observations to place the present debate into its proper perspective. First, s. 56(2) strives to prevent tax avoidance through income splitting; however, it is a specific tax avoidance provision and not a general provision against income splitting. In fact, "there is no general scheme to prevent income

(voir le juge Cattanach à la fois dans *Murphy c. The Queen*, 80 D.T.C. 6314 (C.F. 1^{re} inst.), aux pp. 6317 et 6318, et dans *Fraser Companies, Ltd. c. The Queen*, 81 D.T.C. 5051 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 5058).

Étant donné ma conclusion que le par. 56(2) ne s'applique pas à un revenu de dividendes parce que, de par sa nature même, le revenu de dividendes ne satisfait pas à la quatrième condition préalable en l'absence d'un trompe-l'œil ou d'un autre subterfuge, il n'est pas nécessaire d'analyser les trois autres conditions d'application du par. 56(2).

4. Analyse

A. *Introduction*

Comme l'historique judiciaire du présent pourvoi le révèle, l'interprétation de l'arrêt majoritaire *McClurg* de notre Cour est au cœur de la présente affaire. Dans *McClurg*, notre Cour a statué que le par. 56(2) ne s'applique pas, en général, aux revenus de dividendes. Dans cet arrêt, le juge en chef Dickson a toutefois affirmé, dans une opinion incidente, que le par. 56(2) peut s'appliquer lorsque le revenu de dividendes est distribué, au moyen de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, à un actionnaire ayant un lien de dépendance qui n'a fourni aucun apport légitime à la société (à la p. 1054). La Cour d'appel fédérale s'est sentie liée par l'exception potentielle énoncée dans l'opinion incidente du juge en chef Dickson, parce que les faits de la présente affaire et ceux de *McClurg* étaient similaires, avec cette seule différence importante que Ruby Neuman, contrairement à Wilma McClurg, n'avait fourni aucun apport à la société.

Une grande partie de mon analyse sera consacrée à l'examen des conclusions tirées dans *McClurg*. Mais avant de passer à cet arrêt, je tiens à faire quelques observations pour bien situer le présent débat dans son contexte. Premièrement, le par. 56(2) vise à empêcher l'évitement fiscal au moyen du fractionnement du revenu; il s'agit cependant d'une disposition particulière relative à l'évitement fiscal, et non d'une disposition géné-

33

34

35

splitting” in the *ITA* (V. Krishna and J. A. Van Duzer, “Corporate Share Capital Structures and Income Splitting: *McClurg v. Canada*” (1992-93), 21 *Can. Bus. L.J.* 335, at p. 367). Section 56(2) can only operate to prevent income splitting where the four preconditions to its application are specifically met.

rale interdisant le fractionnement du revenu. En fait, dans la *LIR*, [TRADUCTION] «aucun mécanisme général n’empêche le fractionnement du revenu» (V. Krishna et J. A. Van Duzer, «Corporate Share Capital Structures and Income Splitting: *McClurg v. Canada*» (1992-93), 21 *Can. Bus. L.J.* 335, à la p. 367). Le paragraphe 56(2) ne peut s’appliquer pour empêcher le fractionnement du revenu que lorsque les quatre conditions préalables à son application sont précisément remplies.

³⁶ Second, this case concerns income received by Ruby Neuman during the 1982 taxation year at which time the *ITA* did not provide specific guidelines to deal with corporate structures designed for the purposes of income splitting and tax minimization. Professor V. Krishna, in an article entitled “Share Capital Structure of Closely-Held Private Corporations” (1996), 7 *Can. Curr. Tax* 7, at p. 9, made the following comment with respect to income splitting in the corporate context:

Except when specifically curtailed by the *Income Tax Act* (for example, by the attribution rules), income splitting *per se* is not a sanctioned arrangement. Thus, corporate structures that facilitate income splitting in private companies should not be penalized without clear statutory language and intent. [Emphasis added.]

Parliament has since fashioned legislation to regulate corporate income splitting (s. 74.4 of the *ITA*, introduced in 1985), but this legislation does not apply to the present appeal.

Deuxièmement, la présente affaire concerne un revenu touché par Ruby Neuman au cours de l’année d’imposition 1982, à l’époque où la *LIR* ne comportait aucune ligne directrice particulière concernant les structures de société conçues pour fractionner un revenu et réduire au minimum l’imposition. Dans un article intitulé «Share Capital Structure of Closely-Held Private Corporations» (1996), 7 *Can. Curr. Tax* 7, à la p. 9, le professeur V. Krishna a fait le commentaire suivant au sujet du fractionnement du revenu dans le contexte d’une société:

[TRADUCTION] Sauf lorsqu’il est expressément restreint par la *Loi de l’impôt sur le revenu* (par exemple, par les règles d’attribution), le fractionnement du revenu comme tel n’est pas sanctionné. Ainsi, les structures de société qui facilitent le fractionnement du revenu de compagnies privées ne devraient pas être pénalisées en l’absence d’un texte et d’une intention clairs du législateur. [Je souligne.]

Le législateur a depuis conçu une mesure législative destinée à régir le fractionnement de revenu d’une société (art. 74.4 de la *LIR*, adopté en 1985), mais cette mesure législative ne s’applique pas au présent pourvoi.

³⁷ Third, this appeal is limited to the interpretation and application of s. 56(2) of the *ITA*; the appeal is not based on the general anti-avoidance rule set out in s. 245 of the *ITA* (“GAAR”). GAAR came into force on September 13, 1988 and it applies only to transactions entered into on or after that date.

Troisièmement, le présent pourvoi se limite à l’interprétation et à l’application du par. 56(2) de la *LIR*; il ne se fonde pas sur la règle générale anti-évitement énoncée à l’art. 245 de la *LIR* («RGAÉ»). La RGAÉ est entrée en vigueur le 13 septembre 1988 et elle ne s’applique qu’aux opérations conclues à cette date ou après cette date.

³⁸ Fourth, the respondent has not argued that the appellant was involved in a sham or an artificial

Quatrièmement, l’intimée n’a pas fait valoir que l’appellant était impliqué dans un trompe-l’œil ou

transaction and this was acknowledged by counsel for the respondent during the hearing.

Finally, it is important to remember that this Court held unanimously in *Stubart, supra*, at p. 575, that a transaction should not be disregarded for tax purposes because it has no independent or *bona fide* business purpose (Estey J. wrote for himself and Beetz and McIntyre JJ.; Wilson J. wrote concurring reasons for herself and Ritchie J.). Thus, taxpayers can arrange their affairs in a particular way for the sole purpose of deliberately availing themselves of tax reduction devices in the *ITA*. Estey J. rejected the suggestion that a distinction must be drawn between non-arm's length and arm's length transactions in the application of this principle (at pp. 570-72). According to *Stubart*, therefore, non-arm's length arrangements can also be created for the sole purpose of taking advantage of tax reduction devices.

With these points in mind, I now turn to the decision of the Court in *McClurg*.

B. McClurg

McClurg involved a taxpayer and business associate who were the sole directors of a corporation which they had set up and in which they and their wives were shareholders. The corporation operated an International Harvester truck dealership. The capital structure of the corporation provided for three classes of shares with different rights and privileges: Class A shares were common, voting and participating shares; Class B shares were common, non-voting and participating where so authorized by the directors; and Class C shares were preferred non-voting shares. The dividends were to be declared at the sole discretion of the directors; distributions could be done selectively among the three classes of shares. Essentially, the

une opération factice, une prise de position qui a été confirmée par l'avocat de l'intimée au cours de l'audition.

Finalement, il importe de se rappeler que notre Cour a statué à l'unanimité dans l'arrêt *Stubart*, précité, à la p. 575, qu'une opération ne devait pas être écartée sur le plan fiscal parce qu'elle ne vise aucun but commercial distinct ou véritable (le juge Estey s'est exprimé en son propre nom et en celui des juges Beetz et McIntyre; le juge Wilson a écrit des motifs concordants auxquels le juge Ritchie a souscrit). Ainsi, les contribuables peuvent organiser leurs affaires d'une façon particulière dans le seul but de se prévaloir délibérément des mécanismes de réduction de l'impôt prévus dans la *LIR*. Le juge Estey a rejeté l'idée qu'en appliquant ce principe il faille établir une distinction entre les opérations effectuées avec lien de dépendance et celles effectuées sans lien de dépendance (aux pp. 570 à 572). Donc, selon *Stubart*, des arrangements où il y a lien de dépendance peuvent être pris dans le seul but de profiter des mécanismes de réduction de l'impôt.

Gardant ces points à l'esprit, je vais maintenant examiner l'arrêt *McClurg* de notre Cour.

B. L'arrêt McClurg

Dans l'arrêt *McClurg*, il était question d'un contribuable et de son associé qui étaient les seuls administrateurs d'une société qu'ils avaient créée et dont eux-mêmes et leurs épouses étaient actionnaires. La société exploitait une concession de camions International Harvester. La structure du capital de la société prévoyait trois catégories d'actions assorties de droits et de privilèges différents: les actions de catégorie A étaient des actions ordinaires avec droit de vote et participantes, les actions de catégorie B étaient des actions ordinaires sans droit de vote, mais participantes avec l'autorisation des administrateurs, et les actions de catégorie C étaient des actions privilégiées sans droit de vote. La déclaration de dividendes était laissée à l'entière discrétion des administrateurs; les distributions pouvaient être faites sélectivement parmi les trois catégories d'actions. La structure du

39

40

41

capital structure was designed to permit income splitting.

capital était essentiellement conçue pour permettre le fractionnement du revenu.

42 Jim McClurg and his associate held Class A and C shares whereas their wives held Class B shares. In 1978, 1979, and 1980 the wives of the directors each received \$100/share on their Class B shares: \$10,000/year. These were the only dividends declared in those years.

Jim McClurg et son associé détenaient des actions des catégories A et C, alors que leurs épouses détenaient des actions de catégorie B. En 1978, 1979 et 1980, les épouses des administrateurs ont touché chacune 100 \$ l'action pour leurs actions de catégorie B: soit 10 000 \$ par année. Ces dividendes ont été les seuls déclarés au cours de ces années.

43 Wilma McClurg made legitimate contributions to the business. She exposed herself to extensive liability by assisting in the financing of the business. She also worked as an administrative assistant, drove a truck when necessary, and generally fulfilled needs as they arose.

Wilma McClurg a fourni des apports légitimes à l'entreprise. Elle a assumé elle-même une responsabilité considérable en contribuant au financement de l'entreprise. Elle a aussi travaillé à titre d'adjointe administrative, a conduit un camion lorsque cela était nécessaire et, en général, a répondu aux besoins au fur et à mesure qu'ils se faisaient sentir.

44 The Minister reassessed Jim McClurg's income for 1978 to 1980 on the basis that \$8000 of the \$10,000 in dividends paid to his wife each year was attributable to him through the operation of s. 56(2). The Minister also challenged the validity of the discretionary dividend provision.

Le Ministre a établi une nouvelle cotisation à l'égard du revenu de Jim McClurg pour les années d'imposition 1978 à 1980, en tenant pour acquis que 8 000 \$ des 10 000 \$ de dividendes versés à son épouse lui étaient attribuables en application du par. 56(2). Le Ministre a aussi contesté la validité de la clause de dividendes discrétionnaires.

(i) *The ratio in McClurg*

(i) *La ratio de l'arrêt McClurg*

45 Dickson C.J., writing for himself and Sopinka, Gonthier and Cory JJ. (Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. in dissent), first dealt with the issue of whether the discretionary dividend provision was valid as a matter of corporate law; he concluded that it was. He then turned to the tax issue and he held that the dividend income paid to Wilma McClurg was not attributable to her husband for income tax purposes through the operation of s. 56(2).

Le juge en chef Dickson, s'exprimant en son propre nom et en celui des juges Sopinka, Gonthier et Cory (les juges Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé étant dissidents), a d'abord examiné la question de savoir si la clause de dividendes discrétionnaires était valide sur le plan du droit des sociétés; il a conclu par l'affirmative. Quant à la question fiscale, il a conclu que le revenu de dividendes versé à Wilma McClurg n'était pas attribuable à son époux aux fins de l'impôt sur le revenu en application du par. 56(2).

46 This Court concluded that, as a general rule, s. 56(2) does not apply to dividend income since, until a dividend is declared, the profits belong to the corporation as retained earnings. The declaration of a dividend cannot be said, therefore, to be a diversion of a benefit which the taxpayer would

Notre Cour a statué que, en règle générale, le par. 56(2) ne s'applique pas aux revenus de dividendes étant donné que, jusqu'à ce qu'un dividende soit déclaré, les profits appartiennent à la société à titre de bénéfices non distribués. On ne saurait donc dire que la déclaration d'un dividende

have otherwise received (at p. 1052). Dickson C.J. explained the ruling as follows (at p. 1052):

While it is always open to the Courts to “pierce the corporate veil” in order to prevent parties from benefitting from increasingly complex and intricate tax avoidance techniques, in my view a dividend payment does not fall within the scope of s. 56(2). 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: [B. Welling, *Corporate Law in Canada* (1984), 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). [Emphasis added.]

Although not explicitly stated, Dickson C.J.’s preceding comments concern the fourth precondition to the application of s. 56(2): that the payment would have been included in the reassessed taxpayer’s income if it had been received by him or her. In essence, dividend income does not satisfy this prerequisite to attribution since the reassessed taxpayer would not have received the income had it not been paid to the shareholder. In effect, this Court implicitly interpreted the fourth precondition to include an entitlement requirement; entitlement is used in the sense that the reassessed taxpayer would have otherwise received the payments in dispute. This was correctly noted by Rothstein J. at the Federal Court, Trial Division in similar terms where he acknowledged that Dickson C.J. qualified the application of s. 56(2) by requiring that the

constitue un détournement d’un avantage dont le contribuable aurait autrement bénéficié (à la p. 1052). Le juge en chef Dickson a expliqué cette décision de la façon suivante (à la p. 1052):

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). 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: [B. Welling, *Corporate Law in Canada* (1984), 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). [Je souligne.]

Bien que cela n’ait pas été indiqué expressément, les observations du juge en chef Dickson, reproduites ci-dessus, concernant la quatrième condition d’application du par. 56(2), à savoir que le paiement aurait été inclus dans le revenu du contribuable à l’égard duquel une nouvelle cotisation est établie s’il l’avait reçu lui-même. Pour l’essentiel, le revenu de dividendes ne satisfait pas à cette condition préalable à l’attribution étant donné que le contribuable à l’égard duquel une nouvelle cotisation est établie n’aurait pas touché le revenu s’il n’avait pas été versé à l’actionnaire. En fait, notre Cour a interprété implicitement la quatrième condition comme requérant notamment l’existence d’un droit, en ce sens que le contribuable à l’égard duquel une nouvelle cotisation est établie aurait autrement reçu les paiements en litige. Le juge Rothstein de la Cour fédérale, Section de première instance, a relevé, à juste titre, ce point en des termes similaires, lorsqu’il a reconnu que le juge en chef Dickson avait subordonné l’application du par. 56(2) à la condition que le paiement en cause eût «autrement été versé au contribuable à l’égard

payment in issue “would otherwise have been obtained by the reassessed taxpayer” (p. 164).

duquel une nouvelle cotisation est établie» (p. 164).

48 An entitlement requirement in the sense I have described is consistent with the stated purpose of s. 56(2), which is to capture and attribute to the reassessed taxpayer “receipts which he or she otherwise would have obtained” (*McClurg*, at p. 1051). Dividend income cannot pass the fourth test because the dividend, if not paid to a shareholder, remains with the corporation as retained earnings; the reassessed taxpayer, as either director or shareholder of the corporation, has no entitlement to the money.

Une condition d’existence d’un droit, dans le sens que je lui ai donné, est compatible avec l’objet explicite du par. 56(2), qui est de prendre et d’attribuer au contribuable à l’égard duquel une nouvelle cotisation est établie les «recettes qu’il aurait autrement touchées» (*McClurg*, à la p. 1051). Le revenu de dividendes ne peut pas satisfaire au quatrième critère parce que les dividendes, s’ils ne sont pas versés à un actionnaire, continuent de faire partie des bénéfices non distribués de la société; le contribuable à l’égard duquel une nouvelle cotisation est établie, que ce soit à titre d’administrateur ou d’actionnaire de la société, n’a pas droit à cette somme d’argent.

49 This is the only interpretation which makes sense and which avoids absurdity in the application of s. 56(2), as noted by Dickson C.J. (at p. 1053):

C’est la seule interprétation logique qui évite une application absurde du par. 56(2), comme l’a fait remarquer le juge en chef Dickson (à la p. 1053):

... 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. ... 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.

... 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. [...] 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.

50 I note that the decision in *Winter, supra*, which was rendered shortly before this Court’s ruling in *McClurg*, appears to challenge the view that where a taxpayer is not entitled to a payment that payment cannot be attributed to him or her under s. 56(2). *Winter*, however, did not involve the attribution of dividend income.

Je souligne que l’arrêt *Winter*, précité, qui a été rendu peu avant l’arrêt *McClurg* de notre Cour, semble mettre en doute l’opinion selon laquelle, lorsqu’un contribuable n’a pas droit à un paiement, ce paiement ne peut pas lui être attribué en vertu du par. 56(2). Il n’était toutefois pas question, dans l’arrêt *Winter*, de l’attribution d’un revenu de dividendes.

51 In *Winter*, the majority shareholder in an investment company caused the corporation to sell some of its shares to his son-in-law, who was also a shareholder in the corporation, for a price of \$100

Dans *Winter*, l’actionnaire majoritaire d’une société de portefeuille avait fait en sorte que cette société vende certaines de ses actions à son gendre, qui était aussi actionnaire de la société, au prix de

per share. The Minister calculated the fair market value of the shares at approximately \$1,000 per share and reassessed the majority shareholder under s. 56(2) by adding as income the difference between what the son-in-law paid for the shares and their market value.

Marceau J.A., writing for the court, held that the fact that the taxpayer had no direct entitlement to the shares did not preclude attribution since there was no indication that s. 56(2) was intended to be so confined. Marceau J.A. concluded (at p. 593) that:

... when the doctrine of “constructive receipt” is not clearly involved, because the taxpayer had no entitlement to the payment being made or the property being transferred, it is fair to infer that subsection 56(2) may receive application only if the benefit conferred is not directly taxable in the hands of the transferee. [Emphasis added.]

Marceau J.A. distinguished the Federal Court of Appeal’s ruling in *McClurg* where Urie J. held that s. 56(2) does not apply to dividend income, which holding was affirmed by this Court, as follows (at pp. 591-92):

... the *McClurg* decision was concerned with a declaration of dividend in accordance (in the views of the majority) with the powers conferred by the share structure of the corporation, and I do not see it as having authority beyond the particular type of situation with which it was dealing.

I agree with Marceau J.A.: *Winter* concerned the conferral of a benefit which was not in the form of dividend income. The application of s. 56(2) to non-dividend income was not before this Court in *McClurg* and it is not before this Court in the present case. But the entitlement requirement implicitly read into the fourth precondition of s. 56(2) in *McClurg* clearly applies to dividend income.

100 \$ l’action. Le Ministre avait fixé leur juste valeur marchande à environ 1 000 \$ l’action et avait établi, à l’égard de l’actionnaire majoritaire, une nouvelle cotisation fondée sur le par. 56(2), en ajoutant comme revenu la différence entre le montant que le gendre avait payé pour les actions et la valeur marchande de ces dernières.

Le juge Marceau, s’exprimant au nom de la cour, a conclu que le fait que le contribuable n’avait aucun droit direct aux actions n’empêchait pas l’attribution étant donné qu’il n’y avait aucune indication que le par. 56(2) avait été conçu pour avoir une application aussi limitée. Le juge Marceau a conclu (à la p. 593) que:

... lorsque la doctrine de la «recette présumée» n’est pas clairement en cause, parce que le contribuable n’avait aucun droit au versement effectué ou au bien transféré, il n’est que juste d’inférer que le paragraphe 56(2) ne peut recevoir d’application que si l’avantage accordé n’est pas directement imposable entre les mains du cessionnaire. [Je souligne.]

Le juge Marceau a fait la distinction d’avec l’arrêt *McClurg* de la Cour d’appel fédérale, où le juge Urie a conclu que le par. 56(2) ne s’applique pas aux revenus de dividendes, ce qui a été confirmé par notre Cour de la façon suivante (aux pp. 591 et 592):

... l’arrêt *McClurg* portait sur la déclaration d’un dividende conformément (de l’avis de la majorité) aux pouvoirs accordés par l’organisation du capital social de la société, et j’estime qu’il fait autorité uniquement à l’égard des circonstances particulières qui y étaient traitées.

Je suis d’accord avec le juge Marceau: *Winter* concernait l’attribution d’un avantage qui n’était pas sous forme de revenu de dividendes. Notre Cour n’était pas saisie, dans l’arrêt *McClurg*, de la question de l’application du par. 56(2) à un revenu autre qu’un revenu de dividendes, et elle ne l’est pas non plus en l’espèce. Toutefois, dans *McClurg*, la condition de l’existence d’un droit, que comporte implicitement la quatrième condition préalable à l’application du par. 56(2), s’applique nettement aux revenus de dividendes.

52

53

54 I conclude that, unless a reassessed taxpayer had a preexisting entitlement to the dividend income paid to the shareholder of a corporation, the fourth precondition cannot be satisfied and consequently s. 56(2) cannot operate to attribute the dividend income to that taxpayer for income tax purposes.

(ii) The obiter dicta in *McClurg* and the exception to the general rule

55 The finding that dividend income cannot satisfy the fourth precondition to the application of s. 56(2), as modified by the implicit entitlement requirement, was dispositive of the *McClurg* case. La Forest J. agreed with the majority's conclusion that *bona fide* dividend income does not fall within the scope of s. 56(2). However, he dissented on the finding under corporate law that the discretionary dividend clause was valid; therefore the dividend income at issue in *McClurg* was not, in his view, *bona fide* and s. 56(2) applied (see p. 1073).

56 Despite these conclusions, Dickson C.J. went on to consider the third precondition, that the payment must be for the benefit of the reassessed taxpayer or for the benefit of another person whom the reassessed taxpayer wished to benefit, and in so doing, he qualified his earlier interpretation of the fourth precondition. In his view, Wilma McClurg's receipt of the funds was not a "benefit" as required by s. 56(2) (the third precondition) since her contributions to the corporate enterprise could be described as a "legitimate *quid pro quo* and were not simply an attempt to avoid the payment of taxes" (p. 1054). Since Wilma McClurg had made legitimate contributions to the corporation, the application of s. 56(2) "would be contrary to the commercial reality of this particular transaction" (p. 1053).

Je conclus que, à moins que le contribuable à l'égard duquel une nouvelle cotisation est établie n'ait eu un droit préexistant au revenu de dividendes versé à l'actionnaire d'une société, la quatrième condition préalable ne peut pas être remplie et, par conséquent, le par. 56(2) ne peut pas être appliqué de manière à attribuer le revenu de dividendes à ce contribuable aux fins de l'impôt sur le revenu.

(ii) L'opinion incidente exprimée dans *McClurg* et l'exception à la règle générale

La conclusion que le revenu de dividendes ne peut pas satisfaire à la quatrième condition préalable à l'application du par. 56(2), à laquelle est rattachée la condition implicite de l'existence d'un droit, a été décisive dans l'affaire *McClurg*. Le juge La Forest s'est rallié à la conclusion de la majorité selon laquelle le revenu de dividendes véritable ne relève pas du par. 56(2). Cependant, il était dissident quant à la conclusion fondée sur le droit des sociétés, selon laquelle la clause de dividendes discrétionnaires était valide; le revenu de dividendes en cause dans *McClurg* n'était donc pas véritable selon lui, et le par. 56(2) s'appliquait (voir à la p. 1073).

En dépit de ces conclusions, le juge en chef Dickson a passé à l'examen de la troisième condition préalable, à savoir que le paiement doit être fait au profit du contribuable à l'égard duquel une nouvelle cotisation est établie, ou à titre d'avantage que le contribuable à l'égard duquel une nouvelle cotisation est établie souhaitait voir accorder à une autre personne, et, ce faisant, il a nuancé l'interprétation qu'il avait précédemment donnée de la quatrième condition préalable. Selon lui, les fonds reçus par Wilma McClurg ne constituaient pas un «avantage» comme l'exige le par. 56(2) (la troisième condition préalable), étant donné que ses apports à la société pouvaient être qualifiés de «contrepartie légitime et non simplement [de] tentative d'éviter le paiement de l'impôt» (p. 1054). Vu que Wilma McClurg avait fourni des apports légitimes à la société, l'application du par. 56(2) «serait [...] contraire à la véritable nature commerciale de cette opération particulière» (p. 1053).

Dickson C.J. seemed to be of the view that the character of a shareholder's dividend income is to be determined by that shareholder's level of contribution to the corporation. This approach ignores the fundamental nature of dividends; a dividend is a payment which is related by way of entitlement to one's capital or share interest in the corporation and not to any other consideration. Thus, the quantum of one's contribution to a company, and any dividends received from that corporation, are mutually independent of one another. La Forest J. made the same observation in his dissenting reasons in *McClurg* (at p. 1073):

With respect, this fact 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 attaches to a share, and is in no way dependent on the conduct of a particular shareholder. [Emphasis added.]

Dickson C.J.'s finding that Wilma McClurg's contributions to the corporation resulted in the dividend being consideration for her efforts rather than a "benefit" as required by s. 56(2) opened the door to his *obiter* comments which have led to some confusion (at p. 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.

Dickson C.J. is suggesting, it would seem, that where a non-arm's length shareholder receives a dividend from a corporation to which he or she has made no contribution (the dividend income therefore constituting a "benefit" for the purposes of s. 56(2) in Dickson C.J.'s view), precondition four, interpreted by him to include an entitlement requirement, is automatically considered satisfied,

Le juge en chef Dickson semblait d'avis que la nature du revenu de dividendes d'un actionnaire était tributaire de l'apport fourni à la société par cet actionnaire. Ce point de vue ne tient pas compte de la nature fondamentale des dividendes; un dividende est un paiement lié, sous forme de droit, au capital-actions qu'une personne possède dans une société, et à rien d'autre. Ainsi, l'importance de l'apport fourni par une personne à la société, et tout dividende reçu de cette société, sont indépendants l'un de l'autre. Le juge La Forest a fait la même observation dans les motifs dissidents qu'il a rédigés dans *McClurg* (à la p. 1073):

En toute déférence, ce fait 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 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. [Je souligne.]

La conclusion du juge en chef Dickson que l'apport fourni à la société par Wilma McClurg a fait du dividende une contrepartie de ses efforts plutôt qu'un «avantage», comme l'exige le par. 56(2), a ouvert la porte à ses observations incidentes qui ont engendré une certaine confusion (à la p. 1054):

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

Le juge en chef Dickson semble donner à entendre que, lorsqu'un actionnaire ayant un lien de dépendance reçoit des dividendes d'une société à laquelle il n'a fourni aucun apport (le revenu de dividendes constituant donc un «avantage» aux fins de l'application du par. 56(2), selon le juge en chef Dickson), on considère automatiquement qu'il est satisfait à la quatrième condition préalable qui,

57

58

59

or need not be satisfied, with the result that s. 56(2) applies.

selon son interprétation, inclut une condition d'existence d'un droit, ou qu'il n'est pas nécessaire d'y satisfaire, de sorte que le par. 56(2) s'applique.

60 In my view, it is wrong to suggest that there may be an exception to the rule that s. 56(2) does not apply to dividend income where the recipient of the dividend income in a non-arm's length transaction has not made a "legitimate contribution" to the corporation. In so stating, I assume, of course, that proper consideration was given for the shares when issued. I am not aware of any principle of corporate law that requires in addition that a so-called "legitimate contribution" be made by a shareholder to entitle him or her to dividend income and it is well accepted that tax law embraces corporate law principles unless such principles are specifically set aside by the taxing statute.

Selon moi, il est erroné de laisser entendre qu'il peut y avoir une exception à la règle selon laquelle le par. 56(2) ne s'applique pas à un revenu de dividendes lorsque le bénéficiaire du revenu de dividendes, dans une opération effectuée avec lien de dépendance, n'a fourni aucun «apport légitime» à la société. En affirmant cela, je tiens pour acquis, bien sûr, qu'une contrepartie suffisante a été donnée pour les actions au moment de leur émission. Je ne connais aucun principe de droit des sociétés qui exige en outre qu'un actionnaire ait fourni un soi-disant «apport légitime» pour avoir droit à un revenu de dividendes, et il est reconnu que le droit fiscal comporte des principes de droit des sociétés à moins que ces principes ne soient expressément écartés par la loi fiscale en cause.

61 Furthermore, there is no principled basis upon which this distinction can be drawn; the fact that a company is closely held or that no contribution is made to the company by a shareholder benefiting from a dividend in no way changes the underlying nature of a dividend. Neither the fact that the transaction is non-arm's length nor the fact that the shareholder has not contributed to the corporation serves to overcome the conclusion that dividend income cannot satisfy the fourth precondition to attribution under s. 56(2).

En outre, il n'y a aucun motif fondé sur des principes qui permet d'établir cette distinction; le fait qu'une société soit une société à capital fermé ou qu'aucun apport ne soit fourni à la société par un actionnaire qui profite d'un dividende ne change rien à la nature fondamentale d'un dividende. Ni le fait que l'opération soit effectuée avec lien de dépendance, ni le fait que l'actionnaire n'ait fourni aucun apport à la société ne permettent de surmonter la conclusion que le revenu de dividendes ne peut pas satisfaire à la quatrième condition préalable à l'attribution prévue au par. 56(2).

62 Moreover, the *obiter* comments raise the difficult task of determining what constitutes a legitimate contribution. What will be the criteria upon which one can ascertain with any degree of precision or certainty that a contribution is legitimate?

De plus, ces observations incidentes engendrent la tâche difficile de déterminer ce qui constitue un apport légitime. Quels critères permettront de déterminer avec un certain degré de précision et de certitude qu'un apport est légitime?

63 Finally, the requirement of a legitimate contribution is in some ways an attempt to invite a review of the transactions in issue in accordance with the doctrines of sham or artificiality. Implicit in the distinction between non-arm's length and arm's length transactions is the assumption that non-arm's length transactions lend themselves to the creation of corporate structures which exist for the sole purpose of avoiding tax and therefore

Finalement, l'exigence d'un apport légitime est en quelque sorte une tentative de susciter un examen des opérations en cause selon les règles du trompe-l'œil ou de la facticité. La supposition que les opérations effectuées avec lien de dépendance se prêtent à la création de structures de société qui sont destinées exclusivement à éviter le paiement de l'impôt, et qu'elles devraient donc relever du par. 56(2), est implicite dans la distinction entre les

should be caught by s. 56(2). However, as mentioned above, taxpayers are entitled to arrange their affairs for the sole purpose of achieving a favourable position regarding taxation and no distinction is to be made in the application of this principle between arm's length and non-arm's length transactions (see *Stuart, supra*). The *ITA* has many specific anti-avoidance provisions and rules governing the treatment of non-arm's length transactions. We should not be quick to embellish the provision at issue here when it is open for the legislator to be precise and specific with respect to any mischief to be avoided.

To summarize, it is inappropriate to consider the contributions of a shareholder to a corporation when determining whether s. 56(2) applies. Dividends are paid to shareholders as a return on their investment in the corporation. Since the distribution of the dividend is not determined by the quantum of a shareholder's contribution to the corporation, it would be illogical to use contribution as the criterion that determines when dividend income will be subject to s. 56(2). The same principles apply in the context of both non-arm's length relationships such as often exist between small closely held corporations and their shareholders, and arm's length relationships such as exist between publicly held corporations and their shareholders.

5. Conclusion

For the foregoing reasons, s. 56(2) does not apply to the dividend income received by Ruby Neuman. The appeal is therefore allowed, the decision of the Federal Court of Appeal is reversed, and that portion of the respondent's assessment which attributes the dividend income received by Ruby Neuman to the appellant is set aside with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

opérations effectuées avec lien de dépendance et celles effectuées sans lien de dépendance. Cependant, comme nous l'avons vu, les contribuables ont le droit d'organiser leurs affaires dans le seul but de se trouver dans une situation favorable sur le plan fiscal et, pour appliquer ce principe, aucune distinction ne doit être établie entre les opérations effectuées sans lien de dépendance et celles effectuées avec lien de dépendance (voir *Stuart*, précité). La *LIR* comporte de nombreuses dispositions et règles anti-évitement particulières qui régissent le traitement des opérations effectuées avec lien de dépendance. Nous ne devrions pas nous empresser de rehausser la disposition en cause ici, alors qu'il est loisible au législateur d'être précis quant aux méfaits à éviter.

En résumé, il ne convient pas de prendre en considération les apports fournis à une société par un actionnaire, pour déterminer si le par. 56(2) s'applique. Les dividendes sont versés aux actionnaires à titre de rendement du capital qu'ils ont investi dans la société. Étant donné que la distribution du dividende ne dépend pas de l'importance de l'apport fourni par un actionnaire à la société, il serait illogique de faire de cet apport le critère d'assujettissement du revenu de dividendes au par. 56(2). Les mêmes principes s'appliquent tant dans le contexte des relations avec lien de dépendance qui existent souvent entre les petites sociétés à capital fermé et leurs actionnaires, que dans celui des relations sans lien de dépendance comme celles qui existent entre les sociétés ouvertes et leurs actionnaires.

5. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, le par. 56(2) ne s'applique pas au revenu de dividendes reçu par Ruby Neuman. Le pourvoi est donc accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel fédérale est infirmé et la partie de la cotisation de l'intimée qui attribue à l'appelant le revenu de dividendes touché par Ruby Neuman est annulée, avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

64

65

*Solicitors for the appellant: Taylor, McCaffrey,
Winnipeg.*

*Procureurs de l'appelant: Taylor, McCaffrey,
Winnipeg.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney
General of Canada, Ottawa.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général du
Canada, Ottawa.*