

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Jim A. McClurg** *Respondent*

INDEXED AS: McCLURG v. CANADA

File No.: 20751.

1989: November 29; 1990: December 20.

Present: Dickson C.J.\* and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Income Tax — Dividends — Attribution — Dividends declared and allocated to shareholders of a share class pursuant to discretion of directors — Other classes of shares not participating in dividend — Whether portion of dividend properly attributable to other classes of shares — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 56(2).*

*Company law — Dividends — Discretionary dividend as declared and allocated at discretion of directors — Whether derogation of common law with respect to nature of shares or directors' duties — Whether permitted by Saskatchewan Business Corporations Act — Business Corporations Act, R.S.S. 1978, c. B-10, ss. 24(4), 40, 97, 234.*

Respondent and his partner were the only directors of a closely held company incorporated under the Saskatchewan *Business Corporations Act*. The Articles of Incorporation provided for three categories of shares: Class A which are common, voting and participating shares; Class B which are common, non-voting and participating where authorized by the directors; and Class C which are preferred, non-voting shares. All three classes of shares carried "the distinction and right to receive dividends exclusive of other classes of shares in the said corporation". The two directors received no dividends on either their class A or class C shares during 1978, 1979 and 1980 but received salaries, bonuses, and bonus entitlements. Their wives, who held Class B shares, were voted a declaration and distribution of dividends amounting to \$10,000 each in each of these

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Jim A. McClurg** *Intimé*<sup>a</sup> RÉPERTORIÉ: McCLURG c. CANADA

N° du greffe: 20751.

1989: 29 novembre; 1990: 20 décembre.

<sup>b</sup> Présents: Le juge en chef Dickson\* et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Cory.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

<sup>c</sup> *Impôt sur le revenu — Dividendes — Attribution — Dividendes déclarés et répartis entre les actionnaires d'une catégorie d'actions en vertu du pouvoir discrétionnaire des administrateurs — Les autres catégories d'actions ne participaient pas au dividende — Une partie du dividende pouvait-elle légitimement être attribuée aux autres catégories d'actions? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 56(2).*

<sup>e</sup> *Droit des sociétés — Dividendes — Dividende discrétionnaire déclaré et réparti à la discrétion des administrateurs — Y a-t-il dérogation à la common law en ce qui concerne la nature des actions ou les obligations des administrateurs? — Cela était-il autorisé par la Business Corporations Act de la Saskatchewan? — Business Corporations Act, R.S.S. 1978, ch. B-10, art. 24(4), 40, 97, 234.*

<sup>f</sup> L'intimé et son associé étaient les seuls administrateurs d'une société fermée constituée en vertu de la *Business Corporations Act* de la Saskatchewan. L'acte constitutif prévoyait trois catégories d'actions: la catégorie A composée d'actions ordinaires avec droit de vote et participantes; la catégorie B composée d'actions ordinaires sans droit de vote, mais participantes avec l'autorisation des administrateurs et la catégorie C composée d'actions privilégiées sans droit de vote. Les trois catégories d'actions comportaient «le droit distinctif de recevoir des dividendes à l'exclusion des autres catégories d'actions de ladite société». Les deux administrateurs n'ont touché aucun dividende pour leurs actions de catégorie A ou C au cours des années 1978, 1979 et 1980 mais ils ont reçu des salaires, des primes ou des droits à des primes. Des dividendes ont été déclarés et distribués à leurs épouses, qui détenaient des actions de catégorie B, chacune d'elles ayant touché des dividendes au montant de 10 000 \$ pour chacune de ces trois années. M<sup>me</sup>

\* Chief Justice at the time of hearing.

\* Juge en chef à la date de l'audition.

three years. Mrs. McClurg had been actively involved in the firm's operations and had been paid a modest salary.

The Minister of National Revenue reassessed the respondent's income for 1978, 1979, and 1980 on the basis that \$8,000 of the \$10,000 in dividends attributed to Mrs. McClurg on her Class B shares was properly attributable instead to the respondent pursuant to s. 56(2) of the *Income Tax Act*. The Minister's opinion was that the dividends declared in each of the years in question should be attributed equally to all of the common shares, no matter of what class and notwithstanding the express condition attaching to the Class B shares that they shall carry the right to receive dividends exclusive of other classes of shares in the company. The reallocation was made on the basis of the number of Class A shares owned by the respondent in relation to the number of Class B shares owned by Mrs. McClurg. The respondent's appeal to the Tax Court of Canada was dismissed. The respondent further appealed from the decision of the Tax Court judge by way of an action commenced in the Federal Court of Canada, Trial Division. The appeal was allowed. The Minister's appeal to the Federal Court of Appeal was dismissed.

At issue here was whether the dividends received by Mrs. McClurg in respect of her Class B common shares should be attributed in part to the respondent. A preliminary issue was whether the discretionary clause constituted a valid derogation to the common law rule of equality of distribution of dividends or whether it was permitted under the Saskatchewan *Business Corporations Act*.

*Held* (Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Dickson C.J. and Sopinka, Gonthier and Cory JJ.: Discretionary dividend clauses may be validly used because they are not expressly prohibited by the Act and are not contrary to common law or corporate law principles.

The power to pay dividends is an integral component of the Act's broad grant of managerial power for directors and is expressly limited by restrictions in much the same way as at common law. It is also qualified in that the general managerial power, which rests in the directors of a company, is fiduciary in nature and so must be exercised in good faith and in the best interests of the company.

McClurg avait participé activement aux opérations de la société et avait touché un modeste salaire.

Le ministre du Revenu national a établi une nouvelle cotisation relativement au revenu de l'intimé pour les années 1978, 1979 et 1980 en tenant compte du fait que des 10 000 \$ attribués à M<sup>me</sup> McClurg à titre de dividendes provenant de ses actions de catégorie B, 8 000 \$ auraient plutôt dû être attribués à l'intimé conformément au par. 56(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le Ministre était d'avis que les dividendes déclarés pour chacune des années en question devraient être répartis également entre les actions ordinaires, quelle que soit leur catégorie et malgré la condition expresse rattachée aux actions de catégorie B, qui prévoit qu'elles comportent le droit distinctif de recevoir des dividendes à l'exclusion des autres catégories d'actions de ladite société. La redistribution a été effectuée en fonction du nombre d'actions de catégorie A appartenant à l'intimé par rapport au nombre d'actions de catégorie B détenues par M<sup>me</sup> McClurg. L'appel interjeté par l'intimé devant la Cour canadienne de l'impôt a été rejeté. Il a ensuite interjeté appel de cette décision d'un juge de la Cour de l'impôt en intentant une action devant la Cour fédérale du Canada, Section de première instance. L'appel a été accueilli. L'appel formé par le Ministre devant la Cour d'appel fédérale a été rejeté.

Le litige en l'espèce était de savoir si les dividendes reçus par M<sup>me</sup> McClurg relativement à ses actions ordinaires de catégorie B devraient être attribués en partie à l'intimé. On a soulevé une question préliminaire qui était de savoir si la clause discrétionnaire constituait une dérogation valide à la règle de common law prévoyant la distribution égale des dividendes ou si cette clause était autorisée par la *Business Corporations Act* de la Saskatchewan.

*Arrêt* (les juges Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Sopinka, Gonthier et Cory: Les clauses de dividende discrétionnaire peuvent être valablement utilisées parce qu'elles ne sont pas expressément prohibées par la Loi et ne sont pas contraires aux principes de la common law ou du droit des sociétés.

Le pouvoir de verser des dividendes fait partie intégrante du pouvoir général de gestion conféré aux administrateurs par la Loi, qui impose expressément des restrictions à ce pouvoir, un peu comme c'était le cas en common law. Ce pouvoir est en outre limité par le fait que le pouvoir général de gestion conféré aux administrateurs d'une société est de nature fiduciaire et qu'il doit être exercé de bonne foi et au mieux des intérêts de la société.

Shares have an equal right to receive a dividend unless the Articles of Incorporation provide otherwise. Their division into classes is a necessary condition to any derogation of this presumption of equality either with respect to dividends or to other shareholder entitlements. Section 24(4)(a) is to ensure that shareholders are fully aware of their entitlements and privileges to the extent that the presumption of equality is rendered inapplicable. The determination of whether or not the share class rebuts this presumption is a simple factual inquiry. The Articles of Incorporation rebutted the presumption of equality here.

The entitlement to be considered for a dividend is more properly characterized in terms of a "right". A dividend is no less a "right" because it is contingent upon the exercise of the discretion of the directors to allocate the declared dividend between classes of shares. The directors are bound by their fiduciary duty to act in good faith for the best interests of the company in declaring and allocating any dividend. That duty is not circumvented by the discretionary dividend clause. Many shareholder rights may be qualified and contingent and the mere fact that they are fettered does not render them anything less than shareholder rights.

A discretionary dividend clause does not give rise to any inherent conflict between the duty of the directors and their self-interest. Their allocation of dividends pursuant to such a clause can be exercised in the best interests of the company. The fact that the directors may consider the identity of shareholders does not necessarily render the declaration invalid on the basis of a conflict of duty and self-interest. The dividend allocation clause simply divides conceptually what has been traditionally one decision into two components—declaration and allocation. The discretionary powers of the directors have always included both, subject to the provisions of the Articles of Incorporation.

Section 24(4)(b) of the Act recognizes that there must be shares entitled to receive a dividend if a dividend is declared. This principle is not defeated by a discretionary dividend clause because the identity of the class eligible for a dividend simply remains unknown until the allocation takes place. This conceptual division into declaration and allocation is not substantively different from any derogation from the presumption of equality in the payment of dividends.

Les actions ont un droit égal de recevoir un dividende à moins que l'acte constitutif ne prévoi le contraire. Le partage des actions en catégories constitue une condition nécessaire pour pouvoir déroger à la présomption d'égalité, à la fois en ce qui concerne le droit aux dividendes et les autres droits des actionnaires. L'alinéa 24(4)a a pour objet d'assurer que les actionnaires connaissent pleinement leurs droits et privilèges de manière à rendre inapplicable la présomption d'égalité. La conclusion quant à la question de savoir si la catégorie d'actions réfute cette présomption résulte d'un simple examen des faits. L'acte constitutif a réfuté la présomption d'égalité en l'espèce.

C'est le droit d'être pris en compte pour le partage d'un dividende qu'il convient davantage de qualifier de «droit». Un dividende n'en est pas moins un «droit» parce qu'il dépend de l'exercice par les administrateurs de leur pouvoir discrétionnaire de répartir le dividende déclaré entre les catégories d'actions. Les administrateurs sont tenus, en vertu de leur obligation fiduciaire, d'agir de bonne foi, au mieux des intérêts de la société en question, lorsqu'ils déclarent et répartissent un dividende. Une clause de dividende discrétionnaire ne fait nullement disparaître cette obligation. Nombre de droits des actionnaires peuvent être restreints ou conditionnels et ces droits n'en constituent pas moins des droits des actionnaires même s'ils font l'objet de restrictions.

Une clause de dividende discrétionnaire n'entraîne pas en soi un conflit entre l'obligation des administrateurs et leur intérêt personnel. La répartition de leurs dividendes en vertu d'une telle clause peut se faire au mieux des intérêts de la société. La possibilité que les administrateurs tiennent compte de l'identité des actionnaires n'a pas nécessairement pour effet d'invalider la déclaration en raison d'un conflit entre leur obligation et leur intérêt personnel. La clause de partage des dividendes ne fait que diviser, sur le plan conceptuel, en deux éléments—déclaration et répartition— ce qui, traditionnellement, constituait une seule décision. Le pouvoir discrétionnaire des administrateurs a toujours comporté ces deux éléments, sous réserve des dispositions de l'acte constitutif.

L'alinéa 24(4)b de la Loi reconnaît que lorsqu'un dividende est déclaré par une société, il doit exister des actions ayant droit à ce dividende. La présence de la clause de dividende discrétionnaire ne fait pas échec à cette règle parce que l'identité de la catégorie d'actions admissible à un dividende demeure tout simplement inconnue jusqu'au moment de la répartition. Cette division conceptuelle en déclaration et répartition n'est pas fondamentalement différente d'une dérogação à la présomption d'égalité dans le versement de dividendes.

It would be inappropriate for this Court to determine the validity of use of a discretionary dividend clause in the context of an income tax appeal. The Act is facilitative and allows parties to structure corporations as they wish subject to certain explicit exceptions. It also provides the means for a party aggrieved by the corporation—security holder, creditor, director or officer—to seek redress through the s. 234 oppression remedy. No interested party here lodged such complaint, presumably because all involved were satisfied with the way in which the directors were conducting its affairs. Furthermore, it is a well-established principle at common law that where shareholders are unanimously agreed to a transaction, inequality of treatment does not render it *ultra vires* the company.

The determination that the transaction occurred in the context of a director-shareholder relationship is dispositive. 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, 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. 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).

An allocation pursuant to a discretionary dividend clause is no different from the payment of a dividend generally. In both cases, but for the declaration (and allocation), the dividend remains part of the retained earnings of the company and is therefore not within the legitimate parameters of the legislative intent of s. 56(2).

The payments to Mrs. McClurg represented a legitimate *quid pro quo* and were not simply an attempt to avoid the payment of taxes. Her efforts expended in the

Notre Cour ne serait pas justifiée de se prononcer sur la validité de l'utilisation d'une clause de dividende discrétionnaire dans le cadre d'un pourvoi en matière d'impôt sur le revenu. La Loi a pour objet de faciliter les choses et de permettre aux parties, sous certaines réserves explicites, de structurer les sociétés comme elles le désirent. Elle fournit également à la partie lésée—peu importe qu'il s'agisse d'un détenteur de valeurs mobilières, d'un créancier, d'un administrateur ou d'un dirigeant—le moyen de demander réparation grâce au recours prévu à l'art. 234. Aucune des parties intéressées n'a déposé une telle plainte en l'espèce, probablement parce que toutes les personnes en cause étaient satisfaites de la manière dont les administrateurs la gérait. De plus, il est bien établi en common law que lorsque les actionnaires s'entendent unanimement sur une opération, celle-ci ne constitue pas un excès de pouvoir de la part de la société parce qu'il y a eu inégalité de traitement.

La conclusion que l'opération s'était produite dans le cadre des rapports existant entre les administrateurs et les actionnaires tranche la question. 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, 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. 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).

Une répartition effectuée conformément à une clause de dividende discrétionnaire ne se distingue pas du versement d'un dividende en général. Dans les deux cas, le dividende continuerait à faire partie des bénéfices non distribués de la société, si ce n'était de la déclaration du dividende (et de sa répartition), et, par conséquent, il n'est pas visé par les paramètres fixés légitimement par le législateur au par. 56(2).

Les versements effectués à M<sup>me</sup> McClurg représentaient une contrepartie légitime et non simplement une tentative d'éviter le paiement de l'impôt. Les efforts

firm's operation, while not dispositive of the issue, was further evidence that the dividend payment was the product of a *bona fide* business relationship. 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.

*Per* Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. (dissenting): The separation of share ownership and control underlies many fundamental principles of corporate law. Among these are the principle that the directors and officers of a corporation owe a fiduciary duty to the corporation and the principle of equality of shares. More than just a mere contractual right, the principle of equality of shares developed as a measure of protection for the shareholder. Thus, when more than one class of shares was created, the directors were not free to discriminate arbitrarily between the classes when awarding a dividend.

Shareholder rights include the right to a dividend, the right to vote, and the right to participate in the distribution of assets upon dissolution of the corporation. These rights must attach to the corporation's shares and the shareholders may not agree to circumvent this principle.

A discretionary dividend clause that permits the directors of a corporation to choose which class is entitled to receive dividends to the exclusion of the other classes is invalid at common law. It contravenes the principle that the directors are not permitted to favour one class at the expense of the others. It also contravenes the principle that dividends attach to shares and not to shareholders because the directors would be making a discretionary allocation primarily on the basis of the identity of the shareholders. To allow discrimination on the basis of the identity of the shareholder ignores the separation that is supposed to exist between the corporation and its shareholders.

A discretionary dividend clause, if valid, would entail a number of problems. The shareholder would be completely dependent on the goodwill of the directors and the minority shareholder would be placed in a near impossible position if this goodwill were to be turned against that shareholder. It also places the director in a position where he cannot fulfill his fiduciary obligations

qu'elle a déployés dans l'exploitation de la société, même s'ils ne sont pas décisifs quant à la question soulevée dans le présent pourvoi, constituent néanmoins une preuve supplémentaire que le versement de dividendes était le résultat d'une relation d'affaires normale. Si une distinction s'impose aux fins de 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(1) peut s'appliquer) et les cas où un apport légitime a été fourni.

*Les* juges Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé (dissidents): La séparation de la propriété et du contrôle des actions sous-tend plusieurs principes fondamentaux du droit des sociétés. Le principe selon lequel les administrateurs et les dirigeants d'une société ont une obligation de fiduciaire envers celle-ci et le principe de l'égalité des actions en sont des exemples. Étant plus qu'un simple droit contractuel, le principe de l'égalité des actions constitue une mesure de protection pour l'actionnaire. Ainsi, les administrateurs ne sont pas libres de distinguer arbitrairement entre les catégories au moment d'accorder un dividende, même lorsqu'il y a plus d'une catégorie d'actions.

Les droits d'un actionnaire comprennent le droit de recevoir un dividende, le droit de voter et le droit de participer au partage des actifs au moment de la dissolution de la société. Ces droits doivent se rattacher aux actions de la société et les actionnaires ne peuvent s'entendre pour faire échec à ce principe.

Une clause de dividende discrétionnaire qui permet aux administrateurs d'une société de choisir la catégorie qui a le droit de toucher des dividendes à l'exclusion des autres catégories est nulle sous le régime de la common law. Elle va à l'encontre du principe selon lequel les administrateurs ne peuvent favoriser une catégorie au détriment des autres. Elle est également contraire au principe voulant que les dividendes se rattachent aux actions et non aux actionnaires car les administrateurs feraient une répartition discrétionnaire en se fondant essentiellement sur l'identité des actionnaires. Permettre la discrimination en se fondant sur l'identité de l'actionnaire, c'est ne pas tenir compte de la séparation qui est censée exister entre la société et ses actionnaires.

Une clause de dividende discrétionnaire, lorsqu'elle est valide, engendrerait un certain nombre de problèmes. L'actionnaire dépendrait entièrement du bon vouloir des administrateurs et l'actionnaire minoritaire serait placé dans une situation presque impossible si ce bon vouloir devait jouer contre lui. Elle place également l'administrateur dans une situation où il ne peut remplir ses

to the corporation as a whole and so must be invalid at common law. The conflict of interest is heightened when the director happens to be a shareholder of a class to which dividends are awarded or from which some personal benefit is derived; the situation can be compared to the usurpation of a corporate opportunity properly belonging to the company.

Requiring the mode of distribution to be expressly set out in the Articles of Incorporation, which can only be amended by approval of the shareholders, is consistent with the fiduciary obligation. If the directors hold preferred shares, the common shareholders will have agreed to subordinate their dividend interest to the preferred class of shares based upon "full disclosure" of the maximum amount to which these preferred shares will enjoy priority. With a discretionary dividend clause, there is no such disclosure, since the amount and priority is left to be determined in the future, wholly at the directors' discretion.

If employees merit additional reward, the proper course to effect this is through some form of compensation other than a dividend. A dividend is a return on an investment. The directors, if they were to take into account the identity of shareholders when declaring a dividend, would be improperly exercising the discretionary dividend power.

The discretionary dividend clause, even if it were valid under the common law, would be insufficient to rebut the common law presumption of equality. All three classes of shares are defined in substantially the same manner with respect to their entitlement to dividends. Therefore, any difference between the shares concerning their right to receive dividends would clearly not derive from any differentiation between the shares; it would have to stem from the actions of the directors of the corporation. Such a right, therefore, would not derive from the share itself and would be invalid at common law.

Section 24(4)(a) of the Saskatchewan *Business Corporations Act* requires that the mode of distributing dividends be expressly provided for in the articles themselves. The section must be interpreted in accordance with the principles of the common law and, in particular, with the principle that shareholder rights be expressly provided for in the shares themselves. Any departure from this principle must be explicitly stated. Section 24(4)(b) does not clearly indicate an intent to provide corporate directors with a power which they did not

obligations de fiduciaire envers la société dans son ensemble et elle doit donc être nulle en common law. Le conflit d'intérêts est encore plus évident lorsqu'un administrateur est lui-même un actionnaire faisant partie d'une catégorie à laquelle des dividendes sont accordés ou d'où il tire un avantage personnel; cette situation peut se comparer à l'usurpation d'un privilège de la société qui appartient à cette dernière.

Exiger que le mode de distribution soit expressément énoncé dans l'acte constitutif, lequel ne peut être modifié qu'avec l'approbation des actionnaires, est conforme à l'obligation de fiduciaire. Si les administrateurs détiennent des actions privilégiées, les actionnaires ordinaires se seront entendus pour subordonner leur droit aux dividendes à la catégorie d'actions privilégiées moyennant «divulgarion intégrale» du montant maximum jusqu'à concurrence duquel ces actions privilégiées auront priorité. Lorsqu'il y a une clause de dividende discrétionnaire, cette divulgation n'existe pas puisque le montant et la priorité en question seront déterminés subséquemment, à l'entière discrétion des administrateurs.

Si les employés méritent une récompense additionnelle, la bonne façon de procéder est de leur accorder une forme de rémunération autre qu'un dividende. Celui-ci est le rapport d'un investissement. Si les administrateurs devaient prendre en considération l'identité des actionnaires lorsqu'ils déclarent un dividende, cela constituerait un exercice abusif du pouvoir d'accorder un dividende discrétionnaire.

Même si la clause de dividende discrétionnaire était valide sous le régime de la common law, elle ne suffirait pas à réfuter la présomption d'égalité de la common law. Les trois catégories d'actions sont définies essentiellement de la même façon en ce qui concerne leur droit aux dividendes. Par conséquent, toute différence qui existe entre les actions concernant leur droit de recevoir des dividendes découlerait clairement non pas d'une différenciation entre les actions mais plutôt des actes des administrateurs de la société. Ainsi donc, un tel droit ne découlerait pas de l'action elle-même et serait invalide en common law.

L'alinéa 24(4)a) de la *Business Corporations Act* de la Saskatchewan exige que le mode de distribution des dividendes soit expressément prévu dans l'acte constitutif lui-même. Cet alinéa doit être interprété conformément aux principes de la common law qui prescrivent notamment que les droits de l'actionnaire doivent être expressément prévus dans les actions elles-mêmes. Toute dérogation à ce principe doit être prévue expressément. L'alinéa 24(4)a) n'exprime pas clairement l'intention de conférer aux administrateurs d'une société le pouvoir

otherwise have at common law. The use of the discretionary dividend clause is also inconsistent with the requirement in s. 24(3)(b) that at least one class of shares must be entitled "to receive any dividend declared by the corporation".

Even when the Act specifically provides that the directors may be given the discretion to determine the rights to be assigned to a series, this discretion is not unlimited. The shareholders can give the directors the power to issue series within a class and assign rights to those series but they may not agree to give the directors the discretion to interfere with their right to dividends or a return of capital by choosing to give another series priority. The rights assigned to series, unlike classes of shares, may be altered without amending the corporate constitution.

The statute contemplates that shareholders will be protected from changes being made to the rights attached to different classes of shares by virtue of the fact that such rights may only be amended by altering the corporate constitution. In theory, a shareholder can bring a suit if the directors are alleged to exercise their discretion improperly. This remedy, however, entails a significant burden and expense and is an inadequate means of protecting shareholders from the potential for abuse created by the presence of a discretionary dividend clause. The need for shareholder protection from abuse of the discretionary dividend clause becomes all the more apparent given the possibility that such a clause could be inserted in the Articles of Incorporation of a large, publicly held corporation.

The discretionary dividend clause has no socially useful purpose. Its only apparent purpose is to facilitate tax avoidance through "income-splitting" and this purpose hardly supports the need to allow corporations to be structured in this manner.

It would be inappropriate to return the money paid out in dividends to the corporation because the directors must be taken to have declared dividends in the corporation's best interests. The dividends, therefore, should be redistributed amongst the various classes of shares which must, absent a valid differentiation between the shares, share equally in the dividend.

A dividend payment does not fall within the scope of s. 56(2) of the *Income Tax Act* in the typical situation

qu'ils n'avaient pas autrement en vertu de la common law. Le recours à la clause de dividende discrétionnaire est également incompatible avec l'exigence de l'al. 24(3)(b) selon laquelle au moins une catégorie d'actions doit avoir le droit «de recevoir tout dividende déclaré par la société».

Même lorsque la Loi prévoit expressément qu'on peut conférer aux administrateurs le pouvoir discrétionnaire de déterminer les droits à être assignés à une série, ce pouvoir discrétionnaire n'est pas illimité. Les actionnaires peuvent accorder aux administrateurs le pouvoir d'émettre des séries dans une catégorie donnée et conférer des droits à ces séries mais ils ne peuvent s'entendre pour accorder aux administrateurs le pouvoir discrétionnaire de porter atteinte à leur droit aux dividendes ou à un remboursement de capital en choisissant de donner priorité à une autre série. Les droits conférés aux séries, contrairement aux catégories d'actions, peuvent être changés sans qu'on modifie la constitution d'une société.

La loi prévoit que les actionnaires seront protégés contre les modifications apportées aux droits se rattachant aux différentes catégories d'actions en raison du fait que ces droits ne peuvent être changés que par la modification de la constitution de la société. En principe, un actionnaire peut tenter une poursuite s'il est allégué que les administrateurs exercent leur pouvoir discrétionnaire d'une façon inappropriée. Ce recours entraîne toutefois un fardeau et des frais importants et ne constitue pas un moyen adéquat pour protéger les actionnaires contre les abus auxquels la clause de dividende discrétionnaire peut donner lieu. La nécessité de protéger l'actionnaire contre l'usage abusif de la clause de dividende discrétionnaire devient encore plus évidente lorsqu'on envisage la possibilité d'insérer une telle clause dans l'acte constitutif d'une société dont les actions sont détenues par le public.

La clause de dividende discrétionnaire n'a aucune fin utile sur le plan social. Son seul but apparent est de faciliter l'évitement fiscal grâce au «fractionnement du revenu» et cela ne saurait justifier le besoin de permettre aux sociétés d'être structurées de cette manière.

Il serait inapproprié de retourner à la société l'argent versé sous forme de dividendes parce qu'il faut présumer que les administrateurs ont déclaré des dividendes dans l'intérêt de la société. Ceux-ci devraient par conséquent être redistribués parmi les différentes catégories d'actions qui doivent, en l'absence d'une différenciation valide entre les actions, participer également aux dividendes.

Le versement d'un dividende n'est pas visé par le par. 56(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans la situation

where the dividend payment is within the powers of the corporation and the shareholder is *bona fide* entitled to the dividends. The contribution of a shareholder to the business is irrelevant, however, because a dividend is a return on capital attaching to a share and in no way dependent on the conduct of a particular shareholder.

The four elements of s. 56(2) were met here. The payment in question satisfied the requirement that there be a payment or transfer of property to a person other than the taxpayer; the term "payment" has acquired no technical meaning in the *Income Tax Act* and is to be interpreted in its popular sense. The payment was made pursuant to the direction of the taxpayer or with the concurrence of the taxpayer. An individual in control of a corporation can be said to have directed a payment within the meaning of s. 56(2) by exercising that control. The payment must be for the benefit of the taxpayer or recipient. Here the payment to Mrs. McClurg, which represented Mr. McClurg's dividend entitlement, amounted to a benefit to Mrs. McClurg under s. 56(2). Finally, this amount would have been included in Mr. McClurg's income had the allocation been properly made.

#### Cases Cited

By Dickson C.J.

**Referred to:** *Burland v. Earle*, [1902] A.C. 83; *Bowater Canadian Ltd. v. R.L. Crain Inc.* (1987), 62 O.R. (2d) 752; *De Vall v. Wainwright Gas Co.*, [1932] 2 D.L.R. 145; *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *The Queen v. Golden*, [1986] 1 S.C.R. 209; *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32; *Miller v. M.N.R.*, 62 D.T.C. 1139; *Perrault v. The Queen*, [1979] 1 F.C. 155.

By La Forest J. (dissenting)

*Salomon v. Salomon and Co.*, [1897] A.C. 22; *Farrar v. Farrars, Limited* (1888), 40 Ch. D. 395; *Borland's Trustee v. Steel Brothers & Co.*, [1901] 1 Ch. 279; *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592; *Henry v. Great Northern Ry. Co.* (1857), 1 De G. & J. 606, 44 E.R. 858; *Jacobsen v. United Canso Oil & Gas Ltd.* (1980), 113 D.L.R. (3d) 427; *Bowater Canadian Ltd. v. R.L. Crain Inc.* (1987), 62 O.R. (2d) 752; *Rondeau v. Poirier*, [1980] C.A. 35; *Birch v. Cropper, In re Bridgewater Navigation Co.* (1889), 14 A.C. 525; *Champ v. The Queen*, 83 D.T.C. 5029; *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *Murphy v. The Queen*, 80 D.T.C. 6314; *Bronfman, A. v. M.N.R.*, [1965] C.T.C. 378.

typique où un tel versement relève des pouvoirs de la société et où l'actionnaire a vraiment droit aux dividendes. La contribution d'un actionnaire à l'entreprise n'est cependant pas pertinente, car un dividende est un rapport du capital qui se rattache à une action et ne dépend d'aucune façon de la conduite d'un actionnaire donné.

Les quatre conditions du par. 56(2) sont remplies en l'espèce. Le paiement en question répondait à l'exigence selon laquelle il doit y avoir un paiement ou transfert de biens à une personne autre que le contribuable; le terme «paiement» n'a pas acquis un sens technique dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* et il doit être interprété selon son sens ordinaire. Le paiement a été effectué suivant les instructions ou avec l'accord du contribuable. On peut affirmer qu'un particulier ayant le contrôle d'une société a ordonné un paiement au sens du par. 56(2) lorsqu'il exerce ce contrôle. Le paiement doit être effectué au profit du contribuable ou du bénéficiaire. En l'espèce, le versement à M<sup>me</sup> McClurg, qui représentait le droit à un dividende de M. McClurg, équivalait à un avantage conféré à M<sup>me</sup> McClurg en vertu du par. 56(2). Enfin, ce montant aurait été inclus dans le revenu de M. McClurg si la répartition avait été faite correctement.

#### e Jurisprudence

Citée par le juge en chef Dickson

**Arrêts mentionnés:** *Burland v. Earle*, [1902] A.C. 83; *Bowater Canadian Ltd. v. R.L. Crain Inc.* (1987), 62 O.R. (2d) 752; *De Vall v. Wainwright Gas Co.*, [1932] 2 D.L.R. 145; *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *La Reine c. Golden*, [1986] 1 R.C.S. 209; *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32; *Miller v. M.N.R.*, 62 D.T.C. 1139; *Perrault c. La Reine*, [1979] 1 C.F. 155.

Citée par le juge La Forest (dissident)

*Salomon v. Salomon and Co.*, [1897] A.C. 22; *Farrar v. Farrars, Limited* (1888), 40 Ch. D. 395; *Borland's Trustee v. Steel Brothers & Co.*, [1901] 1 Ch. 279; *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592; *Henry v. Great Northern Ry. Co.* (1857), 1 De G. & J. 606, 44 E.R. 858; *Jacobsen v. United Canso Oil & Gas Ltd.* (1980), 113 D.L.R. (3d) 427; *Bowater Canadian Ltd. v. R.L. Crain Inc.* (1987), 62 O.R. (2d) 752; *Rondeau c. Poirier*, [1980] C.A. 35; *Birch v. Cropper, In re Bridgewater Navigation Co.* (1889), 14 A.C. 525; *Champ v. The Queen*, 83 D.T.C. 5029; *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *Murphy v. The Queen*, 80 D.T.C. 6314; *Bronfman, A. v. M.N.R.*, [1965] C.T.C. 378.



**Statutes and Regulations Cited**

*Business Corporations Act*, R.S.S. 1978, c. B-10, ss. 6(1)(c)(i), 24(3)(b), (4), 27, 40, 97(1), 170(1)(c), 234.  
*Canada Business Corporations Act*, S.C. 1974-75, c. 33.  
*Companies Act*, R.S.C. 1952, c. 53.  
*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 56(2), 248(1).

**Authors Cited**

Boivin, Michelle. "Le droit aux dividendes et le dividende 'discrétionnaire'" (1987), 47 *R. du B.* 73.  
 Bryden, R. M. "The Law of Dividends", in Jacob S. Ziegel, ed., *Studies in Canadian Company Law*. Toronto: Butterworths, 1967.  
 Eisenberg, Melvin A. "The Legal Roles of Shareholders and Management in Modern Corporate Decisionmaking" (1969), 57 *Cal. L. Rev.* 1.  
 Fraser, William Kaspar. *Company Law of Canada*, 5th ed. By J. L. Stewart and M. Laird Palmer. Toronto: Carswells, 1962.  
 Goodman, S. H. Comment. "The Last Bastion for Income-Splitting? *J. A. McClurg v. The Queen*" (1986), 34 *Can. Tax J.* 404.  
 Martel, Maurice et Paul Martel. *La compagnie au Québec, Les aspects juridiques*, vol. I. Montréal: Wilson & Lafleur Ltée, 1987.  
 Quessy, Pierre. "Les aspects corporatifs et fiscaux des actions à dividende discrétionnaire", [1985] 7 *R.P.F.S.* 31.  
 Schmitthoff, Clive M. *Palmer's Company Law*, 23rd ed., vol. I. London: Stevens & Sons, 1982.  
 Wegenast, F. W. *The Law of Canadian Companies*. Toronto: Carswells, 1979.  
 Welling, Bruce. *Corporate Law in Canada*. Toronto: Butterworths, 1984.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1988] 2 F.C. 356, 84 N.R. 214, [1988] 1 C.T.C. 75, 88 D.T.C. 6047, affirming a judgment of the Federal Court, Trial Division (1986), 2 F.T.R. 1, 86 D.T.C. 6128, reversing a decision of the Tax Court of Canada, [1984] C.T.C. 2469, 84 D.T.C. 1379, dismissing respondent's appeal from a notice of reassessment. Appeal dismissed (Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting).

Ian S. MacGregor and Brent Paris, for the appellants.

Robert W. Thompson and Gordon Balon, for the respondent.

**Lois et règlements cités**

*Business Corporations Act*, R.S.S. 1978, ch. B-10, art. 6(1)c(i), 24(3)b), (4), 27, 40, 97(1), 170(1)c), 234.  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 56(2), 248(1).  
*Loi sur les compagnies*, S.R.C. 1952, ch. 53.  
*Loi sur les corporations commerciales canadiennes*, S.C. 1974-75, ch. 33.

**Doctrine citée**

Boivin, Michelle. «Le droit aux dividendes et le dividende «discrétionnaire»» (1987), 47 *R. du B.* 73.  
 Bryden, R. M. «The Law of Dividends», in Jacob S. Ziegel, ed., *Studies in Canadian Company Law*. Toronto: Butterworths, 1967.  
 Eisenberg, Melvin A. «The Legal Roles of Shareholders and Management in Modern Corporate Decisionmaking» (1969), 57 *Cal. L. Rev.* 1.  
 Fraser, William Kaspar. *Company Law of Canada*, 5th ed. By J. L. Stewart and M. Laird Palmer. Toronto: Carswells, 1962.  
 Goodman, S. H. Comment. «The Last Bastion for Income-Splitting? *J. A. McClurg v. The Queen*» (1986), 34 *Can. Tax J.* 404.  
 Martel, Maurice et Paul Martel. *La compagnie au Québec, Les aspects juridiques*, vol. I. Montréal: Wilson & Lafleur Ltée, 1987.  
 Quessy, Pierre. «Les aspects corporatifs et fiscaux des actions à dividende discrétionnaire», [1985] 7 *R.P.F.S.* 31.  
 Schmitthoff, Clive M. *Palmer's Company Law*, 23rd ed., vol. I. London: Stevens & Sons, 1982.  
 Wegenast, F. W. *The Law of Canadian Companies*. Toronto: Carswells, 1979.  
 Welling, Bruce. *Corporate Law in Canada*. Toronto: Butterworths, 1984.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1988] 2 C.F. 356, 84 N.R. 214, [1988] 1 C.T.C. 75, 88 D.T.C. 6047, qui a confirmé un jugement de la Cour fédérale, Section de première instance (1986), 2 F.T.R. 1, 86 D.T.C. 6128, qui avait infirmé une décision de la Cour canadienne de l'impôt, [1984] C.T.C. 2469, 84 D.T.C. 1379, qui avait rejeté un appel de l'intimé formé contre un avis de nouvelle cotisation. Pourvoi rejeté (les juges Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé sont dissidents).

Ian S. MacGregor et Brent Paris, pour l'appelante.

Robert W. Thompson et Gordon Balon, pour l'intimé.

The judgment of Dickson C.J. and Sopinka, Gonthier and Cory JJ. was delivered by

DICKSON C.J.—This is an income tax case. The question in the appeal is whether certain dividends received by the wife of the respondent, Jim A. McClurg, in the years 1978, 1979, and 1980 in respect of Class B common shares of Northland Trucks (1978) Ltd. (hereinafter Northland Trucks) should be attributed in part to the respondent, an officer and director of Northland Trucks and the holder of the controlling Class A common shares in the capital stock of that company.

## I. Background

### 1. Relevant Legislation

*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63:

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.

*Business Corporations Act*, R.S.S. 1978, c. B-10:

24. ...

(4) The articles may provide for more than one class of shares and, if they so provide:

- (a) the rights, privileges, restrictions and conditions attaching to the shares of each class shall be set out therein; and
- (b) the rights set out in subsection (3) shall be attached to at least one class of shares but all such rights are not required to be attached to one class.

40. A corporation shall not declare or pay a dividend if there are reasonable grounds for believing that:

- (a) the corporation is, or would after the payment be, unable to pay its liabilities as they become due; or
- (b) the realizable value of the corporation's assets would thereby be less than the aggregate of its liabilities and stated capital of all classes.

97.—(1) Subject to any unanimous shareholder agreement, the directors of a corporation shall:

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Sopinka, Gonthier et Cory rendu par

LE JUGE EN CHEF DICKSON—Il s'agit en l'espèce d'une affaire d'impôt sur le revenu. Ce pourvoi soulève la question de savoir si certains dividendes reçus par l'épouse de l'intimé, Jim A. McClurg, au cours des années 1978, 1979 et 1980 relativement à des actions ordinaires de catégorie B de Northland Trucks (1978) Ltd. (ci-après Northland Trucks) devraient être attribués en partie à l'intimé, qui est à la fois dirigeant et administrateur de Northland Trucks, et détenteur des actions ordinaires majoritaires de catégorie A du capital-actions de cette société.

## I. Historique

### 1. Les textes législatifs applicables

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63:

56. ...

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

*Business Corporations Act*, R.S.S. 1978, ch. B-10:

[TRADUCTION] 24. ...

(4) L'acte constitutif peut prévoir plusieurs catégories d'actions, auquel cas:

- a) les droits, privilèges, restrictions et conditions qui se rattachent aux actions de chaque catégorie doivent y être énoncés; et
- b) chacun des droits énoncés au paragraphe (3) doit se rattacher à au moins une catégorie d'actions sans qu'il soit nécessaire qu'une même catégorie jouisse de l'ensemble de ces droits.

40. La société ne peut déclarer ni verser de dividende s'il existe des motifs raisonnables de croire que:

- a) ou bien elle ne peut, ou ne pourrait de ce fait, acquitter son passif à échéance;
- b) ou bien la valeur de réalisation de son actif serait, de ce fait, inférieure au total de son passif et de son capital déclaré de toute catégorie.

97.—(1) Sous réserve de toute convention unanime des actionnaires, les administrateurs:

- (a) exercise the powers of the corporation directly or indirectly through the employees and agents of the corporation; and
- (b) direct the management of the business and affairs of the corporation.

234.—(1) A complainant may apply to a court for an order under this section.

(2) If, upon an application under subsection (1), the court is satisfied that in respect of a corporation or any of its affiliates:

- (a) any act or omission of the corporation or any of its affiliates effects a result;
- (b) the business or affairs of the corporation or any of its affiliates are or have been carried on or conducted in a manner; or
- (c) the powers of the directors of the corporation or any of its affiliates are or have been exercised in a manner;

that is oppressive or unfairly prejudicial to or that unfairly disregards the interests of any security holder, creditor, director or officer, the court may make an order to rectify the matters complained of.

## 2. *The Facts*

The respondent is President of Northland Trucks, a company incorporated under the Saskatchewan *Business Corporations Act*. The company was established in 1978 upon purchase of an ongoing business, a dealership in International Harvester trucks. The respondent and his partner, Veryle Ellis, are the only directors of the company. The Articles of Incorporation provide for three categories of shares: Class A which are common, voting and participating shares; Class B which are common, non-voting and participating where authorized by the directors; and Class C which are preferred, non-voting shares. The Articles deal with the entitlement to dividends as follows:

### Class A Common:

Common, voting and shall be participating shares carrying the distinction and right to receive dividends exclusive of the other classes of shares in the said corporation.

- a) exercent les pouvoirs de la société, directement ou indirectement, par l'intermédiaire de ses employés et mandataires;
- b) gèrent les affaires tant commerciales qu'internes de la société.

234.—(1) Tout plaignant peut demander au tribunal de rendre les ordonnances visées au présent article.

(2) Le tribunal, saisi d'une demande visée au paragraphe (1), peut, par ordonnance, redresser la situation provoquée par la société ou l'une des personnes morales de son groupe qui, à son avis, abuse des droits des détenteurs de valeurs mobilières, créanciers, administrateurs ou dirigeants, ou porte atteinte à leurs intérêts ou n'en tient pas compte:

- a) soit en raison de son comportement;
- b) soit par la façon dont elle conduit ses affaires tant commerciales qu'internes ou celles de tout membre de son groupe;
- c) soit par la façon dont ses administrateurs ou ceux de son groupe exercent ou ont exercé leurs pouvoirs.

## 2. *Les faits*

L'intimé est président de Northland Trucks, une société constituée sous le régime de la *Business Corporations Act* de la Saskatchewan. La société a été créée en 1978 par suite de l'achat d'une concession de camions International Harvester. L'intimé et son associé, Veryle Ellis, sont les seuls administrateurs de la société. L'acte constitutif de la société prévoit trois catégories d'actions: la catégorie A, composée d'actions ordinaires avec droit de vote et participantes, la catégorie B, composée d'actions ordinaires sans droit de vote, mais participantes avec l'autorisation des administrateurs, et enfin, la catégorie C, composée d'actions privilégiées sans droit de vote. L'acte constitutif renferme les dispositions suivantes en ce qui concerne le droit aux dividendes:

### [TRADUCTION] Actions ordinaires de catégorie A:

Actions ordinaires avec droit de vote et participantes, comportant le droit distinctif de recevoir des dividendes à l'exclusion des autres catégories d'actions de ladite société.

Class B Common:

Common, non-voting and shall be participating shares where authorized to be participating shares by unanimous consent of the Directors and the said shares shall carry the distinction and right to receive dividends exclusive of other classes of shares in the said corporation.

Class C Preferred:

Preferred, non-voting shares which carry the distinction and right to receive dividends exclusive of other classes of shares in the said corporation, if the said dividends are authorized by unanimous resolution of the directors.

[And as noted at 84 D.T.C. 1379, at p. 1080]

Each class of shares has the right to receive dividends exclusive of other classes of shares in the company and the company is authorized to issue an unlimited number of shares in each class.

The clause "the distinction and right to receive dividends exclusive of other classes of shares in the said corporation" in the definition of the share classes is crucial to the analysis in this case; a primary question is whether the clause, which gives to the directors unfettered discretion as to the allocation of dividends among classes of shares, constitutes a valid derogation to the common law rule of equality of distribution of dividends. For the sake of simplicity, I will refer to it as the "discretionary dividend clause" throughout these reasons.

Shares in the company were issued at a price of \$1.00 each, and the distribution of shares demonstrates the closely held nature of the company:

Name	Class A Common	Class B Common	Class C Preferred
Jim McClurg	400	—	37,500
Veryle Ellis	400	—	37,500
Wilma McClurg (wife of Jim McClurg)	—	100	—
Suzanne Ellis (wife of Veryle Ellis)	—	100	—

In the years 1978, 1979, and 1980, the directors, McClurg and Ellis, voted a declaration and distribution of dividends as follows:

Actions ordinaires de catégorie B:

Actions ordinaires sans droit de vote, mais participantes avec l'autorisation unanime des administrateurs, comportant le droit distinctif de recevoir des dividendes à l'exclusion des autres catégories d'actions de ladite société.

Actions privilégiées de catégorie C:

Actions privilégiées sans droit de vote, comportant le droit distinctif de recevoir des dividendes à l'exclusion des autres catégories d'actions, pourvu que ces dividendes soient autorisés par résolution unanime des administrateurs.

[Et tel que noté à 84 D.T.C. 1379, à la p. 1380]

Des dividendes peuvent être versés pour chaque catégorie d'actions à l'exclusion des autres catégories d'actions de la société, et la société est autorisée à émettre autant d'actions de chaque catégorie qu'elle le désire.

Dans la définition des catégories d'actions, la clause concernant [TRADUCTION] «de droit distinctif de recevoir des dividendes à l'exclusion des autres catégories d'actions» est cruciale pour analyser l'espèce; il faut tout d'abord déterminer si cette clause, qui confère aux administrateurs un pouvoir discrétionnaire illimité en ce qui concerne la répartition des dividendes entre les diverses catégories d'actions, constitue une dérogation valide à la règle de common law ayant trait à l'égalité de la répartition des dividendes. Pour simplifier les choses, j'utiliserai l'expression «clause de dividende discrétionnaire» pour désigner cette clause dans les présents motifs.

Les actions de la société ont été émises au prix de 1 \$ l'unité, et leur répartition indique qu'il s'agit d'une société fermée:

Nom	Actions ordinaires de catégorie A	Actions ordinaires de catégorie B	Actions privi- légiées de catégorie C
Jim McClurg	400	—	37 500
Veryle Ellis	400	—	37 500
Wilma McClurg (épouse de Jim McClurg)	—	100	—
Suzanne Ellis (épouse de Veryle Ellis)	—	100	—

Au cours des années 1978, 1979 et 1980, les administrateurs McClurg et Ellis ont déclaré des dividendes, répartis de la manière suivante:

Name	1978	1979	1980	Nom	1978	1979	1980
Jim McClurg	—	—	—	Jim McClurg	—	—	—
Veryle Ellis	—	—	—	Veryle Ellis	—	—	—
Wilma McClurg	\$10,000	\$10,000	\$10,000	Wilma McClurg	10 000 \$	10 000 \$	10 000 \$
Suzanne Ellis	\$10,000	\$10,000	\$10,000	Suzanne Ellis	10 000 \$	10 000 \$	10 000 \$

a

The form of resolution declaring the dividends was as follows:

It was noted and unanimously agreed by all the Directors that Class "B" Shareholders receive dividends in the amount of \$100.00 per share for each issued share they hold.

**BE IT RESOLVED**

that payment of dividends to Class "B" Shareholders are made as follows:

Class "B" Shareholder	Number of issued Shares	Dividend Per Share	Total Paid
Wilma McClurg	100	\$100.00	\$10,000.00
Suzanne Ellis	100	\$100.00	\$10,000.00

Although the two directors received no dividends on either their Class A or Class C shares during this three-year period, they did not go unrewarded. They received salaries, were paid bonuses, and bonus entitlements totalling, according to the trial judge, in the case of the respondent, \$33,968 in 1978, \$65,292 in 1979, and \$57,900 in 1980. As well, the company's retained earnings as of October 31, 1980 were \$312,611 and as of October 31, 1981 were \$421,481. The directors of the company, as owners of the Class A shares (the only shares participating as of right), alone were entitled as of right to share in the accumulated profits of the company.

An analysis of the equity of the two classes of shares is shown below:

	Class A Shares	Class B Shares
Shares Issued	800	200
Amount Paid	800	200
Dividends Received	NIL	60,000
Growth Accruing to shares to Oct. 31, 1980	312,611	NIL

La résolution déclarant les dividendes était libellée comme suit:

[TRADUCTION] Les administrateurs ont à l'unanimité convenu que les actionnaires de la catégorie «B» recevront des dividendes de 100 \$ l'action pour chaque action dont ils sont détenteurs.

**IL EST RÉSOLU**

que le versement des dividendes aux actionnaires de la catégorie «B» sera effectué de la manière suivante:

Actionnaire de la catégorie B	Nombre d'actions émises	Dividende par action	Total versé
Wilma McClurg	100	100 \$	10 000 \$
Suzanne Ellis	100	100 \$	10 000 \$

d

Bien que les deux administrateurs n'aient touché aucun dividende pour leurs actions de catégorie A ou C au cours de ces trois années, ils n'en ont pas moins reçu des sommes d'argent. En effet, ils ont touché des sommes sous forme de salaires, de primes ou de droits à des primes totalisant pour l'intimé, suivant le juge de première instance, 33 968 \$ en 1978, 65 292 \$ en 1979 et 57 900 \$ en 1980. En outre, les bénéfices non distribués de la société étaient de 312 611 \$ au 31 octobre 1980, et de 421 481 \$ au 31 octobre 1981. À titre de propriétaires des actions de catégorie A (les seules actions participantes de plein droit), seuls les administrateurs de la société participaient de plein droit aux bénéfices accumulés de la société.

Une analyse de l'avoir propre des deux catégories d'actions figure ci-après:

	Actions de catégorie A	Actions de catégorie B
Actions	800	200
Montant versé	800	200
Dividendes reçus	NÉANT	60 000
Croissance des actions pour chaque dollar investi au 31 oct. 1980	312 611	NÉANT

i

j

Submissions attached with the Notice of Objection of Mr. McClurg for the 1978, 1979 and 1980 taxation years show that at the end of the 1981 taxation year, the equity (growth) per share stood at \$527 per share for Class A common shareholders (an amount of 1.75 times that of Class B shares) whereas the total growth (equity) accruing to Class B common shares still remained at \$300 per share.

Les prétentions jointes à l'avis d'opposition présenté par M. McClurg pour les années d'imposition 1978, 1979 et 1980, indiquent qu'à la fin de l'année d'imposition 1981, l'avoir propre (croissance) des actions ordinaires de catégorie A était de 527 \$ l'action (ce montant représentant 1,75 fois celui des actions de catégorie B) alors que la croissance totale (avoir propre) des actions ordinaires de catégorie B était encore de 300 \$ l'action.

	Total Reimbursement to	Equity Growth Retained to	Total \$ Per Share		
	Oct. 31/81	Oct. 31/81	Total	Owed	%
Jim McClurg	224,700	210,741	435,441	1,088.62	45
Veryle Ellis	224,700	210,741	435,441	1,088.62	45
Wilma McClurg	48,125	NIL	48,125	481.25	5
Suzanne Ellis	48,125	NIL	48,125	481.25	5
	<u>545,650</u>	<u>421,482</u>	<u>967,132</u>		<u>100</u>

	Remboursement total au	Avoir propre non distribué le	Valeur totale en \$ pour chaque action détenue		
	31 oct. 1981	31 oct. 1981	Total	détenue	%
Jim McClurg	224 700	210 741	435 441	1 088,62	45
Veryle Ellis	224 700	210 741	435 441	1 088,62	45
Wilma McClurg	48 125	NÉANT	48 125	481,25	5
Suzanne Ellis	48 125	NÉANT	48 125	481,25	5
	<u>545 650</u>	<u>421 482</u>	<u>967 132</u>		<u>100</u>

The financing of the formation of the company must also be reviewed. For the respondent's investment of 37,500 preferred shares, he borrowed \$37,500 from the Toronto Dominion Bank on a note co-signed by his wife and his father-in-law. The latter provided further security in the form of a term deposit certificate totalling \$40,000. The purchase of the business was partly financed by a loan from the vendor, security for which was provided, in part, by the respondent and his wife through the placing of a second mortgage on their jointly owned home in the amount of \$25,000. Furthermore, Wilma McClurg co-signed with the respondent a personal guarantee to the International Harvester Company, the supplier of the company, with respect to a \$500,000 debenture in connection with the business affairs of Northland Trucks. Finally, the company opened a line of credit with the Toronto Dominion Bank, initially for \$50,000, and later increased to \$200,000, which was guaranteed by all of the shareholders. It

Il faut également examiner le financement de l'établissement de la société. La somme de 37 500 \$ ayant servi à l'achat de 37 500 actions privilégiées a été empruntée par l'intimé à la Banque Toronto-Dominion, moyennant un billet contresigné par son épouse et son beau-père. Ce dernier a fourni une autre sûreté sous la forme d'un certificat de dépôt à terme de 40 000 \$. L'achat de l'entreprise a été financé en partie au moyen d'un prêt consenti par le vendeur, dont caution en partie par l'intimé et son épouse par voie d'une seconde hypothèque s'élevant à 25 000 \$ sur la maison dont ils étaient copropriétaires. En outre, Wilma McClurg a également été cosignataire avec l'intimé d'une garantie personnelle en faveur d'International Harvester Company, le fournisseur de la société, relativement à une débenture de 500 000 \$ concernant les affaires de Northland Trucks. Enfin, la société a obtenu de la Banque Toronto-Dominion une marge de crédit fixée tout d'abord à 50 000 \$ puis, plus tard, à

is worth noting that the trial judge found that Wilma McClurg had personal assets of between \$15,000 and \$20,000 during this time, which indicates that her personal guarantee was not without significance.

The role of Wilma McClurg in the business during the period in question also warrants examination. The evidence indicates that she carried the title of Administrative Assistant. As such, she assisted in the operation of the business, performing a variety of tasks as the need arose—including stenography, bookkeeping, stocktaking, and driving a truck. For her efforts she received a salary of \$625 in 1978, \$5,000 in 1979, and \$5,000 in 1980. Of the \$30,000 received by Wilma McClurg in dividends during this period, \$20,000 was reinvested by her in M.E. Investments Corporation, a company with a similar structure to that of Northland Trucks and which involved the same shareholders and directors. The purpose of M.E. Investments Corporation was the acquisition of land upon which the operations of Northland Trucks were located. In acquiring the land, a first mortgage was given. Wilma McClurg was a personal guarantor of the mortgage.

On January 14, 1982, by notices of reassessment, the Minister of National Revenue reassessed the respondent's income for 1978, 1979, and 1980. The basis for the reassessment was that in each of those years \$8,000 of the \$10,000 in dividends attributed to Wilma McClurg on her Class B shares was properly attributable instead to the respondent pursuant to ss. 56(2) of the *Income Tax Act*. The Minister made this reallocation on the basis of the number of Class A shares owned by the respondent in relation to the number of Class B shares owned by Wilma McClurg. The position of the Minister is that the dividends declared in each of the years in question should be attributed equally to all of the common shares, no matter of what class and notwithstanding the express condition attaching to the Class B shares

200 000 \$ et qui était garantie par tous les actionnaires. Il convient de souligner que le juge de première instance a conclu que la valeur de l'actif personnel de Wilma McClurg était à l'époque de 15 000 \$ à 20 000 \$, ce qui indique que la garantie personnelle qu'elle avait donnée n'était pas sans importance.

Il convient également d'examiner le rôle joué par Wilma McClurg dans l'entreprise au cours de cette même période. La preuve indique qu'elle occupait le poste d'adjointe administrative et, qu'en cette qualité, elle participait à l'exploitation de l'entreprise en exécutant diverses tâches, suivant les besoins—notamment elle faisait fonction de sténographe, s'occupait de la tenue de livres et de l'inventaire des marchandises, et elle conduisait un camion. Pour ses efforts, elle a touché un salaire de 625 \$ en 1978, de 5 000 \$ en 1979 et de 5 000 \$ en 1980. Des 30 000 \$ qu'elle a reçus sous forme de dividendes au cours de cette période, Wilma McClurg a réinvesti 20 000 \$ dans M.E. Investments Corporation, une compagnie dont la structure était analogue à celle de Northland Trucks et qui comptait les mêmes actionnaires et administrateurs. M.E. Investments Corporation a été constituée dans le but d'acquérir un terrain où se trouvait l'entreprise de Northland Trucks. Ce terrain a été acquis grâce à une première hypothèque que Wilma McClurg a garantie personnellement.

Le 14 janvier 1982, le ministre du Revenu national a délivré des avis de nouvelle cotisation relativement aux revenus du demandeur pour les années 1978, 1979 et 1980. Il y soutenait que, pour chacune de ces années, des 10 000 \$ attribués à Wilma McClurg à titre de dividendes provenant de ses actions de catégorie B, 8 000 \$ auraient plutôt dû être attribués à l'intimé conformément au par. 56(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le Ministre a effectué cette nouvelle ventilation en fonction du nombre d'actions de catégorie A que détenait l'intimé, par rapport au nombre d'actions de catégorie B que détenait Wilma McClurg. Le Ministre prétend que les dividendes déclarés au cours de chacune de ces années devraient être répartis également entre les actions ordinaires, quelle que soit leur catégorie et malgré la condi-

that they shall carry the right to receive dividends exclusive of other classes of shares in the company. The respondent's appeal to the Tax Court of Canada was dismissed. The respondent further appealed from the decision of the Tax Court judge by way of an action commenced in the Federal Court of Canada, Trial Division. The appeal was allowed. The Minister's appeal to the Federal Court of Appeal was dismissed. Finally, leave to appeal was granted by this Court.

### 3. *Judgments Below*

#### Tax Court of Canada, 84 D.T.C. 1379

Goetz T.C.J. found no evidence suggesting that the investment of Wilma McClurg in the company was of any importance. He reasoned that the respondent and his partner had full control of the company and he concluded, at p. 1381, that the share structure was solely an income-splitting device:

To my way of thinking the share set up and the establishment of the Class "B" shares was a channel of Northland to funnel payments of profits to the Appellant's wife and this was to the Appellant's tax benefit and is prohibited by section 56(2).

Goetz T.C.J. concluded, at p. 1381, that the dividends were a "blatant effort" at conferring a benefit on the wives of the directors and he further remarked, at p. 1382, that "the wives were the puppets of the Appellant and Ellis and did as they were told". Finally, he determined that the efforts expended by Wilma McClurg and her exposure under the guarantees had no relevance to the payment of dividends. He dismissed the appeal from the reassessment.

#### Federal Court of Canada—Trial Division (1986), 2 F.T.R. 1

Strayer J. began by considering the interpretation of s. 56(2), and he found, at p. 4, that its literal meaning could require that "every dividend

tion expresse rattachée aux actions de catégorie B, qui prévoit qu'elles comportent le droit distinctif de recevoir des dividendes à l'exclusion des autres catégories d'actions de ladite société. L'appel interjeté par l'intimé à la Cour canadienne de l'impôt a été rejeté. L'intimé a ensuite interjeté appel de la décision du juge de la Cour de l'impôt devant la Section de première instance de la Cour fédérale du Canada. Cet appel a été accueilli. L'appel interjeté par le Ministre devant la Cour d'appel fédérale a été rejeté. Finalement, la demande d'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accueillie.

### *c* 3. *Les jugements des tribunaux d'instance inférieure*

#### Cour canadienne de l'impôt, 84 D.T.C. 1379

Le juge Goetz a conclu qu'aucun élément de preuve n'indiquait que le placement fait par Wilma McClurg dans la société revêtait une quelconque importance. Il a déduit que l'intimé et son associé avaient le contrôle complet de la société, et il a conclu, à la p. 1381, que la structure du capital-actions constituait simplement un moyen de partager les revenus:

À mon sens, la structure du capital-actions et l'établissement des actions de catégorie «B» étaient un moyen pour Northland de verser des profits à la femme de l'appellant, ce qui constituait un avantage fiscal pour l'appellant et est interdit par le paragraphe 56(2).

Le juge Goetz a conclu, à la p. 1381, que les dividendes constituaient un «effort manifeste» de conférer un avantage aux épouses des administrateurs, et il a en outre fait remarquer, à la p. 1382, que «la femme de l'appellant et celle d'Ellis étaient des jouets entre leurs mains et elles faisaient ce que ceux-ci leur disaient de faire». Il a finalement statué que les efforts déployés par Wilma McClurg et les risques qu'elle avait pris en vertu des garanties n'avaient rien à voir avec le versement de dividendes. Il a rejeté l'appel interjeté contre la nouvelle cotisation.

#### Cour fédérale du Canada—Section de première instance (1986), 2 F.T.R. 1

Le juge Strayer a tout d'abord examiné comment il faut interpréter le par. 56(2), et il a conclu, à la p. 4, qu'au sens littéral il pourrait exiger que



paid to any shareholder of a company could be attributed to the income of directors participating in a decision to pay the dividend". He continued:

Such a dividend would be a "payment" "to some other person" with the "concurrence" of the director. It could also be described as a "benefit" that the director "desired to have conferred" on the shareholder, it surely being desirable from the viewpoint of directors that, where ever possible, dividends be paid to the shareholders of the company in order to enhance their satisfaction with the company.

Strayer J., reasoned, however, that the intention of the legislature could not have been such a broad reading and found the subsection qualified in that, to fall foul of s. 56(2), the taxpayer must seek to avoid receipt of funds that would otherwise be payable to him and that the concept of payment of a "benefit" is to be contrasted with payments for consideration.

In the opinion of Strayer J., it could not be said that money payable to the respondent was diverted to his wife so as to bring the situation within s. 56(2). He was not persuaded that the Articles of Incorporation must be regarded as void in so far as they permit differential payment of dividends to various classes of shareholders. Nor did he see any legal impediment to a contract between the shareholder and the company which allows the directors of the company to fix the amount of dividends payable in a given year to a given class of shareholders. Since no dividends were payable as a matter of right to holders of Class A shares, such as the respondent, without a resolution to that effect being adopted by the directors, it could not be said that money payable to him was diverted to his wife so as to bring the situation within s. 56(2).

Strayer J. also was satisfied that the dividends paid to Wilma McClurg were not a "benefit" within the contemplation of s. 56(2). The dividends were paid within the context of a legal

«chaque dividende versé à un actionnaire de la société soit attribué au revenu des administrateurs qui ont pris part à la décision de verser le dividende». Il a ajouté:

<sup>a</sup> En effet, le dividende deviendrait un «paiement [...] fait [...] à toute autre personne», «avec l'accord» d'un administrateur. Il pourrait également être considéré comme un «avantage» que l'administrateur «désirait voir accorder» à l'actionnaire, compte tenu du fait qu'il est certainement souhaitable, du point de vue des administrateurs, qu'un dividende soit déclaré lorsque cela est possible, afin d'augmenter le sentiment de satisfaction qu'éprouvent les actionnaires à l'égard de la société.

<sup>c</sup> Le juge Strayer a toutefois conclu que le législateur ne pouvait avoir eu l'intention de donner un sens aussi large à cette disposition; il a également conclu que le par. 56(2) devait faire l'objet de réserves en ce que pour y contrevenir, le contribuable doit chercher à éviter de toucher des sommes qui lui seraient autrement payables, et qu'il faut établir une distinction entre le concept de versement d'un «avantage» et le paiement fait moyennant contrepartie.

De l'avis du juge Strayer, il était impossible d'affirmer que les sommes payables à l'intimé ont été détournées en faveur de son épouse, de manière à déclencher l'application du par. 56(2). Il n'était pas convaincu que l'acte constitutif de la société doit être considéré comme nul dans la mesure où il permet des disparités dans le versement des dividendes aux diverses catégories d'actionnaires. Il ne voyait non plus aucun obstacle légal à ce qu'un contrat conclu entre l'actionnaire et la société permette aux administrateurs de fixer le montant de dividendes payable au cours d'une année particulière à une certaine catégorie d'actionnaires.

<sup>h</sup> Comme aucun dividende n'était payable de plein droit aux détenteurs des actions de catégorie A, comme l'intimé, sans une résolution des administrateurs en ce sens, on ne pouvait pas dire que des sommes payables à l'intimé ont été détournées en faveur de son épouse, de manière à déclencher l'application du par. 56(2).

Le juge Strayer était également convaincu que les dividendes versés à Wilma McClurg n'étaient pas un «avantage» au sens du par. 56(2). Ces dividendes ont été versés dans le contexte de rap-

relationship between the shareholder and the company pursuant to which she was entitled to receive dividends as declared from time to time by the directors. The surrounding circumstances suggested to him, at p. 5, that "this was a legitimate business relationship created by all the necessary legal instruments and should not be treated as a sham". Wilma McClurg had made a real contribution to the establishment of the business through her personal guarantee and the share of the mortgage she assumed on the house she owned jointly with the respondent. Furthermore, she had taken an active part in the operation of the business for which she was paid only a small salary. The appeal was allowed.

Federal Court of Appeal, [1988] 2 F.C. 356

The majority judgment at the Federal Court of Appeal was delivered by Urie J. and was concurred in by Heald J. Urie J. began by expressing a difficulty in appreciating how s. 56(2) could apply in a corporate context. A corporation provides to its shareholders, by way of dividends, such portion of its earnings as its directors deem advisable. Those directors do so in their capacities as directors and not in their personal capacities, no matter how closely held the corporation's shares. Urie J. had further difficulty understanding how "a taxpayer," when acting as a director, satisfies any of the conditions precedent for the application of s. 56(2). He reasoned, at p. 363, that:

Only the most explicit language, which is not present in subsection 56(2), would justify the notion that a director acting as such could be seen as directing a corporation to divert a transfer or payment for his own benefit or the benefit of another person, absent bad faith, breach of fiduciary duty or acting beyond the powers conferred by the share structure of the corporation, none of which bases have been alleged here.

Furthermore, Urie J. felt that applying s. 56(2) in a corporate context would make no distinction between arm's length and non-arm's length trans-

ports juridiques entre l'actionnaire et la société, en vertu desquels l'actionnaire avait le droit de recevoir les dividendes déclarés à l'occasion par les administrateurs. Les circonstances de l'espèce ont porté le juge à croire, à la p. 5, «qu'il s'agissait d'une relation d'affaires légitime appuyée par tous les documents légaux nécessaires, et qui ne devrait pas être considérée comme du trompe-l'œil». Wilma McClurg a fourni un apport très réel à la mise sur pied de l'entreprise, au moyen de la garantie personnelle qu'elle a donnée et de la part de l'hypothèque qu'elle a assumée sur la maison qu'elle possédait conjointement avec l'intimé. En outre, elle a joué un rôle actif dans l'exploitation de l'entreprise, en échange duquel elle n'a touché qu'un maigre salaire. L'appel a été accueilli.

Cour d'appel fédérale, [1988] 2 C.F. 356

L'arrêt majoritaire de la Cour d'appel fédérale, auquel a souscrit le juge Heald, a été rendu par le juge Urie. Celui-ci a tout d'abord indiqué qu'il avait peine à concevoir comment le par. 56(2) pouvait s'appliquer à une société. La société verse sous forme de dividendes à ses actionnaires la part de ses bénéfices que ses administrateurs estiment indiquée. Ces administrateurs agissent alors en leur qualité d'administrateurs et non à titre personnel, peu importe que les actions puissent être détenues par un grand ou un petit nombre d'actionnaires. Le juge Urie pouvait en outre difficilement comprendre comment on peut affirmer qu'un contribuable, lorsqu'il agit en qualité d'administrateur, peut remplir l'une ou l'autre des conditions essentielles à l'application du par. 56(2). Il a tenu le raisonnement suivant, à la p. 363:

Seuls les termes les plus explicites, que l'on ne retrouve pas au paragraphe 56(2), justifieraient la notion qu'un administrateur qui agirait en cette qualité pourrait être considéré comme ordonnant à la société de détourner un paiement ou un transfert de biens à son profit ou au profit d'une autre personne, en l'absence de mauvaise foi, d'un abus de confiance ou d'un excès des pouvoirs conférés par l'organisation du capital social de la société, et rien de cela n'a été allégué en l'espèce.

De plus, le juge Urie a estimé que l'application du par. 56(2) à une société ne ferait aucune distinction entre des transferts effectués avec ou sans

actions, leaving all directors at risk of having dividends declared by them, and paid to shareholders who may be relatives, attributed to them for tax purposes. He concluded that the section was not intended to apply to the directors of corporations participating in the declaration of corporate dividends. He dismissed the appeal.

Desjardins J. dissented at the Court of Appeal. She began by observing that, unless otherwise provided in the Articles of Incorporation or by statute, the rights of the classes of shareholders to receive dividends are to be assessed on a basis of equality. She disagreed with Strayer J.'s conclusion that the description of the dividends found in the Articles of Incorporation constituted a "derogation from the principle of equality amongst shareholders recognized in the common law" (at p. 368), stating at p. 369:

What happens in the case at bar is that shareholders in each class are given "the distinction and right to receive dividends to the exclusion of other classes". From that perspective, they are all equal. Moreover, no mathematical formula is given if a distribution were to occur. . . . The directors obtain full control over the allocation if they declare dividends . . . .

I doubt that such a discretion to be exercised by way of a resolution of the directors, can be equated with a derogation specific and substantive enough to discard the common law rule of equality of distribution since there is no rule by which the directors are to carry out their discretion.

The moneys paid, in her opinion, ought to have been distributed equally amongst the shareholders and there should have been included in the respondent's income part of the dividends paid to his wife.

In rejecting the trial judge's conclusion that there was a legitimate business relationship between the respondent's wife and the company, Desjardins J. remarked that there is no relationship between the services that a shareholder brings to a company and his or her entitlement to a dividend. The dividends come as a return on

lien de dépendance et ainsi, tous les administrateurs de société, qui pourraient compter des parents parmi les actionnaires, risqueraient de se voir attribuer à des fins d'impôt sur le revenu les dividendes qu'ils auraient déclarés et versés auxdits actionnaires. Il a conclu que le paragraphe en cause n'avait pas été conçu pour s'appliquer aux administrateurs ayant contribué à déclarer les dividendes de sociétés. Il a rejeté l'appel.

Le juge Desjardins de la Cour d'appel était dissidente. Elle a d'abord fait remarquer que, sous réserve de mention contraire dans l'acte constitutif de la société ou dans la loi, les droits aux dividendes de toutes les catégories d'actionnaires doivent s'apprécier à égalité. Elle n'était pas d'accord avec la conclusion du juge Strayer (à la p. 368), selon laquelle les mentions relatives aux dividendes dans l'acte constitutif représentaient une «dérogation au principe de l'égalité entre les actionnaires, reconnu en *common law*» affirmant, à la p. 369:

Ce qui se passe en l'espèce, c'est que les actionnaires de chaque catégorie ont «le droit distinctif de recevoir des dividendes à l'exclusion des autres catégories d'actions». Selon cette perspective, ils sont tous égaux. De plus, aucune formule mathématique n'est prévue pour un éventuel partage . . . Les administrateurs ont pleins pouvoirs sur la répartition des dividendes qu'ils déclarent, le cas échéant . . .

Je doute qu'un tel pouvoir discrétionnaire qui s'exerce par le biais d'une résolution des administrateurs puisse être assimilé à une dérogation suffisamment précise et importante pour écarter la règle de *common law* ayant trait à l'égalité de la répartition des dividendes puisqu'aucune règle ne régit l'exercice du pouvoir discrétionnaire des administrateurs.

À son avis, les sommes versées en l'espèce auraient dû être réparties également entre tous les actionnaires, et une partie des dividendes versés à l'épouse de l'intimé aurait dû être incluse dans le revenu de l'intimé.

Rejetant la conclusion du juge de première instance suivant laquelle il existait entre l'épouse de l'intimé et la société une relation d'affaires légitime, le juge Desjardins a fait remarquer qu'il n'existe aucun rapport entre les services rendus par un actionnaire pour la société et son droit à un dividende. Les dividendes représentent le rende-

investment and attach to the share, rather than to the shareholder.

Desjardins J. was not persuaded that s. 56(2), if interpreted widely, would cover every declaration of dividends. Once declared, the amount of the dividend received on each share is governed by a mathematical formula which the director must apply in accordance with the contract between the shareholders and the company.

## II. Analysis

This appeal raises issues relating both to corporate law and the law of income taxation. In my view, it is useful to deal with the former first as the analysis is beneficial in the determination of the application of s. 56(2) of the *Income Tax Act*.

### 1. *Corporate Law Issues*

I begin the analysis with a statement of the obvious. The decision to declare a dividend lies within the discretion of the directors of a company, subject to any restrictions which have been included in the Articles of Incorporation. This principle has long been accepted at common law and was explicitly recognized by Lord Davey, speaking for the Judicial Committee of the Privy Council, in *Burland v. Earle*, [1902] A.C. 83, at p. 95, wherein the principle was described in terms of the "internal management" of the company:

Their Lordships are not aware of any principle which compels a joint stock company while a going concern to divide the whole of its profits amongst its shareholders. Whether the whole or any part should be divided, or what portion should be divided and what portion retained, are entirely questions of internal management which the shareholders must decide for themselves, and the Court has no jurisdiction to control or review their decision, or to say what is a "fair" or "reasonable" sum to retain undivided, or what reserve fund may be "properly" required.

With the advent of statutory regulation of corporations, the authority to pay dividends, recognized at common law as part of the internal management of the company, has been given statutory

ment d'un placement, et ils se rattachent à l'action et non à l'actionnaire.

Le juge Desjardins n'était pas convaincue que le par. 56(2), s'il devait être interprété de façon large, s'appliquerait à toutes les déclarations de dividendes. Une fois le dividende déclaré, le montant attribué à chaque action est régi par une formule mathématique que l'administrateur doit appliquer conformément au contrat conclu entre les actionnaires et la société.

## II. Analyse

Ce pourvoi soulève des questions concernant à la fois le droit des sociétés et le droit fiscal. À mon avis, il convient d'examiner tout d'abord les premières, leur analyse étant utile pour déterminer s'il y a lieu d'appliquer le par. 56(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

### 1. *Les questions relatives au droit des sociétés*

Commençons cette analyse par un simple truisme. La décision de déclarer un dividende est laissée à la discrétion des administrateurs d'une société, sous réserve des restrictions prévues par l'acte constitutif de la société. Ce principe est depuis longtemps accepté en common law et son existence a été expressément reconnue par lord Davey qui a exprimé l'opinion du Comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire *Burland v. Earle*, [1902] A.C. 83, à la p. 95; ce principe y est décrit en fonction de la «gestion interne» de la société:

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries ne connaissent aucun principe qui oblige une société par actions prospère à diviser l'ensemble de ses profits entre ses actionnaires. La décision de partager la totalité ou une partie des profits, ou la détermination des profits qui devraient être partagés et de ceux qui ne devraient pas être distribués sont des questions de pure gestion interne que doivent trancher les actionnaires; la Cour n'a pas compétence pour contrôler ou réviser leur décision ni pour déterminer quelle somme «juste» ou «raisonnable» ne devrait pas être partagée, ou quel montant peut «à juste titre» être requis comme fonds de réserve.

Avec l'avènement de la réglementation législative des sociétés, le pouvoir de verser des dividendes qui, suivant la common law, relève de la gestion interne de la société a été légalement

recognition. In the case at bar, the governing legislation is the Saskatchewan *Business Corporations Act* (hereinafter *S.B.C.A.*). In my view, it cannot be disputed that the power to pay dividends is an integral component of the broad grant of managerial power for directors found in s. 97(1) of the Act, cited earlier. I take it, both from an observation of the workings of corporations, and from other provisions in the statute, that the section embraces the common law power of directors. The power to declare dividends is expressly limited in the Act, in much the same way as it was at common law. For example, s. 40 of the *S.B.C.A.*, also cited earlier, prohibits the declaration of a dividend if there exist reasonable grounds to believe that to do so would leave the corporation unable to pay its debts (s. 40(a)); or, if the payment of a dividend would render the realizable value of the assets of the corporation less than the aggregate of its liabilities and stated capital of all classes of shares (s. 40(b)). Although these restrictions are not brought into play by the declarations of dividends in issue in this appeal, the presence of those limitations in the Act suggests that the power to declare dividends is statutorily limited only by restrictions expressly stated.

Of course, the power to declare dividends is further qualified by the fact that the law has for many years recognized that the general managerial power which rests in the directors of a company is fiduciary in nature. The declaration of dividends, which is subsumed within that power, therefore is limited legally in that it must be exercised in good faith and in the best interests of the company. As Professor Welling recognized in his treatise *Corporate Law in Canada* (1984), at p. 614, this limitation exists when any disbursement is made by the directors of a company:

The directors' general managerial power is a fiduciary one, owed to the corporation. It must always be exercised in what the directors' from time to time think is likely to serve the best interests of the corporation. It has been consistently urged throughout this book that "the corporation", as referred to in that context, means the legal and economic entity, not some vague aggregation

reconnu. En l'espèce, la loi applicable est la *Business Corporations Act* de la Saskatchewan (ci-après la *S.B.C.A.*). Il est incontestable, à mon avis, que le pouvoir de verser des dividendes fait partie intégrante du pouvoir général de gestion conféré aux administrateurs par le par. 97(1) de la Loi, cité plus haut. Je présume, en me fondant à la fois sur un examen du fonctionnement des sociétés et sur d'autres dispositions de la Loi, que cette disposition englobe le pouvoir reconnu aux administrateurs par la common law. La Loi impose expressément des restrictions au pouvoir de déclarer des dividendes, un peu comme c'était le cas en common law. Par exemple, l'art. 40 de la *S.B.C.A.*, également cité plus haut, interdit de déclarer un dividende s'il existe des motifs raisonnables de croire que, si elle le faisait, la société serait incapable d'acquitter son passif (al. 40a)), ou que si, par suite du versement d'un dividende, la valeur de réalisation de l'actif de la société serait inférieure au total de son passif et de son capital déclaré (al. 40b)). Bien que les déclarations de dividendes dont il est question en l'espèce n'entraînent pas l'application de ces restrictions, la présence de ces dernières dans la Loi semble indiquer que le pouvoir de déclarer des dividendes ne peut être légalement limité que par des restrictions expresses.

Évidemment, le pouvoir de déclarer des dividendes est davantage limité par le fait que la loi reconnaît depuis de nombreuses années que le pouvoir général de gestion conféré aux administrateurs d'une société est de nature fiduciaire. La déclaration de dividendes, qu'englobe ce pouvoir, est par conséquent légalement limitée du fait qu'elle ne peut être effectuée que de bonne foi et au mieux des intérêts de la société. Comme l'a reconnu le professeur Welling dans son traité intitulé *Corporate Law in Canada* (1984), à la p. 614, cette limite s'applique chaque fois que les administrateurs d'une société effectuent une sortie de fonds:

[TRADUCTION] Le pouvoir général de gestion des administrateurs est un pouvoir fiduciaire qu'ils possèdent en raison de l'existence de la société. Les administrateurs doivent l'exercer de la manière qui, selon eux, permet le mieux de servir les intérêts de la société. Tout au long du présent ouvrage, nous avons insisté sur le fait que «la société», dans ce contexte, désigne l'entité juridique et

of the shareholders' wants. This means that dividends should be seen as basically what they seem to be on a narrow, legalistic view: corporate gifts . . . giving it is permissible only to the extent that the directors think that it will serve the corporate entity's best interest, as they then perceive those interests; beyond this, the declaration of any dividend, like any other unauthorized gift of corporate property, is a breach of directors' duty.

In my opinion, this is an accurate statement of the legal basis of the declaration of a dividend in the context of the modern corporation.

Having reviewed the legal basis for the payment of a dividend by a company, another fundamental principle of corporate law can be restated. The appellant, the Minister of National Revenue, argues, and it is conceded by the respondent, that the rights carried by all shares to receive a dividend declared by a company are equal unless otherwise provided in the Articles of Incorporation. This principle, like the managerial power to declare dividends, has been well accepted at common law. The principle, or more accurately, the presumption of equality amongst shares and the prerequisites required to rebut that presumption, are described in Schmitthoff, *Palmer's Company Law*, 23rd ed., vol. I, at p. 387, para. 33-06:

Prima facie the rights carried by the shares rank *pari passu*, i.e. the shareholders participate in the benefits of membership equally. It is only when a company divides its share capital into different classes with different rights attached to them that the prima facie presumption of equality of shares may be displaced.

In my view, a precondition to the derogation from the presumption of equality, both with respect to entitlement to dividends and other shareholder entitlements, is the division of shares into different "classes". The rationale for this rule can be traced to the principle that shareholder rights attach to the shares themselves and not to shareholders. The division of shares into separate classes, then, is the means by which shares (as opposed to shareholder

économique et non quelque assemblage imprécis des aspirations des actionnaires. Cela signifie qu'il faut considérer les dividendes pour ce qu'ils semblent être d'un point de vue étroit et légaliste: des dons de la société. [...] étant donné que cela n'est permis que dans la mesure où les administrateurs estiment que cela servira au mieux les intérêts de la société, tels qu'ils les perçoivent alors; dans les autres cas, la déclaration d'un dividende, comme tout autre don non autorisé d'un bien de la société, constitue une violation de l'obligation des administrateurs.

À mon avis, ce passage énonce clairement le fondement juridique de la déclaration d'un dividende dans le contexte des sociétés modernes.

Après avoir examiné les principes juridiques sur lesquels repose le versement d'un dividende par une société, il est possible de rappeler un autre principe fondamental du droit des sociétés. L'appellant, le ministre du Revenu national, soutient, ce qu'admet l'intimé, que les droits que comportent toutes les actions de recevoir un dividende déclaré par une société sont égaux à moins que l'acte constitutif ne prévoit le contraire. Ce principe, tout comme le pouvoir des administrateurs de déclarer des dividendes, est bien reconnu en common law. Le principe, ou plus précisément, la présomption d'égalité entre les actions ainsi que les conditions préalables nécessaires pour réfuter cette présomption sont décrits dans Schmitthoff, *Palmer's Company Law*, 23<sup>e</sup> éd., vol. I, à la p. 387, par. 33-06:

[TRADUCTION] À première vue, les droits que comportent les actions sont de même rang, c.-à-d. que les actionnaires participent également aux bénéfices découlant de leur appartenance à la société. Ce n'est que lorsque la compagnie divise son capital-actions en différentes catégories assorties de droits différents qu'il peut y avoir déplacement de la présomption *prima facie* d'égalité des actions.

À mon avis, la division des actions en différentes «catégories» constitue une condition nécessaire pour pouvoir déroger à la présomption d'égalité, à la fois en ce qui concerne le droit aux dividendes et les autres droits des actionnaires. Cette règle trouve sa raison d'être dans le principe voulant que les droits des actionnaires se rattachent aux actions elles-mêmes et non aux actionnaires. Ainsi, la division des actions en différentes catégories

ers) are distinguished, and in turn allows for the derogation from the presumption of equality: *Bowater Canadian Ltd. v. R.L. Crain Inc.* (1987), 62 O.R. (2d) 752 (C.A.), at p. 754 (*per* Houlden J.A.).

The concept of share "classes" is not technical in nature, but rather is simply the accepted means by which differential treatment of shares is recognized in the Articles of Incorporation of a company. As Professor Welling, *supra*, succinctly explains, at p. 583, "a class is simply a sub-group of shares with rights and conditions in common which distinguish them from other shares". Indeed, the use of the share class is recognized in the *S.B.C.A.* as the means by which derogation from the principle of equality is to be achieved. The statute thus explicitly requires that "the rights, privileges, restrictions and conditions attaching to the shares of each class" must be expressly stated in the Articles of Incorporation: s. 24(4)(a).

Having outlined the underlying principles of corporate law relevant to the issues raised on this appeal, the application of those principles to the facts can be attempted. The appellant argues that the discretionary dividend clause in the Articles of Incorporation of Northland Trucks does not create discrete classes of shares with different rights to dividends. Furthermore, the Minister contends that the clause creates no right to dividends at all and, therefore, does not comply with the statutory requirement in s. 24(4)(a). Consequently, the allocation of a dividend made pursuant to the discretionary dividend clause must be disregarded because of its failure to comply with the *S.B.C.A.* and with the principles of corporate and common law. As a result, the presumption of equality has not been rebutted and equality of distribution amongst the share classes prevails. As I have earlier noted, Desjardins J. in her dissenting reasons at the Court of Appeal accepted this argument, and held that the clause permits the directors to create differences in dividend allocation "at whim". She thus expressed doubts, at p. 369, as to whether:

permet d'établir une distinction entre les actions (par opposition aux actionnaires) et ensuite, de déroger à la présomption d'égalité: *Bowater Canadian Ltd. v. R.L. Crain Inc.* (1987), 62 O.R. (2d) 752 (C.A.), à la p. 754 (le juge Houlden).

Le concept des «catégories» d'actions n'a pas un caractère formaliste; il s'agit plutôt simplement du moyen accepté par lequel on reconnaît dans l'acte constitutif d'une société des disparités dans le traitement des actions. Comme l'explique brièvement le professeur Welling, précité, à la p. 583 [TRADUCTION] «une catégorie est tout simplement un sous-groupe d'actions comportant des conditions et des droits communs qui les distinguent des autres actions». En fait, la *S.B.C.A.* reconnaît que l'utilisation de catégories d'actions constitue le moyen de déroger au principe de l'égalité. Ainsi, elle exige expressément que [TRADUCTION] «les droits, privilèges, restrictions et conditions qui se rattachent aux actions de chaque catégorie» soient énoncés expressément dans l'acte constitutif: al. 24(4)a).

Après avoir exposé les principes sous-jacents du droit des sociétés pertinents aux questions soulevées dans le présent pourvoi, on peut maintenant tenter d'appliquer ces principes aux faits. L'appellant soutient que la clause de dividende discrétionnaire figurant dans l'acte constitutif de Northland Trucks ne crée pas de catégories d'actions distinctes, assorties de droits différents quant aux dividendes. Le Ministre allègue en outre que cette clause ne crée aucun droit aux dividendes et que, par conséquent, elle ne satisfait pas à l'exigence de l'al. 24(4)a). En conséquence, il ne faut pas tenir compte de la répartition de dividendes faite conformément à la clause de dividende discrétionnaire parce qu'elle ne respecte pas la *S.B.C.A.* ni les principes du droit des sociétés et de la common law. La présomption d'égalité n'ayant pas été réfutée, il doit y avoir répartition égale entre les catégories d'actions. Comme je l'ai déjà souligné, le juge Desjardins de la Cour d'appel a accepté cet argument dans ses motifs de dissidence et elle a statué que la clause permet aux administrateurs de créer des distinctions «selon leur fantaisie» en ce qui concerne la répartition des dividendes. Elle a ensuite affirmé, à la p. 369, qu'elle doutait:

... such a discretion to be exercised by way of a resolution of the directors, can be equated with a derogation specific and substantive enough to discard the common law rule of equality of distribution since there is no rule by which the directors are to carry out their discretion.

The respondent argues, on the other hand, that the discretionary dividend clause is a valid exercise of contractual rights between the company and its shareholders in accordance with the common law and statute. Moreover, the right to receive dividends in potentially unique amounts gives each share class different rights. It is argued that this is a material distinction sufficient to create separate share classes with differentiated dividend entitlements which, in turn, validly derogates from the principle of equality.

I agree with the arguments which the respondent has raised in this regard. In my opinion, the discretionary dividend clause is both a valid means of allocating declared dividends and is sufficient to rebut the presumption of equality amongst shares. I find this determination, with respect to the presumption of equality, to be a simple factual inquiry. In my view, the presence of a discretionary dividend clause can only be interpreted as creating differences between share classes, since that is the rationale for the clause. As far as the statutory requirements are concerned, the purpose of s. 24(4)(a) is to ensure that shareholders are fully aware of their entitlements and privileges to the extent that the presumption of equality is rendered inapplicable. To my mind, that purpose has been met since the dividend entitlements are clearly set out in the description of the share classes. In this regard, I find the argument of Quessy in his article "Les aspects corporatifs et fiscaux des actions à dividende discrétionnaire", [1985] 7 R.P.F.S. 31, at p. 45, to be persuasive:

[TRANSLATION] ... the inclusion in the articles of a discretionary dividend clause expressly establishes that the corporation intends to derogate from the principle of equality among shareholders. The provision included in the articles alters the division of profits, which in the absence of such a provision would have to be made in

... qu'un tel pouvoir discrétionnaire qui s'exerce par le biais d'une résolution des administrateurs puisse être assimilé à une dérogation suffisamment précise et importante pour écarter la règle de *common law* ayant trait à l'égalité de la répartition des dividendes puisqu'aucune règle ne régit l'exercice du pouvoir discrétionnaire des administrateurs.

L'intimé prétend pour sa part que la clause de dividende discrétionnaire constitue un exercice valide des droits contractuels liant la société et ses actionnaires, conformément à la *common law* et à la Loi. En outre, le droit de recevoir des dividendes d'un montant possiblement unique confère des droits différents à chaque catégorie d'actions. Il allègue qu'il s'agit d'une distinction importante, suffisante pour créer des catégories distinctes d'actions assorties de droits différents aux dividendes, ce qui constitue une dérogation valide au principe de l'égalité.

Je souscris aux arguments soulevés par l'intimé à cet égard. À mon avis, la clause de dividende discrétionnaire constitue à la fois un moyen légitime de répartir les dividendes déclarés et suffit à réfuter la présomption d'égalité des actions. J'estime que cette conclusion relative à la présomption d'égalité résulte d'un simple examen des faits. À mon avis, la seule interprétation possible de la présence d'une clause de dividende discrétionnaire est qu'elle crée des distinctions entre les catégories d'actions, puisqu'il s'agit de la raison même de son existence. Pour ce qui est des exigences prévues dans la Loi, l'al. 24(4)a) a pour objet d'assurer que les actionnaires connaissent pleinement leurs droits et privilèges de manière à rendre inapplicable la présomption d'égalité. Selon moi, cet objectif est atteint puisque les droits aux dividendes sont clairement énoncés dans la description des catégories d'actions. À cet égard, j'estime convaincants les propos de Quessy dans son article intitulé «Les aspects corporatifs et fiscaux des actions à dividende discrétionnaire», [1985] 7 R.P.F.S. 31, à la p. 45:

... l'inclusion dans les statuts d'une clause de dividende discrétionnaire établit expressément que la corporation entend déroger au principe de l'égalité entre actionnaires. La disposition incluse aux statuts modifie le partage des profits qui devrait, en l'absence d'une telle disposi-



accordance with the principle of equality among shareholders.

I am in full agreement with Strayer J. (at p. 5) that, with respect to the presumption of equality, "the Articles of Incorporation specifically provide to the contrary". In my view, then, the presumption of equality manifestly has been rebutted.

I find the appellant's arguments, as they relate to the validity of a discretionary dividend clause in terms of general corporate law and the requirements of the *S.B.C.A.*, to be equally unpersuasive. Counsel for the appellant placed considerable emphasis in his arguments upon the nature of a shareholder "right", arguing that for the purposes of the statute and common law, a right to a dividend comprises a right to a portion of the total dividend declared, calculated according to the terms set out in the share description if and when the directors decide to make a distribution of the profits of the company. The appellant argues that the insertion of a discretionary dividend clause in the Articles of Incorporation is insufficient to confer a "right" since no corresponding "duty" is imposed on the company to pay dividends on that class once a dividend has been declared. Implicitly, Desjardins J. accepted this argument when she referred to the ability of the directors to allocate dividends "at whim". The appellant argues that this unconstrained discretion cannot be considered a "right" which is conferred by the shares.

I disagree with this analysis. In my opinion, the fact that dividend rights are contingent upon the exercise of the discretion of the directors to allocate the declared dividend between classes of shares does not render entitlement to a dividend any less a "right". Rather, it is the entitlement to be considered for a dividend which is more properly characterized in those terms. I agree with the respondent that the Class B common shareholders of the company have an entitlement comparable to that of a fixed dividend holder to receive a dividend if the company's directors declare one. As well, the appellant's argument that there is no corresponding "duty" on directors as regards the

tion, être effectué selon le principe de l'égalité entre actionnaires.

Je suis entièrement d'accord avec le juge Strayer (à la p. 5) lorsqu'il déclare, en ce qui concerne la présomption d'égalité, que «les statuts de constitution prévoient exactement le contraire». À mon avis, il est donc évident que la présomption d'égalité a été repoussée.

J'estime que les arguments de l'appelant ayant trait à la validité d'une clause de dividende discrétionnaire au regard du droit général des sociétés et des exigences de la *S.B.C.A.* ne sont guère plus convaincants. L'avocat de l'appelant a beaucoup insisté, dans sa plaidoirie, sur la nature du «droit» d'un actionnaire, soutenant qu'aux fins de la Loi et de la common law le droit à un dividende comporte le droit à une fraction du dividende total déclaré, calculée conformément aux conditions énoncées dans la description des actions lorsque les administrateurs décident de répartir les profits de la société. L'appelant soutient que l'insertion d'une clause de dividende discrétionnaire dans l'acte constitutif ne suffit pas à conférer un «droit» étant donné qu'aucune «obligation» correspondante n'est imposée à la société de verser des dividendes pour cette catégorie une fois qu'un dividende a été déclaré. Le juge Desjardins a implicitement souscrit à cet argument lorsqu'elle a fait référence à la capacité des administrateurs de répartir les dividendes «selon leur fantaisie». L'appelant prétend que ce pouvoir discrétionnaire illimité ne saurait être considéré comme un «droit» conféré par les actions.

Je ne suis pas d'accord avec cette analyse. À mon avis, ce n'est pas parce que les droits aux dividendes dépendent de l'exercice par les administrateurs de leur pouvoir discrétionnaire de répartir le dividende déclaré entre les catégories d'actions qu'il ne s'agit pas d'un «droit». C'est plutôt le droit d'être pris en compte pour le partage d'un dividende qu'il convient davantage de qualifier ainsi. Je suis d'accord avec l'intimé pour dire que le droit des actionnaires ordinaires de la catégorie B de la société de recevoir un dividende, si les administrateurs de la société en déclarent un, est comparable à celui du détenteur d'un dividende fixe. En outre, je suis d'avis que l'argument de l'appelant suivant

“right” of shareholders is, in my view, specious. The directors are bound by their fiduciary duty to act in good faith for the best interests of the company in the declaration and allocation of any dividend. That duty is in no way circumvented by the presence of a discretionary dividend clause. Finally, I think that it should be borne in mind that many shareholder rights may be qualified and contingent (voting rights, the right to transfer shares, preferential rights to dividends, participation rights); yet the mere fact that these rights are fettered does not render them anything less than shareholder rights.

In a similar vein, I do not agree that the absence of a mathematical formula for the allocation of declared dividends in the Articles of Incorporation of the company is dispositive of the issue of the validity of the discretionary dividend clause. As the decision to declare a dividend and the determination of the funds available for a dividend are already within the discretion of the directors, it seems to me that a discretionary dividend clause is not a significant departure or extension of that discretion: *De Vall v. Wainwright Gas Co.*, [1932] 2 D.L.R. 145 (Alta. C.A.). If shares are divided into separate classes, one of which contains a preferred entitlement to dividends declared by the company, the directors effectively have the discretion to allocate dividends only to that preferred class. Thus, the respondent could have achieved precisely the same allocation of dividends by structuring the company so that Wilma McClurg and Suzanne Ellis constituted a preferred class of shareholders with first entitlement to dividends. Such a structure would be unimpeachable in terms of the principles of corporate law.

Furthermore, it cannot reasonably be maintained that the presence of a discretionary dividend clause inherently leads to a conflict of the duty of directors and their self-interest any more than does the discretion to declare a dividend in any company. Consequently, I cannot agree with

lequel les administrateurs n'ont aucune «obligation» correspondante par rapport au «droit» des actionnaires est spécieux. Les administrateurs sont tenus, en vertu de leur obligation fiduciaire, d'agir de bonne foi, au mieux des intérêts de la société en question, lorsqu'ils déclarent et répartissent un dividende. La présence d'une clause de dividende discrétionnaire ne fait nullement disparaître cette obligation. Enfin, je pense qu'il ne faut pas oublier que nombre de droits des actionnaires peuvent être restreints ou conditionnels (le droit de vote, le droit de céder des actions, les droits privilégiés aux dividendes, les droits de participation); néanmoins, ces droits n'en constituent pas moins des droits des actionnaires même s'ils font l'objet de restrictions.

Dans le même ordre d'idées, je ne saurais convenir que l'absence dans l'acte constitutif de la société d'une formule mathématique régissant le partage des dividendes déclarés tranche la question de la validité de la clause de dividende discrétionnaire. La décision de déclarer un dividende et la détermination des sommes disponibles à cette fin relevant déjà du pouvoir discrétionnaire des administrateurs, il me semble qu'une clause de dividende discrétionnaire ne constitue pas une dérogation importante à ce pouvoir ni une extension de sa portée: *De Vall v. Wainwright Gas Co.*, [1932] 2 D.L.R. 145 (C.A. Alb.). Lorsque les actions sont divisées en catégories distinctes, dont l'une comporte un droit privilégié aux dividendes déclarés par la société, les administrateurs possèdent réellement le pouvoir discrétionnaire de répartir les dividendes parmi les actionnaires de cette catégorie privilégiée seulement. Par conséquent, l'intimé aurait pu obtenir exactement la même répartition des dividendes en structurant la société de manière à ce que Wilma McClurg et Suzanne Ellis constituent une catégorie privilégiée d'actionnaires ayant un droit prioritaire aux dividendes. Une telle structure serait inattaquable suivant les principes du droit des sociétés.

De plus, on ne peut raisonnablement soutenir que la présence d'une clause de dividende discrétionnaire entraîne en soi un conflit entre l'obligation des administrateurs et leur intérêt personnel, pas plus d'ailleurs que ne le fait le pouvoir discrétionnaire de déclarer un dividende dans toute

those authors who take the position that the allocation of dividends by directors, pursuant to a discretionary dividend clause, inherently cannot be exercised in the best interests of the company: see Martel and Martel, *La compagnie au Québec, Les aspects juridiques*, vol. I, at pp. 18-10 through 18-14C; Boivin, "Le droit aux dividendes et le dividende 'discretionnaire'" (1987), 47 *R. du B.* 73. I agree with the argument of the respondent that it is unrealistic to think that directors will not pay heed to the identity of shareholders and the contribution to the company of those shareholders any time a decision is made as to whether dividends of any sort should be declared. The fact that directors may consider the identity of shareholders does not necessarily render the declaration invalid on the basis of a conflict of duty and self-interest. For example, the discretion could be exercised for the purpose of rewarding a group of employees who comprise a preferred class of shareholders and who have been encouraged to invest in a company. Surely the fact that the identity of the holders of that class of shares was considered in the decision to declare a dividend and in the determination of the quantum of the dividend would not render the decision invalid. To reiterate, the limitation on the decision is purely a fiduciary one and the entitlement of a shareholder is "to share in the profits of the company when these are declared as dividends in respect of the shares of the class of which his share forms a part" (emphasis added): Bryden, "The Law of Dividends", in Jacob S. Ziegel, ed., *Studies in Canadian Company Law*, at p. 270. That right is in no way undermined by the presence of a discretionary dividend clause.

In other words, the clause simply divides conceptually into two components—declaration and allocation—what has been, traditionally, one decision. In substance, though, the discretion which lies in the hands of the directors has always included both, subject to the provisions of the Articles of Incorporation. In this regard, the only other limitation upon the directors of which I am aware is that "if a dividend is declared by [a] corporation ... there must be some shares entitled to receive

société. Par conséquent, je ne puis partager l'opinion des auteurs qui estiment que la répartition de dividendes par les administrateurs, conformément à une clause de dividende discrétionnaire, ne peut fondamentalement être effectuée au mieux des intérêts de la société: voir Martel et Martel, *La compagnie au Québec, Les aspects juridiques*, vol. I, aux pp. 18-10 à 18-14C; Boivin, «Le droit aux dividendes et le dividende «discrétionnaire»» (1987), 47 *R. du B.* 73. Je conviens avec l'intimé qu'il est irréaliste de croire que les administrateurs ne tiennent pas compte de l'identité des actionnaires ni de leur apport à la société lorsque vient le temps de décider si un dividende de quelque sorte que ce soit devrait être déclaré. La possibilité que les administrateurs tiennent compte de l'identité des actionnaires n'a pas nécessairement pour effet d'invalider la déclaration en raison d'un conflit entre leur obligation et leur intérêt personnel. Par exemple, ils pourraient exercer leur pouvoir discrétionnaire afin de récompenser un groupe d'employés englobant une catégorie privilégiée d'actionnaires et qui ont été encouragés à investir dans une société. La décision de déclarer un dividende ne deviendrait certainement pas nulle du fait qu'on a tenu compte de l'identité des détenteurs de cette catégorie d'actions pour prendre cette décision et pour déterminer le montant du dividende à verser. Je le répète, la limite à laquelle est assujettie cette décision est d'ordre purement fiduciaire et le droit d'un actionnaire est [TRADUCTION] «de recevoir sa part des profits de la société lorsqu'ils sont déclarés sous forme de dividendes relativement aux actions de la catégorie dont son action fait partie» (je souligne): Bryden, «The Law of Dividends», dans Jacob S. Ziegel, éd., *Studies in Canadian Company Law*, à la p. 270. Ce droit n'est nullement amoindri par la présence d'une clause de dividende discrétionnaire.

En d'autres termes, la clause ne fait que diviser, sur le plan conceptuel, en deux éléments—déclaration et répartition—ce qui, traditionnellement, constituait une seule décision. Au fond, pourtant, le pouvoir discrétionnaire des administrateurs a toujours comporté ces deux éléments, sous réserve des dispositions de l'acte constitutif de la société. À cet égard, la seule autre limite imposée aux administrateurs dont je sois au courant est que [TRADUCTION] «lorsqu'un dividende est déclaré

the dividend”: Welling, *supra*, at pp. 588-89. The principle has been given statutory recognition in s. 24(4)(b) of the *S.B.C.A.* In my view, this rule is not defeated by the presence of the discretionary dividend clause because the identity of the class eligible for a dividend simply remains unknown until the allocation takes place. This conceptual division into declaration and allocation is not substantively different from any derogation from the presumption of equality in the payment of dividends. Consequently, for this Court to find that the use of a discretionary dividend clause on these facts was an invalid exercise of the discretion of the directors would be to defeat the substance of what was achieved solely on the basis of its form.

Finally, I question whether it would be appropriate for this Court to determine that the use of a discretionary dividend clause is invalid in the context of an income tax appeal. The purpose of the governing statute, the *S.B.C.A.*, is facilitative—that is, it allows parties, with certain explicit restrictions, to structure bodies corporate as they wish. As well, the Act provides the means for an aggrieved party—security holder, creditor, director or officer—whose interests have not been regarded fairly by the corporation, to seek redress through the oppression remedy in s. 234 of the Act. No such complaint has been lodged by any interested party in this case, presumably because all those involved in this company are satisfied with the way in which the directors are conducting its affairs. Furthermore, at common law it is a well-established principle that where shareholders are unanimously agreed to a transaction, inequality of treatment does not render it *ultra vires* the company: Wegenast, *The Law of Canadian Companies*, at pp. 321-22. As I have found that the use of a discretionary dividend clause is not prohibited expressly by the Act, nor contrary to common law or corporate law principles, I think the permissive spirit of the Act demands that a conclusion be reached that the use of the clause is valid. As Quessy, *supra*, explained, at p. 48, the use of the clause represents a legitimate exercise of the con-

par une société [...] il doit exister des actions donnant droit à ce dividende»: Welling, précité, aux pp. 588 et 589. Ce principe a été reconnu à l’al. 24(4)b) de la *S.B.C.A.* À mon avis, la présence de la clause de dividende discrétionnaire ne fait pas échec à cette règle parce que l’identité de la catégorie d’actions admissible à un dividende demeure tout simplement inconnue jusqu’au moment de la répartition. Cette division conceptuelle en déclaration et répartition n’est pas fondamentalement différente d’une dérogation à la présomption d’égalité dans le versement des dividendes. Par conséquent, si notre Cour devait conclure, compte tenu de ces faits, que l’utilisation d’une clause de dividende discrétionnaire constituait un exercice invalide du pouvoir discrétionnaire des administrateurs, ce serait faire échec pour des raisons de pure forme à ce qu’on a réussi à faire.

Enfin, je doute qu’il serait justifié pour notre Cour de statuer que l’utilisation d’une clause de dividende discrétionnaire est invalide dans le cadre d’un pourvoi en matière d’impôt sur le revenu. La loi applicable, la *S.B.C.A.*, a pour objet de faciliter les choses, c’est-à-dire qu’elle permet aux parties, sous certaines réserves explicites, de structurer les sociétés comme elles le désirent. De même, la Loi fournit à la partie lésée—peu importe qu’il s’agisse d’un détenteur de valeurs mobilières, d’un créancier, d’un administrateur ou d’un dirigeant—dont les intérêts n’ont pas été considérés d’une manière équitable par la société le moyen de demander réparation grâce au recours prévu à l’art. 234 de la Loi pour les cas d’abus. Aucune des parties intéressées n’a déposé une telle plainte en l’espèce, probablement parce que toutes les personnes en cause dans cette société sont satisfaites de la manière dont les administrateurs la gèrent. De plus, il est bien établi en common law que lorsque les actionnaires s’entendent unanimement sur une opération, celle-ci ne constitue pas un excès de pouvoir de la part de la société parce qu’il y a eu inégalité de traitement: Wegenast, *The Law of Canadian Companies*, aux pp. 321 et 322. Ayant conclu que l’utilisation d’une clause de dividende discrétionnaire n’est pas interdite expressément par la Loi, ni contraire à la common law ou aux principes du droit des sociétés, j’estime que l’esprit

tractual rights between shareholders and a company:

[TRANSLATION] ... the declaration and payment of a dividend by the directors on discretionary dividend shares is a legal act under the Corporations Acts when the articles contain a provision conferring greater discretion on them. We then have shares of the capital stock carrying the right to receive any dividend declared. Moreover, the articles contain an express provision indicating that the parties intend to derogate from the principle of equality among shareholders. Accordingly, as the parties to the contract are not acting contrary to public order and not infringing the law, we are of the view that the terms of the agreement concluded by them should be observed.

I agree with this conclusion. Professor Eisenberg, more than two decades ago, in his work on modern corporate law, "The Legal Roles of Shareholders and Management in Modern Corporate Decisionmaking" (1969), 57 *Cal. L. Rev.* 1, at p. 180, reasoned that "[i]n the case of the privately held corporation, legal rules governing internal decisionmaking should be suppletory in nature and based on the shareholders' probable expectations". Given that the legislature has not chosen to disallow the discretionary dividend clause, and no shareholder has taken remedial action against its use (presumably because shareholder expectations have been realized by its exercise), it would be paternalistic in the extreme for this Court to invalidate the clause at the behest of the appellant Minister of National Revenue. If the legislature determines that the use of the discretionary dividend clause undermines the reasonable expectations of shareholders or is in some way unfair to an interested party, then it is up to the legislature to limit the use of this means of structuring corporate affairs.

In conclusion, then, I find nothing untoward in the use of the discretionary dividend clause in the allocation of corporate dividends. There is nothing in the *S.B.C.A.* or at common law that prohibits this dividend allocation technique.

permissif de la Loi exige de conclure que l'utilisation de cette clause est valide. Comme l'a expliqué Quessy, précité, à la p. 48, l'utilisation de cette clause représente un exercice légitime des droits contractuels liant les actionnaires et une société:

... la déclaration et le versement d'un dividende par les administrateurs sur les actions à dividende discrétionnaire constituent un acte légal en regard des lois corporatives lorsque les statuts renferment une disposition qui leur confère une discrétion accrue. En effet, nous avons alors des actions du capital-actions qui donnent le droit de recevoir tout dividende déclaré. De plus, les statuts renferment une disposition expresse qui démontre que les parties entendent déroger au principe de l'égalité entre actionnaires. Ainsi, comme les parties au contrat ne vont pas à l'encontre de l'ordre public et ne dérogent pas à la loi, nous croyons qu'il faut respecter les conditions de l'accord qu'ils ont conclu.

Je partage cette conclusion. Il y a plus de vingt ans déjà, le professeur Eisenberg dans son ouvrage portant sur le droit des sociétés moderne, intitulé «The Legal Roles of Shareholders and Management in Modern Corporate Decisionmaking» (1969), 57 *Cal. L. Rev.* 1, à la p. 180, a tenu le raisonnement suivant: [TRADUCTION] «[d]ans le cas d'une société fermée, les règles juridiques régissant la prise de décisions internes ne devraient être que de nature supplétive et fondées sur les attentes probables des actionnaires». Étant donné que le législateur n'a pas choisi d'interdire la clause de dividende discrétionnaire, et qu'aucun actionnaire n'a exercé de recours contre son utilisation (probablement parce que celle-ci a permis de satisfaire aux attentes des actionnaires), notre Cour ferait montre d'un paternalisme excessif si elle décidait d'annuler la clause à la demande du ministre du Revenu national appelant. Si le législateur détermine que l'utilisation de la clause de dividende discrétionnaire mine les attentes raisonnables des actionnaires ou est injuste de quelque manière que ce soit envers une partie intéressée, il lui incombe de restreindre l'utilisation de ce moyen de structurer les activités des sociétés.

Je conclus donc qu'il n'y a rien de répréhensible à utiliser une clause de dividende discrétionnaire pour répartir les dividendes d'une société. D'ailleurs, rien dans la *S.B.C.A.* ou la common law n'interdit l'usage de cette méthode de répartition des dividendes.

## 2. *Income Tax Implications*

Having dealt with the corporate law issues raised by the use of a discretionary dividend clause, I now turn to the primary issue raised in this appeal, namely, the tax consequences of the allocation of dividends made pursuant to the clause. This analysis entails an examination of s. 56(2) of the *Income Tax Act* and its application to the facts at bar. Before proceeding with that analysis, though, I would like to review briefly the method of interpretation to be followed in applying the section.

### Interpretation of Taxing Statutes

In recent years this Court, in an income tax appeal, has found it beneficial to engage explicitly in the development of an interpretative approach to the *Income Tax Act*, an approach which is wedded neither to a rule of "strict construction" nor to an all-encompassing test of "independent business purpose". This trend began with the judgment of Estey J. in his majority reasons in *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536. In that case, Estey J. undertook an extensive discussion of interpretative techniques, and he drew a conclusion as to the preferred approach to be taken by the courts, at p. 576:

It seems more appropriate to turn to an interpretation test which would provide a means of applying the Act so as to affect only the conduct of a taxpayer which has the designed effect of defeating the expressed intention of Parliament. In short, the tax statute, by this interpretative technique, is extended to reach conduct of the taxpayer which clearly falls within "the object and spirit" of the taxing provisions.

Estey J. expanded upon this test of "object and spirit" in his majority judgment in *The Queen v. Golden*, [1986] 1 S.C.R. 209, at pp. 214-15:

... the law is not confined to a literal and virtually meaningless interpretation of the Act where the words will support on a broader construction a conclusion which is workable and in harmony with the evident purposes of the Act in question. Strict construction in the historic sense no longer finds a place in the canons of

## 2. *Les incidences fiscales*

Ayant traité les questions que soulève, en matière de droit des sociétés, l'utilisation d'une clause de dividende discrétionnaire, j'examine maintenant le principal point soulevé dans le présent pourvoi, soit les incidences fiscales d'une répartition des dividendes effectuée conformément à cette clause. Une telle analyse nécessite un examen du par. 56(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de son application aux faits de l'espèce. Avant d'effectuer cette analyse, j'aimerais cependant revoir brièvement la manière dont il faut interpréter ce paragraphe.

### L'interprétation des lois fiscales

Au cours des dernières années, notre Cour a jugé bon, dans un pourvoi en matière d'impôt sur le revenu, de se lancer explicitement dans la conception d'une méthode d'interprétation de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, méthode qui n'est liée ni à une règle d'«interprétation stricte» ni à un critère global de «l'objet commercial indépendant». Cette tendance a commencé dans les motifs majoritaires du juge Estey dans l'affaire *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, où il a procédé à un examen approfondi des techniques d'interprétation et tiré une conclusion quant à la méthode que devraient préférer les tribunaux (à la p. 576):

Il paraît plus approprié d'avoir recours à un critère d'interprétation qui permettrait d'appliquer la Loi de manière à viser seulement la conduite du contribuable qui a comme effet intentionnel de contourner la volonté expresse du législateur. En bref, cette technique d'interprétation fait porter la législation fiscale sur la conduite du contribuable qui relève manifestement de l'objet et de l'esprit des dispositions fiscales.

Le juge Estey s'est étendu sur ce critère de «l'objet et de l'esprit» dans l'opinion majoritaire qu'il a rédigée dans l'affaire *La Reine c. Golden*, [1986] 1 R.C.S. 209, aux pp. 214 et 215:

... la règle applicable ne se limite pas à une interprétation de la loi littérale et presque dépourvue de sens lorsque, selon une interprétation plus large, les mots permettent d'arriver à une conclusion réalisable et compatible avec les objectifs évidents de la loi en cause. L'interprétation stricte, au sens historique du terme, n'a

interpretation applicable to taxation statutes in an era such as the present . . . .

More recently, in *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32, I described the approach in terms of the need to discern the commercial reality of a taxpayer's transaction, at pp. 52-53:

I acknowledge, however, that just as there has been a recent trend away from strict construction of taxation statutes . . . so too has the recent trend in tax cases been towards attempting to ascertain the true commercial and practical nature of the taxpayer's transactions. There has been, in this country and elsewhere, a movement away from tests based on the form of transactions and towards tests based on . . . a "common sense appreciation of all the guiding features" of the events in question . . . .

This is, I believe, a laudable trend provided it is consistent with the text and purposes of the taxation statute. Assessment of taxpayers' transactions with an eye to commercial and economic realities, rather than juristic classification of form, may help to avoid the inequity of tax liability being dependent upon the taxpayer's sophistication at manipulating a sequence of events to achieve a patina of compliance with the apparent prerequisites for a tax deduction.

Thus, in proceeding to analyze the tax consequences of the application of the discretionary dividend clause, it is necessary to determine both the purpose of the legislative provision and the economic and commercial reality of the taxpayer's actions. To a certain extent, the latter inquiry in the case at bar already has been answered by my determination that the use of the discretionary dividend clause is a valid means whereby directors of a company can distribute dividends. The question also is answered, in part, by the fact that it was not argued by the appellant that the payment of dividends to Wilma McClurg was a "sham". Therefore, to use the words of Estey J. in *Stubart Investments Ltd.*, *supra*, at p. 572, it cannot be said that the transaction was "constructed as to create a false impression in the eyes of a third party, specifically the taxing authority". Having

plus sa place dans les règles d'interprétation applicables aux lois fiscales à une époque comme la nôtre . . . .

Plus récemment, dans l'arrêt *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32, j'ai décrit cette méthode en fonction de la nécessité de déterminer la véritable nature commerciale de l'opération du contribuable, aux pp. 52 et 53:

Je reconnais toutefois que, tout comme il y a eu tendance dernièrement à s'éloigner d'une interprétation stricte des lois fiscales [ . . . ], de même la jurisprudence récente en matière fiscale a tendance à essayer de déterminer la véritable nature commerciale et pratique des opérations du contribuable. En effet, au Canada et ailleurs, les critères fondés sur la forme des opérations sont laissés de côté en faveur de critères fondés sur [ . . . ] une [TRADUCTION] «appréciation saine de toutes les caractéristiques directrices» des événements en question . . . .

Il s'agit là, je crois, d'une tendance louable, pourvu qu'elle soit compatible avec le texte et l'objet de la loi fiscale. Si, en appréciant les opérations des contribuables, on a présent à l'esprit les réalités commerciales et économiques plutôt que quelque critère juridique formel, cela aidera peut-être à éviter que l'assujettissement à l'impôt dépende, ce qui serait injuste, de l'habileté avec laquelle le contribuable peut se servir d'une série d'événements pour créer une illusion de conformité avec les conditions apparentes d'admissibilité à une déduction d'impôt.

Il est donc nécessaire, pour analyser les incidences fiscales de l'application d'une clause de dividende discrétionnaire, de déterminer à la fois l'objet de la disposition législative et les réalités commerciales et économiques des opérations du contribuable. En l'espèce, j'ai déjà répondu dans une certaine mesure à cette dernière question en statuant que l'utilisation d'une clause de dividende discrétionnaire constitue une méthode légitime à laquelle les administrateurs peuvent recourir pour répartir les dividendes d'une société. Une réponse partielle découle également du fait que l'appellant n'a pas allégué que le versement de dividendes à Wilma McClurg était feint. Par conséquent, pour reprendre les termes du juge Estey dans l'affaire *Stubart Investments Ltd.*, précitée, à la p. 572, on ne peut affirmer que l'opération a été «réalisée [ . . . ] de manière à créer une fausse impression pour les tiers, notamment les autorités fiscales». Ces questions préliminaires étant tranchées, il est

determined these preliminary issues, the purpose of s. 56(2) can be examined.

Subsection 56(2) of the *Income Tax Act*

In attempting to discern the purpose of s. 56(2), it is helpful to refer to the body of jurisprudence dealing with the subsection. A useful starting point is an early case dealing with the predecessor section to s. 56(2): *Miller v. M.N.R.*, 62 D.T.C. 1139 (Ex. Ct.). In that case, Thurlow J., as he then was, in examining s. 16(1) of the Act, made some general comments, at p. 1147, as to the anti-avoidance purpose of the provision which remain relevant today:

In my opinion, s. 16(1) is intended to cover cases where a taxpayer seeks to avoid receipt of what in his hands would be income by arranging to have the amount received by some other person whom he wishes to benefit or by some other person for his own benefit. The scope of the subsection is not obscure for one does not speak of benefitting a person in the sense of the subsection by making a business contract with him for adequate consideration.

Strayer J. noted, at p. 4, in respect of the *Miller* case:

Two important qualifications are noted here: the first is that the taxpayer seek "to avoid receipt" of funds, presumably funds that would otherwise be payable to him; and the second is that the concept of payment of a "benefit" is contrasted to payments for adequate consideration.

In my opinion, the views of Thurlow J. and Strayer J. provide a sound foundation for the interpretation of s. 56(2). The subsection obviously is designed to prevent avoidance by the taxpayer, through the direction to a third party, of receipts which he or she otherwise would have obtained. I agree with both Thurlow J. and Strayer J. in their characterization of the purpose of the section and, specifically, I concur with their view that the section reasonably cannot have been intended to cover benefits conferred for adequate consideration in the context of a legitimate business relationship.

maintenant possible d'examiner l'objet du par. 56(2).

Le paragraphe 56(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*

Il est utile, pour tenter de découvrir l'objet du par. 56(2), de se reporter à la jurisprudence traitant de ce paragraphe. Une décision ancienne concernant la disposition qui a précédé le par. 56(2), l'arrêt *Miller c. M.N.R.*, 62 D.T.C. 1139 (C. de l'É.) constitue un excellent point de départ. Dans cette affaire, le juge Thurlow, alors juge puîné, a fait lors de son examen du par. 16(1) de la Loi quelques observations générales, à la p. 1147, encore pertinentes aujourd'hui, sur l'objet de cette disposition, c.-à-d. empêcher l'évitement fiscal:

[TRADUCTION] À mon avis, l'art. 16(1) vise les cas où un contribuable cherche à éviter de recevoir ce qui, entre ses mains, serait un revenu lorsqu'il fait en sorte que le montant soit reçu par une autre personne dont il souhaite qu'elle tire un avantage ou par une autre personne pour son propre avantage. La portée de ce paragraphe n'est pas équivoque, car on ne peut prétendre qu'un contribuable qui conclut un contrat commercial à titre onéreux avec une autre personne lui accorde un avantage au sens du paragraphe.

Le juge Strayer fait observer, à la p. 4, relativement à l'affaire *Miller*:

Deux réserves importantes sont mises en évidence ici. En premier lieu, le contribuable doit avoir cherché «à éviter de recevoir» un revenu qui lui aurait censément été payé. En second lieu, la distinction est faite entre le concept de versement d'un «avantage» et le paiement fait pour une contrepartie suffisante.

À mon avis, les points de vue des juges Thurlow et Strayer constituent un bon point de départ pour l'interprétation du par. 56(2). Ce paragraphe vise manifestement à empêcher le contribuable d'éviter le paiement de l'impôt en versant à un tiers les recettes qu'il aurait autrement touchées. Je suis d'accord avec la qualification de l'objet de cette disposition faite par les juges Thurlow et Strayer et, plus particulièrement, je conviens avec eux qu'on ne peut raisonnablement croire que le législateur a voulu que cette disposition s'applique aux avantages conférés moyennant une contrepartie suffisante dans le cadre d'une relation d'affaires légitime.



Application to the Facts

Having discerned the purpose of the section and the proper approach in interpretation, the next step in the analysis is apparent: a determination of the commercial reality and practical nature of the respondent's transactions which were the subject of reassessment by the Department of National Revenue. Urie J. in the Court of Appeal found the determination that the transaction occurred in the context of a director-shareholder relationship to be dispositive. I agree with that conclusion, and with the skepticism expressed by Le Dain J. in *Perrault v. The Queen*, [1979] 1 F.C. 155 (C.A.), at pp. 165-66, where he questioned whether the words of s. 56(2) "were intended to apply to the payment of a dividend". 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: *Welling, supra*, at pp. 609-10. Had a dividend not been declared and paid to a third party, it would not otherwise have been received by the taxpayer. Rather, the amount simply would have been retained as earnings by the company. Consequently, as a general rule, a dividend payment cannot reasonably be considered a benefit diverted from a taxpayer to a third party within the contemplation of s. 56(2).

The appellant argues, and Desjardins J. accepted in dissent in the Court of Appeal, that s. 56(2) may be invoked at the point when the allocation is made of a dividend declared by the directors pursuant to the discretionary dividend clause. It is submitted that because, once declared, a dividend must be receivable by one class of shares pursuant

Application aux faits

L'objet de l'article et la méthode appropriée pour l'interpréter ayant été établis, l'étape suivante de l'analyse consiste manifestement à déterminer la véritable nature commerciale et pratique des opérations de l'intimé qui ont fait l'objet d'une nouvelle cotisation établie par le ministère du Revenu national. Le juge Urie de la Cour d'appel a conclu que la décision de considérer que l'opération s'était produite dans le cadre des rapports existant entre les administrateurs et les actionnaires tranchait la question. Je suis d'accord avec cette conclusion ainsi qu'avec le scepticisme exprimé par le juge Le Dain dans l'arrêt *Perrault c. La Reine*, [1979] 1 C.F. 155 (C.A.), à la p. 166, où il a fait valoir qu'il doutait que «le législateur ait entendu appliquer» les termes du par. 56(2) «au paiement d'un dividende». 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: *Welling*, précité, aux pp. 609 et 610. Si aucun dividende n'avait été déclaré ni versé à un tiers, il n'aurait pas non plus été touché par le contribuable. Ce montant aurait plutôt simplement fait partie des bénéfices non distribués de la société. Par conséquent, en règle générale, le versement d'un dividende ne peut raisonnablement être considéré comme un avantage détourné par un contribuable en faveur d'un tiers au sens du par. 56(2).

L'appelant fait valoir, ce qu'accepte dans sa dissidence le juge Desjardins de la Cour d'appel, que le par. 56(2) peut être invoqué lorsqu'il y a répartition d'un dividende déclaré par les administrateurs conformément à la clause de dividende discrétionnaire. Il soutient qu'étant donné qu'une fois qu'il a été déclaré, le dividende doit être

to s. 24(4)(b) of the *S.B.C.A.*, 'a portion of the dividend would have been received by the respondent in his capacity as shareholder had the payments not been directed to Wilma McClurg by him in his capacity as director. However, in discussing the use of the discretionary dividend clause, I have already concluded that its validity rests, in part, on the fact that allocations made pursuant to the clause are substantively no different from allocations made pursuant to a mathematical formula in the articles of incorporation of a company. Given that determination, it would be formalistic in the extreme to reach the conclusion that but for the payment to a third party shareholder, a director-shareholder would be the recipient of a portion of the payment. Instead, my view is that an allocation pursuant to a discretionary dividend clause is no different from the payment of a dividend generally. In both cases, but for the declaration (and allocation), the dividend would remain part of the retained earnings of the company. That cannot legitimately be considered as within the parameters of the legislative intent of s. 56(2). If this Court were to find otherwise, corporate directors potentially could be found liable for the tax consequences of any declaration of dividends made to a third party. I agree with both *Urie J.* and *Strayer J.* in the courts below that this would be an unrealistic interpretation of the subsection consistent with neither its object nor its spirit. It would violate fundamental principles of corporate law and the realities of commercial practice and would "overshoot" the legislative purpose of the section.

Although I have concluded that s. 56(2) does not apply to the declaration of dividends generally, its application also would be contrary to the commercial reality of this particular transaction. *Strayer J.* reviewed the evidence and reached the conclusion that the background and context of the transaction could be described as a "legitimate business relationship" (at p. 5), and he found that:

... the plaintiff's wife had made a real contribution to the establishment of the company and business through

réparti dans une catégorie d'actions conformément à l'al. 24(4)b de la *S.B.C.A.*, l'intimé aurait touché une fraction du dividende en sa qualité d'actionnaire si, en tant qu'administrateur, il n'avait pas fait effectuer les paiements à Wilma McClurg. Toutefois, lors de mon analyse de l'utilisation de la clause de dividende discrétionnaire, j'ai déjà conclu que la validité de cette clause découle en partie du fait qu'il n'y a pas de différence fondamentale entre les répartitions effectuées conformément à celle-ci et les répartitions effectuées conformément à une formule mathématique prévue dans l'acte constitutif d'une société. Compte tenu de cette décision, ce serait faire preuve d'un formalisme excessif que de conclure que, sans le versement effectué à un tiers actionnaire, un administrateur actionnaire toucherait une fraction du versement. J'estime plutôt qu'une répartition effectuée conformément à une clause de dividende discrétionnaire ne se distingue pas du versement d'un dividende en général. Dans les deux cas, le dividende continuerait à faire partie des bénéfices non distribués de la société, si ce n'était de la déclaration du dividende (et de sa répartition). On ne peut légitimement considérer que telle était l'intention du législateur au par. 56(2). Si notre Cour devait conclure le contraire, les administrateurs des sociétés pourraient vraisemblablement être tenus responsables des incidences fiscales de toute déclaration de dividendes faite à un tiers. À l'instar des juges *Urie* et *Strayer* des tribunaux d'instance inférieure, je conviens qu'il s'agirait alors d'une interprétation irréaliste ne respectant ni l'objet, ni l'esprit de ce paragraphe. Cela violerait les principes fondamentaux du droit des sociétés ainsi que les réalités des pratiques commerciales, et cela irait au-delà de l'intention du législateur.

Même si j'ai conclu que le par. 56(2) ne s'applique pas à la déclaration des dividendes en général, son application serait également contraire à la véritable nature commerciale de cette opération particulière. Le juge *Strayer* a examiné la preuve et a conclu qu'on pouvait considérer que les circonstances de l'opération constituaient une «relation d'affaires légitime» (p. 5), et il a ajouté:

... la femme du demandeur avait fourni un apport très réel à la mise sur pied de la société et de l'entreprise, au

the personal guarantee she gave and the share of the mortgage she assumed on their jointly-owned home. The evidence presented before me also satisfied me that she had taken an active part in the operation of the business to the extent of her abilities and the requirements of the situation.

I find this conclusion to be completely supported by the evidence. Wilma McClurg played a vital role in the financing of the formation of the company. Although I agree with Desjardins J., at p. 370 that, with respect to a shareholder, "dividends come as a return on his or her investment", in my view there is no question that the payments to Wilma McClurg represented a legitimate *quid pro quo* and were not simply an attempt to avoid the payment of taxes. In my opinion, Goetz T.C.J. erred when he found that the dividends were a blatant attempt at tax avoidance. Indeed, his dismissal of the relevance of Wilma McClurg's contribution to the company and his description of her and Suzanne Ellis as "puppets" pay no regard to the very real contributions, financial and operational, made by Wilma McClurg. Furthermore, the efforts expended by Wilma McClurg in the operation of Northland Trucks, while not dispositive of the issue raised in this appeal, do provide further evidence that the dividend payment was the product of a *bona fide* business relationship.

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

### III. Disposition

In conclusion, I have found that: (i) the discretionary dividend clause is valid in terms of the principles of corporate law and the provisions of

moyen de la garantie personnelle qu'elle a donnée et de sa part de l'hypothèque qu'elle a assumée sur la maison qu'elle possédait conjointement avec le demandeur. En outre, la preuve soumise m'a convaincu qu'elle avait joué un rôle actif dans l'exploitation de l'entreprise, dans la mesure de ses capacités et des besoins de la situation.

J'estime que cette conclusion est entièrement justifiée par la preuve. Wilma McClurg a joué un rôle capital dans le financement et la constitution de la société. Bien que je convienne avec le juge Desjardins, à la p. 370, que les «dividendes représentent le rapport d'un investissement» d'un actionnaire, il ne fait aucun doute, à mon avis, que les versements effectués à Wilma McClurg représentaient une contrepartie légitime et non simplement une tentative d'éviter le paiement de l'impôt. À mon avis, le juge Goetz a eu tort de conclure que les dividendes avaient constitué un effort manifeste d'éviter le paiement de l'impôt. En fait, en décidant que l'apport de Wilma McClurg à la société n'avait aucune pertinence et en décrivant cette dernière et Suzanne Ellis comme des «jouets», il n'a pas tenu compte des apports très réels de Wilma McClurg quant au financement et à l'exploitation de l'entreprise. De plus, les efforts déployés par Wilma McClurg dans l'exploitation de Northland Trucks, même s'ils ne sont pas décisifs quant à la question soulevée dans le présent pourvoi, constituent néanmoins une preuve supplémentaire que le versement de dividendes était le résultat d'une relation d'affaires normale.

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

### III. Dispositif

Je conclus donc: (i) que la clause de dividende discrétionnaire est valide au regard des principes du droit des sociétés et des dispositions de la

the Saskatchewan *Business Corporations Act*; (ii) the declaration of a dividend is normally beyond the scope of s. 56(2) of the *Income Tax Act*; and, (iii) the facts at bar provide no evidence that the business arrangement was an attempt at tax avoidance, but rather that it was the product of a business contract made for adequate consideration. As a result, I would dismiss the appeal. Pursuant to the order of this Court granting leave to appeal in this case, costs of the appeal will be payable by the appellant on a solicitor-client basis.

The reasons of Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

LA FOREST J. (dissenting)—This appeal is concerned with whether money received by Wilma McClurg, wife of the respondent Jim A. McClurg, by virtue of a “discretionary dividend” clause, may properly be attributed to the respondent pursuant to s. 56(2) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63. The facts and the judgments of the courts below have been set out at length in Chief Justice Dickson’s reasons, and I do not propose to repeat them. Rather, I will proceed directly to the legal analysis. Following the basic framework of the opinion of the Chief Justice, the discussion is divided into issues of corporate and tax law.

#### Corporate Law Issues

Simply put, the corporate law question raised by this appeal is whether the clause in Northland Trucks (1978) Ltd.’s Articles of Incorporation purporting to give each class of shares the “right to receive dividends exclusive of other classes of shares in the said corporation” is a valid allocation of power to the directors of the corporation under the Saskatchewan *Business Corporations Act*, R.S.S. 1978, c. B-10. The clause is referred to as a “discretionary dividend” clause because the mode of distribution of dividends is not determined by the Articles of Incorporation themselves, but is left to the “discretion” of the directors of the company.

*Business Corporations Act* de la Saskatchewan, (ii) que la déclaration d’un dividende n’est normalement pas visée par le par. 56(2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, et (iii) que les faits de l’espèce ne fournissent aucun élément de preuve que l’entente commerciale constituait une tentative d’éviter le paiement de l’impôt, mais qu’il s’agissait plutôt du résultat d’un contrat d’affaires conclu moyennant une contrepartie suffisante. Par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi. Conformément à l’ordonnance de notre Cour autorisant le présent pourvoi, les dépens devront être payés par l’appelant comme entre procureur et client.

Version française des motifs des juges Wilson, La Forest et L’Heureux-Dubé rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissent)—Le présent pourvoi vise à déterminer si l’argent reçu par Wilma McClurg, l’épouse de l’intimé Jim A. McClurg, en vertu d’une clause de «dividende discrétionnaire» peut à bon droit être attribué à l’intimé en vertu du par. 56(2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63. Les faits et les décisions des tribunaux d’instance inférieure ont été exposés en détail dans les motifs du juge en chef Dickson et je n’entends pas les répéter. Je vais plutôt procéder directement à une analyse juridique. Suivant le cadre dans lequel le Juge en chef a prononcé ses motifs, cette analyse porte à la fois sur des questions relatives au droit des sociétés et au droit fiscal.

#### g Questions relatives au droit des sociétés

En bref, la question relative au droit des sociétés soulevée en l’espèce est de savoir si la clause de l’acte ou des statuts constitutifs de Northland Trucks (1978) Ltd. qui vise à donner à chacune des catégories d’actions le «droit distinctif de recevoir des dividendes à l’exclusion des autres catégories d’actions dans ladite société» confère un pouvoir légitime aux administrateurs de la société en vertu de la *Business Corporations Act* de la Saskatchewan, R.S.S. 1978, ch. B-10. Cette clause est appelée clause de «dividende discrétionnaire» parce que le mode de distribution des dividendes n’est pas déterminé par les statuts constitutifs eux-mêmes et qu’il est laissé à la «discretion» des administrateurs de la compagnie.

In a certain sense, the term “discretionary dividend” is a misnomer, since it is a well-accepted principle of common law that the directors of a corporation have the discretion to determine if and when a dividend should be declared, and in what amount. This discretion is, of course, subject to certain reasonable limitations. For example, s. 40(a) of the Saskatchewan *Business Corporations Act* provides that a dividend may not be declared if there are reasonable grounds to believe such declaration would render the corporation unable to pay its debts. As well, there is the overriding principle that the discretion must always be exercised in a manner which is in the best interests of the corporation; see Welling, *Corporate Law in Canada* (1984), at p. 614.

Although the term “discretionary dividend” may be somewhat misleading, it is nonetheless not difficult to understand how the label itself was first chosen. Clauses such as the one contained in the Articles of Incorporation of Northland Trucks give directors a power of discretion that they never previously had: the power to discriminate between different classes of shares when determining how a dividend should be distributed. Is this allocation of power to the directors valid under the Saskatchewan *Business Corporations Act*? To answer this question, it is necessary to examine both the principles at common law and the statute itself.

#### *The Common Law*

Since the famous decision of the House of Lords in *Salomon v. Salomon and Co.*, [1897] A.C. 22, it has been a settled proposition of law that a corporation has a separate legal existence, independent from that of its shareholders. Even before *Salomon*, it had been said that it was this proposition that lay at the “root” of corporate law: *Farrar v. Farrars, Limited* (1888), 40 Ch. D. 395, at pp. 409-10.

The independent legal existence of the corporation means that, while the shareholder remains a proportionate owner of the corporation, he does not actually own its assets. These assets belong to

Dans un certain sens, le terme «dividende discrétionnaire» est mal choisi, puisque c’est un principe reconnu en common law que les administrateurs d’une société ont le pouvoir discrétionnaire de déterminer si et quand un dividende doit être déclaré et pour quel montant. Ce pouvoir discrétionnaire est bien sûr assujéti à certaines limites raisonnables. Par exemple, l’al. 40a) de la *Business Corporations Act* de la Saskatchewan prévoit qu’un dividende ne peut être déclaré s’il y a des motifs raisonnables de croire que cela empêcherait la société de rembourser ses dettes. De même, il existe un principe dominant selon lequel le pouvoir discrétionnaire doit toujours être exercé dans l’intérêt de la société; voir l’article de Welling intitulé *Corporate Law in Canada* (1984), à la p. 614.

Même si le terme «dividende discrétionnaire» peut dans une certaine mesure être trompeur, il est néanmoins facile de comprendre comment l’étiquette elle-même a d’abord été choisie. Les clauses comme celles qui figurent dans les statuts constitutifs de Northland Trucks confèrent aux administrateurs un pouvoir discrétionnaire qu’ils n’ont jamais eu auparavant: le pouvoir d’effectuer une disparité de traitement entre différentes catégories d’actions lorsqu’ils déterminent comment un dividende devrait être distribué. Cette attribution de pouvoir aux administrateurs est-elle valide en vertu de la *Business Corporations Act* de la Saskatchewan? Pour répondre à cette question, il faut examiner tant les principes de la common law que la loi elle-même.

#### *La common law*

Le fameux arrêt de la Chambre des lords dans *Salomon v. Salomon and Co.*, [1897] A.C. 22 a reconnu le principe de droit selon lequel une société constitue une entité juridique distincte de celle de ses actionnaires. Même avant cet arrêt, il a été établi que ce principe constituait le fondement du droit des sociétés: *Farrar v. Farrars, Limited* (1888), 40 Ch. D. 395, aux pp. 409 et 410.

L’entité juridique distincte de la société signifie que même si l’actionnaire demeure propriétaire de ladite société en proportion des actions qu’il détient, les actifs de cette dernière ne lui appar-

the corporation itself, as a separate legal entity; Schmitthoff, *Palmer's Company Law* (23rd ed. 1982), vol. 1, at p. 384, para. 33-01. Management of the corporation is entrusted to its officers and directors with the shareholder's interest protected through the distribution of shareholder votes. Thus, the corporate entity is unique in that it allows the shareholder to alienate ownership of property by placing it in a structure where the ownership of the property is separated from the effective control over that property; see Welling, *supra*, at p. 81. The sole link between the shareholder and the company is the share, which provides both a measure of the shareholder's interest in the company, as well as of the extent of the shareholder's liability for the actions of that company: see *Borland's Trustee v. Steel Brothers & Co.*, [1901] 1 Ch. 279, at p. 288.

This separation of ownership and control provides the basis for many of the fundamental principles of corporate law. One example is the principle that the directors and officers of a corporation owe a fiduciary duty to the corporation: see *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592. In recognizing for the first time that the fiduciary duty owed by directors to the corporation should be extended to senior officers of the corporation as well, this Court focused upon the degree of control that the officers were in a position to exercise in that case. Laskin J., as he then was, speaking for the Court, there stated, at p. 610:

Strict application against directors and senior management officials is simply recognition of the degree of control which their positions give them in corporate operations, a control which rises above day-to-day accountability to owning shareholders and which comes under some scrutiny only at annual general or at special meetings. It is a necessary supplement, in the public interest, of statutory regulation and accountability which themselves are, at one and the same time, an acknowledgment of the importance of the corporation in the life of the community and of the need to compel obedience by it and by its promoters, directors and managers to norms of exemplary behaviour.

tiennent pas. Ces actifs appartiennent à la société elle-même à titre d'entité légale distincte; Schmitthoff, *Palmer's Company Law* (23<sup>e</sup> éd. 1982), vol. 1, à la p. 384, par. 33-01. La gestion de la société est confiée à ses cadres et administrateurs tandis que les intérêts de l'actionnaire sont protégés par son droit de vote. Ainsi, l'entité constituée qu'est la société unique dans la mesure où elle permet à l'actionnaire d'aliéner la propriété des biens d'une façon telle que la propriété en question est distincte du contrôle effectif exercé sur ces biens: voir Welling, précité, à la p. 81. Le seul lien qui existe entre l'actionnaire et la compagnie est l'action, qui mesure à la fois l'intérêt de l'actionnaire dans la compagnie et l'étendue de la responsabilité de l'actionnaire à l'égard des actes de cette compagnie: voir *Borland's Trustee v. Steel Brothers & Co.*, [1901] 1 Ch. 279 à la p. 288.

Cette séparation de la propriété et du contrôle sert de base à plusieurs des principes fondamentaux du droit des sociétés. Mentionnons à titre d'exemple le principe selon lequel les administrateurs et les cadres d'une société ont une obligation de fiduciaire envers celle-ci: voir l'arrêt *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592. En reconnaissant pour la première fois que l'obligation de fiduciaire des administrateurs envers la société devrait s'étendre à ses cadres supérieurs, notre Cour a mis l'accent sur le degré de contrôle que les cadres étaient en mesure d'exercer dans cette affaire. Voici ce qu'a affirmé le juge Laskin (plus tard Juge en chef), au nom de la Cour, à la p. 610:

En appliquant strictement ce principe aux administrateurs et aux fonctionnaires supérieurs, on ne fait que reconnaître le degré d'autorité que leur confère leur poste sur les activités de la compagnie, autorité qui transcende l'obligation courante de rendre compte aux propriétaires actionnaires et qui n'est contrôlée de quelque façon qu'aux assemblées annuelles générales ou aux assemblées spéciales. Il constitue un complément nécessaire, dans l'intérêt public, des réglementation et obligation de rendre compte légales qui elles-mêmes sont à la fois une reconnaissance de l'importance de la compagnie au sein de la collectivité et du besoin de l'assujettir, ainsi que ses promoteurs, administrateurs et directeurs, aux normes régissant le comportement exemplaire.

Another principle that I believe also stems logically from the separation of ownership and control inherent in the corporation is the principle of equality of shares. Since the shareholders are only proportionate owners of the company, if their interest is to be adequately and fairly protected, those in the position of control must treat all the shareholders, or more accurately, all the shares, equally. Thus see Schmitthoff, *supra*, at p. 387, para. 33-06:

Prima facie the rights carried by the shares rank *pari passu*, i.e. the shareholders participate in the benefits of membership equally. It is only when a company divides its share capital into different classes with different rights attached to them that the prima facie presumption of equality of shares may be displaced.

In my opinion, the principle of equality of shares, like the principle of fiduciary duty, developed as more than just a mere contractual right—it was a measure of protection for the shareholder that arose as a practical consequence of the unique nature of the corporate structure itself. This is so even though the parties could contract out of it to the extent that shares could be created that did not themselves have equal rights. In such a situation, the shareholder was still protected by virtue of the common law rule that shareholder rights had to be attached to the share itself, and not to the individual shareholder. Thus, while the shares had differentiated rights depending upon the particular class to which they belonged, the shareholder himself could not be discriminated against. For example, even when different classes of shares were created, the shares within the various classes themselves still had to be treated on an equal basis. It is thus put by Wegenast, *The Law of Canadian Companies* (1979), at pp. 320-21:

Apart from provisions, duly adopted, for preferences as between different classes of shares, and, where there are such preferences, then as amongst the members in each respective class, shareholders are entitled to be treated on a basis of equality. Shareholders may differ as to the wisdom of a particular course of action, but once adopted it must be carried out without discrimina-

Un autre principe qui, selon moi, découle aussi logiquement de la séparation de la propriété et du contrôle inhérente à la société est celui de l'égalité des actions. Puisque les actionnaires ne sont proportionnaires de la compagnie qu'en proportion des actions qu'ils détiennent, si l'on veut que leur intérêt soit protégé adéquatement et équitablement, ceux qui sont en position de contrôle doivent traiter tous les actionnaires, ou plus précisément toutes les actions, sur un pied d'égalité. Voir à ce sujet Schmitthoff, précité, à la p. 387, par. 33-06:

[TRADUCTION] À première vue, les droits que comportent les actions sont de même rang, c.-à-d. que les actionnaires participent également aux bénéfices découlant dans leur appartenance à la compagnie. Ce n'est que lorsque la compagnie divise son capital-actions en différentes catégories assorties de droits différents qu'il peut y avoir déplacement de la présomption *prima facie* d'égalité des actions.

À mon avis, le principe de l'égalité des actions, comme celui de l'obligation fiduciaire, constitue plus qu'un simple droit contractuel—il représente pour l'actionnaire une mesure de protection qui est une conséquence pratique de la nature unique de la structure elle-même de la société. Il en est ainsi même si les parties peuvent s'y soustraire dans la mesure où l'on peut créer des actions ne comportant pas des droits égaux. Dans une telle situation, l'actionnaire est quand même protégé en raison de la règle de common law selon laquelle les droits de l'actionnaire doivent se rattacher à l'action elle-même et non à l'individu. Ainsi, bien que les actions aient des droits différents selon la catégorie particulière à laquelle elles appartiennent, l'actionnaire lui-même ne peut faire l'objet de discrimination. Par exemple, même lorsque différentes catégories d'actions sont créées, les actions faisant partie des diverses catégories elles-mêmes doivent quand même être traitées sur un pied d'égalité. Voici ce que dit à ce sujet Wegenast, dans son ouvrage intitulé *The Law of Canadian Companies* (1979), aux pp. 320 et 321:

[TRADUCTION] Outre les dispositions, dûment adoptées, prévoyant un ordre préférentiel entre les différentes catégories d'actions et lorsqu'il existe un tel ordre préférentiel parmi les membres de chaque catégorie respective, les actionnaires ont droit d'être traités également. Les actionnaires peuvent avoir des opinions différentes quant à l'opportunité d'une certaine ligne de conduite,

tion amongst the shareholders or, as it is said in some of the cases, "for the benefit of the company as a whole." [Emphasis added.]

More significantly, even when more than one class of shares was created, the directors were not free to discriminate arbitrarily between the classes when awarding a dividend. As Fraser states in *Company Law of Canada* (5th ed. 1962), at p. 532, quoting Lord Cranworth L.C. in *Henry v. Great Northern Ry. Co.* (1857), 1 De G. & J. 606, at p. 638, 44 E.R. 858, at p. 871:

Where there is more than one class of shareholders "it will be the duty of the directors to fix the amount of the fund retained with reference to the general interest of all classes of shareholders, and not to favour any one class at the expense of the other".

The few Canadian cases that appear to have considered the issue have all held that, even when the shareholders agree to do so, a company may not validly be structured so as to derogate from the common law principle that shareholder rights must attach to the shares themselves. When I speak of shareholder rights, I include at least those three categories of rights that are considered to be fundamental: the right to a dividend, the right to vote, and the right to participate in the distribution of assets upon dissolution of the corporation.

In *Jacobsen v. United Canso Oil & Gas Ltd.* (1980), 113 D.L.R. (3d) 427 (Alta. Q.B.), the defendant company passed a by-law to the effect that no one person was entitled to vote more than 1000 shares, notwithstanding the number of shares actually held by that person. The company had originally been incorporated under the *Companies Act*, R.S.C. 1952, c. 53. The court found the by-law invalid since the *Companies Act* recognized the common law presumption of equality "that all shares confer equal rights and impose equal liabilities and that if voting rights are to vary separate classes of shares must be created so that the different numbers of votes can be attached to the shares themselves and not to the holder" (at p.

mais lorsqu'elle est adoptée, elle doit être appliquée sans distinction entre les actionnaires ou, comme on l'a dit dans certains cas, «à l'avantage de l'ensemble de la société.» [Je souligne.]

<sup>a</sup> Qui plus est, les administrateurs ne sont pas libres de distinguer arbitrairement entre les catégories au moment d'accorder un dividende, même lorsqu'il y a plus d'une catégorie d'actions. Comme le dit Fraser dans *Company Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. 1962), à la p. 532, citant lord Cranworth dans l'arrêt *Henry v. Great Northern Ry. Co.* (1857), 1 De G. & J. 606, à la p. 638, 44 E.R. 858, à la p. 871:

<sup>c</sup> [TRADUCTION] Lorsqu'il existe plus d'une catégorie d'actionnaires, «il incombera aux administrateurs de fixer le montant des fonds retenus en tenant compte de l'intérêt général de toutes les catégories d'actionnaires, et de ne pas favoriser l'une ou l'autre catégorie au détriment des autres».

<sup>e</sup> Les quelques arrêts canadiens qui semblent avoir examiné la question ont tous décidé que, même lorsque les actionnaires y consentent, une compagnie ne peut être validement structurée de façon à déroger au principe de la common law selon lequel les droits de l'actionnaire doivent s'attacher aux actions elles-mêmes. Lorsque je parle des droits de l'actionnaire, il s'agit tout au moins de ces trois catégories de droits que je considère fondamentales: le droit de recevoir un dividende, le droit de voter et le droit de participer au partage des actifs au moment de la dissolution de la <sup>g</sup> société.

Dans l'affaire *Jacobsen v. United Canso Oil & Gas Ltd.* (1980), 113 D.L.R. (3d) 427 (B.R. Alb.), la compagnie défenderesse avait adopté un règlement portant que toute personne était limitée, en exerçant son droit de vote, à 1 000 actions, quel que soit le nombre d'actions détenues par cette personne. La compagnie avait initialement été constituée en vertu de la *Loi sur les compagnies*, S.R.C. 1952, ch. 53. La cour a jugé le règlement invalide puisque la *Loi sur les compagnies* reconnaissait la présomption d'égalité prévue par la common law selon laquelle [TRADUCTION] «toutes les actions confèrent des droits égaux et imposent les mêmes obligations, et s'il doit y avoir différents droits de vote, il faut créer des catégories distinctes



433) (emphasis added). The court also held that the by-law was invalid under the *Canada Business Corporations Act*, S.C. 1974-75, c. 33, which superseded the *Companies Act*, the Act upon which the Saskatchewan *Business Corporations Act* is based.

In *Bowater Canadian Ltd. v. R.L. Crain Inc.* (1987), 62 O.R. (2d) 752, the Ontario Court of Appeal held invalid a "step-down" provision contained in the respondent R.L. Crain Inc.'s Articles of Incorporation. The provision provided for a special class of common shares that carried ten votes per share while in the possession of the original shareholder, but that would carry only one vote per share if transferred to another. The Court of Appeal followed the reasoning of McRae J. in the court below, who, at p. 754, held that:

... although there was no express prohibition in the *BCA* against a step-down provision, s. 24(4) of the Act should be interpreted in accordance with the general principles of corporation law with the result that the rights which are attached to a class of shares must be provided equally to all shares of that class, this interpretation being founded on the principle that rights, including votes, attach to the share and not to the shareholder. [Emphasis added.]

Both *Jacobsen* and *Bowater* recognize that the principle that shareholder rights must attach to the corporation's shares is more than a mere contractual right: even the shareholders themselves may not agree to circumvent this principle.

Another case holding that rights attach to the share rather than the shareholder, albeit in a different context, is *Rondeau v. Poirier*, [1980] C.A. 35. In that case, the respondent claimed he was entitled to receive a portion of the cumulative dividends paid on shares that were given by him to his former wife as part of their divorce settlement. The respondent argued that he should receive the dividends that were paid retroactively for the years during which he possessed the shares. This argu-

d'actions de façon que les nombres différents de votes puissent se rattacher aux actions elles-mêmes et non à leur détenteur» (p. 433) (je souligne). La cour a également statué que le règlement était invalide en vertu de la *Loi sur les corporations commerciales canadiennes*, S.C. 1974-75, ch. 33, qui a remplacé la *Loi sur les compagnies*, loi sur laquelle est fondée la *Business Corporations Act* de la Saskatchewan.

Dans l'arrêt *Bowater Canadian Ltd. v. R.L. Crain Inc.* (1987), 62 O.R. (2d) 752, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé invalide une disposition «réduisant le nombre de votes» qui figurait dans les statuts constitutifs de l'intimée R.L. Crain Inc. La disposition prévoyait une catégorie spéciale d'actions ordinaires attribuant dix votes par action à l'actionnaire original mais seulement un vote par action à tout détenteur subséquent. La Cour d'appel a suivi le raisonnement du juge McRae du tribunal de première instance qui a déclaré à la p. 754:

[TRADUCTION] ... bien qu'il n'y ait pas de disposition expresse dans la LCCC interdisant une clause réduisant le nombre de votes, le par. 24(4) de la Loi devrait être interprété conformément aux principes généraux du droit des sociétés de sorte que les droits qui sont rattachés à une catégorie d'actions doivent être accordés également à toutes les actions de cette catégorie, cette interprétation étant fondée sur le principe que les droits, y compris les votes, se rattachent à l'action et non à l'actionnaire. [Je souligne.]

Les deux arrêts *Jacobsen* et *Bowater* reconnaissent que le principe selon lequel les droits de l'actionnaire doivent se rattacher aux actions de la société est plus qu'un simple droit contractuel: les actionnaires eux-mêmes ne peuvent s'entendre pour y faire échec.

L'arrêt *Rondeau c. Poirier*, [1980] C.A. 35 a également statué, dans un contexte différent, que les droits se rattachent à l'action plutôt qu'à l'actionnaire. Dans cette affaire, l'intimé a prétendu qu'il avait le droit de recevoir une partie des dividendes cumulatifs versés sur les actions qu'il avait données à son ex-épouse dans le cadre de leur règlement de divorce. Il a fait valoir qu'il avait droit aux dividendes versés rétroactivement pour les années au cours desquelles il détenait les

ment was rejected by the Court of Appeal, which held that the right to receive dividends is a contingent right that does not actually arise until the dividends have been declared by the corporation. Although the respondent had been the shareholder during the years when most of these dividends were accumulated, any right to these dividends passed with the shares when they were transferred (at p. 39).

Writing for the majority of the Court of Appeal in *Rondeau*, Lamer J., as he then was, noted at p. 37 that the shareholder's right to a dividend encompasses the right to a particular mode of distribution once a dividend has been declared:

[TRANSLATION] [The shareholder] is entitled not to the profits, since the directors are not obliged to distribute them, but to a portion and to certain modes of distribution of profits if and when the directors decide on a distribution, in other words, declare a dividend. [Emphasis added.]

In my view, a discretionary dividend clause such as the one in this case, that permits the directors of a corporation to choose which class is entitled to receive dividends to the exclusion of the other classes, would be invalid at common law. It contravenes the principle that the directors are not permitted to favour one class at the expense of the others: see Fraser, *supra*, at p. 532. Further, and the respondent does not dispute this point, if dividends are allocated to the different classes on a discretionary basis, then the directors will be making this allocation primarily on the basis of the identity of the shareholders in the various classes. While the respondent contends that this does not represent a significant departure from the existing state of the law, I disagree, for it means, in effect, that the right to the dividend attaches not to the shares, but to the shareholder: see Boivin, "Le droit aux dividendes et le dividende 'discrétionnaire'" (1987), 47 *R. du B.* 73, at p. 92.

Again, in my view, the rule that shareholder rights must attach to the shares themselves is a principle which has its roots in the very nature of the corporate structure. When the Articles of

actions. Cet argument a été rejeté par la Cour d'appel qui a statué que le droit de toucher les dividendes est un droit éventuel qui ne peut être exercé que lorsque la société a déclaré les dividendes. Bien que l'intimé ait été l'actionnaire pendant les années où la grande partie de ces dividendes ont été accumulés, le droit à ces dividendes s'appliquait aux actions lorsque celles-ci ont été transférées (p. 39).

Au nom de la majorité de la Cour d'appel dans l'arrêt *Rondeau*, le juge Lamer (aujourd'hui Juge en chef) a fait remarquer, à la p. 37, que le droit de l'actionnaire à un dividende comprend le droit à un mode particulier de distribution une fois le dividende déclaré:

[L'actionnaire] a le droit non pas aux profits, puisque les administrateurs ne sont pas obligés de les distribuer, mais à une quotité et à certaines modalités de distribution des profits si et lorsque les administrateurs décident d'une distribution, c'est-à-dire déclarent un dividende. [Je souligne.]

À mon avis, une clause de dividende discrétionnaire comme celle qui existe en l'espèce, qui permet aux administrateurs d'une société de choisir la catégorie qui a le droit de toucher des dividendes à l'exclusion des autres catégories, serait nulle sous le régime de la common law. Elle va à l'encontre du principe selon lequel les administrateurs ne peuvent favoriser une catégorie au détriment des autres: voir Fraser, précité, à la p. 532. En outre, et l'intimé ne conteste pas ce point, si les dividendes sont distribués aux différentes catégories sur une base discrétionnaire, les administrateurs feront alors cette distribution en se fondant essentiellement sur l'identité des actionnaires dans les différentes catégories. L'intimé soutient qu'il ne s'agit pas là d'une dérogation importante au droit actuel, mais je ne suis pas d'accord, car cela signifie en fait que le droit aux dividendes se rattache non pas aux actions mais à l'actionnaire: voir Boivin, «Le droit aux dividendes et le dividende «discrétionnaire»» (1987), 47 *R. du B.* 73, à la p. 92.

Je répète que la règle selon laquelle les droits de l'actionnaire doivent s'attacher aux actions elles-mêmes est un principe qui prend racine dans la nature même de la structure de la société. Lorsque

Incorporation create classes of shares that have different rights, this normally does not require the directors to discriminate between the shareholders—the mode of distribution is set out in the shares themselves. To allow discrimination on the basis of the identity of those possessing the shares ignores the separation that is supposed to exist between the corporation and its shareholders: see Martel and Martel, *La compagnie au Québec, Les aspects juridiques* (1987), vol. I, at p. 18-14B.

The respondent, however, contends that, even in a situation where no discretionary dividend clause exists, in a corporation with at least one class of preferred share, the directors of a corporation effectively have the power to choose which classes will receive dividends. They can do so by declaring dividends in an amount small enough that only the preferred shares will partake. This, however, is a discretion that is expressly limited by the terms of the Articles of Incorporation. The need for protection is not as great, for the common shareholder is not placed in a position where the director can award dividends of any amount to a class other than his or her own. That shareholder knows that if dividends are declared in excess of a specified amount, then his or her class of shares will participate. If dividends are never declared in excess of that amount, then at least the money is retained by the corporation. Where there is a discretionary dividend clause, however, the shareholder is completely dependent on the goodwill of the directors. The minority shareholder is placed in a near impossible position if this goodwill turns against him or her; see Martel and Martel, *supra*, at p. 18-14A. It is interesting to note that at least one commentator who writes in favour of the discretionary dividend clause suggests that each shareholder's "informed" consent to this sort of arrangement be obtained in advance in writing, presumably to guard against just such an eventuality: see Quessy, "Les aspects corporatifs et fiscaux des actions à dividende discrétionnaire", [1985] 7 *R.P.F.S.* 31, at pp. 42-43.

les statuts constitutifs créent des catégories d'actions qui comportent des droits différents, cela n'oblige normalement pas les administrateurs à établir une distinction entre les actionnaires—le mode de distribution est prévu dans les actions elles-mêmes. Permettre une distinction fondée sur l'identité des personnes qui possèdent les actions, c'est ne pas tenir compte de la séparation qui est censée exister entre la société et ses actionnaires: voir l'ouvrage de Martel et Martel, *La compagnie au Québec, Les aspects juridiques* (1987), vol. I, à la p. 18-14B.

L'intimé prétend cependant que même en l'absence de toute clause de dividende discrétionnaire, les administrateurs d'une société qui comporte au moins une catégorie d'actions privilégiées, ont effectivement le pouvoir de déterminer quelles catégories recevront des dividendes. Ils peuvent le faire en déclarant des dividendes dont le montant est suffisamment petit pour que seules les actions privilégiées y aient droit. C'est là, toutefois, un pouvoir discrétionnaire qui est expressément limité par les dispositions des statuts constitutifs. Le besoin de protection n'est pas aussi grand, car l'actionnaire ordinaire n'est pas placé dans une position où un administrateur peut accorder quelques dividendes que ce soit à une catégorie autre que la sienne. Cet actionnaire sait que si les dividendes déclarés excèdent un montant spécifique, sa catégorie d'actions participera alors au partage desdits dividendes. Si les dividendes déclarés ne dépassent jamais ce montant, la société retient alors tout au moins l'argent. Mais lorsqu'il y a une clause de dividende discrétionnaire, l'actionnaire dépend entièrement du bon vouloir des administrateurs. L'actionnaire minoritaire est placé dans une situation presque impossible si ce bon vouloir joue contre lui; voir Martel et Martel, précité, à la p. 18-14A. Il est intéressant de souligner qu'au moins un commentateur favorable à la clause de dividende discrétionnaire laisse entendre qu'il faudrait obtenir à l'avance le consentement «éclairé» par écrit de chaque actionnaire à cette sorte d'arrangement, vraisemblablement par précaution contre une telle éventualité: voir l'ouvrage de Quessy, «Les aspects corporatifs et fiscaux des actions à dividende discrétionnaire», [1985] 7 *R.P.F.S.* 31, aux pp. 42 et 43.

In my opinion, a second reason why the discretionary dividend clause is invalid at common law is because it places the director in a position where he cannot fulfill his fiduciary obligations to the corporation as a whole. The interests of different classes of shareholders, where a discretionary declaration of dividends is concerned, are necessarily divergent, since a dividend will be declared for the benefit of one class of shareholders at the expense of the others. As put by Martel and Martel, *supra*, at pp. 18-14 and 18-14A:

[TRANSLATION] It would be impossible for him to justify this preference, since it is surely not made in good faith in the interests of the company. In using their discretion to favour certain shareholders, the directors are in an obvious conflict of interest, particularly if they are themselves those shareholders or associated with them . . . The situation created by discretionary dividend clauses is unprecedented, and places the directors in an impossible position: if they favour certain shareholders by departing from the rule of equality, they are breaching their obligations as agents or quasi-fiduciaries of the company, and in fact are acting as agents of the shareholders they are favouring, or at least of those who control the company.

The conflict of interest is heightened when the director happens to be a shareholder himself. When the discretionary dividend clause is utilized to award dividends to a class in which the director holds shares, or from which he derives some personal benefit, the situation can be compared to the usurpation of a corporate opportunity properly belonging to the company. As Laskin J. observed in the *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, *supra*, at pp. 606-607, the fiduciary duty, at the very least, precludes the director

. . . from obtaining for himself, either secretly or without the approval of the company (which would have to be properly manifested upon full disclosure of the facts), any property or business advantage either belonging to the company or for which it has been negotiating; and especially is this so where the director or officer is a participant in the negotiations on behalf of the company.

A discretionary dividend clause gives the director a licence to secure, by virtue of his position, a

À mon avis, une deuxième raison pour laquelle la clause de dividende discrétionnaire est invalide en common law est qu'elle place l'administrateur dans une position où il ne peut remplir ses obligations de fiduciaire envers la société dans son ensemble. Les intérêts des différentes catégories d'actionnaires, lorsqu'il y a une déclaration de dividendes discrétionnaire, sont nécessairement divergents, puisqu'un dividende sera déclaré au bénéfice d'une catégorie d'actionnaires et aux dépens des autres. Comme il est dit dans Martel et Martel, précité, aux pp. 18-14 et 18-14A:

Il lui serait impossible de justifier cette préférence, car elle n'est sûrement pas faite de bonne foi dans l'intérêt de la compagnie. En utilisant la discrétion qui leur est conférée pour avantager certains actionnaires, les administrateurs sont en conflit d'intérêt manifeste, particulièrement s'ils sont eux-mêmes ces actionnaires ou liés à eux [. . .] La situation créée par les clauses de dividende discrétionnaire est sans précédent, et place les administrateurs dans une position impossible: s'ils avantagent certains actionnaires en dérogeant à la règle de l'égalité, ils contreviennent à leurs obligations de mandataires ou quasi-fiduciaires de la compagnie, et agissent en réalité comme mandataires des actionnaires qu'ils favorisent, ou du moins de ceux qui contrôlent la compagnie.

Le conflit d'intérêts est encore plus évident lorsqu'un administrateur est lui-même un actionnaire. Lorsqu'il y a recours à la clause du dividende discrétionnaire pour allouer des dividendes à une catégorie dans laquelle un administrateur détient des actions, ou d'où il tire un avantage personnel, la situation peut se comparer à l'usurpation d'un privilège de la société qui appartient régulièrement à cette dernière. Comme l'a fait remarquer le juge Laskin dans l'arrêt *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, précité, aux pp. 606 et 607, l'obligation de fiduciaire empêche pour le moins un administrateur

. . . [de] s'approprier, en secret ou sans l'approbation de la compagnie (approbation qui doit être régulièrement accordée à la lumière de tous les faits) un bien ou avantage commercial qui appartient à celle-ci ou qu'elle a négocié; surtout si l'administrateur ou le fonctionnaire participe aux négociations au nom de la compagnie.

Une clause de dividende discrétionnaire permet à l'administrateur d'obtenir, grâce à sa position, un

personal benefit at the expense of the corporation and its shareholders without having to seek shareholder approval. By contrast, requiring the mode of distribution to be expressly set out in the Articles of Incorporation, which can only be amended by approval of the shareholders, is consistent with the fiduciary obligation as described in the *Canadian Aero* case. I note that, in the usual case, if the directors themselves hold preferred shares, this does not present a problem, for the common shareholders will have agreed to subordinate their dividend interest to the preferred class of shares based upon "full disclosure" of the maximum amount to which these preferred shares will enjoy priority. With a discretionary dividend clause, there is no such disclosure, since the amount and priority is left to be determined in the future, wholly at the directors' discretion.

The Chief Justice states that the fact that the directors take into account the identity of shareholders when declaring a dividend does not necessarily create a conflict of duty. As an example, he suggests that the directors could validly exercise their discretion to allocate dividends so as to reward a group of employees who comprise a class of preferred shareholders. With respect, it seems to me that even this would constitute an improper exercise of the discretionary dividend power. If the employees truly merit some additional reward, the proper course would be to achieve this through some other form of compensation, for example a bonus. A dividend is supposed to be a return on an investment. On this point, I adopt the words of Desjardins J. of the Federal Court of Appeal ([1988] 2 F.C. 356), at p. 370:

But surely, there is no relationship, in company law, between the work and services a shareholder brings to a company and his or her entitlement to a dividend if declared. The dividends come as a return on his or her investment and not on account of work and services he or she may render to the company. The dividend attaches to the share and not to the shareholder.

avantage personnel au détriment de la société et de ses actionnaires sans avoir à demander l'approbation de ces derniers. Par contraste, exiger que le mode de distribution soit expressément énoncé dans les statuts constitutifs, lesquels ne peuvent être modifiés qu'avec l'approbation des actionnaires, est conforme à l'obligation de fiduciaire décrite dans l'arrêt *Canadian Aero*. Je souligne que si les administrateurs eux-mêmes détiennent des actions privilégiées, cela ne pose pas habituellement de problème, car les actionnaires ordinaires se seront entendus pour subordonner leur droit aux dividendes à la catégorie d'actions privilégiées en se fondant sur la «divulcation intégrale» du montant maximum jusqu'à concurrence duquel ces actions privilégiées auront priorité. Lorsqu'il y a une clause de dividende discrétionnaire, cette divulgation n'existe pas puisque le montant et la priorité en question seront déterminés subséquemment, à l'entière discrétion des administrateurs.

Le Juge en chef affirme que le fait que les administrateurs prennent en considération l'identité des actionnaires lorsqu'ils déclarent un dividende ne crée pas nécessairement un conflit d'intérêts. À titre d'exemple, il laisse entendre que des administrateurs pourraient valablement exercer leur pouvoir discrétionnaire d'accorder des dividendes en vue de récompenser un groupe d'employés qui comprend une catégorie d'actionnaires privilégiés. Sauf le respect que je lui dois, il me semble que même cela constituerait un exercice abusif du pouvoir d'accorder un dividende discrétionnaire. Si les employés méritent vraiment une récompense additionnelle, la bonne façon de procéder serait de leur accorder une autre forme de compensation comme, par exemple, une prime. Un dividende est censé représenter le rapport d'un investissement. Sur ce point, je souscris aux propos du juge Desjardins de la Cour d'appel fédérale ([1988] 2 C.F. 356), à la p. 370:

Mais assurément, il n'existe aucun rapport, en droit des compagnies, entre le travail et les services effectués par un actionnaire pour la société et son droit à un dividende, s'il est déclaré. Les dividendes représentent le rapport d'un investissement et non la contrepartie du travail ou des services qu'un actionnaire peut fournir à la société. Les dividendes se rattachent à l'action et non à l'actionnaire.

In any event, even if I did not find that the discretionary dividend clause was itself invalid under the common law, I would find that the clause, at least as designed in the present case, is insufficient to rebut the common law presumption of equality. As earlier noted, it is well accepted that in the absence of some differentiation between the shares, all shares must be treated equally: see *Birch v. Cropper, In re Bridgewater Navigation Co.* (1889), 14 A.C. 525 (H.L.). The respondent contends that the fact that the classes of shares have the potential to receive dividends in potentially different amounts is sufficient to differentiate them. The fact remains, however, that all three classes of Northland Trucks' shares are defined in substantially the same manner with respect to their entitlement to dividends. Each class carries "the distinction and right to receive dividends exclusive of other classes of shares in the said corporation". As Professor Boivin, *supra*, notes, at p. 94:

[TRANSLATION] . . . if all the shares have a discretionary dividend clause, they are all on an equal footing as regards dividends, even if there are certain distinctive characteristics with respect to other rights or privileges. Far from breaching the principle of equality, the clause thus used confirms it.

Any difference between the shares concerning their right to receive dividends that does exist clearly does not derive from any differentiation between the shares, but would have to stem from the actions of the directors of the corporation. This would, however, be a right that does not derive from the share itself, and as such would be invalid at common law.

Having found that the discretionary dividend clause contained in the Articles of Incorporation of Northland Trucks was an invalid allocation of power at common law, it remains to examine the Saskatchewan *Business Corporations Act* to see if the statute changes this result.

#### *The Saskatchewan Business Corporations Act*

Section 24(4)(a) of the Saskatchewan *Business Corporations Act* provides that the corporation

Quoi qu'il en soit, même si je n'arrivais pas à la conclusion que la clause de dividende discrétionnaire est en soi invalide sous le régime de la common law, je statuerais que cette clause, telle qu'elle est libellée en l'espèce, ne suffit pas à réfuter la présomption d'égalité de la common law. Comme je l'ai déjà fait remarquer, il est reconnu qu'en l'absence d'une quelconque différenciation entre les actions, celles-ci doivent toutes être traitées également: voir *Birch v. Cropper, In re Bridgewater Navigation Co.* (1889), 14 A.C. 525 (H.L.). L'intimé soutient que le fait que les catégories d'actions ont la possibilité de recevoir des dividendes dont les montants peuvent différer suffit à les différencier. Le fait demeure toutefois que les trois catégories d'actions de Northland Trucks sont définies essentiellement de la même façon en ce qui concerne leur droit aux dividendes. Chaque catégorie accorde «le droit distinctif de recevoir des dividendes à l'exclusion des autres catégories d'actions dans ladite société». Comme le professeur Boivin, précité, le fait remarquer à la p. 94:

. . . si toutes les actions sont assorties d'une clause de dividende discrétionnaire, elles sont toutes sur un pied d'égalité en matière de dividendes, même si certaines particularités existent quant à d'autres droits ou privilèges. Loin de rompre le principe d'égalité, la clause ainsi employée le confirme.

Toute différence qui existe entre les actions à l'égard de leur droit de recevoir des dividendes découle clairement non pas d'une différenciation entre les actions mais plutôt des actes des administrateurs de la société. Il s'agirait toutefois d'un droit qui ne découle pas de l'action elle-même et comme tel, il serait invalide en common law.

Après avoir conclu que la clause de dividende discrétionnaire contenue dans les statuts constitutifs de Northland Trucks était une attribution de pouvoir nulle en common law, il me reste à examiner la *Business Corporations Act* de la Saskatchewan pour voir si elle modifie cette situation.

#### *La Business Corporations Act de la Saskatchewan*

L'alinéa 24(4)a) de la *Business Corporations Act* de la Saskatchewan prévoit qu'une société

may derogate from the common law rule of equality, by creating more than one class of shares:

24. . . .

(4) The articles may provide for more than one class of shares and, if they so provide:

(a) the rights, privileges, restrictions and conditions attaching to the shares of each class shall be set out therein; . . .

See also s. 6(1)(c)(i).

The question becomes whether the allocation of power to the directors of a corporation to determine each class of shares' right to a dividend, once one has been declared, is consistent with s. 24(4)(a), which provides that such rights must be "set out" in the Articles of Incorporation. There are two possible interpretations. The first is that it is sufficient if the articles "set out" that the different classes of shares have the "right" to receive a dividend that has been declared, wholly at the discretion of the directors. The second is that the requirement that the rights be "set out" requires that the mode of distribution of the dividends be expressly provided for in the articles themselves.

I start from the premise that s. 24(4)(a) must, of course, be interpreted in accordance with the principles of the common law: see *Bowater, supra*, at p. 754. It should be apparent from the preceding analysis that, in my opinion, this would inevitably lead one towards the second interpretation, since, at common law, shareholder rights had to be expressly provided for in the shares themselves. If the Saskatchewan legislature intended to depart from this principle, it could have stated so explicitly. In my view, s. 24(4)(a) falls far short of providing the clear expression necessary to indicate an intent to provide the directors of a corporation with a power which they did not otherwise have at common law.

I note that this interpretation of s. 24(4)(a) appears to be the most consistent with other provisions of the Act as well. For example, s. 27 provides for the possibility of creating different "series" within a class of shares, which may themselves be structured so as to possess different rights. In contrast to its treatment of classes of

peut déroger à la règle de l'égalité en common law en créant plus d'une catégorie d'actions:

[TRADUCTION] 24. . . .

(4) L'acte constitutif peut prévoir plusieurs catégories d'actions, auquel cas:

a) les droits, privilèges, restrictions et conditions qui se rattachent aux actions de chaque catégorie doivent y être énoncés; . . .

b Voir également le sous-al. 6(1)c)(i).

La question est maintenant de savoir si le pouvoir attribué aux administrateurs d'une société de déterminer le droit de chaque catégorie d'actions à un dividende, une fois celui-ci déclaré, est conforme à l'al. 24(4)a) qui prescrit que ces droits doivent être «énoncés» dans les statuts constitutifs. Il y a deux interprétations possibles. Selon la première, il suffit que les statuts «énoncent» que les différentes catégories d'actions ont le «droit» de recevoir un dividende qui a été déclaré, à l'entière discrétion des administrateurs. Selon la seconde interprétation, l'obligation d'«énoncer» les droits en cause exige que le mode de distribution des dividendes soit expressément prévu dans les statuts eux-mêmes.

Je pars de la prémisse selon laquelle l'al. 24(4)a) doit bien sûr être interprété conformément aux principes de la common law: voir *Bowater*, précité, à la p. 754. À mon avis, il devrait ressortir de l'analyse précédente que cela nous amènerait inévitablement à la seconde interprétation puisque, en common law, les droits de l'actionnaire doivent être expressément prévus dans les actions elles-mêmes. Si la législature de la Saskatchewan entendait déroger à ce principe, elle aurait pu le dire explicitement. À mon avis, l'al. 24(4)a) est très loin d'exprimer clairement l'intention de conférer aux administrateurs d'une société un pouvoir qu'ils n'avaient pas par ailleurs en vertu de la common law.

Je note que cette interprétation de l'al. 24(4)a) semble également être la plus conforme aux autres dispositions de la Loi. Par exemple, l'art. 27 prévoit la possibilité de créer différentes «séries» à l'intérieur d'une catégorie d'actions, qui peuvent elles-mêmes être structurées de façon à posséder différents droits. Contrairement à la façon dont

shares, the Act expressly provides that the directors of a corporation may be given the discretion to determine the rights attaching to these series. Section 27(1) reads;

27.—(1) The articles may authorize the issue of any class of shares in one or more series and may authorize the directors to fix the number of shares in and to determine the designation, rights, privileges, restrictions and conditions attaching to the shares of each series, subject to the limitations set out in the articles.

It is significant that, even when the Act specifically provides that the directors may be given the discretion to determine the rights to be assigned to a series, this discretion is not unlimited: see s. 27(2), (3), (4). In particular, the directors may not assign to a series a higher priority in respect of dividends or return of capital over any other series of the class that are still outstanding (s. 27(3)). Thus, even though under the Act the shareholders can give the directors the power to issue series within a class and assign rights to those series, the shareholders may not agree to give the directors the discretion to interfere with their right to dividends or a return of capital by choosing to give another series priority. Why would the legislature find it necessary to protect the shareholders by restricting the directors' discretion in this manner? In my view, the answer lies in the fact that the rights assigned to series, unlike classes of shares, may be altered without amending the corporate constitution. As Professor Welling, *supra*, notes, at p. 584, this distinction leads to a potential for abuse of power by the directors:

The result is clear although, from the point of view of shareholder protection, it is initially astounding. The statute requires that discrimination between different classes be strictly regulated by the corporate constitution, subject to the remedies protecting adherence to the corporate constitution and changeable only by the usual shareholder approvals. Strangely, discrimination *within a particular class* need only be pre-meditated in the

elle traite les catégories d'actions, la Loi prévoit expressément qu'on peut accorder aux administrateurs d'une société le pouvoir discrétionnaire de déterminer les droits se rattachant à ces séries. Le paragraphe 27(1) dispose:

[TRADUCTION] 27. (1) Les statuts peuvent autoriser l'émission de toute catégorie d'actions dans une ou plusieurs séries et permettre aux administrateurs de fixer le nombre d'actions dans chacune d'elles, et de déterminer la désignation, les droits, les privilèges, les restrictions et les conditions se rattachant aux actions de chaque série, sous réserve des limites énoncées dans les statuts.

Il est important de remarquer que, même lorsque la Loi prévoit expressément qu'on peut conférer aux administrateurs le pouvoir discrétionnaire de déterminer les droits à être assignés à une série, ce pouvoir discrétionnaire n'est pas illimité: voir les par. 27(2) à (4). En particulier, les administrateurs ne peuvent privilégier une série à l'égard des dividendes ou du remboursement de capital au détriment de toute autre série de la même catégorie qui est encore en circulation (par. 27(3)). Ainsi, même si en vertu de la Loi, les actionnaires peuvent accorder aux administrateurs le pouvoir d'émettre des séries dans une catégorie donnée et conférer des droits à ces séries, ils ne peuvent s'entendre pour accorder aux administrateurs le pouvoir discrétionnaire de porter atteinte à leur droit aux dividendes ou à un remboursement de capital en choisissant de donner priorité à une autre série. Pourquoi la législature jugerait-elle nécessaire de protéger les actionnaires en restreignant le pouvoir discrétionnaire des administrateurs de cette façon? Je répondrai que les droits conférés aux séries, contrairement aux catégories d'actions, peuvent être changés sans qu'on modifie la constitution de la société. Comme le fait remarquer le professeur Welling, précité, à la p. 584, cette distinction peut entraîner un abus de pouvoir de la part des administrateurs:

[TRADUCTION] Le résultat est clair même si, du point de vue de la protection de l'actionnaire, il est à première vue surprenant. La loi exige que toute distinction faite entre les différentes catégories soit strictement réglementée par la constitution de la société, sous réserve des recours protégeant l'observation de cette constitution, et que cette distinction ne puisse être modifiée qu'avec l'approbation habituelle des actionnaires. Curieusement,



articles: the details can be supplied from time to time by ordinary directors' resolutions, without any shareholder participation at all. [Emphasis in original.]

Because s. 27 allows the shareholders to give directors the power to discriminate between series of shares, while leaving the directors with the ability to "supply the details" of this discrimination themselves at a later date, the legislature apparently found it necessary to limit this power, by preventing the directors from discriminating in certain areas, specifically with respect to priority over dividends. This attempt at protection would be rendered futile if it were permissible for shareholders to give to directors the same power to discriminate with respect to priority over dividends where shareholder classes are concerned, through the use of a discretionary dividend clause.

A more reasonable interpretation of the statute is that it contemplates that shareholders will be protected from changes being made to the rights attached to different classes of shares by virtue of the fact that such rights may only be amended by altering the corporate constitution. Section 170(1)(c) of the Saskatchewan *Business Corporations Act* provides that:

170(1) ... the holders of shares of a class or ... of a series are entitled to vote separately as a class or series upon a proposal to amend the articles to:

(c) add, change or remove the rights, privileges, restrictions or conditions attached to the shares of such class....

The protection afforded by s. 170 for dividend rights can only be meaningful if the mode of distribution must itself be set out in the Articles of Incorporation. Otherwise, the section can effectively be circumvented because the directors will have the power to change each class's allocation of dividends at will, without the need for a shareholder vote. The importance of s. 170(1) as a mechanism for protecting shareholder interests is evidenced by the fact that each class of shares is

il suffit que la distinction *au sein d'une catégorie particulière* soit prévue dans les statuts: les détails peuvent être fournis à l'occasion par les résolutions ordinaires des administrateurs, sans participation aucune des actionnaires. [Souligné dans le texte original.]

Parce que l'art. 27 permet aux actionnaires d'accorder aux administrateurs le pouvoir d'établir une distinction entre les séries d'actions, tout en autorisant les administrateurs à «fournir eux-mêmes les détails» de cette distinction à une date ultérieure, la législature a apparemment jugé nécessaire de limiter ce pouvoir, en empêchant les administrateurs d'établir une distinction dans certains domaines, particulièrement en ce qui concerne la priorité sur les dividendes. Cette tentative de protection serait futile s'il était loisible aux actionnaires d'accorder aux administrateurs le même pouvoir d'établir une distinction à l'égard de la priorité sur les dividendes en ce qui concerne les catégories d'actionnaires, en ayant recours à une clause de dividende discrétionnaire.

Selon une interprétation plus raisonnable de la loi, celle-ci prévoit que les actionnaires seront protégés contre les modifications apportées aux droits se rattachant aux différentes catégories d'actions étant donné que ces droits ne peuvent être changés que par la modification de la constitution de la société. L'alinéa 170(1)c) de la *Business Corporations Act* de la Saskatchewan dispose:

[TRADUCTION] 170(1) ... les détenteurs d'actions d'une catégorie ou [...] d'une série sont autorisés à voter séparément à ce titre concernant un projet de modification des statuts en vue:

c) d'ajouter, de modifier ou de supprimer les droits, privilèges, restrictions ou conditions se rattachant aux actions de cette catégorie...

La protection assurée par l'art. 170 quant aux droits à un dividende ne peut avoir un sens que si le mode de distribution doit lui-même être énoncé dans les statuts constitutifs. Sinon, on peut efficacement contourner cet article car les administrateurs pourront à volonté changer la distribution des dividendes de chaque catégorie, sans devoir obtenir le vote des actionnaires. L'importance du par. 170(1) comme moyen de protéger les intérêts de l'actionnaire est démontrée par le fait que

entitled to vote, regardless of whether the shares normally carry this right or not (s. 170(3)).

I also find the use of the discretionary dividend clause in the present case to be inconsistent with the requirement of the Act that at least one class of shares must be entitled "to receive any dividend declared by the corporation" (s. 24(3)(b)). On this point, I agree with the following remarks of Professor Boivin, *supra*, at p. 93:

[TRANSLATION] Assuming that the capital consists of a single class of shares and that these shares carry a discretionary dividend, they do not confer, in our view, any right to any dividends, which is not surprising since that is precisely the aim. Even assuming that the share confers a right to a dividend, that right cannot be interpreted as a right to receive "any dividend declared".

In essence, the argument of the respondent distills down to a single point: the Saskatchewan *Business Corporations Act* does not appear to specifically prohibit the use of a discretionary dividend clause, and in the absence of such explicit prohibition, the parties must be left free to contract at will. If one were to carry this argument to its logical conclusion, there would be nothing to prevent shareholders from passing a "discretionary voting" clause, giving the directors the power to exercise all of their votes as they see fit. Indeed, during the oral argument, counsel for the respondent appeared to suggest that this, too, would be a permissible allocation of power. I find that such an arrangement, which would leave the directors in complete control of the corporation, with the power to prolong their tenure indefinitely, to be completely unacceptable in that it would undermine virtually all of the protection afforded to shareholders by the Act.

It is true, of course, that the actions of the directors will always be subject to the qualification that they are acting as fiduciaries for the corporation. Thus, in theory, it is always open for a shareholder to bring a suit if he feels the directors are exercising their discretion improperly. In reality, however, one cannot overlook the significant

chaque catégorie d'actions bénéficie du droit de vote, peu importe que les actions confèrent normalement ou non ce droit (par. 170(3)).

a Je conclus également que le recours à la clause de dividende discrétionnaire en l'espèce est incompatible avec l'exigence de la Loi selon laquelle au moins une catégorie d'actions doit avoir le droit [TRADUCTION] «de recevoir tout dividende déclaré par la société» (al. 24(3)b)). Sur ce point, je souscris aux remarques suivantes du professeur Boivin, à la p. 93:

c Dans l'hypothèse où le capital comporte une seule catégorie d'actions et que ces actions sont assorties d'un dividende discrétionnaire, elles ne confèrent, à notre avis, aucun droit à un dividende quelconque, ce qui n'a rien d'étonnant puisque c'est précisément là l'objectif visé. Même en supposant que l'action confère un droit à un dividende, ce droit ne peut s'interpréter comme celui de recevoir «tout dividende déclaré».

Au fond, l'argument de l'intimé se résume à un seul point: la *Business Corporations Act* de la Saskatchewan ne semble pas interdire expressément l'utilisation d'une clause de dividende discrétionnaire et en l'absence d'une telle interdiction expresse, il doit être loisible aux parties de contracter selon leur bon vouloir. Il faudrait logiquement conclure de cet argument que rien n'empêcherait les actionnaires d'adopter une clause «de vote discrétionnaire» qui accorderait aux administrateurs le pouvoir d'exercer tous leurs votes comme bon leur semble. En fait, l'avocat de l'intimé a semblé laisser entendre durant sa plaidoirie que cela aussi constituerait une attribution de pouvoir permise. Je conclus qu'un tel arrangement qui laisserait aux administrateurs le contrôle absolu de la société et leur permettrait de prolonger leur mandat indéfiniment, est tout à fait inacceptable dans la mesure où il supprimerait virtuellement toute la protection accordée aux actionnaires par la Loi.

i Il est vrai bien sûr que les administrateurs seront toujours assujettis à l'obligation d'agir à titre de fiduciaire de la société. Ainsi, en théorie, il est toujours loisible à un actionnaire d'intenter une poursuite s'il estime que les administrateurs exercent leur pouvoir discrétionnaire d'une façon inappropriée. En réalité, cependant, on ne saurait ne

burden and expense that this remedy entails. In my view, placing the onus on shareholders to bring a suit to vindicate their rights is an inadequate means of protecting them from the potential for abuse created by the presence of a discretionary dividend clause.

If this protectionist view seems somewhat patronizing, I would point out that other provisions of the Saskatchewan *Business Corporations Act* provide, in a similar manner, for the protection of shareholders from arrangements to which they might otherwise agree. One example already referred to is s. 27, which restricts the power that can validly be allocated to directors to determine the rights and privileges of future series of shares. I also note that the protection of the individual shareholder was one of the major driving forces behind the extensive statutory reform that took place in Canadian corporate law in the 1970s; see Welling, *supra*, at p. 502. The Saskatchewan *Business Corporations Act* is a product of that reform, as is the *Canada Business Corporations Act* upon which the Saskatchewan *Business Corporations Act* is modeled. Corporate law has not yet evolved to the point where the freedom to contract at any cost has become paramount to all other concerns.

The need for shareholder protection from abuse of the discretionary dividend clause becomes all the more apparent when one considers the possibility that such a clause could be inserted in the Articles of Incorporation of a large, publicly held corporation. I recognize that in this case we are dealing with a closely held corporation, where there has been no allegation of a breach of fiduciary duty by the directors, but the Saskatchewan *Business Corporations Act* applies to large and small corporations equally. One rule of law must stand for both. I hasten to add that, in my view, the primary reason that the discretionary dividend clause is invalid is that it offends the principle that the corporation has a separate legal existence from the shareholder. Since the shareholders of closely held corporations are given preferential treatment, such as limited liability, based upon the notion of

pas tenir compte du fardeau et des frais importants que ce recours entraîne. À mon avis, imposer aux actionnaires le fardeau d'intenter une poursuite pour faire valoir leurs droits n'est pas un moyen adéquat pour les protéger contre les abus auxquels la clause de dividende discrétionnaire peut donner lieu.

Si ce point de vue protectionniste semble quelque peu condescendant, je ferai remarquer que d'autres dispositions de la *Business Corporations Act* de la Saskatchewan protègent, de la même façon, les actionnaires contre des arrangements auxquels ils pourraient autrement consentir. Un exemple déjà mentionné est l'art. 27, qui restreint le pouvoir qui peut être validement conféré aux administrateurs de déterminer les droits et privilèges des futures séries d'actions. Je souligne également que la protection de l'actionnaire en tant que particulier a été l'une des forces dominantes qui a inspiré la réforme législative en profondeur du droit des sociétés au Canada au cours des années 70; voir Welling, précité, à la p. 502. La *Business Corporations Act* de la Saskatchewan est un résultat de cette réforme, tout comme la *Loi sur les corporations commerciales canadiennes* sur laquelle elle est modelée. Le droit des sociétés n'en est pas encore rendu au point où la liberté de contracter à tout prix a préséance sur toutes autres considérations.

La nécessité de protéger l'actionnaire contre l'usage abusif de la clause de dividende discrétionnaire devient encore plus manifeste lorsqu'on envisage la possibilité d'insérer une telle clause dans les statuts constitutifs d'une société dont les actions sont détenues par le public. Je reconnais qu'en l'espèce, il s'agit d'une société fermée, et qu'il n'a pas été allégué que les administrateurs avaient manqué à leur obligation de fiduciaire, mais la *Business Corporations Act* de la Saskatchewan s'applique aussi bien aux grandes qu'aux petites sociétés. Il doit y avoir une seule règle de droit pour les deux. Je m'empresse d'ajouter qu'à mon avis, la raison principale pour laquelle la clause de dividende discrétionnaire est nulle est qu'elle va à l'encontre du principe selon lequel la société constitue une entité juridique distincte de celle de l'actionnaire. Puisque les actionnaires des

this separation between corporation and shareholder, it is not unreasonable for the state to require them to respect this separation by structuring their corporation accordingly.

Against the weight of these arguments, I can think of no socially useful purpose, and counsel for the respondent could point to none, behind the employment of a discretionary dividend clause. The only apparent purpose of such a clause is to facilitate tax avoidance through "income-splitting", which does little to persuade me of the need to allow corporations to be structured in this manner: see Boivin, *supra*, at p. 106; see also comment, "The Last Bastion for Income-Splitting? *J. A. McClurg v. The Queen*" (1986), 34 *Can. Tax J.* 404.

Having found that the discretionary dividend clause used in the Articles of Incorporation of Northland Trucks was invalid, it remains to determine how the money distributed pursuant to that clause should be allocated. Since the directors of Northland Trucks must be taken to have made the decision that the declaration of the amount of dividends that were distributed was in the best interests of the corporation, it would be inappropriate to now return this money to the corporation. The proper solution, in my view, is to redistribute the dividends amongst the various classes of shares. As previously discussed, in the absence of a valid differentiation between the shares to the contrary, all of the classes will share in the dividend equally. In the present case, that means that the money will be allocated equally to the shares in classes A, B, and C.

I turn then to a consideration of the income tax consequences of the dividend payments.

### Income Tax Consequences

#### *General*

I am in agreement with the Chief Justice as to the proper approach to the interpretation of the *Income Tax Act* generally, and s. 56(2) specifically, as well as the necessity of ascertaining the true

sociétés fermées jouissent d'un traitement privilégié, tel que la responsabilité limitée, compte tenu de cette séparation entre la société et l'actionnaire, il est normal que l'État les oblige à respecter la séparation en cause en structurant leur société en conséquence.

Pour faire contrepoids à ces arguments, je ne perçois aucune raison utile, sur le plan social—l'avocat de l'intimé n'a su en mentionner aucune—qui justifierait l'utilisation d'une clause de dividende discrétionnaire. Le seul but apparent d'une telle clause est de faciliter l'évitement fiscal grâce au «fractionnement du revenu», ce qui ne saurait me convaincre de la nécessité de permettre aux sociétés d'être structurées de cette manière: voir Boivin, précité, à la p. 106; voir également les commentaires sur l'arrêt «The Last Bastion for Income-Splitting? *J. A. McClurg v. The Queen*» (1986), 34 *Can. Tax J.* 404.

Après avoir conclu que la clause de dividende discrétionnaire utilisée dans les statuts constitutifs de Northland Trucks était invalide, il reste à déterminer comment l'argent distribué en vertu de cette clause devrait être alloué. Puisqu'il faut présumer que les administrateurs de Northland Trucks ont décidé que la déclaration du montant des dividendes distribués était dans l'intérêt de la société, il serait maintenant inapproprié de retourner cet argent à la société. Il conviendrait à mon avis de redistribuer les dividendes parmi les différentes catégories d'actions. Comme je l'ai déjà dit, en l'absence d'une différenciation valide entre les actions à l'effet contraire, toutes les catégories se partageront les dividendes également. En l'espèce, cela signifie que l'argent sera distribué également aux actions des catégories A, B et C.

Je vais maintenant examiner les conséquences d'ordre fiscal des versements de dividende.

### Conséquences d'ordre fiscal

#### *Généralités*

Je suis d'accord avec le Juge en chef quant à la bonne façon d'interpréter la *Loi de l'impôt sur le revenu* en général, et le par. 56(2) en particulier, ainsi que sur la nécessité de déterminer la nature

nature of the transaction in question. With deference, however, I am unable to agree with him as to the application of s. 56(2) in the present case. Our differences arise as a result of the interdependence of the corporate law and income taxation issues in this case, and my finding that the discretionary dividend clause is invalid.

Any tax planning technique is open to challenge on the basis that the underlying legal construct is invalid. This follows from the fundamental principle of taxation law that the actual legal result of a transaction, rather than its form, is relevant to tax liability. In *Champ v. The Queen*, 83 D.T.C. 5029 (F.C.T.D.), for example, a dividend payment was found to be invalid in law, and the form of the payment was disregarded for tax purposes. In that case, the taxpayer and his wife held two-thirds and one-third of the shares of the corporation respectively. While the Articles of Incorporation of the company specifically stated that "dividends may be declared and paid according to . . . the number of shares held", dividends were paid to only one class of shares, which were held exclusively by the wife. The court found that the taxpayer diverted his *pro rata* share of the dividends, and included this indirect payment in his income by way of s. 56(2). The approach adopted by the Federal Court in *Champ* is in keeping with the "ineffective transaction" test for denying a taxpayer the benefit of a particular transaction, which was articulated by this Court in *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536.

In the present case, Mrs. McClurg received a dividend payment of \$10,000 on the basis of the discretionary dividend clause that has been found to be invalid. Therefore, the taxpayer's characterization of the true nature of the payment cannot stand. Instead, the analysis must proceed on the basis that the dividend declared in each of the three years in question should have been allocated equally to the shares in classes A and B. Of the \$10,000 dividend declared, then, \$8,000 was pay-

véritable de l'opération en question. Sauf le respect que je lui dois, je ne saurais toutefois être d'accord avec lui quant à l'application du par. 56(2) dans le présent pourvoi. Nos divergences portent sur l'interdépendance du droit des sociétés et des questions d'impôt sur le revenu en l'espèce, et sur ma conclusion selon laquelle la clause de dividende discrétionnaire est nulle.

Toute technique de planification fiscale peut être contestée pour le motif que le concept juridique qu'elle applique est nul. Cela découle du principe fondamental de droit fiscal selon lequel c'est le résultat juridique même d'une opération plutôt que sa forme qui est pertinent en matière d'assujettissement à l'impôt. Dans l'affaire *Champ v. The Queen*, 83 D.T.C. 5029 (C.F.S.P.I.), par exemple, un versement de dividende a été jugé illégal et on n'a pas tenu compte de la forme du versement pour les fins de l'impôt. Dans cette affaire, le contribuable et son épouse détenaient respectivement deux tiers et un tiers des actions de la société. Même si les statuts constitutifs de la compagnie précisaient que «des dividendes peuvent être déclarés et payés [. . .] selon le nombre d'actions détenues», les dividendes n'ont été versés qu'à une catégorie d'actions, qui était détenue exclusivement par l'épouse. La cour a conclu que le contribuable avait détourné sa part des dividendes, et inclus ce paiement indirect dans son revenu en vertu du par. 56(2). Cette approche adoptée par la Cour fédérale dans l'affaire *Champ* est conforme au critère de «l'opération sans effet» lorsqu'il s'agit de refuser à un contribuable le bénéfice d'une opération donnée, critère qui a été élaboré par notre Cour dans l'arrêt *Stuart Investments Ltd. v. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536.

En l'espèce, M<sup>me</sup> McClurg a reçu un dividende de 10 000 \$ en vertu de la clause de dividende discrétionnaire qui a été jugée invalide. Par conséquent, la caractérisation par le contribuable de la nature véritable du paiement ne saurait valoir. Il faut plutôt poursuivre l'analyse en tenant compte du fait que le dividende déclaré pour chacune des trois années en question aurait dû être attribué également aux actions des catégories A et B. Eu égard au dividende de 10 000 \$ déclaré, la somme

able to Mr. McClurg, and only \$2,000 was payable to Mrs. McClurg.

Before turning to the specifics of the application of s. 56(2) to the facts at hand, it is necessary to comment on two points raised by the Chief Justice. First, he states that a dividend payment does not fall within the scope of s. 56(2). I agree with this view so far as it refers to the typical situation where the dividend payment is within the powers of the corporation and the shareholder is *bona fide* entitled to the dividends. It must be emphasized, however, that \$8,000 of the dividend payment to Mrs. McClurg was not a *bona fide* dividend payment, but a receipt of dividend income otherwise payable to her husband. As was the case in *Champ v. The Queen, supra*, a payment which is not in law a dividend payment cannot serve as a bar to the application of s. 56(2).

Secondly, I must comment on the relevance of Mrs. McClurg's contribution to the business. At trial, it was found as a fact that Wilma McClurg contributed to the establishment and operation of the business. The Chief Justice considers this fact to be of relevance to the resolution of the matter before this Court, because it indicates that the dividend payment was not the product of a blatant tax avoidance scheme, but rather a benefit conferred for adequate consideration in the context of a legitimate business relationship. In other words, the dividend payment can be justified because of the efforts made by Mrs. McClurg on behalf of the company.

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.

de 8 000 \$ était alors payable à M. McClurg et seulement 2 000 \$ étaient payables à M<sup>me</sup> McClurg.

<sup>a</sup> Avant d'examiner en détail l'application du par. 56(2) aux faits de l'espèce, il me faut commenter deux points soulevés par le Juge en chef. Il affirme tout d'abord que le versement d'un dividende n'est pas visé par le par. 56(2). Je souscris à ce point de vue dans la mesure où il s'agit de la situation typique où un tel versement relève des pouvoirs de la société et où l'actionnaire a vraiment droit aux dividendes. Il faut cependant souligner relativement au dividende versé à M<sup>me</sup> McClurg, que la somme de 8 000 \$ n'était pas un véritable paiement de dividende mais plutôt le versement d'un revenu de dividende payable par ailleurs à son époux. Comme ce fut le cas dans l'affaire *Champ v. The Queen*, précitée, un paiement qui n'est pas légalement un versement de dividende ne saurait empêcher l'application du par. 56(2).

<sup>e</sup> En second lieu, je me dois de commenter la pertinence de la contribution de M<sup>me</sup> McClurg à l'entreprise. Au procès, il a été établi que Wilma McClurg a contribué à l'établissement et à l'exploitation de l'entreprise. Le Juge en chef considère que ce fait est pertinent pour les fins du règlement du litige devant notre Cour, parce qu'il indique que le versement de dividende ne résultait pas d'une tentative flagrante d'évitement fiscal mais qu'il constituait plutôt un avantage trouvant sa contrepartie suffisante dans le cadre d'une relation d'affaire légitime. En d'autres termes, ledit versement peut être justifié en raison des efforts que M<sup>me</sup> McClurg a déployés pour le compte de la compagnie.

<sup>h</sup> 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.

In the present case, a \$10,000 dividend was declared by the directors of Northland Trucks and was allocated in its entirety to Mrs. McClurg, ostensibly in return for work and services rendered to the company. Regardless of what motivated the directors to allocate the dividends to Mrs. McClurg, if she were somehow *bona fide* entitled to the dividends, it would be an entitlement based solely on her ownership of shares of the corporation, and s. 56(2) would not apply. In other words, s. 56(2) clearly is inapplicable to a transaction wherein a shareholder is in receipt of a dividend properly allocated to his or her shares.

#### *Application of Section 56(2)*

Turning to the application of s. 56(2) to the instant case, I find it useful as a starting point to break the provision down into its constituent parts. Such an analytical framework was adopted by Cattanach J. in *Murphy v. The Queen*, 80 D.T.C. 6314 (F.C.T.D.), where he stated, at pp. 6317-18:

To fall within subsection 56(2) each essential ingredient to taxability in the hands of the taxpayer therein specified must be present.

Those four ingredients are:

- (1) that there must be a payment or transfer of property to a person other than the taxpayer;
- (2) that the payment or transfer is pursuant to the direction of or with the concurrence of the taxpayer;
- (3) that the payment or transfer be for the taxpayer's own benefit or for the benefit of some other person on whom the taxpayer wished to have the benefit conferred, and
- (4) that the payment or transfer would have been included in computing the taxpayer's income if it had been received by him instead of the other person.

It must be determined, then, whether these four elements or prerequisites to the application of s. 56(2) are present in the transaction at hand.

With regard to the first element, the term "payment" has acquired no technical meaning in the *Income Tax Act* and is to be interpreted in its popular sense: see *Murphy, supra*, at p. 6320. Furthermore, "property" is defined in very broad

Dans le présent pourvoi, un dividende de 10 000 \$ a été déclaré par les administrateurs de Northland Trucks et alloué intégralement à M<sup>me</sup> McClurg, manifestement en contrepartie du travail et des services fournis à la compagnie. Quelles que soient les raisons pour lesquelles les administrateurs ont versé les dividendes à M<sup>me</sup> McClurg, si elle avait vraiment droit aux dividendes, il s'agirait d'un droit fondé uniquement sur la propriété des actions de la société, et le par. 56(2) ne s'appliquerait pas. En d'autres termes, le par. 56(2) ne s'applique manifestement pas à une opération grâce à laquelle un actionnaire touche un dividende qui est alloué à bon droit à ses actions.

#### *Application du par. 56(2)*

En ce qui concerne l'application du par. 56(2) en l'espèce, il est utile, à mon avis, de commencer par séparer les différentes parties de cette disposition. Le juge Cattanach a adopté une telle analyse dans l'affaire *Murphy v. The Queen*, 80 D.T.C. 6314 (C.F.S.P.I.), où il a déclaré aux pp. 6317 et 6318:

Pour que le paragraphe 56(2) s'applique, toutes les conditions d'assujettissement prévues doivent être réunies.

Voici ces quatre conditions:

- (1) il doit y avoir un paiement ou transfert de biens à une personne autre que le contribuable;
- (2) paiement ou transfert doit être effectué suivant les instructions ou avec l'accord du contribuable;
- (3) paiement ou transfert doit être effectué au profit du contribuable ou de toute autre personne que le contribuable désire avantager;
- (4) paiement ou transfert aurait été inclus dans le calcul du revenu du contribuable si ce dernier, au lieu de l'autre personne, l'avait reçu.

Il faut maintenant déterminer si ces quatre éléments ou conditions préalables à l'application du par. 56(2) sont présents dans l'opération en l'espèce.

En ce qui a trait au premier élément, le terme «paiement» n'a pas acquis un sens technique dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* et il doit être interprété selon son sens ordinaire: voir *Murphy*, précité, à la p. 6320. En outre, le mot «biens» est

terms in s. 248(1) of the *Income Tax Act*, and specifically includes money. It is also noteworthy that s. 16(1), the predecessor to s. 56(2), originally referred to a transfer of "money, rights or things". Therefore, it appears that the payment in question satisfies the first prerequisite to the operation of s. 56(2). This is confirmed by *Champ v. The Queen*, *supra*, where it was held that the taxpayer effected a "transfer of property" by directing the payment of dividends.

The second element provides that the payment or transfer be pursuant to the direction of the taxpayer or with the concurrence of the taxpayer. The respondent argued that the payment was made by the company, a legal entity separate from the taxpayer, and to the extent that the taxpayer directed or concurred in the payment of the dividend, this was done in his capacity as a director of the corporation, and not in any personal capacity.

Under s. 56(2), however, it is sufficient that such a payment be made with the concurrence of the taxpayer. The facts indicate that the respondent, in his capacity as a shareholder, did not object to the distribution of dividends. The appellant argued that Mr. McClurg's failure to object to the payment to Mrs. McClurg constituted implied concurrence. In other words, since Mr. McClurg did not demand his share of the dividends, he implicitly accepted that the company make an \$8,000 payment to his wife. To this end, the appellant relied on *Bronfman, A. v. M.N.R.*, [1965] C.T.C. 378 (Ex. Ct.), at p. 385, in which Dumoulin J. held that the "abstention or indifference" of shareholders who had the power to object to the actions of directors was "tantamount to an approval" and sufficient to invoke s. 16(1), the predecessor to s. 56(2).

In my view, an individual in control of a corporation can be said to have directed a payment or transfer of property within the meaning of s. 56(2) by exercising that control. Furthermore, even if one accepts the contrary view that the taxpayer did not direct the payment, the payment neverthe-

défini d'une façon très large au par. 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et inclut expressément l'argent. Il convient également de souligner que le par. 16(1), le prédécesseur du par. 56(2), faisait mention à l'origine d'un transport «d'argent, de droits ou de choses». Il semble par conséquent que le paiement en question satisfasse à la première condition requise pour l'application du par. 56(2). Cela est confirmé par l'arrêt *Champ v. The Queen*, précité, dans lequel il a été décidé que le contribuable avait effectué un «transfert de biens» en ordonnant le versement de dividendes.

Le second élément prévoit que le paiement ou le transfert doit être effectué suivant les instructions ou avec l'accord du contribuable. L'intimé a soutenu que le paiement avait été effectué par la compagnie, une entité juridique distincte du contribuable, et que dans la mesure où le versement du dividende a été effectué suivant les instructions ou avec l'accord du contribuable, celui-ci avait agi en qualité d'administrateur de la société et non à titre personnel.

Sous le régime du par. 56(2), il suffit toutefois qu'un tel paiement soit fait avec l'accord du contribuable. Les faits indiquent que l'intimé, en sa qualité d'actionnaire, ne s'est pas opposé à la distribution des dividendes. L'appelante a prétendu que l'omission de M. McClurg de s'opposer au paiement fait à M<sup>me</sup> McClurg constituait un accord implicite. En d'autres termes, puisque M. McClurg n'a pas réclamé sa part des dividendes, il a implicitement accepté que la compagnie verse la somme de 8 000 \$ à son épouse. À cette fin, l'appelante s'est fondée sur l'arrêt *Bronfman, A. v. M.N.R.*, [1965] C.T.C. 378 (C. de l'É.), à la p. 385, dans laquelle le juge Dumoulin a statué que «l'abstention ou l'indifférence» des actionnaires qui avaient le pouvoir de s'opposer aux actes des administrateurs [TRADUCTION] «équivalait à une approbation» et permettait d'invoquer le par. 16(1), le prédécesseur du par. 56(2).

À mon avis, on peut affirmer qu'un particulier ayant le contrôle d'une société a ordonné un paiement ou un transfert de biens au sens du par. 56(2) en exerçant ce contrôle. Qui plus est, même si on accepte le point de vue contraire selon lequel le contribuable n'a pas ordonné un tel paiement,



less was made with the concurrence of Mr. McClurg in his personal capacity as a shareholder of the company. Thus, the second precondition to the operation of s. 56(2) is met.

The third precondition requires that the payment be for the benefit of the taxpayer or recipient. Since Mrs. McClurg was entitled to only \$2,000 in dividends, the \$8,000 portion of the payment representing Mr. McClurg's dividend entitlement amounts to a benefit to her under s. 56(2). In addition, Mr. McClurg himself obtained a benefit from the transaction by way of a reduction in income tax. As explained by Cattanach J. in *Murphy v. The Queen, supra*, at p. 6318, this type of benefit goes to the very purpose of s. 56(2):

Subsection 56(2) is to impute receipt of income to the taxpayer that was diverted at his instance to someone else. It is to cover cases where the taxpayer seeks to avoid the receipt of what in his hands would be income by arranging to transfer that amount to some other person he wishes to benefit or for his own benefit in doing so. Apart from any moral satisfaction the practical benefit to the taxpayer is the reduction in his income tax.

Finally, it is obvious that the \$8,000 dividend would have been included in Mr. McClurg's income had the allocation been properly made.

Therefore, the four prerequisites to the application of s. 56(2) have been met. Since \$8,000 of the \$10,000 in dividends attributed to Wilma McClurg on her class B shares was properly attributable to Mr. McClurg, this amount should be included in the computation of his income.

#### Disposition

In the result, I would allow the appeal and uphold the Minister's reassessment.

*Appeal dismissed with costs, WILSON, LA FOREST and L'HEUREUX-DUBÉ JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: John C. Tait, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent: Bennett Jones, Calgary.*

celui-ci a néanmoins été effectué avec l'accord de M. McClurg en sa qualité personnelle à titre d'actionnaire de la compagnie. La deuxième condition préalable relative à l'application du par. 56(2) est donc remplie.

La troisième condition préalable exige que le paiement soit fait au profit du contribuable ou du bénéficiaire. Puisque M<sup>me</sup> McClurg n'avait droit qu'à un dividende de 2 000 \$, le versement des autres 8 000 \$ représentant le dividende auquel avait droit M. McClurg équivaut à un avantage conféré à l'épouse de ce dernier en vertu du par. 56(2). En outre, M. McClurg lui-même a tiré un avantage de l'opération par la réduction de son impôt sur le revenu. Comme l'a expliqué le juge Cattanach dans l'affaire *Murphy v. The Queen*, précitée, à la p. 6318, ce type d'avantage est directement visé par le par. 56(2):

Le paragraphe 56(2) a pour but d'imputer au contribuable un revenu qui a été, sur ses instructions, attribué à quelqu'un d'autre. Il vise les cas où le contribuable cherche à éviter de recevoir ce qui serait, entre ses mains, un revenu en s'arrangeant pour transférer ce montant au profit de quelqu'un d'autre ou à son propre profit. À part procurer une satisfaction morale, l'opération permet au contribuable de réduire son impôt sur le revenu.

Enfin, il est évident que le dividende de 8 000 \$ aurait été inclus dans le revenu de M. McClurg si l'attribution avait été faite correctement.

Par conséquent, les quatre conditions préalables de l'application du par. 56(2) ont été remplies. Puisque des 10 000 \$ attribués à Wilma McClurg à titre de dividendes provenant de ses actions de la catégorie B, 8 000 \$ étaient attribuables à M. McClurg, cette somme devrait être incluse dans le calcul de son revenu.

#### Dispositif

En conclusion, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de maintenir la nouvelle cotisation du Ministre.

*Pourvoi rejeté avec dépens, les juges WILSON, LA FOREST et L'HEUREUX-DUBÉ sont dissidents.*

*Procureur de l'appelante: John C. Tait, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimé: Bennett Jones, Calgary.*