

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*

a

RÉPERTORIÉ: McCLURG c. CANADA

N° du greffe: 20751.

1989: 29 novembre; 1990: 20 décembre.

b

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

c

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).

d

e

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.

f

g

h

i

j

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^{me}

* 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^{me} 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^{me} 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^{me} 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^{me} 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^{me} McClurg, qui représentait le droit à un dividende de M. McClurg, équivalait à un avantage conféré à M^{me} 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.

Doctrines citées

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

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

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.

a 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 b 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 c des actions ordinaires majoritaires de catégorie A du capital-actions de cette société.

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:

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:

d

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 \$

e

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.

h

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

i

	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

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	Owned	%
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-