

A-262-95

A-262-95

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

v.

c.

Nassau Walnut Investments Inc. (*Respondent*)**Nassau Walnut Investments Inc.** (*intimée*)**INDEXED AS: CANADA v. NASSAU WALNUT INVESTMENTS INC. (C.A.)****RÉPERTORIÉ: CANADA c. NASSAU WALNUT INVESTMENTS INC. (C.A.)**

Court of Appeal, Stone, Strayer and Robertson J.J.A. — Toronto, November 6; Ottawa, December 23, 1996.

Cour d'appel, juges Stone, Strayer et Robertson, J.C.A. — Toronto, 6 novembre; Ottawa, 23 décembre 1996.

Income tax — Income calculation — Capital gains — Appeal from Tax Court decision allowing appeal from reassessment — Respondent disposing of shares — Accountants mistakenly reporting difference between paid-up capital, purchase price as deemed dividends pursuant to Income Tax Act, ss. 84(3), 112 — Minister reassessing, applying s. 55(2), whereby dividends converted into taxable capital gain — Refusing to allow respondent to file s. 55(5)(f) designation attributing portion of dividends to "safe income" — S. 55(2) applies if Minister's method of allocating safe income reasonable, even if respondent's method also reasonable — Pro rata method for allocating safe income reasonable — Respondent required to file designation under s. 55(5)(f) at time return filed — Election cases distinguished — Inference Parliament not intending to allow amendment of return rebutted — Respondent entitled to file s. 55(5)(f) designation after notice of reassessment issued, s. 55(2) invoked.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Gains en capital — Appel d'une décision de la Cour de l'impôt qui avait accueilli l'appel concernant la nouvelle cotisation — Disposition d'actions par l'intimée — Les comptables ont par erreur déclaré la différence entre le capital payé et le prix d'achat à titre de dividende présumé aux termes des art. 84(3) et 112 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Le ministre a établi une nouvelle cotisation, en appliquant l'art. 55(2), et converti le dividende en gain en capital imposable — Il a refusé d'autoriser l'intimée à faire une désignation aux termes de l'art. 55(5)f) pour qu'une partie du dividende soit attribué au «revenu sauf» — L'art. 55(2) s'applique si la méthode utilisée par le ministre pour répartir le revenu sauf est raisonnable, même si la méthode utilisée par l'intimée est également raisonnable — La méthode proportionnelle pour la répartition du revenu sauf est raisonnable — L'intimée devait faire une désignation en vertu de l'art. 55(5)f) au moment de produire sa déclaration — La distinction est faite avec les cas où des choix doivent être exercés — L'inférence selon laquelle le législateur n'avait pas l'intention d'autoriser la modification d'une déclaration est réfutée — L'intimée a le droit de faire une désignation aux termes de l'art. 55(5)f) après qu'un avis de nouvelle cotisation, fondé sur l'art. 55(2), lui est envoyé.

This was an appeal from the Tax Court decision allowing the taxpayer's appeal from the Minister's reassessment and holding that it was unnecessary for the taxpayer to file a designation under *Income Tax Act*, paragraph 55(5)(f). Under paragraph 84(3)(a) a corporation is deemed to have paid a dividend equal to the difference between the amount paid and the paid-up capital in respect of the shares of capital stock redeemed, acquired or cancelled, and under paragraph 84(3)(b) the person who disposed of the shares is deemed to have received a taxable dividend. Subsection 112(1) renders such intercorporate dividends tax-free by permitting the corporate taxpayer to take an equivalent deduction. The operation of these provisions is subject to subsection 55(2), an anti-avoidance provision, which converts certain dividends

Il s'agit d'un appel de la décision de la Cour de l'impôt accueillant l'appel de la contribuable à l'encontre de la nouvelle cotisation établie par le ministre et statuant qu'il n'était pas nécessaire que la contribuable fasse une désignation en vertu de l'alinéa 55(5)f) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En vertu de l'alinéa 84(3)a), une société est réputée avoir versé un dividende égal à la différence entre la somme payée et le capital versé relativement aux actions rachetées, acquises ou annulées et, en vertu de l'alinéa 84(3)b), la personne qui a disposé des actions est réputée avoir reçu un dividende imposable. Le paragraphe 112(1) a pour effet d'exonérer d'impôt ces dividendes entre sociétés en autorisant la société contribuable à faire une déduction équivalente dans sa déclaration d'impôt. Ces deux dispositions sont assujetties au paragraphe 55(2),

into taxable capital gains. To the extent that a dividend, including a deemed dividend arising under subsection 84(3), is attributable to a "safe income" of the dividend-paying corporation, that portion of the dividend remains tax-free. Safe income is equivalent to the tax retained earnings of the dividend-paying corporation realized after 1971 and prior to the receipt of the dividend. If the entire amount of the dividend is attributable to safe income, subsection 55(2) is not applicable. But if a portion of the dividend is attributable to something other than safe income, the entire amount received by the corporation is deemed not to be a dividend. Relief from the all-or-nothing nature of subsection 55(2) is found in paragraph 55(5)(f). By designating a dividend to be a number of separate dividends, the portion of the dividend attributable to safe income is severed and remains tax-free, and the part of the dividend which is not attributable to safe income is treated as though a capital gain had been realized. Paragraph 55(5)(f) requires that the designation be made at the time of filing of the tax return for the year in which the dividend was received.

The respondent disposed of certain shares. The taxpayer's accountants mistakenly reported the difference between the paid-up capital and the purchase price (instead of the safe income attaching to the shares) as a deemed dividend pursuant to subsections 84(3) and 112(1) on its 1989 income tax return. They also failed to make the designation under paragraph 55(5)(f). The Minister reassessed Nassau on the basis that the dividend was caught by subsection 55(2), i.e. the whole dividend should be deemed capital gain. The Minister refused to accept a late-filed designation under paragraph 55(5)(f). In interpreting subsection 55(2), the Tax Court held that substance prevailed over form. It noted that had Nassau's accountants not mistakenly reported the full redemption price of the shares as a deemed dividend, the Minister would have allowed the benefit of \$270,000 of safe income available to the Westminster shares. The Tax Court allowed the appeal and accepted Nassau's method of allocating income i.e. to the first shares redeemed instead of on a *pro rata* basis.

The issues were: (1) whether Nassau was required at the time of filing its 1989 return to "make" a designation pursuant to paragraph 55(5)(f) in order to reduce its tax liability arising from the sale of the shares; (2) whether Nassau was entitled to make a late-filed designation.

Held, the appeal should be dismissed.

une disposition anti-évitement qui a pour effet de convertir certains dividendes libres d'impôt en gains en capital imposables. Dans la mesure où un dividende, y compris un dividende présumé découlant de l'application du paragraphe 84(3), est attribuable au «revenu sauf» de la société qui verse le dividende, cette fraction du dividende est exonérée d'impôt. Le revenu sauf représente les bénéfices non distribués frappés d'impôt de la société qui verse le dividende et qui ont été réalisés après 1971 et avant le paiement du dividende. Si la totalité du dividende est attribuable au revenu sauf le paragraphe 55(2) n'est pas applicable. Toutefois, si une fraction du dividende est attribuable à autre chose qu'au revenu sauf, alors la totalité de la somme reçue par la société est réputée ne pas être un dividende. L'alinéa 55(5)f) prévoit toutefois un allègement relativement au paragraphe 55(2) qui ne fait pas de demi-mesure. En désignant le dividende comme une série de dividendes distincts, la fraction du dividende attribuable au revenu sauf est retranchée et demeure donc libre d'impôt, et l'autre fraction du dividende qui n'est pas attribuable au revenu sauf est traitée comme si un gain en capital avait été réalisé. L'alinéa 55(5)f) exige que la désignation soit faite au moment de la production de la déclaration d'impôt pour l'année au cours de laquelle le dividende est reçu.

L'intimée a vendu certaines actions. Les comptes ont par erreur déclaré la différence entre le prix d'achat des actions et le capital versé à l'égard de celles-ci (au lieu du revenu sauf se rattachant à ces actions) à titre de dividende présumé conformément aux paragraphes 84(3) et 112(1) dans la déclaration de revenus de 1989. Ils ont également omis de faire la désignation prévue à l'alinéa 55(5)f). Le ministre a établi une nouvelle cotisation à l'égard de Nassau au motif que le dividende tombait sous le coup du paragraphe 55(2), c'est-à-dire que la totalité du dividende était réputée être un gain en capital. Le ministre a refusé d'accepter la désignation tardive aux termes de l'alinéa 55(5)f). En interprétant le paragraphe 55(2), la Cour de l'impôt a statué que le fond devait primer sur la forme. Elle a noté que si les nouveaux comptes de Nassau n'avaient pas déclaré par erreur le prix intégral du rachat des actions à titre de dividende présumé, le ministre aurait autorisé Nassau à profiter du montant de 270 000 \$ de revenu sauf rattaché aux actions de Westminster. La Cour de l'impôt a accueilli l'appel et accepté la méthode de répartition du revenu, c'est-à-dire l'attribution aux premières actions rachetées plutôt que l'utilisation de la méthode proportionnelle.

Les questions en litige étaient les suivantes: Nassau était-elle tenue, au moment de produire sa déclaration de 1989, de «faire» une désignation aux termes de l'alinéa 55(5)f) de la Loi afin de réduire son obligation fiscale découlant de la vente des actions; (2) Nassau était-elle en droit de produire une désignation tardive.

Arrêt: l'appel doit être rejeté.

(1) Nassau was required to file a designation under paragraph 55(5)(f) at the time it filed its return. Assuming that the other requirements of subsection 55(2) are satisfied, so long as the Minister's approach in allocating safe income is reasonable, subsection 55(2) should apply regardless of whether the method chosen by Nassau could also be considered reasonable. The *pro rata* method for allocating safe income is in law reasonable and may even be the only acceptable method of allocating safe income, based on a presumption of equality amongst shares.

(2) Nassau was entitled to claim the benefit of paragraph 55(5)(f) once the notice of reassessment issued and the Minister invoked subsection 55(2). The parties treated paragraph 55(5)(f) as if it was an election provision or analogous thereto, but paragraph 55(5)(f) is not an election provision. In contradistinction to a designation, when an election is to be made the taxpayer must make a decision to forego one option in favour of another on the basis of an assessment of tax risks which may or may not materialize depending on uncertain events. In addition, the Act implicitly recognizes that a designation and an election are not the same. What designations and elections have in common is the fact that the Act expressly provides for relief in some instances, but not others. That the Act authorizes the late filing of a designation or an election in particular circumstances gives rise only to a rebuttable inference that Parliament did not intend that taxpayers have such a right in other instances. The restrictive approach adopted by the courts with respect to the Act's election provisions (i.e. taxpayers were denied relief where not so provided for in the Act) was prompted by the possibility of taxpayers engaging in retroactive tax planning. This case did not involve the problem of retroactive tax planning, but was more analogous to a taxpayer seeking to amend his tax return for the purpose of taking a deduction to which he had some entitlement. The taxpayer did not previously weigh the risks relating to making the designation or abstaining therefrom, nor does it now seek to avoid bearing the downside of a decision made consciously after due consideration.

The Act accords a right to amend a tax return in some instances, but not others. Again there is a rebuttable inference that relief may be granted only in the stated circumstances. Assuming that Nassau had a right to amend its return, or make a late-filed designation, in the wake of a reassessment initiated by the Minister and his reliance on subsection 55(2), there was no basis upon which it might be said that Parliament did not intend such a result. The Minister's argument, that if late-filed desig-

1) Nassau était tenue de faire une désignation aux termes de l'alinéa 55(5)f) au moment de produire sa déclaration d'impôt. En supposant que les autres exigences du paragraphe 55(2) sont réunies, et que la méthode adoptée par le ministre pour la répartition du revenu sauf est raisonnable, le paragraphe 55(2) devrait s'appliquer abstraction faite du caractère tout aussi raisonnable de la méthode choisie par Nassau. La méthode proportionnelle choisie pour la répartition du revenu sauf est raisonnable en droit et il est même possible qu'elle soit la seule méthode acceptable de répartition du revenu sauf, en raison de la présomption d'égalité entre les actions.

2) Nassau était en droit de réclamer l'avantage prévu à l'alinéa 55(5)f) après que le nouvel avis de cotisation eut été émis et que le ministre eut invoqué le paragraphe 55(2). Les parties ont traité l'alinéa 55(5)f) comme s'il s'agissait d'une disposition prévoyant l'exercice d'un choix, alors qu'elle n'en est pas une. Pour faire la distinction avec une désignation, lorsqu'un choix est fait, le contribuable doit décider de renoncer à une option en faveur d'une autre en évaluant les conséquences fiscales susceptibles de se produire advenant la concrétisation de certaines éventualités. Outre cette différence, la Loi reconnaît implicitement qu'une désignation et un choix ne sont pas une seule et même chose. Le commun dénominateur des désignations et des choix réside dans le fait que la Loi prévoit expressément un allègement dans certaines circonstances, mais non dans d'autres. Le fait que la Loi autorise l'exercice tardif d'une désignation ou d'un choix dans des circonstances particulières ne mène en fait qu'à une inférence réfutable selon laquelle le législateur n'avait pas l'intention d'accorder le même droit aux contribuables dans d'autres circonstances. La méthode restrictive adoptée par les tribunaux à l'égard des dispositions de la Loi prévoyant l'exercice d'un choix (c'est-à-dire qu'on refuse aux contribuables l'allègement lorsque celui-ci n'est pas prévu dans la Loi) vient de la possibilité que les contribuables se livrent à une planification fiscale rétroactive. En l'espèce, la Cour n'est pas saisie d'une question de planification fiscale rétroactive, mais d'un cas plus semblable à une situation dans laquelle le contribuable demande à modifier sa déclaration d'impôt afin de tirer parti d'une déduction à laquelle il a un certain droit. Le contribuable n'a pas déjà évalué les risques potentiels entre faire la désignation ou ne pas la faire, et elle ne cherche pas non plus à se soustraire aux conséquences négatives d'une décision qu'elle aurait prise consciemment après mûre réflexion.

La Loi accorde le droit de modifier une déclaration d'impôt dans certains cas, mais pas dans d'autres. Ici encore, il existe une inférence réfutable selon laquelle l'allègement ne peut être accordé que dans des circonstances bien précises. En supposant que Nassau a le droit de modifier sa déclaration, ou de faire une désignation tardive, par suite d'une nouvelle cotisation établie par le ministre et fondée sur le paragraphe 55(2), il n'y a pas de raison qui nous permette de conclure que le législateur

nations were permitted, unscrupulous taxpayers could postpone filing a designation in the hope of receiving a tax-free dividend, was rejected. (i) Paragraph 55(5)(f) was inserted into the Act not to discourage the unscrupulous, but to prevent the conversion by subsection 55(2) of an entire dividend into taxable capital gain where a portion of that dividend might be attributable to safe income. (ii) Paragraph 55(5)(f) cannot be made to serve an unintended purpose when other provisions of the Act are directed at the very mischief to which the Minister adverts. Sections 162 and 163 specifically address a taxpayer's failure to disclose income and, as penalty provisions, fulfill a deterrence function in respect of potentially unscrupulous taxpayers. (iii) Where the entire dividend is covered by safe income the corporate taxpayer will not have to make a designation and paragraph 55(5)(f) would not alert Revenue Canada to possible tax problems associated with safe income. (iv) The Minister's interpretation of paragraph 55(5)(f) works an unjustified or unreasonable result. On the Minister's view, in the event that the calculation of safe income is erroneous, section 55 should operate to recharacterize the whole dividend as taxable capital gains. The corporate taxpayer therefore would be penalized even though initially there appeared to be no need to make a designation under paragraph 55(5)(f). Such a result is absurd. It produces an unwarranted penal consequence which is not supportable in law. The inference that Parliament did not intend to accord relief in these circumstances was rebutted.

n'avait pas prévu un tel résultat. L'argument du ministre, selon lequel si une désignation tardive est autorisée, des contribuables sans scrupules pourraient différer la désignation dans l'espoir de toucher un dividende libre d'impôt, est rejeté. i) L'alinéa 55(5)f) a été incorporé à la Loi non pas pour décourager les contribuables sans scrupules, mais pour empêcher la conversion de la totalité d'un dividende en gain en capital imposable lorsqu'une partie de ce dividende peut être attribuable au revenu sauf. ii) On ne peut attribuer à l'alinéa 55(5)f) de la Loi un objectif non prévu par le législateur alors que d'autres dispositions de cette même Loi visent à empêcher la situation à laquelle fait allusion le ministre. Les articles 162 et 163 traitent précisément de l'omission d'un contribuable de déclarer un revenu et, en tant que dispositions pénales, ont pour but de dissuader les contribuables sans scrupules. iii) Lorsque la totalité du dividende fait partie du revenu sauf, le contribuable n'a pas à faire de désignation et l'alinéa 55(5)f) n'a pas pour effet d'attirer l'attention de Revenu Canada sur d'éventuels problèmes fiscaux associés au revenu sauf. iv) L'interprétation que donne le ministre de l'alinéa 55(5)f) aboutit à un résultat déraisonnable ou injustifié. Selon la position du ministre, dans le cas où le calcul du revenu sauf est erroné, l'application de l'article 55 aurait pour effet de traiter la totalité du dividende comme un gain en capital imposable. La société contribuable serait donc pénalisée même si au départ il ne semblait pas nécessaire de faire une désignation aux termes de l'alinéa 55(5)f). Ce résultat est absurde. Cette méthode entraîne une conséquence pénale non justifiée qui ne peut être soutenue en droit. L'inférence selon laquelle un législateur n'avait pas l'intention d'accorder un allègement dans ces circonstances a été réfutée.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 80 (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 58; 1995, c. 21, s. 27), 80.03 (as enacted *idem*), 220(3.21) (as enacted *idem*, s. 42).

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 55(2) (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 24; c. 140, s. 25; 1984, c. 45, s. 15), (5)(b) (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 24; 1988, c. 55, s. 33), (f) (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 24), 84(3) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 38), 112(1) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 71), 162, 163, 220(3.2) (as enacted by S.C. 1991, c. 49, s. 181).

Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, s. 600 (as enacted by SOR/92-265, s. 1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

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

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 80 (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 58; 1995, ch. 21, art. 27), 80.03 (édicte, *idem*), 220(3.21) (édicte, *idem*, art. 42).

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 55(2) (édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 24; ch. 140, art. 25; 1984, ch. 45, art. 15; 1985, ch. 45, art. 126), (5)b) (édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 24; 1985, ch. 45, art. 126; 1988, ch. 55, art. 33), f) (édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 24), 84(3) (mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 38), 112(1) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 71), 162, 163, 220(3.2) (édicte par L.C. 1991, ch. 49, art. 181).

Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., ch. 945, art. 600 (édicte par DORS/92-265, art. 1).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

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

161; [1991] 1 C.T.C. 169; 91 DTC 5001; 119 N.R. 101; *Gestion Jean-Paul Champagne Inc. v. Canada (Minister of National Revenue — M.N.R.)*, [1995] T.C.J. No. 1187 (QL).

DISTINGUISHED:

Miller (J.A.) v. M.N.R., [1993] 1 C.T.C. 269; (1992), 93 DTC 5035; 150 N.R. 238 (F.C.A.).

CONSIDERED:

Trico Industries Ltd. v. Canada, [1994] 2 C.T.C. 2053; (1994), 94 DTC 1740 (T.C.C.); *Nivram Holdings Inc. v. Canada (Minister of National Revenue — M.N.R.)*, [1991] T.C.J. No. 355 (QL); *Lee (W.) v. M.N.R.*, [1990] 2 C.T.C. 2262; (1990), 90 DTC 1738 (T.C.C.).

REFERRED TO:

Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours, [1994] 3 S.C.R. 3; (1994), 95 DTC 5017; 171 N.R. 161; 63 Q.A.C. 161; *Canada v. Placer Dome Inc.*, [1997] 1 F.C. 780; (1996), 96 DTC 6562 (C.A.); *Spector Motor Services v. Walsh*, 139 F.2d 809 (2d Cir. 1943); *On-Guard Self-Storage Ltd. v. Canada*, [1996] F.C.J. No. 1545 (C.A.) (QL); *Loewen (H.R.) v. M.N.R.*, [1993] 1 C.T.C. 212; (1993), 93 DTC 5109; 61 F.T.R. 122 (F.C.T.D.); *Robertson v. R.*, [1996] 2 C.T.C. 2269 (T.C.C.); *Canada v. Adelman (H.)*, [1993] 2 C.T.C. 207; (1993), 93 DTC 5376; 66 F.T.R. 140 (F.C.T.D.); *Montreal Trust Company v. Minister of National Revenue*, [1962] S.C.R. 570; (1962), 35 D.L.R. (2d) 212; [1962] C.T.C. 418; 62 DTC 1242; *Hadler Turkey Farms Inc. v. The Queen*, [1986] 1 C.T.C. 81; (1985), 86 DTC 6013 (F.C.T.D.).

AUTHORS CITED

Arnold, B. J. *et al.*, eds. *Materials on Canadian Income Tax*, 10th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.

Brown, R. D. and T. E. McDonnell. "Capital Gains Strips: A Critical Review of the New Provisions" in *Report of Proceedings of the Thirty-Second Tax Conference*, 1980 Conference Report. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1981.

Kellough, H. J. and P. E. McQuillan. *Taxation of Private Corporations and Their Shareholders*, 2nd ed. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1992.

Robertson, John R. "Capital Gains Strips: A Revenue Canada Perspective of the Provisions of Section 55" in *Report of Proceedings of the Thirty-Third Tax Conference*, 1981 Conference Report. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1982.

161; [1991] 1 C.T.C. 169; 91 DTC 5001; 119 N.R. 101; *Gestion Jean-Paul Champagne Inc. c. Canada (Ministre du Revenu national — M.R.N.)*, [1995] A.C.I. n° 1187 (QL).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Miller (J.A.) c. M.R.N., [1993] 1 C.T.C. 269; (1992), 93 DTC 5035; 150 N.R. 238 (C.A.F.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Trico Industries Ltd. c. Canada, [1994] 2 C.T.C. 2053; (1994), 94 DTC 1740 (C.C.I.); *Nivram Holdings Inc. c. Canada (Ministre du Revenu national — M.R.N.)*, [1991] A.C.I. n° 355 (QL); *Lee (W.) c. M.R.N.*, [1990] 2 C.T.C. 2262; (1990), 90 DTC 1738 (C.C.I.).

DÉCISIONS CITÉES:

Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours, [1994] 3 R.C.S. 3; (1994), 95 DTC 5017; 171 N.R. 161; 63 Q.A.C. 161; *Canada c. Placer Dome Inc.*, [1997] 1 C.F. 780; (1996), 96 DTC 6562 (C.A.); *Spector Motor Services v. Walsh*, 139 F.2d 809 (2d Cir. 1943); *On-Guard Self-Storage Ltd. c. Canada*, [1996] F.C.J. n° 1545 (C.A.) (QL); *Loewen (H.R.) c. M.R.N.*, [1993] 1 C.T.C. 212; (1993), 93 DTC 5109; 61 F.T.R. 122 (C.F. 1^{re} inst.); *Robertson c. R.*, [1996] 2 C.T.C. 2269 (C.C.I.); *Canada c. Adelman (H.)*, [1993] 2 C.T.C. 207; (1993), 93 DTC 5376; 66 F.T.R. 140 (C.F. 1^{re} inst.); *Montreal Trust Company v. Minister of National Revenue*, [1962] R.C.S. 570; (1962), 35 D.L.R. (2d) 212; [1962] C.T.C. 418; 62 DTC 1242; *Hadler Turkey Farms Inc. c. La Reine*, [1986] 1 C.T.C. 81; (1985), 86 DTC 6013 (C.F. 1^{re} inst.).

DOCTRINE

Arnold, B. J. *et al.*, eds. *Materials on Canadian Income Tax*, 10th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.

Brown, R. D. and T. E. McDonnell. «Capital Gains Strips: A Critical Review of the New Provisions» in *Report of Proceedings of the Thirty-Second Tax Conference*, 1980 Conference Report. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1981.

Kellough, H. J. and P. E. McQuillan. *Taxation of Private Corporations and Their Shareholders*, 2nd ed. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1992.

Robertson, John R. «Capital Gains Strips: A Revenue Canada Perspective of the Provisions of Section 55» in *Report of Proceedings of the Thirty-Third Tax Conference*, 1981 Conference Report. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1982.

Smith, D. W. "Reassessments, Waivers, Amended Returns, and Refunds" in *Income Tax Enforcement, Compliance, and Administration*, 1988 Corporate Management Tax Conference. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1988.

APPEAL from the Tax Court decision allowing taxpayer's appeal from Minister's reassessment and holding that it was unnecessary for taxpayer to file a designation pursuant to *Income Tax Act*, paragraph 55(5)(f) (*Nassau Walnut Investments Inc. v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2057; (1995), 95 DTC 367 (T.C.C.)). Appeal dismissed.

COUNSEL:

Roger Taylor and David A. Palamar for appellant.

Arthur R. A. Scace, Q.C. for respondent.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.

McCarthy Tétrault, Toronto, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ROBERTSON J.A.:

I. INTRODUCTION

1 This is an appeal from a reported decision of the Tax Court of Canada, [1995] 2 C.T.C. 2057, involving the interpretation and application of section 55 of the *Income Tax Act* (the Act) [S.C. 1970-71-72, c. 63]. The essential facts are that the respondent taxpayer, Nassau Walnut Investments Inc. (Nassau), disposed of certain shares and claimed the proceeds as a tax-free dividend pursuant to subsections 84(3) [as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 38] and 112(1) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 71] of the Act when filing its 1989 income return. The Minister of National Revenue (the Minister) reassessed Nassau on the basis that the dividend was caught by subsection 55(2) [as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 24; c. 140, s. 25; 1984, c. 45, s. 15]. That subsec-

Smith, D. W. «Reassessments, Waivers, Amended Returns, and Refunds» in *Income Tax Enforcement, Compliance, and Administration*, 1988 Corporate Management Tax Conference. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1988.

APPEL d'une décision de la Cour de l'impôt accueillant l'appel de la contribuable à l'encontre d'une cotisation établie par le ministre et statuant qu'il n'était pas nécessaire pour la contribuable de faire une désignation aux termes de l'article 55(5)(f) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (*Nassau Walnut Investment Inc. c. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2057; (1995), 95 DTC 367 (C.C.I.)). Appel rejeté.

AVOCATS:

Roger Taylor et David A. Palamar, pour l'appelante.

Arthur R. A. Scace, c.r., pour l'intimé.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada, pour l'appelante.

McCarthy Tétrault, Toronto, pour l'intimée.

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

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.:

I. INTRODUCTION

1 Il s'agit de l'appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt citée à [1995] 2 C.T.C. 2057, portant sur l'interprétation et l'application de l'article 55 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la Loi) [S.C. 1970-71-72, ch. 63]. Les faits essentiels sont les suivants: la contribuable intimée, Nassau Walnut Investments Inc. (Nassau), a vendu certaines actions dont elle a réclaté le produit à titre de dividende libre d'impôt aux termes des paragraphes 84(3) [mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 38] et 112(1) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 71] de la Loi, dans sa déclaration d'impôt sur le revenu de 1989. Le ministre du Revenu national (le ministre) a établi une nouvelle cotisation à l'égard de Nassau au motif que le dividende tombait sous le coup du

tion has the effect of converting certain tax-free dividends into (taxable) capital gains. While Nassau agreed with the Minister that subsection 55(2) applied, it sought to invoke paragraph 55(5)(f) [as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 24]. In defined circumstances, that provision has the effect of reducing the amount of the capital gain, thereby allowing a portion of the dividend to remain tax-free. The Minister refused to accede to Nassau's request on the basis that it had failed to make a "designation" at the time it filed its return as required by paragraph 55(5)(f).

2 Two issues arise for our consideration. First, was Nassau obligated at the time of filing its 1989 return to "make" a designation pursuant to paragraph 55(5)(f) of the Act in order to reduce its tax liability arising from the sale of the shares? The answer to that question hinges on the interpretation of subsection 55(2). Second, as Nassau did not make such a designation, and assuming that it was required to do so, then it is necessary to decide whether Nassau was entitled to submit what the parties have labelled a "late-filed designation".

3 The Tax Court Judge concluded that it was unnecessary for Nassau to file a designation and, therefore, he declined to deal with the second issue. In the reasons that follow, I come to the respectful conclusion that Nassau was obligated to make a designation at the time it filed its return for the taxation year in question. With respect to the second issue, I conclude that Nassau was entitled to claim the benefit of paragraph 55(5)(f) of the Act once the notice of reassessment issued and the Minister invoked subsection 55(2).

II. LEGISLATIVE FRAMEWORK

4 Paragraph 84(3)(a) of the Act provides that if a corporation redeems, acquires or cancels shares of its capital stock then that corporation is deemed to

paragraphe 55(2) [édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 24; ch. 140, art. 25; 1984, ch. 45, art. 15; 1985, ch. 45, art. 126]. Ce paragraphe a pour effet de convertir certains dividendes libres d'impôt en gains en capital (imposables). Bien que Nassau ait reconnu, avec le ministre, que le paragraphe 55(2) s'appliquait, elle a demandé à se prévaloir de l'alinéa 55(5)f) [édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 24]. Dans des circonstances bien définies, cette disposition a pour effet de réduire le montant du gain en capital, exonérant ainsi d'impôt une fraction du dividende. Le ministre a refusé d'accéder à la demande de Nassau au motif que celle-ci n'avait pas fait la « désignation » nécessaire au moment de produire sa déclaration d'impôt, comme l'exige l'alinéa 55(5)f).

2 Deux questions sont soumises à notre examen. Premièrement, Nassau était-elle tenue, au moment de produire sa déclaration de 1989, de « faire » une désignation aux termes de l'alinéa 55(5)f) de la Loi afin de réduire son obligation fiscale découlant de la vente des actions? La réponse à cette question dépend de l'interprétation du paragraphe 55(2). Deuxièmement, comme Nassau n'a pas fait cette désignation, et en supposant qu'elle était tenue de le faire, il faut décider si Nassau était en droit de produire ce que les parties ont appelé une « désignation tardive ».

3 Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que Nassau n'était pas tenue de faire une désignation et, par conséquent, a refusé de répondre à la deuxième question. Dans les motifs qui suivent, je conclus, avec respect pour l'opinion contraire, que Nassau était tenue de faire une désignation au moment de produire sa déclaration d'impôt pour l'année d'imposition en question. Quant à la deuxième question, je conclus que Nassau était en droit de réclamer l'avantage prévu à l'alinéa 55(5)f) de la Loi après que le nouvel avis de cotisation eut été émis et que le ministre eut invoqué le paragraphe 55(2).

II. CADRE LÉGISLATIF

4 L'alinéa 84(3)a) de la Loi dispose que, lorsqu'une société rachète, acquiert ou annule des actions de son capital-actions, elle est réputée avoir versé un

have paid a dividend equal to the difference between the amount paid and the paid-up capital in respect of the shares so acquired. Correspondingly, paragraph 84(3)(b) provides that the person who disposed of the shares is deemed to have received a taxable dividend. In turn, subsection 112(1) has the effect of rendering such intercorporate dividends tax-free by permitting the corporate taxpayer to take an equivalent deduction. The operation of these provisions, however, is subject to subsection 55(2).

5 Subsection 55(2) of the Act is an anti-avoidance provision which has the effect of converting certain tax-free dividends into (taxable) capital gains. The object is to prevent "capital gains stripping". However, to the extent that a dividend, including a deemed dividend arising under subsection 84(3), is attributable to what is colloquially referred to as "safe income" of the dividend-paying corporation, then that portion of the dividend remains tax-free. Broadly stated, safe income, as calculated under paragraph 55(5)(b) [as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 24; 1988, c. 55, s. 33], is equivalent to the tax retained earnings of the dividend-paying corporation realized after 1971 and prior to the receipt of the dividend. Subsection 55(2) reads as follows:

55. . . .

(2) Where a corporation resident in Canada has after April 21, 1980 received a taxable dividend in respect of which it is entitled to a deduction under subsection 112(1) or 138(6) as part of a transaction or event or a series of transactions or events (other than as part of a series of transactions or events that commenced before April 22, 1980), one of the purposes of which (or, in the case of a dividend under subsection 84(3), one of the results of which) was to effect a significant reduction in the portion of the capital gain that, but for the dividend, would have been realized on a disposition at fair market value of any share of capital stock immediately before the dividend and that could reasonably be considered to be attributable to anything other than income earned or realized by any corporation after 1971 and before the transaction or event or the commencement of the series of transactions or events referred to in paragraph (3)(a), notwithstanding any other section of this Act, the amount of the dividend (other than the portion thereof, if any, subject to tax under Part IV that is not refunded as a consequence of the

dividende égal à la différence entre la somme payée et le capital versé relativement aux actions ainsi acquises. Parallèlement, l'alinéa 84(3)b) prévoit que la personne qui a disposé des actions est réputée avoir reçu un dividende imposable. Par ailleurs, le paragraphe 112(1) a pour effet d'exonérer d'impôt ces dividendes entre sociétés en autorisant la société contribuable à faire une déduction équivalente dans son rapport d'impôt. Cependant, ces deux dispositions sont assujetties au paragraphe 55(2).

Le paragraphe 55(2) de la Loi est une disposition anti-évitement qui a pour effet de convertir certains dividendes libres d'impôt en gains en capital (imposables). Son objectif est d'empêcher le «dépouillement des gains en capital». Toutefois, dans la mesure où un dividende, y compris un dividende présumé découlant de l'application du paragraphe 84(3), est attribuable à ce qui est familièrement désigné comme le «revenu sauf» de la société qui verse le dividende, cette fraction du dividende est alors exonérée d'impôt. En termes généraux, le revenu sauf, calculé aux termes de l'alinéa 55(5)b) [édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 24; 1985, ch. 45, art. 126; 1988, ch. 55, art. 33], représente les bénéfices non distribués frappés d'impôt de la société qui verse le dividende et qui ont été réalisés après 1971 et avant le paiement du dividende. Le paragraphe 55(2) dispose comme suit:

55. . . .

(2) Lorsqu'une corporation résidant au Canada a reçu, après le 21 avril 1980, un dividende imposable à l'égard duquel elle a droit à une déduction en vertu du paragraphe 112(1) ou 138(6), comme partie d'une opération ou d'un événement ou d'une série d'opérations ou d'événements (sauf comme partie d'une série d'opérations ou d'événements qui ont commencé avant le 22 avril 1980) dont l'un des objets (ou, dans le cas d'un dividende visé au paragraphe 84(3), dont l'un des résultats) a été de diminuer sensiblement la partie du gain en capital qui, sans le dividende, aurait été réalisée lors d'une disposition d'une action du capital-actions à la juste valeur marchande, immédiatement avant le dividende et qui pourrait raisonnablement être considérée comme étant attribuable à quoi que ce soit qui n'est pas du revenu gagné ou réalisé par une corporation après 1971 et avant l'opération ou l'événement ou le début de la série d'opérations ou d'événements visés à l'alinéa (3)a), nonobstant tout autre article de la présente loi, le montant du dividende (à l'exclusion de la partie de celui-ci, si partie il y a, qui est assujettie à l'impôt en

5

payment of a dividend to a corporation where the payment is part of the series of transactions or events)

(a) shall be deemed not to be a dividend received by the corporation;

(b) where a corporation has disposed of the share, shall be deemed to be proceeds of disposition of the share except to the extent that it is otherwise included in computing such proceeds; and

(c) where a corporation has not disposed of the share, shall be deemed to be a gain of the corporation for the year in which the dividend was received from the disposition of a capital property. [Underlining added.]

6 Before subsection 55(2) of the Act may be deemed applicable with respect to dividends arising under subsection 84(3), it must be established, *inter alia*, that: (i) the payment of such dividend effected a significant reduction in the capital gain that would have been realized but for the payment of the dividend; and (ii) that said reduction in capital gain could reasonably be considered to be attributable to anything other than safe income. Thus, if it can be shown that the entire amount of the dividend is attributable to or covered by safe income then subsection 55(2) is not applicable. If, however, a portion of the dividend or capital gain is attributable to something other than safe income, then the entire amount received by the corporation is deemed not to be a dividend. In cases where the shares have been sold at the time the dividend has been paid, paragraph 55(2)(b) deems the proceeds of sale to be proceeds of disposition. Where the dividend has been paid but the shares retained, paragraph 55(2)(c) deems the dividend to be a gain for the year in which the dividend was received from the disposition of a capital property.

7 As is apparent, subsection 55(2) of the Act is an "all or nothing" provision. If any portion of the dividend is tainted by something other than safe income, then the entire amount of the tax-free dividend is converted into a capital gain. Relief, however, is found in paragraph 55(5)(f) which reads as follows:

vertu de la Partie IV qui n'est pas remboursé en raison du paiement d'un dividende à une corporation lorsqu'un tel paiement fait partie de la série d'opérations ou d'événements):

a) est réputé ne pas être un dividende reçu par la corporation;

b) lorsqu'une corporation a disposé de l'action, est réputé être le produit de disposition de l'action, sauf dans la mesure où il est inclus par ailleurs dans le calcul de ce produit; et

c) lorsqu'une corporation n'a pas disposé de l'action, est réputé être un gain de la corporation pour l'année au cours de laquelle le dividende a été reçu de la disposition d'un bien en immobilisation. [Non souligné dans l'original.]

6 Avant de pouvoir conclure que le paragraphe 55(2) de la Loi vise les dividendes découlant du paragraphe 84(3), il doit être établi, notamment, ce qui suit: i) le paiement d'un tel dividende a entraîné une réduction importante du gain en capital qui aurait été réalisé, n'eût été le paiement du dividende; et ii) cette réduction du gain en capital peut raisonnablement être considérée comme étant attribuable à autre chose qu'au revenu sauf. Donc, s'il peut être démontré que la totalité du dividende est attribuable à un revenu sauf ou fait intégralement partie de ce revenu, le paragraphe 55(2) n'est pas applicable. Toutefois, si une fraction du dividende ou du gain en capital est attribuable à autre chose qu'au revenu sauf, alors la totalité de la somme reçue par la société est réputée ne pas être un dividende. Dans les cas où les actions ont été vendues au moment où le dividende a été versé, le produit de la vente est réputé être le produit de disposition aux termes de l'alinéa 55(2)b). Lorsque le dividende a été payé, mais que les actions ont été conservées, le dividende est réputé être un gain pour l'année au cours de laquelle le dividende a été reçu en raison de la disposition d'une immobilisation, aux termes de l'alinéa 55(2)c).

7 Comme on peut le constater, le paragraphe 55(2) de la Loi ne fait pas de demi-mesure, c'est tout ou rien. Si une quelconque fraction du dividende est constituée par autre chose qu'un revenu sauf, alors la totalité du dividende libre d'impôt est convertie en gain en capital. L'alinéa 55(5)f), rédigé dans les termes suivants, prévoit toutefois un allègement:

55. . . .

(5) For the purposes of this section,

. . .

(f) where a corporation has received a dividend any portion of which is a taxable dividend,

(i) the corporation may designate in its return of income under this Part for the taxation year during which the dividend was received any portion of the taxable dividend to be a separate taxable dividend, and

(ii) the amount, if any, by which the portion of the dividend that is a taxable dividend exceeds the portion designated under subparagraph (i) shall be deemed to be a separate taxable dividend.

The above provision (which is by no stretch of the imagination a model of legislative clarity), allows a corporation to avoid the “all or nothing” result by designating a dividend to be a number of separate dividends. By means of designation, the portion of the dividend attributable to safe income is severed and thus remains tax-free. That part of the dividend which is not attributable to safe income is to be treated as though a capital gain had been realized. It is also of significance to this appeal that the separate dividend designation is to be made at the time of filing of the tax return for the year in which the dividend was received.

III. FACTS

8 Together, Diane Avery and her brother, Arthur Knowles, owned all of the issued shares of Westminster Transport Ltd. (Westminster). Each held 70,000 shares. At the time Ms. Avery decided to sell her half interest to her brother, her shares had a paid-up capital of \$1000 and a fair market value of \$700,000. Had Mr. Knowles been in a financial position to purchase his sister’s shares directly, Ms. Avery would have been able to take advantage of the then existing \$500,000 capital gains exemption. Mr. Knowles, however, was not in such a financial position. On the advice of Ms. Avery’s accountants, it was therefore agreed that she would transfer her Westminster shares to Nassau for \$700,000, at an adjusted cost base of \$39,469, and that Westminster

55. . . .

(5) Aux fins du présent article,

. . .

f) lorsqu’une corporation a reçu un dividende dont une partie est un dividende imposable:

(i) la corporation peut désigner dans sa déclaration de revenu, en vertu de la présente Partie, pour l’année d’imposition au cours de laquelle le dividende a été reçu, toute fraction du dividende imposable comme étant un dividende imposable distinct, et

(ii) le montant éventuel de la fraction du dividende qui est imposable qui est en sus de la partie désignée en vertu du sous-alinéa (i) est réputé être un dividende imposable distinct.

La disposition précitée (qui est loin d’être un modèle de clarté en matière de rédaction législative) autorise une société à se soustraire à l’effet du paragraphe 55(2) en désignant le dividende comme une série de dividendes distincts. Au moyen de la désignation, la fraction du dividende attribuable au revenu sauf est retranchée et demeure donc libre d’impôt. L’autre fraction du dividende qui n’est pas attribuable au revenu sauf doit être traitée comme si un gain en capital avait été réalisé. Pour les fins du présent appel, il convient de signaler que la désignation du dividende distinct doit être faite au moment de la production de la déclaration d’impôt pour l’année au cours de laquelle le dividende est reçu.

III. LES FAITS

8 Ensemble, Diane Avery et son frère, Arthur Knowles, étaient propriétaires de la totalité des actions émises de Westminster Transport Ltd. (Westminster). Chacun détenait 70 000 actions. Au moment où M^{me} Avery a décidé de vendre sa participation à son frère, le capital versé à l’égard de ses actions était de 1 000 \$, alors que la juste valeur marchande s’établissait à 700 000 \$. Si M. Knowles avait eu les moyens d’acheter directement les actions de sa sœur, M^{me} Avery aurait été en mesure de profiter de l’exonération de 500 000 \$ qui s’appliquait alors aux gains en capital. Toutefois, la situation financière de M. Knowles ne lui permettait pas d’agir ainsi. Sur les conseils des comptables de M^{me} Avery, il a été convenu que celle-ci céderait ses

would subsequently repurchase those shares in a series of ten consecutive transactions. Upon redemption, Mr. Knowles would be left as the sole shareholder of Westminster. The repurchase transaction was structured as follows:

Order	No. of Common Shares Repurchased	Aggregate Repurchase Price	Ordre	Nombre d'actions ordinaires rachetées	Prix de rachat total
1st	19,000	\$190,000	1 ^{re}	19 000	190 000 \$
2nd	1,000	10,000	2 ^e	1 000	10 000
3rd	1,000	10,000	3 ^e	1 000	10 000
4th	1,000	10,000	4 ^e	1 000	10 000
5th	1,000	10,000	5 ^e	1 000	10 000
6th	1,000	10,000	6 ^e	1 000	10 000
7th	1,000	10,000	7 ^e	1 000	10 000
8th	1,000	10,000	8 ^e	1 000	10 000
9th	1,000	10,000	9 ^e	1 000	10 000
10th	43,000	430,000	10 ^e	43 000	430 000
	<u>70,000</u>	<u>\$700,000</u>		<u>70 000</u>	<u>700 000 \$</u>

actions de Westminster à Nassau pour la somme de 700 000 \$, au prix de base rajusté de 39 469 \$, et que Westminster rachèterait par la suite ces actions dans le cadre d'une série de dix opérations consécutives. Après le rachat, M. Knowles serait l'unique actionnaire de Westminster. L'opération de rachat était structurée de la façon suivante:

9 The accountants who structured the transaction anticipated that on the redemption of Nassau's shares in Westminster, Nassau would receive \$270,978 as a tax-free intercorporate dividend. It is common ground that that amount represents the safe income attributable to the 70,000 shares in issue. The safe income of Westminster was calculated prior to the completion of the transactions so that a designation under paragraph 55(5)(f) of the Act could be made. Had the designation been filed in accordance with the accountants' instructions, it would have resulted in the realization of a capital gain of \$389,553 (\$700,000 (fair market value)—\$270,978 (safe income)—\$39,469 (adjusted cost base) = \$389,553).

Les comptables qui ont monté cette opération prévoyaient qu'au rachat des actions de Nassau par Westminster, Nassau toucherait 270 978 \$ à titre de dividende entre sociétés libre d'impôt. Il est bien établi que ce montant représente le revenu sauf attribuable aux 70 000 actions en question. Le revenu sauf de Westminster a été calculé avant la fin des opérations de sorte qu'une désignation aux termes de l'alinéa 55(5)f) de la Loi pouvait être effectuée. Si cette désignation avait été déposée conformément aux instructions des comptables, cela aurait donné lieu à la réalisation d'un gain en capital de 389 553 \$ (700 000 \$ (juste valeur marchande)—270 978 \$ (revenu sauf)—39 469 \$ (prix de base rajusté) = 389 553 \$).

10 Soon after the closing of the transaction, Nassau appointed a new accounting firm. In filing Nassau's 1989 tax return, the new accountants mistakenly reported the difference between the purchase price of the shares and their paid-up capital, \$699,000, as a deemed dividend under subsection 84(3) of the Act. Unfortunately, this was contrary to the advice of the accountants who had structured the transaction so that only an amount equal to the safe income

Peu après la conclusion de l'opération, Nassau a retenu les services d'un nouveau cabinet de comptables. En déposant la déclaration d'impôt de 1989 de Nassau, les nouveaux comptables ont par erreur déclaré la différence entre le prix d'achat des actions et le capital versé à l'égard de celles-ci, soit 699 000 \$, à titre de dividende présumé, conformément au paragraphe 84(3) de la Loi. Malheureusement, cela était contraire aux avis des comptables

attaching to the shares would be reported as a deemed dividend and that the balance of the redemption price would be reported as proceeds of disposition with respect to a taxable capital gain. The new accountants also failed to make the designation under paragraph 55(5)(f) with respect to the deemed dividend.

qui avaient monté l'opération, avis selon lesquels seul un montant égal au revenu sauf imputable aux actions serait déclaré à titre de dividende présumé et le reste du prix de rachat serait considéré comme le produit de disposition donnant lieu à un gain en capital imposable. Les nouveaux comptables ont également omis de faire la désignation prévue à l'alinéa 55(5)f) concernant le dividende présumé.

11 The Minister reassessed Nassau on the basis that the whole dividend should be deemed a capital gain. (However, the parties later agreed that \$660,531, rather than \$699,000, represented the capital gain that would have been realized on a disposition of the shares at fair market value to an arm's-length party at a time just prior to Westminster's redemption of its shares.) In response to the Minister's reassessment, Nassau filed an objection and requested permission to make a designation under paragraph 55(5)(f) of the Act. The Minister refused to accept a late-filed designation. Nassau appealed to the Tax Court of Canada.

11 Le ministre a établi une nouvelle cotisation à l'égard de Nassau en tenant pour acquis que la totalité du dividende devait être considérée comme un gain en capital. (Toutefois, les parties ont par la suite convenu que la somme de 660 531 \$, plutôt que 699 000 \$, représentait le gain en capital qui aurait été réalisé au moment de la disposition des actions à leur juste valeur marchande en faveur d'une partie avec laquelle Nassau n'avait aucun lien de dépendance, immédiatement avant le rachat par Westminster de ses actions.) En réponse à la nouvelle cotisation établie par le ministre, Nassau a fait opposition et a demandé l'autorisation de faire une désignation aux termes de l'alinéa 55(5)f) de la Loi. Le ministre a refusé cette désignation tardive. Nassau en a appelé à la Cour canadienne de l'impôt.

IV. ARGUMENT AND DECISION BELOW

IV. PLAIDOYER ET DÉCISION DU TRIBUNAL INFÉRIEUR

12 Before the Tax Court, Nassau submitted that there is nothing in subsection 55(2) of the Act that indicates how safe income is to be allocated. Nassau went on to argue that allocation on a per shareholder basis is a reasonable method. Applying this method, Nassau contended that all of the safe income attributable to all of its shares in Westminster could be allocated to the first 27,000 of the 70,000 shares redeemed. Therefore, subsection 55(2) was not applicable to the \$270,000 deemed dividend received by Nassau on the purchase for cancellation of those shares. Correlatively, there was no need to make a designation under paragraph 55(5)(f) of the Act.

12 Devant la Cour de l'impôt, Nassau a fait valoir que le paragraphe 55(2) de la Loi n'indique nullement comment le revenu sauf doit être réparti. Elle a également fait valoir que la répartition par actionnaire est une méthode raisonnable. En appliquant cette méthode, Nassau prétend que la totalité du revenu sauf imputable à la totalité de ses actions dans Westminster pouvait être attribuée aux 27 000 premières actions des 70 000 actions rachetées. Par conséquent, le paragraphe 55(2) n'était pas applicable au dividende présumé de 270 000 \$ que Nassau a reçu lors de l'achat en vue de l'annulation de ces actions. Réciproquement, il n'était pas nécessaire de faire une désignation aux termes de l'alinéa 55(5)f) de la Loi.

13 Nassau also took the position that it should not be prejudiced by reason of an inadvertent misunder-

13 Nassau a également soutenu qu'elle ne devait pas être pénalisée du fait que ses comptables ont mal

standing on the part of its accountants as to the tax treatment to be accorded to the redemption proceeds. On this basis, Nassau sought permission to amend its 1989 tax return to show that a capital gain was realized on the repurchase transaction to the extent that that gain exceeded the amount of safe income attributable to the Westminster shares. Finally, Nassau sought permission to file a designation pursuant to paragraph 55(5)(f) of the Act so that an amount equal to Westminster's safe income could be treated as a separate taxable dividend.

compris le traitement fiscal qui devait être accordé au produit du rachat. C'est pourquoi Nassau a demandé l'autorisation de modifier sa déclaration d'impôt de 1989 afin que celle-ci indique qu'un gain en capital avait été réalisé lors de l'opération de rachat dans la mesure où ce gain dépassait le revenu sauf imputable aux actions de Westminster. Enfin, Nassau a demandé l'autorisation de déposer une désignation aux termes de l'alinéa 55(5)f) de la Loi pour qu'un montant égal au revenu sauf de Westminster puisse être traité comme un dividende imposable distinct.

14 The Minister adopted the position that the more reasonable method of allocating safe income is on a *pro rata* basis per share. Consequently, the \$270,978 of safe income attributable to Nassau's shares in Westminster should be allocated on the basis of \$3.87 per share ($\$270,798 \div 70,000$). Accordingly, only \$104,490 of the \$270,000 fair market value of the first 27,000 shares redeemed can be said to be attributable to something other than safe income. Within this context, it follows that Nassau was required to make a designation under paragraph 55(5)(f) of the Act at the time it filed its 1989 return.

14 Le ministre, pour sa part, a fait valoir que la méthode la plus raisonnable de répartir le revenu sauf est de procéder à un calcul proportionnel par action. Par conséquent, le revenu sauf de 270 978 \$ attribuable aux actions de Nassau dans la société Westminster devrait être réparti à raison de 3,87 \$ par action ($270\ 798\ \$ \div 70\ 000$). Donc, seul un montant de 104 490 \$ sur la juste valeur marchande de 270 000 \$ des 27 000 premières actions rachetées peut être considéré comme étant attribuable à autre chose qu'au revenu sauf. Dans ce contexte, il s'ensuit que Nassau était tenue de faire une désignation aux termes de l'alinéa 55(5)f) de la Loi au moment où elle a produit sa déclaration d'impôt de 1989.

15 With respect to the late designation issue, the Minister contended that if the Act contemplated such, it would have stated so as is the case with respect to other provisions of the Act. As well, the Minister maintained that there is a compelling policy reason why some elective provisions of the Act have late-filing provisions and others do not. Specifically, the Minister submitted that to allow a late-filed designation would open up the system to abuse by unscrupulous taxpayers.

15 Pour ce qui a trait à la question de la désignation tardive, le ministre fait valoir que si la Loi avait envisagé une telle possibilité, le législateur l'aurait indiqué comme il l'a fait dans le cas d'autres dispositions de la Loi. De même, le ministre soutient qu'il existe des questions de principe tout à fait convaincantes qui expliquent pourquoi certains choix prévus par les dispositions de la Loi peuvent être exercés tardivement, alors que d'autres ne le peuvent pas. Plus précisément, le ministre soutient qu'autoriser une désignation tardive donnerait lieu à des cas d'abus de la part de contribuables sans scrupules.

16 The Tax Court Judge's analysis begins with the understanding that subsection 55(2) of the Act is an anti-avoidance provision intended to ensure that only capital gains which reflect safe income will be treated as tax-free intercorporate dividends. In interpreting that provision it was held that substance must prevail over form to the extent that this

16 Le juge de la Cour de l'impôt commence son analyse en expliquant que le paragraphe 55(2) de la Loi est une disposition anti-évitement dont l'objet est d'assurer que seuls les gains en capital correspondant au revenu sauf seront traités comme des dividendes entre sociétés libres d'impôt. En interprétant cette disposition, il a été statué que le fond

approach is consistent with the wording and object of Parliament. The Tax Court Judge noted that had Nassau's new accountants not mistakenly reported the full redemption price of the shares as a deemed dividend, the Minister would have allowed Nassau the benefit of the \$270,000 of safe income available to the Westminster shares. He also noted that Nassau was involved in this litigation because of that mistake and because "the *form* of the transactions did not mirror the method recognized by Revenue" (at page 2068). Thus, by allowing Nassau's appeal and accepting its method of allocating safe income, the Tax Court Judge concluded that "substance is given precedence over form". Finally, it was held that if there remains a reasonable doubt (not resolved by the ordinary rules of interpretation) as to whether subsection 55(2) permits a method of allocating safe income other than that recognized by Revenue, this doubt is to be settled by recourse to the residual presumption in favour of the taxpayer: see *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3.

V. ANALYSIS

17 In written argument, the Minister submitted that the Tax Court Judge erred in determining that the Minister's *pro rata* method of allocating safe income among Nassau's Westminster shares was not reasonable. As the Tax Court Judge made no such finding, the Minister's argument was recast as follows. Subsection 55(2) applies if a dividend effects a significant reduction in a capital gain that could reasonably be considered to be attributable to anything other than safe income. Accordingly, assuming that the other requirements of that provision are satisfied, so long as the approach taken by the Minister in allocating safe income is reasonable, subsection 55(2) should apply regardless of whether the method chosen by Nassau could also be considered reasonable. I agree with this submission.

devoir primer sur la forme dans la mesure où cette approche est compatible avec le texte et l'objet de la Loi. Le juge de la Cour de l'impôt note que si les nouveaux comptables de Nassau n'avaient pas déclaré par erreur le prix intégral du rachat des actions à titre de dividende présumé, le ministre aurait autorisé Nassau à profiter du montant de 270 000 \$ de revenu sauf rattaché aux actions de Westminster. Il fait également observer que Nassau a été impliquée dans cette affaire à cause de cette erreur et parce que «la *forme* sous laquelle les opérations ont été conclues ne reflétait pas la méthode reconnue par Revenu Canada» (à la page 2068). Ainsi, en accueillant l'appel de Nassau et en acceptant sa méthode de répartition du revenu sauf, le juge de la Cour de l'impôt a accordé «la primauté au fond sur la forme». Enfin, il a conclu que s'il demeurait un doute raisonnable (non dissipé par les règles ordinaires d'interprétation) quant à savoir si le paragraphe 55(2) autorisait une méthode de répartition du revenu sauf autre que celle reconnue par Revenu Canada, ce doute devait être résolu en ayant recours à la présomption résiduelle en faveur du contribuable: voir *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3.

V. ANALYSE

Dans son mémoire, le ministre fait valoir que le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur en statuant que sa méthode de calcul proportionnel pour la répartition du revenu sauf entre les actions de Westminster appartenant à Nassau n'était pas raisonnable. Comme le juge de la Cour de l'impôt n'a pas tiré de telle conclusion, le ministre a reformulé son argument de la façon suivante. Le paragraphe 55(2) s'applique lorsqu'un dividende a pour effet de réduire de façon significative un gain en capital qui pourrait raisonnablement être considéré comme étant attribuable à autre chose qu'au revenu sauf. Par conséquent, en supposant que les autres exigences de cette disposition sont réunies, et que la méthode adoptée par le ministre pour la répartition du revenu sauf est raisonnable, le paragraphe 55(2) devrait s'appliquer abstraction faite du caractère tout aussi raisonnable de la méthode choisie par Nassau. J'accepte cet argument.

17

18 It is not difficult to argue convincingly that the *pro rata* method for allocating safe income is in law a reasonable one. Indeed, based on the authorities and written commentaries it is arguable that the only acceptable method of allocating safe income is on a *pro rata* basis. In *McClurg v. Canada*, [1990] 3 S.C.R. 1020, the Supreme Court of Canada confirmed that there is a presumption of equality amongst shares unless the articles of incorporation provide otherwise by means of the division of shares into different classes. This well-accepted principle of equality among shares is reflected in Ministry policy, as noted in John R. Robertson's article, "Capital Gains Strips: A Revenue Canada Perspective on the Provisions of Section 55" in *Report of Proceedings of the Thirty-Third Tax Conference*, 1981 Conference Report (Toronto: Canadian Tax Foundation, 1982) 81, at page 85:

Each share of a corporation represents only its proportionate share of the value of the company and therefore is entitled only to its proportionate share of the safe income of the corporation during the relevant holding period of that share.

19 Although the Department of National Revenue's administrative policy is not binding on the courts, other commentators have also interpreted the words of subsection 55(2) as requiring a *pro rata* allocation of safe income. In H. J. Kellough and P. E. McQuillan, *Taxation of Private Corporations and Their Shareholders*, 2nd ed. (Toronto: Canadian Tax Foundation, 1992), it is stated, at pages 9:33-9:34:

As income is earned it contributes to the value of a share of a particular class to the same extent it contributes to the value of each other share of that class. . . .

Because safe income is the portion of a gain that is attributable to income, it is necessary, in determining the safe income inherent in shares, to identify how income that is earned and retained by a corporation contributes to the gain on the various classes of shares of the corporation. Income that is retained is reflected in the assets of the corporation. It is therefore necessary to identify how the shares benefit from an increase in the assets of the corporation. This usually can be determined by identifying the liquidation entitlement of the shares of the corporation and the relative priorities of the shares to this liquidation entitlement.

18 Il n'est pas difficile de débattre de façon convaincante que la méthode proportionnelle choisie pour la répartition du revenu sauf est raisonnable en droit. En fait, d'après les autorités pertinentes, il est même possible de prétendre que la seule méthode acceptable de répartition du revenu sauf est le calcul proportionnel. Dans l'arrêt *McClurg c. Canada*, [1990] 3 R.C.S. 1020, la Cour suprême du Canada a confirmé qu'il existait une présomption d'égalité entre les actions à moins que l'acte constitutif ne prévoie le contraire en partageant les actions en différentes catégories. Ce principe bien reconnu d'égalité entre les actions se retrouve dans la politique ministérielle, comme il ressort de l'article de John R. Robertson, «Capital Gains Strips: A Revenue Canada Perspective on the Provisions of Section 55» dans *Report of Proceedings of the Thirty-Third Tax Conference*, 1981 Conference Report (Toronto: Canadian Tax Foundation, 1982) 81, à la page 85:

[TRADUCTION] Chaque action d'une société ne représente que sa part proportionnelle de la valeur de la société et par conséquent elle ne peut recueillir que sa part proportionnelle du revenu sauf de la société pendant que celle-ci détient l'action.

19 Bien que la politique administrative du ministère du Revenu national ne lie aucunement les tribunaux, d'autres commentateurs sont également d'avis que le paragraphe 55(2) exige une répartition proportionnelle du revenu sauf. H. J. Kellough et P. E. McQuillan, dans *Taxation of Private Corporations and Their Shareholders*, 2^e éd. (Toronto: Canadian Tax Foundation, 1992), indiquent ceci aux pages 9:33 et 9:34:

[TRADUCTION] Au fur et à mesure qu'il est gagné, le revenu contribue à la valeur d'une action d'une catégorie particulière de la même façon qu'il contribue à la valeur de chaque autre action de cette catégorie . . .

Parce que le revenu sauf est la partie d'un gain qui est attribuable au revenu, il est nécessaire, pour établir le revenu sauf inhérent aux actions, de déterminer de quelle manière le revenu qui est gagné et retenu par une société contribue à la plus-value de ses différentes catégories d'actions. Le revenu non réparti fait partie de l'actif de la société. Il est donc nécessaire de savoir comment les actions profitent d'une augmentation de l'actif d'une société. Cela peut habituellement être déterminé en identifiant les droits rattachés aux actions de la société et leurs priorités relatives en cas de liquidation.

Each share of a particular class held by a particular shareholder will have the same safe income, assuming that the shares of the class all have the same adjusted cost base. [Underlining added.]

Chaque action d'une catégorie particulière détenue par un actionnaire donné aura donc le même revenu sauf, pourvu que les actions de la catégorie aient toutes le même prix de base rajusté. [Non souligné dans l'original.]

20 Finally, I am drawn to the persuasive reasoning of Judge Lamarre Proulx in *Gestion Jean-Paul Champagne Inc. v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)* October 6, 1995, 88-795 IT (T.C.C.) [[1995] T.C.J. No. 1187 (QL)]. In that case, the corporate taxpayer invoked the legal analysis offered in the decision now under appeal, and argued that all of the safe income of a corporation could be distributed to one of two shareholders. In rejecting this approach, the Tax Court Judge confirmed that there was a presumption of equality among shares and that safe income had to be attributed to the shares of a corporation in accordance with this principle. At page 12 of her reasons [paragraph 41 (QL)] she stated:

It is my opinion that this approach runs counter both to the aforementioned corporate law principles relating to the presumption of equality of shares and to the purpose of subsection 55(2) of the Act. On the one hand, that presumption has not been rebutted and, on the other hand, it seems obvious to me that it is with respect to the shares in issue that the capital gain and the dividend must be computed for the purposes of subsection 55(2) of the Act. For the principle of equality of rights attaching to shares and for the object of subsection 55(2) of the Act to be taken into account, the income earned and realized after 1971 must be reasonably attributed according to the ratio of the common shares redeemed to the total common shares issued and still held.

21 If it were necessary to decide the point, I would not hesitate to conclude that the only acceptable method for allocating safe income is on a *pro rata* basis as was done in *Canada v. Placer Dome Inc.*, [1997] 1 F.C. 780 (C.A.). Be that as it may, I am content for purposes of this appeal to conclude that *pro rata* allocation is a reasonable method for attributing safe income and that subsection 55(2) of the Act is applicable. It necessarily follows that Nassau was required to file a designation under paragraph 55(5)(f). The remaining and more difficult issue, in my opinion, is whether Nassau was entitled to make a late-filed designation.

20 Enfin, je suis convaincu par le raisonnement très persuasif de M^{me} le juge Lamarre Proulx dans *Gestion Jean-Paul Champagne Inc. c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*, 6 octobre 1995, 88-795 IT (C.C.I.) [[1995] A.C.I. n° 1187 (QL)]. Dans cette cause, la société contribuable invoquait l'analyse juridique faite dans la décision en appel, et faisait valoir que la totalité du revenu sauf d'une société pouvait être distribué à l'un des deux actionnaires. En rejetant cet argument, le juge de la Cour d'impôt a confirmé qu'il y avait une présomption d'égalité entre les actions et que le revenu sauf devait être attribué aux actions d'une société conformément à ce principe. À la page 12 de ses motifs [paragraphe 41 (QL)], elle indique ce qui suit:

Je suis d'avis que cette approche va à l'encontre des principes corporatifs déjà mentionnés relatifs à la présomption d'égalité entre les actions ainsi que de l'objet du paragraphe 55(2) de la Loi. D'une part, cette présomption n'a pas été réfutée et d'autre part, il me paraît encore là évident, que c'est en regard des actions en cause que doivent se calculer le gain en capital et le dividende pour les fins du paragraphe 55(2) de la Loi. Pour tenir compte du principe d'égalité des droits attachés aux actions et de l'objet du paragraphe 55(2) de la Loi, le revenu gagné et réalisé après 1971 doit être, raisonnablement, attribué selon la proportion des actions ordinaires rachetées sur l'ensemble des actions ordinaires émises et encore détenues.

21 S'il était nécessaire de se prononcer sur ce point, je n'hésiterais pas à conclure que la seule méthode acceptable pour répartir le revenu sauf est le calcul proportionnel comme il en a été décidé dans l'arrêt *Canada c. Placer Dome Inc.*, [1997] 1 C.F. 780 (C.A.). Quoi qu'il en soit, pour les fins du présent appel, je suis disposé à conclure que la répartition proportionnelle est une méthode raisonnable de répartition du revenu sauf et que le paragraphe 55(2) de la Loi est applicable. Il s'ensuit nécessairement que Nassau devait faire une désignation en vertu de l'alinéa 55(5)f). La dernière question à trancher, et la plus difficile à mon avis, est de déterminer si Nassau avait le droit de faire tardivement cette désignation.

22 The question before us was cast in terms of whether Nassau was entitled to make a late-filed designation pursuant to paragraph 55(5)(f) of the Act. I note however, that the issue could equally have been framed in terms of whether Nassau may amend its tax return once the Minister initiates a reassessment on the basis of subsection 55(2). Regardless of how the issue is characterized, the Minister's argument has two prongs. First, the Minister notes that there is no provision in the Act which provides for the late filing of a designation. This is to be contrasted with the legislatively permissible late filing of "elections" made under other provisions of the Act. In support of its position the Minister relies on several decisions involving reassessments and attempts by taxpayers to re-elect or remedy the failure to make an election in the first instance. Second, the Minister argues that there is an "important policy reason" why a late-filed paragraph 55(5)(f) designation is not contemplated by the Act. I shall deal with these arguments but I turn first to Nassau's response.

23 Nassau argues that there is no principle of law or statutory provision which would prevent a taxpayer from making a late-filed designation under paragraph 55(5)(f) of the Act. Moreover, it relies on several decisions of the Tax Court of Canada in support of its position. This is a convenient point at which to outline the relevant jurisprudence which, with one exception, deals with the issue of late-filed designations and fully supports Nassau's position.

24 In *Trico Industries Ltd. v. Canada*, [1994] 2 C.T.C. 2053 (T.C.C.), the corporate taxpayer claimed a tax-free dividend arising under subsection 84(3) of the Act, but failed even to calculate the amount of safe income on hand, let alone file a designation under paragraph 55(5)(f). In *obiter*, it was stated that if the corporate taxpayer had made an honest mistake it would have had the right to make a late-filed designation or request the same in its notice of appeal. The Tax Court Judge traced

22 La question dont la Cour est saisie a été formulée de la façon suivante: Nassau avait-elle le droit de faire une désignation tardive aux termes de l'alinéa 55(5)f) de la Loi? Je note toutefois qu'on aurait également pu la poser en se demandant si Nassau peut modifier sa déclaration d'impôt une fois que le ministre a établi une nouvelle cotisation en s'appuyant sur le paragraphe 55(2). Dans un cas comme dans l'autre, l'argument du ministre est double. Tout d'abord, le ministre note que la Loi ne contient pas de disposition autorisant le dépôt tardif d'une désignation. Cette affirmation doit être mise en contraste avec les «choix» prévus à d'autres dispositions de la Loi qui peuvent être exercés tardivement. À l'appui de sa position, le ministre cite plusieurs décisions ayant trait à de nouvelles cotisations et aux tentatives des contribuables de faire un nouveau choix ou de corriger l'erreur qu'ils ont commise en ne faisant pas de choix au départ. Deuxièmement, le ministre fait valoir qu'il existe des «principes importants fondés sur des politiques» qui expliquent qu'une désignation tardive aux termes de l'alinéa 55(5)f) n'est pas prévue par la Loi. Je traiterai de ces arguments après avoir analysé la réponse de Nassau.

23 Nassau fait valoir qu'aucun principe de droit ni aucune disposition législative n'empêche un contribuable de faire une désignation tardive en vertu de l'alinéa 55(5)f) de la Loi. Qui plus est, elle s'appuie sur plusieurs décisions de la Cour canadienne de l'impôt pour justifier sa position. Je crois qu'il convient de traiter brièvement ici de la jurisprudence pertinente qui, à une exception près, analyse la question des désignations tardives et appuie entièrement la position de Nassau.

24 Dans *Trico Industries Ltd. c. Canada*, [1994] 2 C.T.C. 2053 (C.C.I.), la société contribuable réclamait un dividende libre d'impôt aux termes du paragraphe 84(3) de la Loi, mais elle n'avait même pas calculé le montant du revenu sauf qu'elle avait en main, et encore moins fait de désignation aux termes de l'alinéa 55(5)f). Dans une opinion incidente, le juge a déclaré que si la société contribuable avait commis une erreur de bonne foi, elle aurait eu le droit de faire tardivement cette désignation ou de

what may be described as the “doctrine of honest mistake” to *Lee (W.) v. M.N.R.* [1990] 2 C.T.C. 2262 (T.C.C.). On the facts of *Trico*, however, there was no evidence as to whether the taxpayer’s failure to file the designation on time was due to an honest mistake and, accordingly, the late “election” was not accepted.

25 In *Lee, supra*, the taxpayer filed his 1982 and 1983 returns in 1985. In his 1983 return, he deducted an allowable business investment loss but later sought to move the deduction to his 1982 return. At page 2268, the Tax Court Judge reasoned as follows:

... I am not aware of any authority for the proposition that once a taxpayer has signed his tax return that he may not change his mind subsequently following the discovery of a mistake notwithstanding the certificate that he signed as part of his return. Certainly, when an honest mistake has been discovered by a taxpayer he must be permitted to correct it and the procedure to do so is provided in the *Income Tax Act* within certain prescribed requirements. The appeal process serves this purpose.

26 In *Gestion, supra*, the Tax Court upheld the right to make a late-filed designation. In that case, the corporate taxpayer did not indicate in its return that it had received a \$316,000 deemed dividend pursuant to subsection 84(3) of the Act. No explanation was provided, except to say that there had been an error in the return. The Tax Court Judge was unable to conclude that the omission was due to intentional conduct or bad faith on the part of the taxpayer. Moreover, the Minister did not allege any wrongdoing by the taxpayer. The Tax Court Judge went on to conclude that there is no principle of law that would prevent the taxpayer from availing itself of paragraph 55(5)(f) unless such be expressly prohibited by its terms, which is not the case. At page 15 [paragraph 55 (QL)], she reasoned:

réclamer ce droit dans son avis d’appel. Le juge de la Cour de l’impôt rattache ce qui peut être décrit comme la «doctrine de l’erreur de bonne foi» à la décision *Lee (W.) c. M.R.N.*, [1990] 2 C.T.C. 2262 (C.C.I.). D’après les faits de l’affaire *Trico*, toutefois, il n’y avait pas d’élément de preuve tendant à établir que l’omission de la contribuable de faire sa désignation à temps était due à une erreur de bonne foi et, par conséquent, la Cour lui a refusé le droit de faire tardivement ce «choix».

25 Dans la décision *Lee*, précitée, le contribuable a produit ses déclarations d’impôt de 1982 et 1983 en 1985. Dans sa déclaration d’impôt de 1983, il a déduit une perte au titre d’un placement d’entreprise, mais il a demandé par la suite à reporter cette déduction dans sa déclaration de 1982. À la page 2268, le juge de la Cour de l’impôt a fait le raisonnement suivant:

... je ne connais aucune autorité qui soutienne la proposition selon laquelle une fois qu’un contribuable a signé sa déclaration il ne puisse plus changer d’idée à la suite de la découverte d’une erreur, malgré l’attestation qu’il a signée au bas de sa déclaration. Quand une erreur commise de bonne foi est découverte par un contribuable, il doit certainement être autorisé à la corriger et la procédure à suivre est indiquée, avec les instructions pertinentes, dans la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Le processus d’appel répond précisément à cette fin.

26 Dans la décision *Gestion*, précitée, la Cour de l’impôt a maintenu le droit de faire une désignation tardive. Dans cette affaire, la société contribuable n’avait pas indiqué dans sa déclaration qu’elle avait reçu un dividende présumé de 316 000 \$ aux termes du paragraphe 84(3) de la Loi. Aucune explication n’avait été donnée, sauf pour dire qu’une erreur s’était glissée dans la déclaration. Le juge de la Cour de l’impôt a été incapable de conclure que l’omission était intentionnelle ou due à la mauvaise foi de la contribuable. En outre, le ministre n’avait allégué aucune action fautive de la part de la contribuable. Le juge de la Cour de l’impôt a donc conclu qu’aucun principe de droit n’empêchait la contribuable de se prévaloir de l’alinéa 55(5)f) à moins que cela soit expressément interdit dans les termes mêmes de l’alinéa, ce qui n’est pas le cas. À la page 15 [paragraphe 55 (QL)], elle déclare ceci:

I do not understand why the Minister wishes to make this paragraph [55(5)(f)] out to be so complicated. The election must be made simultaneously with the application of subsection 55(2) of the Act, but if an error is made at the time of the first application and if the Minister reassesses on the basis of a new amount, there is no reason for the same correction not to be made for the purposes of paragraph 55(5)(f) of the Act.

Je ne comprends pas pourquoi le Ministre veut faire de cet alinéa [55(5)f)] une disposition si compliquée. Le choix doit être fait en même temps qu'il y a application du paragraphe 55(2) de la Loi, mais s'il y a erreur lors de la première application et que le ministre cote à nouveau sur la base d'un nouveau montant il n'y a pas de raison pour que la même correction ne puisse être apportée pour les fins de l'alinéa 55(5)f) de la Loi.

27 In contrast to *Gestion*, the Tax Court in *Nivram Holdings Inc. v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, April 19, 1991, 88-1944(IT) [[1991] T.C.J. No. 355 (QL)], held that the Tax Court lacked the jurisdiction to allow a late filing. In that case, the corporate taxpayer claimed a tax-free deemed dividend arising under subsection 84(3) of the Act. The Minister reassessed on the basis of subsection 55(2) and the taxpayer sought to make a late-filed designation under paragraph 55(5)(f). The Tax Court Judge concluded that “there is nothing in the Act that gives the Tax Court the jurisdiction to allow a late filing except in the case of a Notice of Objection or a Notice of Appeal” (at page 6 of the reasons [page 21 (QL)]).

27 Contrairement à la décision *Gestion*, la Cour de l'impôt dans la décision *Nivram Holdings Inc. c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*, 19 avril 1991, 88-1944(IT) [[1991] A.C.I. n° 355 (QL)], a statué qu'elle n'avait pas compétence pour autoriser une désignation tardive. Dans ce cas, la société contribuable réclamait un dividende présumé libre d'impôt aux termes du paragraphe 84(3) de la Loi. Le ministre a établi une nouvelle cotisation en appliquant le paragraphe 55(2) et la contribuable a demandé à faire une désignation tardive en vertu de l'alinéa 55(5)f). Le juge de la Cour de l'impôt a conclu «la Loi ne renferme aucune disposition autorisant la Cour canadienne de l'impôt à permettre une production tardive, si ce n'est dans le cas d'un avis d'opposition ou d'un avis d'appel» (à la page 6 des motifs [page 21 (QL)]).

28 If this case were to be decided solely on the basis of the jurisprudence of the Tax Court of Canada I would have no difficulty in concluding that Nassau is entitled to make a late-filed designation. The failure to comply with paragraph 55(5)(f) arose because of an honest mistake and the matter was raised following the issuance of the notice of reassessment. (Paragraph 12 of the agreed statement of facts discloses that on filing its notice of objection to the Minister's reassessment Nassau requested permission to file a designation.) In my respectful view, however, the doctrine of honest mistake is not a sufficient basis on which to accord taxpayers the right of making late designations.

28 Si l'issue de la présente action dépendait uniquement de la jurisprudence de la Cour canadienne de l'impôt, je n'aurais aucune difficulté à conclure que Nassau est en droit de faire une désignation tardive. Son omission de respecter l'alinéa 55(5)f) vient de l'erreur qu'elle a commise de bonne foi et la question a été soulevée après la délivrance de l'avis de nouvelle cotisation. (Le paragraphe 12 de l'exposé conjoint des faits révèle qu'en déposant son avis d'opposition à la nouvelle cotisation établie par le ministre, Nassau a demandé l'autorisation de faire cette désignation.) À mon avis, toutefois, la doctrine de l'erreur de bonne foi n'est pas suffisante pour donner aux contribuables le droit de faire des désignations tardives.

29 It cannot be doubted that the refusal of the Minister to accede to Nassau's request seems antithetical to elemental concepts of fairness. Conversely, the doctrine of honest mistake is appealing because its application is intended to bring about a result that is

29 Il ne fait aucun doute que le refus du ministre d'accéder à la demande de Nassau semble contraire aux notions élémentaires d'équité. De même, la doctrine de l'erreur de bonne foi est attrayante parce que son application est destinée à produire un résultat

in harmony with basic ideas of fairness. But the difficulty with the doctrine lies in delimiting its boundaries. To paraphrase Judge Learned Hand, I do not think it desirable for this Court to embrace the opportunity of anticipating a doctrine which may be in the womb of time but whose birth is somewhat distant: see *Spector Motor Service v. Walsh*, 139 F.2d 809 (2d Cir. 1943), at page 823. The doctrine of honest mistake may serve as a starting point for analysis but cannot supplant a contextual and purposive approach to the interpretation of tax legislation. In other words, legal conclusions cannot rest upon the premise of unfairness without a corresponding examination of the legislative framework relevant to the issue at hand. It is to that type of analysis that I now turn.

tat qui est en harmonie avec les idées fondamentales d'équité. Mais le problème vient du fait qu'il est difficile d'en définir les limites. Pour paraphraser le juge Hand, je ne crois pas qu'il soit souhaitable que la Cour s'empresse d'avaliser une doctrine qui est peut-être en gestation mais qui n'a pas encore vu le jour: voir *Spector Motor Service v. Walsh*, 139 F.2d 809 (2d Cir. 1943), à la page 823. La doctrine de l'erreur de bonne foi peut servir de point de départ à une analyse, mais elle ne peut supplanter la méthode contextuelle ou téléologique utilisée dans l'interprétation des lois fiscales. Autrement dit, un juge ne peut tirer ses conclusions en s'appuyant sur un postulat d'injustice sans procéder simultanément à un examen du cadre législatif pertinent à la question à l'étude. C'est ce genre d'analyse que je m'appête à faire.

30 The parties have framed the paragraph 55(5)(f) issue in terms of whether Nassau is entitled to make a late-filed designation. They have also pursued the argument in terms of that subsection being an election provision or analogous thereto and, accordingly, have cited cases involving true election provisions: see, for example, *Miller (J.A.) v. M.N.R.*, [1993] 1 C.T.C. 269 (F.C.A.). While there are numerous provisions throughout the Act which require a taxpayer to make an election at the time of filing a return, or within a prescribed period, paragraph 55(5)(f) is not an election provision. This is so despite the fact that it has been referred to as such, and inadvertently so, by some judges of the Tax Court: see *Gestion* and *Trico*, *supra*.

En formulant la question relative à l'alinéa 55(5)f), les parties se sont demandées si Nassau avait le droit de faire une désignation tardive. Elles ont également présenté leurs arguments en faisant valoir que cet alinéa est une disposition qui prévoit un choix, ou une disposition analogue, et, par conséquent, elles ont cité des causes portant sur des dispositions prévoyant l'exercice d'un choix: voir, par exemple, *Miller (J.A.) c. M.R.N.*, [1993] 1 C.T.C. 269 (C.A.F.). Il est vrai que de nombreuses dispositions de la Loi obligent le contribuable à faire un choix au moment de la production de sa déclaration, ou dans un délai prescrit, mais l'alinéa 55(5)f) ne fait pas partie de ce genre de dispositions, bien que certains juges de la Cour de l'impôt lui aient, par erreur, donné ce pouvoir: voir les décisions *Gestion* et *Trico*, précitées. 30

31 In contradistinction to a designation, and as a general proposition, when an election is to be made the taxpayer must make a decision to forego one option in favour of another on the basis of an assessment of tax risks which may or may not materialize depending on uncertain events. In addition to this qualitative difference, the Act itself implicitly recognizes that a designation and an election are not one and the same. For example, subsection 220(3.21) [R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1], enacted by S.C. 1995, c. 21, section 42, deems cer-

Pour faire la distinction avec une désignation, et à titre de proposition générale, disons que, lorsqu'un choix doit être fait, le contribuable doit décider de renoncer à une option en faveur d'une autre en évaluant les conséquences fiscales susceptibles de se produire advenant la concrétisation de certaines éventualités. Outre cette différence, la Loi reconnaît implicitement qu'une désignation et un choix ne sont pas une seule et même chose. Par exemple, le paragraphe 220(3.21) [L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1], édicté par L.C. 1995, ch. 21, article 42, indique que 31

tain designations under section 80 [as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 58; 1995, c. 21, s. 27] and subsection 80.03(7) [as enacted *idem*] to be elections for the purposes of subsection 220(3.2). The latter provision was inserted in the Act in 1991 [S.C. 1991, c. 49, s. 181] as part of a set of relieving amendments intended to introduce flexibility where previously none existed in the process of administering and enforcing certain election provisions in the Act. This was to be accomplished by means of Ministerial discretion to be exercised upon application of the taxpayer to submit late, amended or revoked specified elections: see section 600 of the *Income Tax Regulations* [C.R.C., c. 945 (as enacted by SOR/92-265, s. 1)].

certaines désignations faites aux termes de l'article 80 [mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 58; 1995, ch. 21, art. 27] et du paragraphe 80.03(7) [édicte, *idem*] sont réputées constituer des choix aux fins du paragraphe 220(3.2). Cette dernière disposition a été ajoutée à la Loi en 1991 [L.C. 1991, ch. 49, art. 181] dans le cadre d'une série d'allègements ayant pour but d'assouplir l'application et l'exécution de certaines dispositions auparavant rigides de la Loi prévoyant l'exercice d'un choix. Cet assouplissement devait prendre la forme d'un pouvoir discrétionnaire que le ministre pourrait exercer dans le cas où un contribuable lui demanderait de faire tardivement, de modifier ou de révoquer certains choix: voir l'article 600 du *Règlement de l'impôt sur le revenu* [C.R.C., ch. 945 (édicte par DORS/92-265, art. 1)].

32 What designations and elections have in common is the fact that the Act expressly provides for relief in some instances but not others. In the case at bar, the Minister seized on that point, arguing that it can therefore be presumed that Parliament intended that no relief be granted outside the stated circumstances. I disagree with that proposition: see also *On-Guard Self-Storage Ltd. v. Canada*, [1996] F.C.J. No. 1545 (C.A.) (QL), at pages 9-10.

Le commun dénominateur des désignations et des choix réside dans le fait que la Loi prévoit expressément un allègement dans certaines circonstances, mais non dans d'autres. S'appuyant sur cette constatation, le ministre fait valoir en l'espèce qu'on peut donc présumer que le législateur avait l'intention de n'accorder aucun allègement en dehors de circonstances bien précises. Je ne suis pas d'accord avec cette proposition: voir également *On-Guard Self-Storage Ltd. c. Canada*, [1996] F.C.J. n° 1545 (C.A.) (QL), aux pages 9 et 10. 32

33 Although relief is provided selectively by the Act, it does not necessarily follow that Parliament intended to preclude relief in those situations not specifically addressed by the Act. Rather, the fact that the Act authorizes the late filing of a designation or an election in particular circumstances gives rise only to a rebuttable inference that Parliament did not intend that taxpayers have such a right in other instances. That the inference is a rebuttable one rests on three understandings. First, to hold otherwise would be to embrace literalism as a method of statutory interpretation and treat the Act as a complete code. Second, I know of no case which holds that because an exception is provided by statute for one case and not another, that fact alone is determinative such that no other exceptions may exist. My position in this regard was affirmed most recently in *On-Guard Self-Storage, supra*.

Bien que la Loi prévoie dans certains cas une forme d'allègement, il ne s'ensuit pas nécessairement que le législateur avait l'intention de ne pas accorder d'allègement dans des situations dont la Loi ne traite pas expressément. Le fait que la Loi autorise l'exercice tardif d'une désignation ou d'un choix dans des circonstances particulières ne mène en fait qu'à une inférence réfutable selon laquelle le législateur n'avait pas l'intention d'accorder le même droit au contribuable dans d'autres circonstances. Le caractère réfutable de cette inférence se fonde sur trois raisons. Tout d'abord, soutenir le contraire aurait pour effet d'adopter la méthode littérale comme méthode d'interprétation des lois et de considérer la Loi comme un code complet en soi. Deuxièmement, je ne connais aucune décision dans laquelle il aurait été statué que, parce qu'une exception légale est prévue dans un cas et non dans un autre, ce 33

Third, the courts have long adopted a contextual or purposive approach as the proper means to construe legislation.

fait seul établi de façon concluante qu'aucune autre exception ne peut exister. Ma position à cet égard a été confirmée récemment dans l'arrêt *On-Guard Self-Storage*, précité. Troisièmement, les tribunaux ont depuis longtemps reconnu la méthode contextuelle ou téléologique comme étant la méthode appropriée d'interprétation des lois.

34 In support of the proposition that Parliament intended to provide relief only where it is expressly granted, the Minister invokes the jurisprudence on elections which demonstrates that taxpayers have had no success in that context in obtaining relief where the Act provides none: see *Loewen (H.R.) v. M.N.R.*, [1993] 1 C.T.C. 212 (F.C.T.D.), followed in *Robertson v. R.*, [1996] 2 C.T.C. 2269 (T.C.C.); see also *Canada v. Adelman (H.)*, [1993] 2 C.T.C. 207 (F.C.T.D.).

À l'appui de la proposition selon laquelle le législateur avait l'intention d'accorder un allègement uniquement lorsqu'il l'indique expressément, le ministre invoque la jurisprudence portant sur l'exercice de certains choix qui démontre que les contribuables n'ont jamais eu gain de cause lorsque la Loi ne prévoit pas d'allègement: voir la décision *Loewen (H.R.) c. M.R.N.*, [1993] 1 C.T.C. 212 (C.F. 1^{re} inst.), suivie de *Robertson c. R.*, [1996] 2 C.T.C. 2269 (C.C.I.); voir également *Canada c. Adelman (H.)*, [1993] 2 C.T.C. 207 (C.F. 1^{re} inst.). 34

35 In my view, there is little doubt that the restrictive approach adopted by the courts with respect to the Act's election provisions is prompted by the possibility of taxpayers engaging in retroactive tax planning. This is one of the rationales underlying the decision of this Court in *Miller, supra*, one of the principal cases relied on by the Minister. In that case, the taxpayer made a forward averaging election in respect of his 1982 taxation year. The Minister disallowed the taxpayer's RRSP deduction for the year but refused to increase the amount of income that the taxpayer had elected to forward average. At page 271, Mahoney J.A. writing for the Court (Linden and Robertson J.J.A. concurring), declined to accord to the taxpayer the advantage of hindsight in making a genuine election:

À mon avis, il ne fait guère de doute que la méthode restrictive adoptée par les tribunaux à l'égard des dispositions de la Loi prévoyant l'exercice d'un choix vient de la possibilité que les contribuables se livrent à une planification fiscale rétroactive. C'est l'une des raisons qui expliquent la décision de la présente Cour dans l'arrêt *Miller*, précité, qui est l'une des principales causes sur lesquelles s'appuie le ministre. Dans cette affaire, le contribuable avait choisi d'étaler son revenu pour son année d'imposition 1982. Le ministre a refusé la déduction du contribuable relativement à sa cotisation au REER pour l'année en question et a aussi refusé d'augmenter le montant d'étalement choisi. À la page 271, le juge Mahoney, J.C.A., s'exprimant au nom de la Cour (avec l'appui des juges Linden et Robertson), a refusé au contribuable l'avantage de faire son choix en profitant d'un certain recul: 35

... the taxpayer was entitled to make the election on the basis of his circumstances as they existed, and as only he could know, at the time he filed his return. The Act did not contemplate the election being made on the basis of changed circumstances which might result from an assessment or reassessment of the return.

... le contribuable avait le droit d'effectuer un choix en fonction des circonstances, que lui seul pouvait connaître, qui existaient au moment où il a produit sa déclaration. La Loi ne prévoyait pas le choix effectué sur le fondement de nouvelles circonstances découlant d'une cotisation ou d'une nouvelle cotisation.

36 In the instant case, however, we are not faced with the problem of retroactive tax planning which arises as a result of a taxpayer's desire to "re-elect".

En l'espèce, toutefois, la Cour n'est pas saisie d'une question de planification fiscale rétroactive dans une situation où le contribuable demanderait à 36

On the contrary, the case at bar is more analogous to a situation in which a taxpayer seeks to amend his or her tax return for the purpose of taking a deduction to which he or she has some entitlement. In some respects, the designation requirement of paragraph 55(5)(f) of the Act is no different, for example, than the deduction provided for under subsection 112(1). The latter provision converts a taxable intercorporate dividend into a non-taxable one. The corporate taxpayer, however, must deduct an amount equal to the dividend in order to bring about this result (“Where a corporation . . . has received a taxable dividend . . . an amount equal to the dividend may be deducted from the income”) [underlining added]. The only substantive difference between the two sections of the Act is that no calculation is required under subsection 112(1). One is simply required to make the deduction. Paragraph 55(5)(f), on the other hand, involves a calculation of safe income before the deduction can be made. It seems to me that the difference is one of degree, not kind.

«refaire son choix». Au contraire, le cas en l’espèce est plus semblable à une situation dans laquelle le contribuable demande à modifier sa déclaration d’impôt afin de tirer parti d’une déduction à laquelle il a un certain droit. À certains égards, la désignation exigée à l’alinéa 55(5)f de la Loi n’est pas différente, par exemple, de la déduction prévue au paragraphe 112(1). Cette dernière disposition convertit un dividende imposable entre sociétés en dividende non imposable. La société contribuable doit toutefois déduire une somme égale au dividende afin d’obtenir ce résultat («Lorsqu’une corporation a reçu . . . un dividende imposable . . . une somme égale au dividende peut être déduite du revenu») [non souligné dans l’original]. Il n’y a qu’une seule différence importante entre ces deux articles de la Loi, et c’est que le paragraphe 112(1) ne requiert aucun calcul. Le contribuable est simplement tenu de faire la déduction. Par ailleurs, l’alinéa 55(5)f oblige le contribuable à calculer son revenu sauf avant de faire la déduction. Il me semble qu’il s’agit là d’une différence de degré, et non pas de nature.

37 With regard to section 55 of the Act, the difficulty arises of course in the event that the taxpayer fails in the first instance to seek relief under paragraph 55(5)(f) because it did not operate on the presumption that subsection 55(2) would apply. The issue may therefore be recast in the form of a hypothetical as follows: assume that the taxpayer calculates his income based on the application of provision “A”; the Minister then denies the applicability of provision “A” and instead invokes provision “B”; the taxpayer does not dispute that provision “B” may apply but notes that provision “B” permits a partial deduction if a designation is made; he therefore seeks to amend his return to take advantage of that deduction but is denied the opportunity to do so on the ground that he failed to make the requisite designation; the taxpayer counters by asking how he could have made the designation when he did not know that provision “B” would apply. In this scenario, modification of the original tax return does not raise the spectre of retroactive tax planning as in the election cases. That is, our hypothetical taxpayer did not previously weigh the risks relating to making the designation or abstaining therefrom, nor does he

Pour ce qui a trait à l’article 55 de la Loi, la difficulté se pose bien entendu dans les cas où le contribuable a omis en premier lieu de demander l’allègement prévu à l’alinéa 55(5)f parce qu’il n’a pas présumé que le paragraphe 55(2) s’appliquerait. La question peut donc être reformulée sous forme d’hypothèse: supposons que le contribuable calcule son revenu d’après la disposition «A»; le ministre refuse l’applicabilité de la disposition «A» et invoque la disposition «B»; le contribuable ne conteste pas que la disposition «B» puisse s’appliquer, mais note que cette disposition «B» autorise une déduction partielle si une désignation est faite; il demande donc de modifier sa déclaration pour profiter de cette déduction, mais on lui refuse la possibilité de le faire au motif qu’il n’a pas fait la désignation exigée; le contribuable demande ensuite comment il aurait pu faire la désignation alors qu’il ne savait pas que la disposition «B» s’appliquait. Selon ce scénario, la modification de la déclaration d’impôt initiale ne peut agiter le spectre de la planification fiscale rétroactive, comme dans le cas des choix. Autrement dit, notre contribuable hypothétique n’a pas déjà évalué les risques potentiels entre faire la désigna- 37

now seek to avoid bearing the downside of a decision he made consciously after due consideration.

tion ou ne pas la faire, et il ne cherche pas non plus à se soustraire aux conséquences négatives d'une décision qu'il aurait prise consciemment après mûre réflexion.

38 Having decided that the present situation is not analogous to the election cases, it seems only logical to recast the issue in terms of whether Nassau is entitled, following a reassessment initiated by the Minister and based on the application of subsection 55(2), to amend a tax return for the purpose of taking advantage of the safe income attributable to the shares sold to Westminster. But irrespective of whether the issue is framed in terms of a right to amend in these restricted circumstances or to make a late-filed designation, there will be no difference in the result or the analysis. Just as the Act provides for a late-filed designation only in particular circumstances, the Act also accords a right to amend a tax return in some instances but not others. In both scenarios there exists a rebuttable inference that relief may be granted only in the stated circumstances. At the outset, though, I wish to make clear that this case can be decided without reference to a taxpayer's general right to amend his or her tax return.

38 Comme la Cour conclut que la situation actuelle n'est pas analogue aux cas d'exercice d'un choix, il semble tout simplement logique de reformuler la question de la façon suivante: Nassau a-t-elle le droit, après l'établissement de la nouvelle cotisation par le ministre en application du paragraphe 55(2), de modifier sa déclaration d'impôt afin de profiter du revenu sauf attribuable aux actions vendues à Westminster. Mais que la question consiste à savoir si la contribuable avait le droit de modifier sa déclaration dans des circonstances aussi restreintes ou de faire une désignation tardive, le résultat ou l'analyse seront les mêmes. Tout comme la Loi prévoit une désignation tardive uniquement dans certaines circonstances, elle accorde également le droit de modifier une déclaration d'impôt dans certains cas, mais pas dans d'autres. Dans les deux scénarios, il existe une inférence réfutable selon laquelle l'allègement ne peut être accordé que dans des circonstances bien précises. Je tiens toutefois à préciser dès maintenant que la présente affaire peut être décidée sans faire référence au droit général d'un contribuable de modifier sa déclaration d'impôt.

39 While the argument before the Tax Court was framed in terms of a right to amend and to make a late-filed designation, it was argued before us in terms of the latter. Perhaps Nassau chose not to cast the argument in terms of the former because there appears to be no jurisprudence directly on point. This dearth of case law would seem to explain why Nassau relies on Tax Court cases establishing the doctrine of honest mistake and why the Minister invokes the cases respecting elections.

39 L'argument présenté devant la Cour de l'impôt portait sur le droit de modifier la déclaration et de faire une désignation tardive, mais devant la présente Cour seul le droit de faire une désignation tardive a été débattu. Nassau a peut-être choisi de laisser tomber le premier volet de son argumentation parce qu'il ne semble pas y avoir de jurisprudence directement applicable. Cette absence d'autorités jurisprudentielles semblerait expliquer pourquoi Nassau s'appuie sur les décisions de la Cour de l'impôt qui reconnaissent la doctrine de l'erreur de bonne foi alors que le ministre a choisi les causes ayant trait à l'exercice d'un choix.

40 At least one commentator has suggested that when the Minister initiates a reassessment to which the taxpayer subsequently objects, there may be a right to amend the return following issuance of the

40 Au moins un commentateur suggère que, lorsque le ministre établit une nouvelle cotisation à laquelle le contribuable s'oppose ultérieurement, ce dernier peut avoir le droit de modifier la déclaration après

notice of reassessment: see D. W. Smith, "Reassessments, Waivers, Amended Returns, and Refunds" in *Income Tax Enforcement, Compliance, and Administration*, 1988 Corporate Management Tax Conference (Canadian Tax Foundation, 1988) 8:1, at page 8:35. But the existence of a restricted right to amend in turn raises the question of whether the taxpayer has all the options that were available to him or her at the time of filing the return or whether he or she is confined to adjustments that relate directly to the issues raised on the reassessment. Based on two authorities, Smith implicitly suggests that a taxpayer may have only the latter type of limited freedom to vary his or her original return (at page 8:36): see *Montreal Trust Company v. Minister of National Revenue*, [1962] S.C.R. 570 and *Hadler Turkey Farms Inc. v. The Queen*, [1986] 1 C.T.C. 81 (F.C.T.D.).

41 For the purpose of deciding this appeal, it is unnecessary to decide whether a reassessment has the effect of giving the taxpayer all the options available at the time of filing his or her return. In the instant case, paragraph 55(5)(f) can reasonably be said to be related directly to the issues surrounding the applicability of subsection 55(2). Let us assume, then, that Nassau has a right to amend its return (or make a late-filed designation) in the wake of a reassessment initiated by the Minister and his reliance on subsection 55(2). Is there any basis upon which it might be said that Parliament did not intend such a result? Here, I turn to the Minister's policy argument.

42 The Minister contends that the requirement of filing a designation at the time of filing a return serves as a disincentive to the unscrupulous taxpayer. The argument is that unless a designation is made on time, there is nothing to alert the Minister that a given dividend should be subject to subsection 55(2) of the Act. If late-filed designations were permitted, it is said that unscrupulous taxpayers could postpone filing a designation in the hope of receiving a tax-free dividend, at least part of

que l'avis de nouvelle cotisation est émis: voir D. W. Smith, «Reassessments, Waivers, Amended Returns, and Refunds» dans *Income Tax Enforcement, Compliance, and Administration*, 1988 Corporate Management Tax Conference (Canadian Tax Foundation, 1988) 8:1, à la page 8:35. Mais l'existence d'un droit restreint de modifier la déclaration soulève à son tour la question de savoir si le contribuable peut se prévaloir de toutes les options qui étaient à sa disposition au moment de produire sa déclaration ou s'il ne peut utiliser que les redressements se rattachant directement aux questions soulevées dans la nouvelle cotisation. S'appuyant sur deux cas de jurisprudence, Smith laisse implicitement entendre qu'un contribuable ne peut avoir qu'une possibilité limitée de modifier sa déclaration initiale (à la page 8:36): voir *Montreal Trust Company v. Minister of National Revenue*, [1962] R.C.S. 570 et *Hadler Turkey Farms Inc. c. La Reine*, [1986] 1 C.T.C. 81 (C.F. 1^{re} inst.).

41 Pour les fins du présent appel, il n'est pas nécessaire de décider si une nouvelle cotisation donne au contribuable la possibilité de se prévaloir de toutes les options qui étaient à sa disposition au moment de la production de sa déclaration. En l'espèce, on peut raisonnablement conclure que l'alinéa 55(5)f) se rattache directement aux questions ayant trait à l'applicabilité du paragraphe 55(2). Supposons donc que Nassau a le droit de modifier sa déclaration (ou de faire une désignation tardive) par suite d'une nouvelle cotisation établie par le ministre et fondée sur le paragraphe 55(2). Existe-t-il une raison qui nous permette de conclure que le législateur n'avait pas prévu un tel résultat? J'aborde à ce propos l'argument du ministre concernant sa politique.

42 Le ministre prétend que l'obligation de faire la désignation au moment de la production de la déclaration a pour but de dissuader les contribuables sans scrupules. L'argument est le suivant: à moins qu'une désignation ne soit faite à ce moment-là, il n'y a rien qui puisse indiquer au ministre qu'un dividende donné pourrait être assujéti au paragraphe 55(2) de la Loi. Si les désignations tardives étaient autorisées, les contribuables sans scrupules pourraient, prétend-on, différer la désignation dans l'espoir de toucher

which is properly subject to subsection 55(2). In my opinion, the Minister's policy argument cannot be accepted for at least four reasons.

un dividende libre d'impôt, dont au moins une partie doit à bon droit être assujettie au paragraphe 55(2). À mon avis, cet argument de principe soulevé par le ministre ne peut être accepté pour au moins quatre raisons.

43 First, the intended purpose of paragraph 55(5)(f) is not to discourage the unscrupulous. It is my understanding that paragraph 55(5)(f) was inserted into the Act at the last moment and as something of an afterthought in order to prevent the conversion by subsection 55(2) of an entire dividend into taxable capital gain where a portion of that dividend might be attributable to safe income: see generally R. D. Brown and T. E. McDonnell, "Capital Gains Strips: A Critical Review of the New Provisions" in *Report of Proceedings of the Thirty-Second Tax Conference*, 1980 Conference Report (Canadian Tax Foundation, 1981) 51, at page 73.

43 Tout d'abord, l'alinéa 55(5)f) n'a pas pour but de dissuader les contribuables sans scrupules. D'après mon interprétation de cet alinéa, celui-ci a été incorporé à la Loi à la dernière minute et presque après coup afin d'empêcher la conversion, par l'application du paragraphe 55(2), de la totalité d'un dividende en gain en capital imposable lorsqu'une partie de ce dividende peut être attribuable au revenu sauf: pour une opinion générale sur la question, voir R. D. Brown et T. E. McDonnell, «Capital Gains Strips: A Critical Review of the New Provisions» dans *Report of Proceedings of the Thirty-Second Tax Conference*, 1980 Conference Report (Canadian Tax Foundation, 1981) 51, à la page 73.

44 Second, paragraph 55(5)(f) of the Act cannot be made to serve an unintended purpose when other provisions of the Act are directed at the very mischief to which the Minister adverts. Sections 162 and 163 of the Act specifically address a taxpayer's failure to disclose income and, as penalty provisions, fulfil a deterrence function in respect of potentially unscrupulous taxpayers identified by the Minister as a cause for concern.

44 Deuxièmement, on ne peut attribuer à l'alinéa 55(5)f) de la Loi un objectif non prévu par le législateur alors que d'autres dispositions de cette même Loi visent précisément à empêcher la situation à laquelle fait allusion le ministre. Les articles 162 et 163 de la Loi traitent précisément de l'omission d'un contribuable de déclarer un revenu et, en tant que dispositions pénales, ont pour but de dissuader les contribuables sans scrupules dont le ministre se préoccupe tant.

45 Third, in some instances the corporate taxpayer will not have to make a designation because the entire dividend is covered by safe income. In oral argument, the Minister agreed that in such a circumstance, paragraph 55(5)(f) of the Act would not have the effect of alerting Revenue Canada to possible tax problems associated with safe income. The Minister's policy argument is therefore unfounded in this scenario.

45 Troisièmement, dans certains cas, la société contribuable n'aura pas fait de désignation parce que la totalité du dividende fait partie du revenu sauf. Dans sa plaidoirie verbale, le ministre a reconnu qu'en pareil cas l'alinéa 55(5)f) de la Loi n'aurait pas pour effet d'attirer l'attention de Revenue Canada sur d'éventuels problèmes fiscaux associés au revenu sauf. L'argument de principe soulevé par le ministre n'est donc pas fondé selon ce scénario.

46 Finally, the Minister's interpretation of paragraph 55(5)(f) works an unjustified or unreasonable result. Consider the situation in which the entire dividend is attributable to safe income. Assume, for example, that a taxpayer calculates safe income at \$4 per

46 Enfin, l'interprétation que donne le ministre de l'alinéa 55(5)f) aboutit à un résultat déraisonnable ou injustifié. Prenons comme hypothèse que la totalité du dividende est attribuable au revenu sauf. Supposons, par exemple, qu'un contribuable calcule le

share on a dividend of \$3 per share; hence, no designation is required. If by chance that calculation is wrong, safe income might actually amount to \$2 per share in which case a designation would be necessary in order to preserve the tax-free character of that part of the dividend which is covered by safe income. On the Minister's view, in the event that the calculation of safe income in our hypothetical scenario is erroneous, section 55 should operate so as to recharacterize the whole dividend as taxable capital gains. The corporate taxpayer therefore would be penalized even though initially there appeared to be no need to make a designation under paragraph 55(5)(f). In my opinion, such a result is absurd. The Minister's approach to our hypothetical example produces an unwarranted penal consequence which is not supportable in law. The unreasonable nature of the Minister's position is highlighted by the fact that it is well recognized that the safe income calculation is complex and controversial: see *Placer Dome Inc.*, *supra*, and B. J. Arnold, T. Edgar & J. Li, *Materials on Canadian Income Tax*, 10th ed. (Scarborough, Ont.: Carswell, 1993) at pages 726-727.

47 In conclusion, it is my opinion that Nassau is entitled to claim the benefit of paragraph 55(5)(f) of the Act. That right arose once the Minister issued the notice of reassessment and invoked subsection 55(2). In other words, the inference that Parliament did not intend to accord relief in these circumstances has been rebutted. Accordingly, the appeal should be dismissed with costs.

48 STONE J.A.: I agree.

49 STRAYER J.A.: I agree.

revenu sauf à raison de 4 \$ par action sur un dividende de 3 \$ par action; il n'a pas besoin de faire de désignation. Si, par hasard, ce calcul est erroné, le revenu sauf pourrait être de 2 \$ par action, auquel cas il serait nécessaire de faire une désignation afin d'exonérer d'impôt cette fraction du dividende faisant partie du revenu sauf. Selon la position du ministre, dans le cas où le calcul du revenu sauf dans notre scénario hypothétique est erroné, l'application de l'article 55 aurait pour effet de traiter la totalité du dividende comme un gain en capital imposable. La société contribuable serait donc pénalisée même si au départ il ne semblait pas nécessaire de faire une désignation aux termes de l'alinéa 55(5)f). À mon avis, ce résultat est absurde. La méthode utilisée par le ministre dans notre exemple hypothétique entraîne une conséquence pénale non justifiée qui ne peut être soutenue en droit. Le caractère déraisonnable de la position du ministre est d'autant plus flagrant qu'il est bien établi que le calcul du revenu sauf est une question complexe et très controversée: voir *Placer Dome Inc.*, précité, et B. J. Arnold, T. Edgar & J. Li, *Materials on Canadian Income Tax*, 10^e éd., (Scarborough (Ont.): Carswell, 1993) aux pages 726 et 727.

En conclusion, je suis d'avis que Nassau est en droit de demander à bénéficier de l'alinéa 55(5)f) de la Loi. Ce droit a pris naissance quand le ministre a émis l'avis de nouvelle cotisation et a invoqué le paragraphe 55(2). Autrement dit, l'inférence selon laquelle le législateur n'avait pas l'intention d'accorder un allègement dans ces circonstances a été réfutée. Je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris à ces motifs. 48

LE JUGE STRAYER, J.C.A.: Je souscris à ces motifs. 49