

A-656-94

A-656-94

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

v.

c.

**Fording Coal Limited** (*Respondent*)<sup>a</sup> **Fording Coal Limited** (*intimée*)*INDEXED AS: CANADA v. FORDING COAL LTD. (C.A.)**RÉPERTORIÉ: CANADA c. FORDING COAL LTD. (C.A.)*Court of Appeal, Strayer, Décary and McDonald JJ.A.  
—Ottawa, September 26 and November 15, 1995.b Cour d'appel, juges Strayer, Décary et McDonald,  
J.C.A.—Ottawa, 26 septembre et 15 novembre 1995.

*Income tax — Income calculation — Deductions — Successor rules — Applying Income Tax Act, s. 245, seeding transaction (successor mining corporation (Fording) transferring nominal interest (.001%) in productive resource property to predecessor mining corporation (Elco) before acquisition by successor corporation of all or substantially all of predecessor's Canadian resource properties) not permitting deduction (over \$13,000,000 in cumulative Canadian exploration expense (CCEE) and cumulative Canadian development expense (CCDE)), from successor's future income from property already owned by it, of expenses incurred by predecessor prior to sale on other property subject of sale — Deduction of CCEE and CDEE amounts serving to artificially and unduly reduce Fording's income.*

*Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Règles concernant les corporations remplaçantes — Par application de l'art. 245 de la Loi de l'impôt sur le revenu, l'opération d'amorçage (par laquelle la compagnie minière remplaçante a cédé une participation nominale (0,001 %) dans un avoir minier au prédécesseur (Elco) avant de racheter à celui-ci la totalité ou quasi-totalité de ses avoirs miniers canadiens) ne permet pas la déduction (plus de 13 000 000 \$ en frais cumulatifs d'exploration au Canada (FCEC) et frais cumulatifs d'aménagement au Canada (FCAC)) du revenu que la corporation remplaçante tire à l'avenir d'avoirs qui lui appartenaient déjà, de dépenses engagées avant la vente par le prédécesseur sur les autres biens faisant l'objet de l'achat — La déduction des FCEC et FCAC sert à réduire le revenu de Fording indûment et de façon factice.*

This was an appeal from a decision of the Tax Court of Canada allowing an appeal by the respondent, Fording Coal Ltd., from a reassessment of its 1985 to 1990 tax years.

f Appel contre la décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a fait droit à l'appel formé par l'intimée, Fording Coal Ltd., contre une nouvelle cotisation de ses années d'imposition 1985 à 1990.

By an agreement in 1985, Elco Mining Ltd. (which had accumulated both cumulative Canadian exploration expense (CCEE) in the amount of \$7,277,134 and cumulative Canadian development expense (CCDE) in the amount of \$6,642,581) purchased from Fording a .001% interest in the Fording River coal mine. About a month later, Fording purchased all or substantially all of Elco's Canadian resource properties, including the .001% interest in Fording. As a result of a joint election under subsections 66.1(4) and 66.2(3) of the *Income Tax Act* (successor rules), thereby making Fording a "successor corporation", Fording deducted Elco's CCEE and CCDE from the income generated by the Fording coal mine. Revenue Canada disallowed the deductions on the basis that Fording had adopted a tax avoidance scheme within section 245 of the Act and the deduction would artificially reduce taxpayer's income. The Tax Court allowed Fording's appeal from that decision on the basis that the literal and plain meaning of subsections 66.1(4) and 66.2(3) permits the deduction of these amounts; that there was no sham; and that subsection 245(1) of the Act (artificial transactions) did not apply.

g Par un accord conclu en 1985, Elco Mining Ltd., qui avait accumulé à la fois 7 277 134 \$ de frais cumulatifs d'exploration au Canada (FCEC) et 6 642 581 \$ de frais cumulatifs d'aménagement au Canada (FCAC), a acheté de Fording une participation de 0,001 p. 100 dans la houillère de Fording River. Au bout d'un mois à peu près, Fording a acheté à Elco la totalité ou quasi-totalité de ses «avoirs miniers canadiens», y compris sa participation de 0,001 p. 100 dans la houillère de Fording. Les deux ayant fait conjointement un choix sous le régime des paragraphes 66.1(4) et 66.2(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (les règles concernant les corporations remplaçantes), ce qui fait de Fording une «corporation remplaçante», elle a déduit les FCEC et FCAC d'Elco du revenu produit par la houillère de Fording River. Revenue Canada a rejeté ces déductions par ce motif que ce qu'a fait Fording, c'était une manœuvre d'évitement fiscal tombant sous le coup de l'article 245 de la Loi, du fait que ces déductions avaient pour effet de réduire son revenu de façon factice. La Cour de l'impôt a fait droit à l'appel formé par Fording contre cette décision par ce motif que les termes sans équivoque des paragraphes 66.1(4) et 66.2(3) permettent la déduction de ces sommes, qu'il n'y a pas trompe-

*Held* (McDonald J.A. dissenting), the appeal should be allowed.

*Per* Strayer J.A.: The literal and plain meaning of the successor rules permits the deduction of these amounts. Where the words are clear they must prevail. There was no sham here: these were legal transactions which had the effect of transferring interests so as to make possible the claim by the respondent for the deductions.

However, the deduction was disallowed under section 245. It provides that "no deduction may be made in respect of a disbursement or expense made or incurred in respect of a transaction or operation that, if allowed, would unduly or artificially reduce the income". In *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, the Supreme Court held that the words "in respect of" were of the widest possible scope. The deduction in this case had its origin in the disbursement or expense made or incurred by the predecessor company in respect of the Elco lands. The section did not require that a disbursement or expense have been made or incurred by the taxpayer in question. The wording was inclusive enough to cover disbursements or expenses incurred by Elco on Elco's lands. The phrase "made or incurred in respect of a transaction or operation" modified "disbursement or expense" and seemed to add very little to the content of the latter.

The deductions unduly or artificially reduced income. Section 245 was not designed to disallow transactions or operations, but rather to deny them a tax consequence where income would be artificially reduced. Thus the central issue was the undue or artificial nature of the reduction of income, not the artificiality of the transaction. The deduction claim arose out of the seeding transaction which was not in accordance with normal business practice. That of itself was not determinative of the artificiality of the deduction, but it was relevant. The fact that the seeding transaction was incidental to the much larger transaction by which the taxpayer acquired a 50% interest in the Elk River coal joint venture was not relevant. Nor was the issue whether the seeding transaction was legally effective. It was. The crux of the matter was the artificiality of the deduction which was claimed solely in consequence of the seeding transaction.

It was not contradictory that subsection 245(1) could operate to disallow a deduction which the Act, as here, specifically authorized. It must be assumed that Parliament contemplated that deductions permitted under the criteria

l'œil, et que le paragraphe 245(1) de la Loi (opérations factices) ne s'applique pas.

*Arrêt* (avec avis dissident du juge McDonald, J.C.A.): l'appel doit être accueilli.

Le juge Strayer, J.C.A.: Pris littéralement, les termes sans équivoque des règles concernant les corporations remplaçantes permettent la déduction des sommes en cause. Lorsque le texte est clair, il doit prévaloir. Il n'y a pas eu trompe-l'œil en l'espèce: il s'agit d'opérations licites de cession et de rétrocession de parts de façon à rendre possible la demande de déduction de l'intimée.

Cependant, cette déduction a été rejetée en application de l'article 245, aux termes duquel «aucune déduction ne peut être faite à l'égard d'[in respect of] un débours fait ou d'une dépense faite ou engagée, relativement à une affaire ou opération qui, si elle était permise, réduirait indûment ou de façon factice le revenu». Dans *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, la Cour suprême a conclu que les mots «in respect of» (quant à) ont la portée la plus large possible. En l'espèce, la déduction avait son origine dans le débours fait ou la dépense engagée par le prédécesseur à l'égard des avoirs miniers Elco. L'article 245 n'exige pas que le débours ou la dépense ait été fait par le contribuable lui-même. Sa formulation est suffisamment générale pour couvrir les débours ou dépenses faits par Elco sur les avoirs miniers Elco. L'expression «faite ou engagée relativement à [in respect of] une affaire ou opération» qualifie les «débours ou dépense» et ne semble guère ajouter à leur contenu.

Les déductions en cause réduisent le revenu indûment ou de façon factice. L'article 245 ne vise pas à exclure des affaires ou opérations, mais à empêcher qu'elles aient pour conséquence fiscale la réduction factice du revenu. La question centrale est donc le caractère indu ou factice de la réduction du revenu, non pas le caractère factice de l'opération. En l'espèce, la déduction revendiquée découle de l'opération d'amorçage qui n'était pas conforme aux habitudes normales du commerce. Ce fait en soi ne constitue pas le facteur déterminant du caractère factice de la déduction, mais il doit certainement entrer en ligne de compte. Peu importe que l'opération d'amorçage soit un élément d'une opération bien plus importante, par laquelle la contribuable a acquis une participation de 50 % dans la coentreprise houillère d'Elk River. La question de savoir si elle est légalement valide ou non n'est pas non plus déterminante. Cette opération est légalement valide. Ce qui doit retenir notre attention, c'est le caractère factice de la déduction revendiquée au seul titre de l'opération d'amorçage.

Il n'est pas illogique que le paragraphe 245(1) puisse s'appliquer pour exclure une déduction que la Loi autorise expressément, comme c'est le cas en l'espèce. Il faut présumer que le législateur a prévu que des déductions

specified elsewhere in the Act could in some situations unduly or artificially reduce income, in which case they would be disallowed under subsection 245(1). The deductions, in the circumstances of the present case, were contrary to the object and spirit of the Act. The intention was to allow the purchaser of mining property to acquire along with that property (if the vendor so agrees) the benefit of unused tax pool deductions including CCEE and CCDE, available for use against income derived in the future from that property.

No public purpose would be served by allowing the deduction in the present case so as to allow the respondent to deduct, from future income from properties it previously owned, the expenses incurred in the past exploration and development of other newly acquired property which has produced nothing since its acquisition.

*Per* McDonald J.A. (*dissenting*): the appeal should be dismissed.

The Tax Court Judge did not err in concluding that Fording was permitted to deduct the CCDE and CCEE as it did. Fording freely admitted that the "seeding transaction" was entered into solely for tax purposes. That alone was not enough to invalidate the deductions to which it gave rise. As the Trial Judge said, a court should not excise a portion from a legitimate business agreement because it may have given rise to the kind of tax advantage the Minister later sought to have specifically prohibited by securing an amendment. There was nothing in the plain wording of the successor rules to prohibit what was done, nor did the respondent contravene the object and spirit of the Act. When the successor rules were amended in 1977 and in 1987, the Department fully understood the use of a seeding transaction as a tax planning strategy. Despite this awareness, when the amendments addressing the issue were finally introduced in 1987, they were not given retrospective effect. This was relevant, particularly when investigating the object and spirit of subsections 66.1(4) and 66.2(3).

There was no limitation on the amount of the interest a predecessor company was required to purchase in order for a successor company such as Fording to utilize the deductions as it did. The Court cannot and should not read in a threshold. Fording did not do anything that was not in keeping with either the plain wording or the object and spirit of the successor rules. An object and spirit analysis should not become a means by which every loophole or omission in the Act is rectified to the detriment of the taxpayer by a judiciary agreeable to the Minister's frequent argument that such an interpretation of the section could not have been what Parliament intended.

permisses selon les critères spécifiés par d'autres dispositions de la Loi pourraient, dans certains cas, réduire le revenu de façon induc ou factice, auxquels cas elles seraient rejetées en application du paragraphe 245(1). Eu égard aux circonstances de la cause, les déductions revendiquées en l'espèce s'opposent à l'objet et à l'esprit de la Loi. Les opérations en cause visaient à permettre à l'acheteur des avoirs miniers d'acquérir en même temps (si le vendeur y consent) le bénéfice des comptes fiscaux, y compris les FCEC et FCAC, non encore utilisés et à valoir sur le revenu à tirer à l'avenir des mêmes avoirs.

Ce serait contraire à l'intérêt public de permettre les déductions en cause de façon que l'intimée puisse déduire, du revenu à tirer à l'avenir de biens qui lui appartiennent déjà, des dépenses faites par le passé pour l'exploration et l'aménagement d'autres biens nouvellement acquis, lesquels n'ont rien produit depuis leur acquisition.

Le juge McDonald, J.C.A. (*dissent*): l'appel doit être rejeté.

Le juge de la Cour de l'impôt n'a pas commis une erreur en concluant que Fording avait le droit de déduire les FCEC et FCAC tels qu'elle les a revendiqués. Fording reconnaît sans difficulté que l'«opération d'amorçage» a été conclue uniquement à des fins fiscales. Ce fait seul ne suffit pas pour invalider les déductions auxquelles l'opération a donné lieu. Ainsi que l'a conclu le juge de première instance, il ne faut pas invalider un élément d'un accord commercial légitime du fait qu'il peut avoir donné lieu à l'avantage fiscal que le ministre a subséquentement cherché à faire interdire expressément au moyen de la modification du texte applicable. Rien dans les termes sans équivoque des règles concernant les corporations remplaçantes n'interdit ce qui a été fait en l'espèce, et l'intimée n'a enfreint ni l'objet ni l'esprit de la Loi. Lorsque ces règles furent modifiées en 1977 et en 1987, le Ministère avait parfaitement conscience du recours aux opérations d'amorçage à titre de stratégie de planification fiscale. N'empêche qu'au moment où les modifications en la matière furent finalement introduites en 1987, elles n'ont pas été rendues rétroactives. Voilà un facteur à prendre en considération, en particulier lorsqu'il s'agit d'examiner la question au regard des paragraphes 66.1(4) et 66.2(3).

Il n'y avait aucune restriction quant à l'ordre de grandeur de la participation qu'un prédécesseur devait acheter afin qu'une corporation remplaçante telle Fording puisse se prévaloir des déductions comme elle l'a fait en l'espèce. La Cour ne peut pas et ne doit pas conclure à l'existence d'un seuil minimum. Fording n'a rien fait qui ne soit pas conforme aux termes clairs ou à l'objet ou l'esprit des règles concernant les corporations remplaçantes. Il ne faut pas faire de l'analyse de l'objet et de l'esprit d'un texte de loi, un moyen de combler toute lacune ou omission de la Loi au détriment du contribuable et dans le sens de l'argument fréquemment avancé par le ministre, savoir que pareille

Subsection 245(1) did not apply to the present case as there was no disbursement or expense made or incurred from which a deduction was claimed. The "transaction or operation" attacked as artificial was the seeding transaction. However, the expenses and disbursements comprising the CCDE and CCEE were not "made or incurred in respect of" the seeding transaction. And since the transaction was found to be within the object and spirit of the successor rules, it could not be said to be artificial and disallowed by subsection 245(1). If a section creates a complex means by which a taxpayer can receive a specific benefit, and if the taxpayer's actions in so doing have been found to be in keeping with both the plain meaning and the object and spirit of the relevant sections, then subsection 245(1) cannot operate to disallow the deductions which arose.

interprétation de la disposition en question ne pourrait être conforme à la volonté du législateur.

Le paragraphe 245(1) ne s'applique pas en l'espèce car il n'y a eu aucun débours ou aucune dépense faits ou engagés à l'égard desquels une déduction a été revendiquée. L'«affaire ou l'opération» qualifiée de factice est l'opération d'amorçage. Cependant, les dépenses et débours constituant les FCAC et FCEC n'ont pas été «faits ou engagés relativement à» l'opération d'amorçage. Et puisque cette opération a été jugée conforme à l'objet et à l'esprit des règles concernant les corporations remplaçantes, elle ne saurait être jugée factice et exclue par le paragraphe 245(1). Si une disposition établit un régime complexe dont le contribuable puisse se prévaloir pour recevoir un avantage spécifique, et ce, de manière jugée conforme aux termes clairs comme à l'objet et l'esprit des dispositions applicables, le paragraphe 245(1) ne s'applique pas pour exclure les déductions en qui découlent.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 324.  
*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 66.1(4) (as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 36; S.C. 1977-78, c. 1, s. 30; 1984, c. 1, s. 28), 66.2(3) (as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 36; S.C. 1977-78, c. 1, s. 31; 1979, c. 5, s. 21; 1980-81-82-83, c. 48, s. 35; 1984, c. 1, s. 29), 66.7(3) (as enacted by S.C. 1987, c. 46, s. 23), 66.7(4) (as enacted *idem*), 245(1).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41; *Canada v. Irving Oil Ltd.*, [1991] 1 C.T.C. 350; (1991), 91 DTC 5106; 126 N.R. 47 (F.C.A.); *Shulman, Isaac v. Minister of National Revenue*, [1961] Ex. C.R. 410; [1961] CTC 385; (1960), 61 DTC 1213; *Fell (D) Ltd et al v The Queen*, [1981] CTC 363; (1981), 81 DTC 5282 (F.C.T.D.); *Consolidated-Bathurst Ltd. v. Canada*, [1987] 2 F.C. 3; [1987] 1 C.T.C. 55; (1986), 87 DTC 5001; 72 N.R. 147 (C.A.).

##### DISTINGUISHED:

*R v Alberta and Southern Gas Co Ltd*, [1977] CTC 388; (1977), DTC 5244 (F.C.A.).

##### CONSIDERED:

*Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 66.1(4) (édicte par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 36; S.C. 1977-78, ch. 1, art. 30; 1984, ch. 1, art. 28), 66.2(3) (édicte par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 36; S.C. 1977-78, ch. 1, art. 31; 1979, ch. 5, art. 21; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 35; 1984, ch. 1, art. 29), 66.7(3) (édicte par S.C. 1987, ch. 46, art. 23), 66.7(4) (édicte, *idem*), 245(1).  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règle 324.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41; *Canada c. Irving Oil Ltd.*, [1991] 1 C.T.C. 350; (1991), 91 DTC 5106; 126 N.R. 47 (C.A.F.); *Shulman, Isaac v. Minister of National Revenue*, [1961] R.C.É. 410; [1961] CTC 385; (1960), 61 DTC 1213; *Fell (D) Ltd et al c La Reine*, [1981] CTC 363; (1981), 81 DTC 5282 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Consolidated-Bathurst Ltd. c. Canada*, [1987] 2 C.F. 3; [1987] 1 C.T.C. 55; (1986), 87 DTC 5001; 72 N.R. 147 (C.A.).

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*R c Alberta and Southern Gas Co Ltd*, [1977] CTC 388; (1977), DTC 5244 (C.A.F.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84

DTC 6305; 53 N.R. 241; *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3; (1994), 63 Q.A.C. 161; 95 DTC 5017; 171 N.R. 161; *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312; [1994] 2 C.T.C. 25; (1994), 94 DTC 6314; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; [1995] 2 C.T.C. 369; (1995), 95 DTC 5551 (S.C.C.); *Mattabi Mines Ltd. v. Ontario (Minister of Revenue)*, [1988] 2 S.C.R. 175; (1988), 53 D.L.R. (4th) 656; [1988] 2 C.T.C. 294; 87 N.R. 300; 29 O.A.C. 268; *Canterra Energy Ltd. v. The Queen*, [1987] 1 C.T.C. 89; (1986), 87 DTC 5019; 71 N.R. 394 (F.C.A.); *Canada v. Mara Properties Ltd.*, [1995] 2 F.C. 433; [1995] 2 C.T.C. 86; (1995), 95 DTC 5168; 179 N.R. 363 (C.A.); *Mark Resources Inc. v. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 2259; (1993), 93 DTC 1004 (T.C.C.); *Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of)*, [1936] A.C. 1 (H.L.).

a

b

c

## REFERRED TO:

*R v Esskay Farms Ltd.*, [1976] CTC 24; (1975), 76 DTC 6010 (F.C.T.D.); *McKee (G) v The Queen*, [1977] CTC 491; (1977), 77 DTC 5345 (F.C.T.D.); *Harris v. Minister of National Revenue*, [1966] S.C.R. 489; (1966), 57 D.L.R. (2d) 403; [1966] CTC 226; 66 DTC 5189.

d

e

APPEAL from a decision of the Tax Court of Canada (*Fording Coal Ltd. v. Canada*, [1995] 1 C.T.C. 2734; (1994), 95 DTC 571 (T.C.C.)) allowing an appeal from a decision of the Minister of National Revenue disallowing a deduction of cumulative Canadian exploration expense and cumulative Canadian development expense claimed under subsections 66.1(4) and 66.2(3) of the *Income Tax Act* on the basis that the seeding transaction which permitted it fell within the ambit of section 245 of the Act. Appeal allowed.

f

g

## COUNSEL:

*Roger E. Taylor and Kathleen T. Lyons* for appellant.  
*Warren J. A. Mitchell, Q.C., Karen R. Sharlow and James H. G. Roche* for respondent.

h

i

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Thorsteinssons, Vancouver*, for respondent.

j

DTC 6305; 53 N.R. 241; *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3; (1994), 63 Q.A.C. 161; 95 DTC 5017; 171 N.R. 161; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312; [1994] 2 C.T.C. 25; (1994), 94 DTC 6314; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; [1995] 2 C.T.C. 369; (1995), 95 DTC 5551; *Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Ministre du Revenu)*, [1988] 2 R.C.S. 175; (1988), 53 D.L.R. (4th) 656; [1988] 2 C.T.C. 294; 87 N.R. 300; 29 O.A.C. 268; *Canterra Energy Ltd. c. La Reine*, [1987] 1 C.T.C. 89; (1986), 87 DTC 5019; 71 N.R. 394 (C.A.F.); *Canada c. Mara Properties Ltd.*, [1995] 2 C.F. 433; [1995] 2 C.T.C. 86; (1995), 95 DTC 5168; 179 N.R. 363 (C.A.); *Mark Resources Inc. c. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 2259; (1993), 93 DTC 1004 (C.C.I.); *Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of)*, [1936] A.C. 1 (H.L.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*R c Esskay Farms Ltd.*, [1976] CTC 24; (1975), 76 DTC 6010 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *McKee (G) c La Reine*, [1977] CTC 491; (1977), 77 DTC 5345 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Harris v. Minister of National Revenue*, [1966] R.C.S. 489; (1966), 57 D.L.R. (2d) 403; [1966] CTC 226; 66 DTC 5189.

APPEL contre la décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt (*Fording Coal Ltd. c. Canada*, [1995] 1 C.T.C. 2734; (1994), 95 DTC 571 (C.C.I.)) a fait droit à l'appel interjeté de la décision du ministre du Revenu national qui a rejeté la déduction, revendiquée en application des paragraphes 66.1(4) et 66.2(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, de frais cumulatifs d'exploration et d'aménagement au Canada, par ce motif que l'opération d'amorçage qui y a donné lieu tombe sous le coup de l'article 245 de la Loi. Appel accueilli.

## AVOCATS:

*Roger E. Taylor et Kathleen T. Lyons* pour l'appelante.  
*Warren J. A. Mitchell, c.r., Karen R. Sharlow et James H. G. Roche* pour l'intimée.

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelante.  
*Thorsteinssons, Vancouver*, pour l'intimée.

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

STRAYER J.A.: I have read the reasons of my colleague McDonald J.A. I agree with his statement of the facts. As will be seen in the following analysis I also agree with him that the deductions in question are permitted by the literal meaning of subsections 66.1(4) [as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 36; S.C. 1977-78, c. 1, s. 30; 1984, c. 1, s. 28] and 66.2(3) [as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 36; S.C. 1977-78, c. 1, s. 31; 1979, c. 5, s. 21; 1980-81-82-83, c. 48, s. 35; 1984, c. 1, s. 29] of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63] and that *prima facie* this literal interpretation should be applied. I respectfully disagree with him, however, with respect to the object and spirit of those deduction provisions, the interpretation of subsection 245(1), and the implications of the object and spirit of the deduction provisions for the application of that subsection.

I will deal with the three issues raised by the appellant as set out in the reasons of McDonald J.A.

Is the seeding transaction contrary to the object and spirit of the successor rules?

As described by the appellant, this issue really implies that the object and spirit of legislation should always be determinative of its application. I understand the appellant's argument to be that if the successor rules are interpreted correctly according to their object and spirit, they do not permit the deduction, from the successor's future income from property already owned by it, of expenses incurred by the predecessor prior to sale on other property which was the subject of the sale. I agree with the learned Trial Judge [[1995] 1 C.T.C. 2734 (T.C.C.)] and McDonald J.A. that the literal and plain meaning of subsections 66.1(4) and 66.2(3) permits the deduction of these amounts. I do not understand the leading authorities on the interpretation of taxing statutes such as *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*<sup>1</sup> and *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*,<sup>2</sup>

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

LE JUGE STRAYER, J.C.A.: J'ai lu les motifs prononcés par mon collègue le juge McDonald, et partage sa recension des faits. Ainsi qu'il ressortira de l'analyse qui suit, je conviens aussi avec lui que les déductions en cause sont admissibles par interprétation littérale des paragraphes 66.1(4) [édicte par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 36; S.C. 1977-78, ch. 1, art. 30; 1984, ch. 1, art. 28] et 66.2(3) [édicte par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 36; S.C. 1977-78, ch. 1, art. 31; 1979, ch. 5, art. 21; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 35; 1984, ch. 1, art. 29] de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63] et que, sauf preuve du contraire, cette interprétation littérale doit prévaloir. Je ne partage cependant pas ses conclusions relatives à l'objet et l'esprit de ces dispositions portant déductibilité, à l'interprétation du paragraphe 245(1), et aux conséquences de l'objet et l'esprit de celles-là sur l'application de celui-ci.

J'examinerai successivement les trois questions soulevées par l'appelante, telles qu'en font état les motifs prononcés par le juge McDonald.

L'opération d'amorçage va-t-elle à l'encontre de l'objet et de l'esprit des règles concernant les corporations remplaçantes?

Selon l'appelante, cette question sous-entend en fait que l'objet et l'esprit du texte de loi doivent toujours en déterminer l'application. Elle soutient que si les dispositions concernant les corporations remplaçantes sont interprétées conformément à leur objet et à leur esprit, elles ne permettent pas de déduire, du revenu que la corporation remplaçante tirera à l'avenir d'un bien dont elle a déjà été la propriétaire, des dépenses faites avant la vente par le prédécesseur à l'égard d'autres biens compris dans cette vente. Je conviens avec le juge de première instance [[1995] 1 C.T.C. 2734 (C.C.I.)] et le juge McDonald que pris littéralement, les termes sans équivoque des paragraphes 66.1(4) et 66.2(3) permettent la déduction des sommes en cause. Si elle prescrit une interprétation téléologique des lois fiscales, la jurisprudence applicable en la matière, que représentent les décisions *Stubart Invest-*

although they call for a teleological approach to the interpretation of such statutes, to direct that the object and spirit of the Act are to govern even where the words are clear but not in accord with such object and spirit.<sup>3</sup> Where the words are clear they must prevail, subject to other provisions of the Act to be discussed later.

Further, I agree with the learned Trial Judge and McDonald J.A. that there was no sham here: these were legal transactions which had the effect of transferring and retransferring interests so as to make possible the claim by the respondent for the deductions.

Although I find, for reasons to be discussed later, that such a deduction in these circumstances is contrary to the object and spirit of the sections in question and of the Act, I do not consider this to be a justification for treating the "seeding transaction" as of no effect for the purposes of subsections 66.1(4) and 66.2(3). (I believe however, it may be relevant to the application of subsection 245(1), with which I will deal below.) I would note, in passing, that I do not seek to apply the general statement of Estey J. in the *Stuart* case where he stated that:

... the formal validity of the transaction may also be insufficient where ...

(c) "the object and spirit" of the allowance or benefit provision is defeated by the procedures blatantly adopted by the taxpayer to synthesize a loss, delay or other tax saving device ...<sup>4</sup>

It is apparent from the context that he is there speaking of situations where section 245 or its predecessor would not apply. I must confess to some uncertainty as to what he meant by "formal validity" of the transaction. I note that in *Mattabi Mines Ltd. v. Ontario (Minister of Revenue)*<sup>5</sup> the Supreme Court itself seems to have drawn back from giving effect to this particular "guideline" where the transaction was in accordance with the clear meaning of the legislative provisions in issue, notwithstanding the argument that the object and spirit of the legislation might be differ-

*ments Ltd. c. La Reine*<sup>1</sup> et *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*<sup>2</sup>, ne pose pas que l'objet et l'esprit de la loi doivent primer dans les cas mêmes où le texte est clair mais ne leur est pas conforme<sup>3</sup>. Lorsque le texte est clair, il doit prévaloir, sous réserve d'autres dispositions de la Loi que nous verrons autre part.

En outre, je conviens avec le juge de première instance et avec le juge McDonald qu'il n'y a pas eu trompe-l'œil en l'espèce: il s'agit d'opérations licites de cession et de rétrocession de parts de façon à rendre possible la demande de déduction de l'intimée.

Bien que, par les motifs pris autre part, je conclue que cette déduction est, dans les circonstances de la cause, contraire à l'objet et à l'esprit des dispositions en question, cette conclusion ne justifie pas de considérer l'«opération d'amorçage» comme nulle et non avenue au regard des paragraphes 66.1(4) et 66.2(3). (Je pense cependant qu'elle peut tomber sous le coup du paragraphe 245(1), ce que nous verrons plus loin.) Je ferais remarquer en passant que je ne chercherai pas à appliquer la règle générale dégagée par le juge Estey dans l'arrêt *Stuart* en ces termes:

... la validité de l'opération quant à la forme peut également être insuffisante lorsque ...

c) «l'objet et l'esprit» de la disposition qui accorde la déduction ou l'avantage sont mis en échec par le processus manifestement adopté par le contribuable pour créer une perte, un report ou tout autre mécanisme d'évitement de l'impôt ...<sup>4</sup>

Il ressort du contexte que ce passage vise les cas où l'article 245 ou son prédécesseur ne s'appliquait pas. Je dois avouer ne pas être trop certain de ce qu'il voulait dire par la «validité quant à la forme» de l'opération. Il y a lieu de noter que dans *Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Ministre du Revenu)*<sup>5</sup>, la Cour suprême elle-même semblait se garder de donner effet à cette règle du moment que l'opération était conforme au libellé sans équivoque du texte de loi applicable, quand bien même l'objet et l'esprit pourraient être tout autres. Quoi qu'il en soit, je conclus, par les

ent. In any event, as I will next discuss, I find the deduction here to fall within subsection 245(1) and therefore the quoted passage is not directly relevant.

Were the CCEE [cumulative Canadian exploration expense] and CCDE [cumulative Canadian development expense] “disbursements or expenses” within subsection 245(1)?

At the time in question subsection 245(1) provided as follows:

245. (1) In computing income for the purposes of this Act, no deduction may be made in respect of a disbursement or expense made or incurred in respect of a transaction or operation that, if allowed, would unduly or artificially reduce the income.

If I understand the Trial Judge correctly, he concluded that because the respondent was seeking to make deductions, not because of expenses it had incurred but because of expenses incurred by its predecessor, there was no “disbursement or expense” being claimed by the respondent within the meaning of subsection 245(1). While the main reason appears to be that the expenses were incurred by a party other than the taxpayer, it may be surmised from jurisprudence cited by the Trial Judge that he regarded such a deduction when used by the successor to be in the nature of an allowance rather than representing a “disbursement or expense”. He cited some jurisprudence of the Federal Court Trial Division of the 1970’s in support of a strict interpretation of the words “disbursement or expense”.<sup>6</sup> Those cases were decided prior to the decision of the Supreme Court of Canada in *Nowegijick v. The Queen*<sup>7</sup> where the Court had this to say concerning the meaning of the phrase “in respect of”.

The words “in respect of” are, in my opinion, words of the widest possible scope. They import such meanings as “in relation to”, “with reference to” or “in connection with”. The phrase “in respect of” is probably the widest of any expression intended to convey some connection between two related subject matters.<sup>8</sup>

In that case the Court held that section 87 of the *Indian Act* [R.S.C. 1970, c. I-6] which provided that “no Indian or band is subject to taxation in respect of

motifs qui suivent, que la déduction qui nous occupe en l’espèce tombe sous le coup du paragraphe 245(1) et que, de ce fait, le passage cité ci-dessus n’est pas directement applicable.

<sup>a</sup> Les FCEC [frais cumulatifs d’exploration au Canada] et FCAC [frais cumulatifs d’aménagement au Canada] sont-ils un «débours ou dépense» au sens du paragraphe 245(1)?

<sup>b</sup> À l’époque considérée, le paragraphe 245(1) prévoyait ce qui suit:

245. (1) Dans le calcul du revenu aux fins de la présente loi, aucune déduction ne peut être faite à l’égard d’un débours fait ou d’une dépense faite ou engagée, relativement à une affaire ou opération qui, si elle était permise, réduirait indûment ou de façon factice le revenu.

<sup>d</sup> Si je le comprends bien, le juge de première instance a conclu que, l’intimée ayant fondé ses déductions non pas sur des dépenses qu’elle aurait faites mais sur les dépenses de son prédécesseur, elle ne s’est prévaluée d’aucun «débours ou dépense» au sens du paragraphe 245(1). Le principal motif pris était que les dépenses en question avaient été faites par quelqu’un d’autre que le contribuable, mais on peut déduire de la jurisprudence citée par le juge de première instance qu’à son sens, pareille déduction de la part de la corporation remplaçante représentait un dégrèvement plutôt qu’un «débours ou dépense». Il a cité certaines décisions rendues au cours des années 1970 par la Section de première instance de la Cour fédérale à l’appui d’une interprétation restrictive des mots «débours ou dépense»<sup>6</sup>. Ces décisions étaient antérieures à la décision *Nowegijick c. La Reine*<sup>7</sup>, où la Cour suprême du Canada a tiré la conclusion suivante au sujet des mots «quant à» (en anglais «*in respect of*»):

À mon avis, les mots «quant à» ont la portée la plus large possible. Ils signifient, entre autres, «concernant», «relativement à» ou «par rapport à». Parmi toutes les expressions qui servent à exprimer un lien quelconque entre deux sujets connexes, c’est probablement l’expression «quant à» qui est la plus large<sup>8</sup>.

Dans cette affaire, la Cour a jugé que l’article 87 de la *Loi sur les Indiens* [S.R.C. 1970, ch. I-6], aux termes duquel «nul Indien ou bande n’est assujéti à

the ownership . . . of any property” was broad enough to exempt taxable income of an Indian living on a reserve. Although taxable income is an artificial concept requiring calculations imposed by the *Income Tax Act*, such income would ultimately be derived from wages (i.e. personal property) and thus income tax was taxation “in respect of” personal property, a tax from which the appellant in that case was exempted by section 87.

The term “in respect of” appears twice in subsection 245(1). The deduction in question must be made “in respect of a disbursement or expense”. The deduction in this case surely had its origin in the disbursement or expense made or incurred by the predecessor company in respect of the Elco lands. The section does not require that a disbursement or expense have been made or incurred by the taxpayer in question. Using some of the similes of “in respect of” employed by the Supreme Court in *Nowegijick* I find it hard to see why the deductions claimed by the respondent in the present case were not made “with reference to” or “in connection with” the disbursements or expenses incurred by Elco on Elco’s lands even if in the books of the respondent this deduction might be regarded as an allowance.

For subsection 245(1) to apply the disbursement or expense on which the deduction is based must also be “made or incurred in respect of a transaction or operation”. The phrase “made or incurred in respect of a transaction or operation” modifies “disbursement or expense” and seems to add very little to the content of the latter. The disbursements or expenses here were made or incurred by Elco in respect of the operation of its mining lands and I see no need to consider this further.

Did these deductions unduly or artificially reduce income?

Notwithstanding its marginal note “Artificial transactions”, subsection 245(1) is directed to a “deduction . . . that, if allowed, would unduly or artificially reduce

une taxation concernant la propriété . . . d’un bien» était suffisamment large pour exempter le revenu imposable d’un Indien habitant une réserve. Bien que le revenu imposable soit un concept artificiel nécessitant les calculs prescrits par la *Loi de l’impôt sur le revenu*, il est en dernière analyse tiré des salaires (c’est-à-dire des biens personnels); comme l’impôt sur le revenu est un impôt «concernant» (en anglais «*in respect of*») des biens personnels, l’appelant était exempté par application de l’article 87 dans cette affaire.

La locution prépositive «*in respect of*» apparaît deux fois dans le paragraphe 245(1). La déduction en question doit être faite «relativement à un débours ou une dépense». En l’espèce, la déduction avait certainement son origine dans le débours fait ou la dépense engagée par le prédécesseur à l’égard des avoirs miniers Elco. Cette disposition n’exige pas que le débours ou la dépense ait été fait par le contribuable lui-même. Si on transpose en l’espèce les équivalents de «*in respect of*» qu’a mentionnés la Cour suprême dans *Nowegijick*, je vois mal pourquoi les déductions faites par l’intimée en l’espèce ne l’auraient pas été «relativement» ou «par rapport» aux débours ou dépenses faits par Elco sur les avoirs miniers Elco même si dans les livres de l’intimée, cette déduction pourrait être considérée comme un dégrèvement.

Le paragraphe 245(1) ne s’applique que si le débours ou la dépense, sur lequel le contribuable fonde la déduction, a été «faite ou engagée, relativement à une affaire ou opération». L’expression «faite ou engagée, relativement à une affaire ou opération» qualifie les «débours ou dépense» et ne semble guère ajouter à leur contenu. En l’espèce, les débours ou dépenses ont été faits ou engagés par Elco relativement à l’exploitation de ses avoirs miniers et je ne vois pas la nécessité de m’étendre plus longuement sur cette question.

Ces déductions ont-elles réduit le revenu indûment ou de façon factice?

Bien que l’indication marginale porte «Opérations factices», le paragraphe 245(1) vise la «déduction . . . qui, si elle était permise, réduirait indûment ou de

the income". The word "artificially" is an adverb modifying "reduce", a verb whose subject is "deduction". "Allowed" also modifies "deduction" and not "transaction" or "operation": the section is not designed to disallow transactions or operations, but rather to deny them a tax consequence where income would be artificially or unduly reduced.<sup>9</sup> Thus the central issue is the undue or artificial nature of the reduction of income, not the artificiality of the transaction in question.

It has been held that one indicator that a deduction artificially reduces income is that it is based on a transaction or arrangement which is not in accordance with normal business practice.<sup>10</sup> In the present case the deduction claim arises out of the seeding transaction which in my view was not in accordance with normal business practice. It should first be noted that the respondent admits that there was no *bona fide* business purpose for this transaction unrelated to tax avoidance. That of itself is not determinative of the artificiality of the deduction, but is certainly relevant. In *Stubart*<sup>11</sup> Estey J. specifically stated in *obiter* that, where a transaction has no *bona fide* business purpose, then subsection 245(1) "may be found to be applicable depending upon all the circumstances of the case". (Subsection 245(1) had no application in that case because the Crown had not invoked it.) The circumstances here underline the abnormality of the seeding transaction. It consisted of the respondent selling a minute interest (.001%) in the Fording mine to Elco for \$10,000, with an irrevocable option to repurchase. It is clear from the circumstances that both parties intended this interest to be repurchased very soon, as it was within 28 days. The only advantage to Elco in the seeding transaction was that it received a royalty of \$116.49 in respect of minerals produced from the Fording mine during that period. It is difficult to see in this an arrangement in accordance with normal business practice. What is apparent is that by the temporary sale of this minute interest the respondent sought to deduct, from its income from the Fording River coal mine, over \$13,000,000 of expenses incurred by Elco on Elco lands prior to their acquisition by the respondent.

façon factice le revenu». Les mots «de façon factice» sont le complément circonstanciel de manière du verbe «réduirait» dont le sujet est «déduction». Le mot «permise» se rapporte également à «déduction», et non pas à «affaire» ou «opération»: cette disposition ne vise pas à exclure des affaires ou opérations, mais à empêcher qu'elles aient pour conséquence fiscale la réduction factice ou indue du revenu<sup>9</sup>. La question centrale est donc le caractère indu ou factice de la réduction du revenu, non pas le caractère factice de l'opération en question.

Il a été jugé qu'une déduction qui réduit le revenu de façon factice peut être reconnue par le fait qu'elle est fondée sur une opération ou convention échappant aux habitudes normales du commerce<sup>10</sup>. En l'espèce, la déduction revendiquée découle de l'opération d'amorçage qui, à mon avis, n'était pas conforme aux habitudes normales du commerce. Il y a lieu de noter en tout premier lieu que l'intimée reconnaît que l'opération en question n'avait pas un objet commercial véritable sans rapport avec l'évitement fiscal. Ce fait en soi ne constitue pas le facteur déterminant du caractère factice de la déduction, mais il doit certainement entrer en ligne de compte. Dans *Stubart*<sup>11</sup>, le juge Estey a souligné, dans une observation incidente, que si l'opération n'avait aucun objet commercial véritable, la disposition qui tenait lieu à l'époque du paragraphe 245(1) «peut s'appliquer, mais il faut tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce». (Le paragraphe 245(1) n'avait pas application dans cette affaire parce que la Couronne ne l'avait pas invoqué.) En l'espèce, les circonstances font ressortir l'anomalie de l'opération d'amorçage. Par cette opération, l'intimée vendait à Elco une participation minimale (0,001 p. 100) dans la mine de Fording River pour 10 000 \$, avec option irrévocable de rachat. On voit bien que dans l'esprit de l'une et l'autre parties, cette participation devait être rachetée à bref délai, et elle l'a été au bout de 28 jours. Le seul avantage tiré par Elco de l'opération d'amorçage consistait en une redevance de 116,49 \$ sur la houille produite par la mine de Fording River durant cette période. Il est difficile d'y voir une convention conforme aux habitudes normales du commerce. Ce qui est manifeste, c'est que par la vente temporaire de cette participation minimale, l'intimée a cherché à déduire du revenu qu'elle tirait de la houillère de Fording River, plus de 13 000 000 \$ de

The learned Trial Judge gave some emphasis to the need to treat the seeding transaction as only incidental to the much larger transaction by which the respondent acquired a 50% interest in the Elk River coal joint venture. I am not persuaded that this is necessary. As noted above, what we must focus on is the artificiality of the deduction which is claimed solely in consequence of the seeding transaction. Were it not for the seeding transaction the purchase of the 50% interest in the joint venture would not be before the Court. I believe that the learned Trial Judge became preoccupied with this issue because in part he focussed on whether the seeding transaction was a legally effective one. While that might be relevant to the question of sham, it is not determinative of the application of subsection 245(1) which looks primarily to the artificiality of the deduction which in turn may be affected by the nature of the transaction out of which it arises. One does not reach subsection 245(1) if the transaction itself is a sham: this subsection applies where, notwithstanding the genuineness of the legal relationships established by the taxpayer, a deduction based on such a transaction would unduly or artificially reduce income.<sup>12</sup>

It was argued by the respondent, however, that subsection 245(1) could not operate to disallow a deduction which the Act, as here, specifically authorizes.

In response to this I would first observe that if subsection 245(1) has no application to deductions otherwise permitted by the Act then I can see no purpose or effect for this subsection. Nor should it be seen as a general provision which must be considered overridden by "special" provisions which permit deductions in certain circumstances. The Act must be read as a whole. It must be assumed that Parliament contemplated that deductions permitted under the criteria specified elsewhere in the Act could in some situations unduly or artificially reduce income, in which case they would be disallowed under subsection 245(1). There are certainly *obiter dicta* in the Supreme Court of Canada<sup>13</sup> and in this Court<sup>14</sup> to this effect.

dépenses faites par Elco sur les avoirs miniers Elco avant leur acquisition par l'intimée.

Le juge de première instance a invoqué la nécessité de voir dans l'opération d'amorçage juste un élément d'une opération bien plus importante, par laquelle l'intimée a acquis une participation de 50 p. 100 dans la co-entreprise houillère d'Elk River. Je ne suis pas persuadé que ce soit nécessaire. Comme noté *supra*, ce qui doit retenir notre attention, c'est le caractère factice de la déduction revendiquée au seul titre de l'opération d'amorçage. N'eût été cette dernière, la Cour n'aurait pas eu à connaître de l'acquisition de la participation de 50 p. 100. Je pense que l'opération d'amorçage a retenu l'attention du juge de première instance en partie parce qu'il a tenu à savoir si elle était légalement valide. Bien que cette question puisse présenter un intérêt quand il s'agit de savoir s'il y a trompe-l'œil, elle n'est pas déterminante pour ce qui est de l'application du paragraphe 245(1), qui porte au premier chef sur le caractère factice de la déduction, lequel peut être fonction de la nature de l'opération qui est à l'origine de cette déduction. Ce paragraphe n'entre pas en jeu si l'opération elle-même est factice; il s'applique dans le cas où, malgré l'authenticité des rapports de droit établis par le contribuable, une déduction faite au titre de pareille opération réduirait le revenu de façon indue ou factice<sup>12</sup>.

L'intimée soutient cependant que le paragraphe 245(1) ne saurait s'appliquer pour exclure une déduction que la Loi autorise expressément, comme c'est le cas en l'espèce.

En réponse, je tiens à faire observer en premier lieu que si le paragraphe 245(1) ne s'applique pas aux déductions permises à d'autres égards par la Loi, je ne vois pas à quoi il peut bien servir. Il ne faut pas non plus y voir une disposition générale qui doit être considérée comme primée par des dispositions «spéciales» qui permettent la déduction dans certains cas. La Loi doit être envisagée comme un tout. Il faut présumer que le législateur a prévu que des déductions permises selon les critères spécifiés par d'autres dispositions de la Loi pourraient, dans certains cas, réduire le revenu de façon indue ou factice, auxquels cas elles seraient rejetées en application du paragraphe 245(1). Il y a certainement des observations incidentes

Further, in the *Alberta and Southern Gas Co* case<sup>15</sup> Jackett C.J. looked to the object and spirit of the section permitting the deduction as a test of whether the deduction claimed would unduly or artificially reduce income. In that case he found the deduction to be within that object and spirit and therefore not to reduce income artificially. But I find that the deductions in the circumstances of the present case were contrary to the object and spirit of the Act. I do not understand the respondent to argue otherwise. The respondent simply relies on the literal interpretation of the Act as supporting its deductions. No one has suggested a rational legislative purpose which would be served by permitting the deductions in this case. I believe that the appellant has correctly described that intention as being to allow the purchaser of mining property to acquire along with that property (if the vendor so agrees) the benefit of unused tax pool deductions including CCEE and CCDE, available for use against income derived in the future from that property. There is eminent sense in encouraging: firstly, the initial investment through making expenses potentially deductible, with added value to the property by making those expense pools transferable to a purchaser; and secondly, the further development and putting into production of that same mining property by one who takes it over. But I can imagine no public purpose, nor has any been suggested, which would be served by allowing the deduction in the present case so as to allow the respondent to deduct, from future income from properties it previously owned, the expenses incurred in the past exploration and development of other newly acquired property which has produced nothing since its acquisition. In my view, these deductions being contrary to the object and spirit of the sections which nevertheless permit them, they may be seen as artificially reducing income.<sup>16</sup>

### Conclusion

I would therefore allow the appeal with costs. As it appears that the judgment appealed from was in part consented to with respect to certain matters in issue

faites par la Cour suprême du Canada<sup>13</sup> et par cette Cour<sup>14</sup> dans ce sens.

Qui plus est, dans *Alberta and Southern Gas Co*<sup>15</sup>, le juge en chef Jackett a vu dans l'objet et l'esprit de la disposition permettant la déduction, le critère à appliquer pour juger si la déduction revendiquée réduirait le revenu de façon indue ou factice. Dans cette affaire, il a conclu que la déduction en cause était conforme à l'objet et à l'esprit de l'article en question et, de ce fait, ne réduisait pas le revenu de façon factice. Par contre, je trouve qu'eu égard aux circonstances de la cause, les déductions revendiquées en l'espèce s'opposent vraiment à l'objet et à l'esprit de la Loi. L'intimée ne dit pas le contraire. Elle se contente de faire valoir l'interprétation littérale de la Loi à l'appui de ses déductions. Personne n'a pu dire quel objectif législatif rationnel serait atteint si on permettait les déductions en question. L'appelante a raison de dire que les opérations en cause visaient à permettre à l'acheteur des avoirs miniers d'acquérir en même temps (si le vendeur y consent) le bénéfice des comptes fiscaux, y compris les FCEC et FCAC, non encore utilisés et à valoir sur le revenu à tirer à l'avenir des mêmes avoirs. Il est éminemment logique d'encourager: d'abord l'investissement initial en prévoyant la déductibilité des dépenses, ce qui ajoute à la valeur du bien en rendant ces comptes fiscaux transférables à l'acheteur; puis l'aménagement et la mise en production du même bien minier par celui-ci qui en a fait l'acquisition. Mais je ne peux voir, et personne n'a pu me dire, quel intérêt public serait servi si on permettait les déductions en cause de façon que l'intimée puisse déduire, du revenu à tirer à l'avenir de biens qui lui ont appartenu, des dépenses faites par le passé pour l'exploration et l'aménagement d'autres biens nouvellement acquis, lesquels n'ont rien produit depuis leur acquisition. À mon avis, ces déductions étant contraires à l'objet et à l'esprit des dispositions qui les permettent quand même, on peut conclure qu'elles réduisent le revenu de façon factice<sup>16</sup>.

### Conclusion

Par ces motifs, j'accueillerais l'appel avec dépens. Comme les parties ont acquiescé en partie au jugement dont appel, j'estime qu'il y a lieu pour elles

between the parties I believe they should assist the Court in drafting the judgment of this Court. I therefore request the appellant to prepare a draft of the formal judgment to be submitted, on consent of the respondent as to form if possible, to the Court for approval. If agreement cannot be reached between the parties the appellant will have to move for judgment, preferably under Rule 324 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663].

DÉCARY J.A.: I concur.

\* \* \*

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

MCDONALD J.A. (*dissenting*): This is an appeal from a decision of the Tax Court of Canada in which the appeal by the respondent, Fording Coal Limited (Fording) from a reassessment of its 1985 through 1990 tax years was allowed.

## BACKGROUND

By an agreement dated December 2, 1985, Elco Mining Limited (Elco) purchased from Fording an interest in the Fording River coal mine, which entitled Elco to take in kind and separately dispose of coal equivalent in value to its .001% interest in that mine. In an agreement dated December 30, 1985, Fording purchased all or substantially all of Elco's "Canadian resource properties" which included both a 50% interest in the joint venture property known as the Elk River coal joint venture (an aspect the parties had been negotiating for some months) and Elco's recently purchased .001% interest in the Fording coal mine. Elco had accumulated both cumulative Canadian exploration expense (CCEE) in the amount of \$7,277,134 and cumulative Canadian development expense (CCDE) equalling \$6,642,581. These cumulative accounts are referred to as "tax pools". Fording and Elco then jointly elected under subsections 66.1(4) and 66.2(3) of the *Income Tax Act*,<sup>17</sup> thereby making Fording a "successor corporation". As a successor

d'aider la Cour à formuler sa décision. Je demande donc à l'appelante de préparer et de soumettre à l'approbation de la Cour le projet de dispositif de jugement, si possible avec le consentement de l'intimée quant à la forme. Faute d'accord entre les parties, l'appelante aura à introduire une requête en jugement, préférablement sous le régime de la Règle 324 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663].

b

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

\* \* \*

c

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

LE JUGE MCDONALD, J.C.A. (*dissentant*) Il y a en l'espèce appel contre la décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a fait droit à l'appel formé par l'intimée, Fording Coal Limited (Fording), contre une nouvelle cotisation de ses années d'imposition 1985 à 1990.

## LES FAITS DE LA CAUSE

Par accord en date du 2 décembre 1985, Elco Mining Limited (Elco) a acheté à Fording une participation dans la houillère de Fording River, ce qui lui donnait le droit de prendre et de vendre à part de la houille dont la valeur correspondait à sa participation de 0,001 p. 100 dans la houillère. Par accord en date du 30 décembre 1985, Fording a acheté à Elco la totalité ou quasi-totalité de ses «avoirs miniers canadiens», y compris une participation de 50 p. 100 dans une co-entreprise connue sous le nom de «Elk River coal joint venture» (la «co-entreprise houillère de la rivière Elk» que les parties avaient négociée depuis des mois) ainsi que la participation de 0,001 p. 100, récemment acquise par Elco, dans la houillère de Fording River. Elco avait accumulé à la fois 7 277 134 \$ de frais cumulatifs d'exploration au Canada (FCEC) et 6 642 581 \$ de frais cumulatifs d'aménagement au Canada (FCAC). Ces comptes cumulatifs sont appelés «comptes fiscaux». Fording et Elco ont alors conjointement fait un choix sous le

corporation, Fording deducted Elco's CCEE and CCDE from the income generated by the Fording coal mine. On reassessment, Revenue Canada disallowed the use of these deductions by Fording from the years 1985 through 1990. Fording argued that it was entitled to the deductions as claimed on the basis that Elco had an interest or right to take or remove minerals from the Fording coal mine by virtue of the .001% purchase. It is the position of the appellant, the Minister of National Revenue, that the Elco tax pools should only be used as deductions on income produced by the Elk River coal joint venture (there was no income from this property during the years in question) or at least limited to the income derived from Elco's .001% interest. The Minister further argues that what Fording did was a tax avoidance scheme falling within the ambit of section 245 of the Act, as the deduction of the CCEE and CCDE amounts served to artificially and unduly reduce Fording's income. The seeding transaction (the sale of the .001% interest) was merely entered into between the two in order to circumvent subsections 66.1(4) and 66.2(3) of the Act.

The relevant sections of the Act regarding the tax pool deductions are subsections 66.1(4) and 66.2(3) for Fording's 1985 and 1986 tax years and subsections 66.7(3) [as enacted by S.C. 1987, c. 46, s. 23] and 66.7(4) [as enacted *idem*] for 1987 through 1990. Subsections 66.7(3) and 66.7(4) "grandfathered" the previous rules as they effected Fording coal. Therefore, subsections 66.1(4) and 66.2(3) are adequate for this discussion:

#### 66.1 ...

(4) Where a corporation (in this subsection referred to as the "successor corporation") has, at any time after May 6, 1974, acquired, by purchase or otherwise (including an acquisition as a result of an amalgamation described in section 87), from another person (in this subsection referred to as the "predecessor") all or substantially all of the property of the predecessor used by him in carrying on in Canada such of the businesses described in any of subparagraphs 66(15)(h)(i) to (vii) as were carried on by him, and (except in the case of an amalgamation or a

régime des paragraphes 66.1(4) et 66.2(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*<sup>17</sup>, ce qui a fait de Fording une «corporation remplaçante». C'est à ce titre que Fording a déduit les FCEC et FCAC d'Elco du revenu produit par la houillère de Fording River. Par nouvelle cotisation, Revenu Canada a rejeté ces déductions revendiquées par Fording pour les années 1985 à 1990. Celle-ci soutient qu'elle y a droit par ce motif que Elco avait une participation dans la houillère ou le droit d'en extraire ou enlever de la houille en vertu de sa participation de 0,001 p. 100. De son côté, l'appelante, représentée par le ministre du Revenu national, soutient que les comptes fiscaux d'Elco ne pouvaient servir aux déductions qu'à l'égard du revenu produit par la co-entreprise houillère de la rivière Elk (laquelle ne produisait aucun revenu pendant les années en question) ou, du moins, se limitaient au revenu tiré de la participation de 0,001 p. 100 d'Elco. Le ministre soutient encore que ce qu'a fait Fording, c'était une manœuvre d'évitement fiscal tombant sous le coup de l'article 245 de la Loi, du fait que la déduction des FCEC et FCAC avait pour effet de réduire indûment ou de façon factice le revenu de Fording. L'opération d'amorçage (la vente de la part de 0,001 p. 100) n'a été conclue entre les deux que pour tirer parti des paragraphes 66.1(4) et 66.2(3) de la Loi.

Les dispositions de la Loi applicables aux déductions au titre des comptes fiscaux sont les paragraphes 66.1(4) et 66.2(3) pour les années d'imposition 1985 et 1986 de Fording, et les paragraphes 66.7(3) [édicte par S.C. 1987, ch. 46, art. 23] et 66.7(4) [édicte, *idem*] pour les années 1987 à 1990. Les deux derniers faisaient que les règles antérieures demeuraient applicables à l'égard de Fording coal. Il suffit donc d'examiner les faits de la cause au regard des paragraphes 66.1(4) et 66.2(3):

#### 66.1 ...

(4) Lorsqu'une corporation (appelée dans le présent paragraphe la «corporation remplaçante») a acquis, par achat ou autrement (y compris une acquisition résultant d'une fusion visée à l'article 87) à une date quelconque après le 6 mai 1974, d'une autre personne (appelée dans le présent paragraphe le «prédécesseur») la totalité ou la presque totalité des biens du prédécesseur qui lui servaient dans l'exploitation au Canada d'une des entreprises prévues à un des sous-alinéas 66(15)h(i) à (vii) qu'il exploitait, et que (sauf dans le cas d'une fusion ou d'une liquidation) le

winding-up) the predecessor and the successor corporation have jointly elected in prescribed form on or before the day that is the earlier of the days on or before which either taxpayer making the election is required to file a return of income pursuant to section 150 for the taxation year in which the transaction to which the election relates occurred, there may be deducted by the successor corporation in computing its income under this Part for a taxation year, such amount as it may claim not exceeding the lesser of

(a) the cumulative Canadian exploration expense of the predecessor, determined at the time immediately after the property so acquired was acquired by the successor corporation, to the extent that it has not been deducted by the successor corporation in computing its income for a previous taxation year and has not been deducted by the predecessor in computing his income for any taxation year, and

(b) the amount that is equal to such part of its income for the year, if no deduction were allowed under this section, section 65 or 66 or the *Income Tax Application Rules, 1971* in respect of this paragraph (minus the deductions allowed for the year by subsections (5) and 66(2), (6) and (7), sections 112 and 113 and the provisions of the *Income Tax Application Rules, 1971* allowing a deduction for the purposes of this paragraph), as may reasonably be regarded as attributable to

(i) the disposition of any property described in any of subparagraphs 66(15)(c)(i) to (vii) owned by the predecessor immediately before the acquisition by the successor corporation of the property so acquired,

(ii) the production of petroleum or natural gas from wells, or the production of minerals from mines, situated on property in Canada in respect of which the predecessor had, immediately before the acquisition by the successor corporation of the property so acquired, an interest or a right to take or remove petroleum or natural gas or a right to take or remove minerals, and

(iii) the amount, if any, by which the aggregate of all amounts each of which is an amount

(A) required by subsection 59(2) or (2.1) to be included in computing its income for the year, and

(B) in respect of a reserve deducted in computing the predecessor's income and deemed by paragraph 87(2)(g) or by virtue of that paragraph and paragraph 88(1)(e.2) to have been deducted by the successor corporation as a reserve in computing its income for a preceding year

prédécesseur et la corporation remplaçante ont choisi conjointement en la forme prescrite au plus tard à la date qui survient la première parmi les dates auxquelles l'un ou l'autre des contribuables faisant le choix doit, au plus tard, produire une déclaration de revenu en application de l'article 150, pour l'année d'imposition pendant laquelle a eu lieu l'opération à laquelle se rapporte le choix, la corporation remplaçante peut, dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition en vertu de la présente Partie, déduire tout montant qu'elle peut réclamer sans dépasser le moins élevé des montants suivants:

a) les frais d'exploration cumulatifs au Canada engagés par le prédécesseur, déterminés immédiatement après que les biens ainsi acquis l'ont été par la corporation remplaçante, dans la mesure où ces frais n'ont pas été déduits par la corporation remplaçante dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition antérieure, ni déduits par le prédécesseur dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition; ou

b) le montant égal à la partie de son revenu pour l'année, si aucune déduction n'était autorisée par le présent article, par les articles 65 ou 66, ni par les *Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu* relativement au présent alinéa (moins les déductions autorisées pour l'année par les paragraphes (5), 66(2), (6) et (7), les articles 112 et 113 et les dispositions des *Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu* qui autorisent une déduction aux fins du présent alinéa), qui peut raisonnablement être attribuée

(i) à la disposition de tout bien visé à l'un des sous-alinéas 66(15)c(i) à (vii) qui appartenait au prédécesseur immédiatement avant l'acquisition par la corporation remplaçante du bien ainsi acquis,

(ii) à la production de pétrole ou de gaz naturel provenant de puits, ou à la production de minéraux provenant de mines, situés sur des biens au Canada à l'égard desquels le prédécesseur avait, immédiatement avant l'acquisition par la corporation remplaçante des biens ainsi acquis, une participation ou un droit d'extraire ou d'enlever du pétrole, du gaz naturel ou des minéraux, et

(iii) l'excédent éventuel du total de tous les montants dont chacun représente un montant

(A) qui doit être inclus, en vertu du paragraphe 59(2) ou (2.1), dans le calcul de son revenu pour l'année, et

(B) à l'égard d'une réserve déduite dans le calcul du revenu du prédécesseur et réputée, en vertu de l'alinéa 87(2)g) ou en vertu de cet alinéa et de l'alinéa 88(1)e.2), avoir été déduite par la corporation remplaçante à titre de réserve dans le calcul de son revenu pour une année antérieure,

exceeds the aggregate of amounts, if any, deducted in computing the successor corporation's income for the year by virtue of subsection 64(1), (1.1) or (1.2) in respect of dispositions of property by the predecessor;

and, in respect of any expense included in the cumulative Canadian exploration expense referred to in paragraph (a), no deduction may be made under this section by the predecessor in computing his income for a taxation year subsequent to his taxation year in which the property so acquired was acquired by the successor corporation.

### 66.2 . . .

(3) Where a corporation (in this subsection referred to as the "successor corporation") has, at any time after May 6, 1974, acquired, by purchase or otherwise (including an acquisition as a result of an amalgamation described in section 87), from another person (in this subsection referred to as the "predecessor") all or substantially all of the property of the predecessor used by him in carrying on in Canada such of the businesses described in any of subparagraphs 66(15)(h)(i) to (vii) as were carried on by him, and (except in the case of an amalgamation or a winding-up) the predecessor and the successor corporation have jointly elected in prescribed form on or before the day that is the earlier of the days on or before which either taxpayer making the election is required to file a return of income pursuant to section 150 for the taxation year in which the transaction to which the election relates occurred, there may be deducted by the successor corporation in computing its income under this Part for a taxation year, such amount as it may claim not exceeding the lesser of

(a) 30% of the amount by which

(i) the cumulative Canadian development expense of the predecessor, determined at the time immediately after the property so acquired was acquired by the successor corporation, to the extent it has not been deducted by the predecessor in computing his income for any taxation year and has not been deducted by the successor corporation in computing its income for a preceding taxation year,

exceeds

(ii) the aggregate of all amounts each of which is an amount that became receivable by the successor corporation in the taxation year or in a preceding taxation year, that is required to be included in the amount determined under clause 66.2(5)(b)(v)(A) by virtue of subsection 59(1.1) or paragraph 59(3.1)(a) and that may reasonably be regarded as attributable to the disposition

sur le total des montants éventuels, déduits dans le calcul du revenu de la corporation remplaçante pour l'année en vertu du paragraphe 64(1), (1.1) ou (1.2) à l'égard des dispositions de biens du prédécesseur;

de plus, dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition postérieure à son année d'imposition au cours de laquelle les biens ainsi acquis l'ont été par la corporation remplaçante, le prédécesseur ne peut rien déduire, en vertu du présent article, au titre de toute dépense comprise dans les frais d'exploration cumulatifs au Canada visés à l'alinéa a).

### 66.2 . . .

(3) Lorsqu'une corporation (appelée dans le présent paragraphe la «corporation remplaçante») a acquis, par achat ou autrement (y compris une acquisition résultant d'une fusion visée à l'article 87) à une date quelconque après le 6 mai 1974, d'une autre personne (appelée dans le présent paragraphe le «prédécesseur») la totalité ou la presque totalité des biens du prédécesseur qui lui servaient dans l'exploitation au Canada d'une des entreprises prévues à l'un quelconque des sous-alinéas 66(15)h(i) à (vii) qu'il exploitait, et que (sauf dans le cas d'une fusion ou d'une liquidation) le prédécesseur et la corporation remplaçante ont choisi conjointement en la forme prescrite au plus tard à la date qui survient la première parmi les dates auxquelles l'un ou l'autre des contribuables faisant le choix doit, au plus tard, produire une déclaration de revenu en application de l'article 150, pour l'année d'imposition pendant laquelle a eu lieu l'opération à laquelle se rapporte le choix, la corporation remplaçante peut, dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition en vertu de la présente Partie, déduire tout montant qu'elle peut réclamer sans dépasser le moins élevé des montants suivants:

a) le montant égal à 30 % de l'excédent

(i) des frais cumulatifs d'aménagement au Canada engagés par le prédécesseur, déterminés immédiatement après que les biens ainsi acquis l'ont été par la corporation remplaçante, dans la mesure où ils n'ont pas été déduits par la corporation remplaçante dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition antérieure; ou

sur

(ii) le total des montants dont chacun représente un montant qui est devenu à recevoir dans l'année d'imposition ou dans une année d'imposition antérieure par la corporation remplaçante, qui doivent, en vertu du paragraphe 59(1.1) ou de l'alinéa 59(3.1)a), être inclus dans le montant déterminé conformément à la disposition 66.2(5)b)(v)(A), et qui peuvent raisonnablement

by the successor corporation of any property owned by the predecessor immediately before the acquisition thereof by the successor corporation, and

(b) the amount that is equal to such part of its income for the year, if no deduction were allowed under this section, section 65, 66 or 66.1 or the *Income Tax Application Rules, 1971* in respect of this paragraph (minus the deductions allowed for the year by subsection (4) and sections 112 and 113), as may reasonably be regarded as attributable to

(i) the production of petroleum or natural gas from wells, or the production of minerals from mines, situated on property in Canada in respect of which the predecessor had, immediately before the acquisition by the successor corporation of the property so acquired, an interest or a right to take or remove petroleum or natural gas or a right to take or remove minerals, and

(ii) the amount, if any, by which the aggregate of all amounts each of which is an amount

(A) required by subsection 59(2) or (2.1) to be included in computing its income for the year, and

(B) in respect of a reserve deducted in computing the predecessor's income and deemed by paragraph 87(2)(g) or by virtue of that paragraph and paragraph 88(1)(e.2) to have been deducted by the successor corporation as a reserve in computing its income for a preceding year,

exceeds the aggregate of amounts, if any, deducted in computing the successor corporation's income for the year by virtue of subsection 64(1), (1.1) or (1.2) in respect of dispositions of property by the predecessor;

and, in respect of any expense included in the cumulative Canadian development expense referred to in subparagraph (a)(i), no deduction may be made under this section by the predecessor in computing his income for a taxation year subsequent to his taxation year in which the property so acquired was acquired by the successor corporation.

In his decision, the learned Tax Court Judge canvassed the history of the successor rules which I will briefly review. Prior to 1955, if a company accumulated undeducted drilling and oil expenses, when it sold its property, the purchaser could not deduct those expenses as it had not personally incurred them. The successor rules allowed a successor corporation to

être attribués à la disposition de biens, par la corporation remplaçante, appartenant au prédécesseur immédiatement avant leur acquisition par la corporation remplaçante, ou

b) le montant égal à la partie de son revenu pour l'année, si aucune déduction n'était autorisée par le présent article, par les articles 65, 66 ou 66.1, ni par les *Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu* relativement au présent alinéa (moins les déductions autorisées pour l'année par le paragraphe (4) et les articles 112 et 113), qui peut raisonnablement être attribuée

(i) à la production de pétrole ou de gaz naturel provenant de puits, ou à la production de minéraux provenant de mines, situés sur des biens au Canada à l'égard desquels le prédécesseur avait, immédiatement avant l'acquisition par la corporation remplaçante des biens ainsi acquis, des intérêts ou un droit d'extraire ou d'enlever du pétrole, du gaz naturel ou un droit d'extraire ou d'enlever des minéraux, et

(ii) la fraction, si fraction il y a, du total de tous les montants dont chacun est un montant

(A) qui doit être inclus, en vertu des paragraphes 59(2) ou (2.1), lors du calcul de son revenu pour l'année, et

(B) à l'égard de la réserve déduite lors du calcul du revenu du prédécesseur et réputée par l'alinéa 87(2)g) ou en vertu de cet alinéa et de l'alinéa 88(1)e.2), avoir été déduite par la corporation remplaçante à titre de réserve lors du calcul de son revenu pour une année d'imposition précédente

qui est en sus du total des montants, si montant il y a, déduits lors du calcul du revenu de la corporation remplaçante pour l'année en vertu du paragraphe 64(1), (1.1) ou (1.2) à l'égard des dispositions de biens par le prédécesseur,

de plus, dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition postérieure à son année d'imposition au cours de laquelle les biens ainsi acquis l'ont été par la corporation remplaçante, le prédécesseur ne peut rien déduire, en vertu du présent article, au titre de toute dépense comprise dans les frais cumulatifs d'aménagement au Canada visés au sous-alinéa a)(i).

Dans sa décision, le juge de la Cour de l'impôt a fait l'historique des règles concernant les corporations remplaçantes, que je résumerai brièvement comme suit. Avant 1955, l'acheteur d'un bien à l'égard duquel l'ancien propriétaire avait accumulé des frais non déduits de forage et d'exploration, ne pouvait pas les déduire s'il ne les avait pas engagés lui-même. Les

access the predecessor's unused resource pool deductions and deduct them against future income from the acquired property. Until 1977 the successor could deduct inherited expenses only against income reasonably attributable to the resource production of the property from which the predecessor had the right to take or remove resources immediately before the transfer. In 1977, the successor rules were amended to include the words "an interest" in subsection 66.1(4). As a result, the predecessor could pass on the ability to use certain forms of income against expenses incurred by the predecessor.

In 1987, the successor rules were again amended to limit "seeding", but this was not done retroactively. On January 15, 1987, the Minister of Finance issued the Special Release Draft Income Tax Amendments, Acquisitions of Gains and Losses and Department of Finance Technical Notes. The commentary on subsections 66.1(4) and 66.1(5) found in the Technical Notes indicates that the situation in issue was anticipated by the Department:

Subsections 66.1(4) and (5) of the Act contain what are generally referred to as the successor and second successor rules for Canadian exploration expenses (CEE). These rules allow the unclaimed Canadian exploration expenses of a taxpayer (the "predecessor") to be deducted by a corporation (the "successor") that acquires all or substantially all of the Canadian resource properties of the predecessor or by another of the Canadian resource properties of the predecessor or by another corporation (the "second successor") that acquires all or substantially all of the Canadian resource properties of the successor. These expenses may generally be deducted by the successor or second successor only against income from the disposition of Canadian resource properties owned by the predecessor and from production income from those Canadian resource properties in which the predecessor had an interest or right.

These restrictions in the deduction of CEE can be circumvented if the successor or second successor transfers a nominal interest in a productive resource property to the predecessor before the acquisition by the successor of all or substantially all of the predecessor's resource properties—a so-called "seeding" transaction. In that case, the predecessor's expenses may be deducted by the successor or second successor against all of its income from that resource

règles concernant les corporations remplaçantes permettaient à ces dernières de se prévaloir des déductions non utilisées par le prédécesseur au titre des ressources minières, et de les appliquer au revenu à tirer du bien acquis. Jusqu'en 1977, la corporation remplaçante ne pouvait appliquer les déductions héritées qu'au revenu raisonnablement imputable aux minéraux produits par le bien dont le prédécesseur avait le droit d'extraire ou d'enlever des minéraux avant la vente. En 1977, les règles applicables ont été modifiées par l'addition du mot «participation» au paragraphe 66.1(4). Par suite, le prédécesseur pouvait transférer la faculté de déduire de certaines formes de revenu les dépenses qu'il avait engagées.

En 1987, les règles ont été modifiées de nouveau pour exclure les opérations d'«amorçage» (en anglais «seeding») et ce, sans effet rétroactif. Le 15 janvier 1987, le ministre des Finances a rendu public un communiqué spécial sur le Projet de modification de l'impôt sur le revenu—acquisitions de gains et pertes, ainsi que des notes techniques du ministère des Finances. Il ressort des passages consacrés dans ces dernières aux paragraphes 66.1(4) et 66.1(5) que le ministère des Finances prévoyait les cas comme celui qui nous occupe en l'espèce:

Les paragraphes 66.1(4) et (5) de la Loi contiennent ce que l'on appelle en général les règles concernant les corporations remplaçantes et les secondes corporations remplaçantes qui se rapportent aux frais d'exploration au Canada (FEC). Grâce à ces règles, les frais d'exploration au Canada qu'un contribuable (le «prédécesseur») ne déduit pas peuvent être déduits par une corporation (la «corporation remplaçante») qui acquiert la totalité ou presque des avoirs miniers canadiens du prédécesseur, ou par une autre corporation (la «seconde corporation remplaçante») qui acquiert la totalité ou presque desdits avoirs de la corporation remplaçante. En général, ces frais ne peuvent être déduits par la corporation remplaçante ou la seconde corporation remplaçante que du revenu qui provient de la disposition des avoirs miniers canadiens appartenant au prédécesseur et du revenu de production provenant des avoirs miniers canadiens dans lesquels le prédécesseur avait une participation ou un droit.

Il est possible de contourner ces restrictions concernant la déduction des FEC si la corporation remplaçante ou la seconde corporation remplaçante transfère au prédécesseur un intérêt minime dans un avoir minier productif, et ce, avant l'acquisition, par la corporation remplaçante, de la totalité ou presque des avoirs miniers du prédécesseur—c'est ce que l'on appelle une opération d'«amorçage». Dans un tel cas, la corporation remplaçante ou la seconde corporation

property rather than just the portion of its income from the property that is attributable to the interest in the property that was acquired from the predecessor. The amendments to subparagraph [*sic*] 66.1(4)(b)(ii) correct this defect by limiting the production income from the property against which the predecessor's CEE may be deducted by the successor or second successor to the production income that may reasonably be regarded as attributable to the property interest or right that was owned by the predecessor.

These amendments are applicable with respect to acquisitions of property occurring after January 15, 1987 other than acquisitions of property occurring before 1988 where the persons acquiring the property were obliged on January 15, 1987 to acquire the property pursuant to agreements in writing entered into on or before that date.

There has been argument as to whether these amendments were meant to correct a defect in the legislation or to clarify the law. The Tax Court Judge however stated clearly that his decision did not rest on the Technical Notes.

#### THE DECISION UNDER APPEAL

The Minister did not object to the transaction as a whole, just to the seeding transaction. The Minister requested that the seeding transaction be extracted from the overall deal and viewed independently. There was no question either at trial or on appeal that the seeding transaction was anything other than tax motivated.

The learned Tax Court Judge held that had the seeding transaction been the entire transaction between Fording and Elco, Fording may have crossed the line, however it was part of a larger deal. The small amount of the interest in Fording that had been transferred to Elco could not change the legal effect of the contract. The Court cannot excise a portion from a legitimate agreement simply because it gives rise to favourable tax implications to the taxpayer.

The Act could have been amended more fully to address this issue in 1977. It was not. The Tax Court

remplaçante peut déduire les frais engagés par le prédécesseur du revenu qu'elle tire dudit avoir minier, plutôt que de la simple partie de son revenu tiré de l'avoir qui est attribuable à la participation à l'égard de cet avoir qu'elle a acquis du prédécesseur. Les modifications apportées au sous-alinéa 66.1(4)(b)(ii) comblent cette lacune en limitant le revenu de production qui est tiré des avoirs à l'égard desquels la corporation remplaçante ou la seconde corporation remplaçante peut déduire les FEC du prédécesseur au revenu de production que l'on peut raisonnablement considérer comme attribuable à la participation ou au droit que possédait le prédécesseur à l'égard desdits avoirs.

Ces modifications s'appliquent aux acquisitions de biens survenant après le 15 janvier 1987, autres que celles survenant avant 1988 pour lesquelles les personnes achetant les biens étaient tenues, le 15 janvier 1987, de les acquérir en vertu d'ententes écrites signées avant cette date inclusive-ment. [Traduction tirée de la décision de la Cour de l'impôt.]

Un débat s'est engagé sur la question de savoir si ces modifications visaient à remédier à un défaut dans la Loi ou à clarifier les règles applicables. Le juge de la Cour de l'impôt a cependant précisé qu'il ne fondait pas sa décision sur ces notes techniques.

#### LA DÉCISION DONT APPEL

Le ministre ne conteste pas l'opération dans son intégralité, mais juste l'opération d'amorçage, qu'il veut dissociée de l'ensemble et examinée à part. Personne n'a nié, en première instance ou en appel, que l'opération d'amorçage fût exclusivement motivée par des considérations fiscales.

Le juge de la Cour de l'impôt a jugé que l'opération d'amorçage eût-elle été la seule transaction entre Fording et Elco, Fording aurait franchi les limites permises, mais que cette opération faisait partie d'un accord plus large. Le fait que la participation prise par Elco dans Fording fût minime ne pouvait changer l'effet légal du contrat. La Cour ne peut extraire un élément d'un accord légitime du seul fait que cet élément se traduit par des avantages fiscaux pour le contribuable.

La Loi aurait pu être modifiée de façon à résoudre cette question en 1977. Elle ne l'a pas été. Le juge de

Judge held that the seeding transaction had to be viewed within the context and history of the successor rules and the intention of Parliament to allow predecessor's expenses to be available for use by successor companies. A plain reading of subsection 66.1(4) was required. The section did not say anything about the extent of the interest a predecessor company required. Such a limitation was introduced into the legislation in 1987 by the introduction of the phrase: "the production from that property" to the successor rules.

The Tax Court Judge further held that, even standing alone, the seeding transaction could be totally valid, given the decision of the Court in *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*.<sup>18</sup> In the facts of this case it did not stand alone, but rather was part of a larger, complex, independent and *bona fide* business purpose.

Regarding the application of subsection 245(1), the learned Tax Court Judge held that the section did not apply, as there was no disbursement or expense made or incurred from which a deduction was claimed. The difference between allowances and deductions for expenses and disbursements was discussed. Subsections 66.1(4) and 66.2(3) each make reference to the "cumulative Canadian exploration expense of the predecessor" which the Tax Court Judge concluded does not include the expense incurred by Fording in purchasing Elco, which allowed Fording to utilize the expenses incurred by that company. It was the predecessor Elco that incurred the expenses, not Fording. The successor rules gave Fording the benefit of the expenses Elco incurred.

The Tax Court Judge then addressed whether or not the transaction would otherwise be caught by the section. After reviewing the case law he concluded that the transaction did not offend the Act. An arrangement is not automatically brought within subsection 245(1) simply because it is motivated by tax considerations. As held in *Mark Resources Inc. v. Canada*,<sup>19</sup> and cited by the Tax Court Judge in his

la Cour de l'impôt a conclu qu'il fallait examiner l'opération d'amorçage dans le contexte et à la lumière de l'historique des règles concernant les corporations remplaçantes, ainsi que de la volonté du législateur de permettre à ces dernières de se prévaloir des dépenses faites par les prédécesseurs. Le paragraphe 66.1(4) doit se lire tel quel. Il ne prescrit pas l'ordre d'importance de la participation dont le prédécesseur devait justifier. La restriction a été ajoutée à la législation en 1987 par l'insertion des mots «la production provenant des avoirs miniers» dans les règles concernant les corporations remplaçantes.

Le juge de la Cour de l'impôt a encore conclu que, même si elle n'était accompagnée d'aucune autre transaction, l'opération d'amorçage pouvait être parfaitement valide, vu la décision *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*<sup>18</sup> de la Cour suprême. En l'espèce, elle n'était pas isolée, mais s'inscrivait dans un objet commercial véritable, indépendant, complexe et plus large.

En ce qui concerne le paragraphe 245(1), le juge de la Cour de l'impôt conclut qu'il ne s'applique pas en l'espèce, puisque la déduction en cause n'était fondée sur aucun débours ou dépense. Il parle de la distinction entre les dégrèvements et les déductions à l'égard des débours ou des dépenses. Les paragraphes 66.1(4) et 66.2(3) parlent l'un et l'autre des «frais cumulatifs d'exploration au Canada engagés par le prédécesseur», lesquels, de l'avis du juge de la Cour de l'impôt, n'ont rien à voir avec la dépense faite par Fording pour acheter Elco, et qui lui permettait de se prévaloir des dépenses faites par cette dernière compagnie. C'était le prédécesseur Elco, et non pas Fording, qui a engagé ces dépenses. Les règles concernant les corporations remplaçantes donnaient à Fording le bénéfice des dépenses engagées par Elco.

Le juge de la Cour de l'impôt a ensuite examiné si l'opération en question ne tombait pas, à d'autres égards, sous le coup du paragraphe 245(1). Après avoir passé en revue la jurisprudence en la matière, il a conclu qu'elle n'allait pas à l'encontre de la Loi. Une convention ne tombe pas automatiquement sous le coup du paragraphe 245(1) du seul fait qu'elle a été motivée par des considérations fiscales. Ainsi qu'il a

decision, one aspect of an entire arrangement cannot be challenged in total isolation:

Either the whole structure falls or it does not. It cannot be dismembered piecemeal. In any fiscally motivated scheme, if no sham is involved, there must necessarily be legally effective steps that have specific tax consequences. The tax results of each of those steps that forms an integral part of the entire scheme must be respected unless the Minister is prepared to say that the scheme as a whole fails.<sup>20</sup>

The seeding transaction was part of a larger transaction of considerable magnitude between two corporations entering into a legitimate business arrangement. The larger deal was not challenged by the Minister. The fact that a portion of the deal carried tax consequences is not extraordinary and there was no sham. At the time there was no clear legislative intent to restrict what took place. The learned Tax Court Judge held that subsection 245(1) did not apply and that Fording could claim the deductions as it did.

#### ISSUES ON APPEAL

1. Did the learned Tax Court Judge err in holding that the use of the seeding transactions to obtain "tax pools" for deductions against income was not contrary to the object and spirit of the Act and that the respondent was entitled to resource pool deductions against all of the income from the Fording coal mine?

2. Did the learned Tax Court Judge err in holding that there were no disbursements or expenses made or incurred within the meaning of subsection 245(1) and that, as such, subsection 245(1) did not apply to disentitle the respondent from deducting Elco's resource pool deductions?

3. Did the learned Tax Court Judge err in holding that if there were such disbursements or expenses made or incurred in respect of which deductions were made in computing the respondent's income for the

été jugé dans *Mark Resources Inc. c. Canada*<sup>19</sup>, que cite le juge de la Cour de l'impôt dans sa décision, on ne saurait contester un seul élément en faisant abstraction de l'opération d'ensemble dont il fait partie:

Ou bien la structure s'effondre dans son ensemble, ou bien elle résiste. Elle ne peut être démembrée pièce par pièce. Dans tout plan motivé par des considérations fiscales, en l'absence de trompe-l'oeil, il doit nécessairement y avoir des étapes juridiques effectives qui entraînent des conséquences fiscales particulières. Les conséquences fiscales de chaque étape qui fait partie intégrante du plan dans son ensemble doivent être respectées, à moins que le ministre ne soit prêt à dire que le plan échoue dans son ensemble<sup>20</sup>.

L'opération d'amorçage faisait partie d'un accord bien plus important, conclu entre deux corporations à titre de convention commerciale légitime. Le ministre ne conteste pas l'ensemble de l'accord. Le fait qu'un élément en produise des conséquences fiscales n'a rien d'inusité, et il n'y a pas trompe-l'œil. À l'époque, rien ne dit clairement que le législateur entendait exclure ce qui s'est fait en l'espèce. Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que le paragraphe 245(1) ne s'appliquait pas et que Fording avait droit aux déductions qu'elle faisait valoir.

#### LES QUESTIONS PORTÉES EN APPEL

1. Le juge de la Cour de l'impôt a-t-il commis une erreur en concluant que le fait de se servir d'opérations d'amorçage pour créer des «comptes fiscaux» à déduire du revenu n'était pas contraire à l'objet ou à l'esprit de la Loi, et que l'intimée avait droit aux déductions, au titre des comptes miniers, sur tout le revenu provenant de la houillère de Fording?

2. Le juge de la Cour de l'impôt a-t-il commis une erreur en concluant qu'il n'y avait aucun débours fait ou dépense engagée au sens du paragraphe 245(1) et que, par conséquent, ce paragraphe n'entraînait pas en jeu pour priver l'intimée du droit de se prévaloir des déductions au titre des comptes miniers d'Elco?

3. Le juge de la Cour de l'impôt a-t-il commis une erreur en concluant que quand bien même il y aurait des débours ou dépenses de ce genre, qui ont été déduits du revenu de l'intimée pour les années d'im-

1985 through 1990 tax years, they did not artificially reduce the respondent's income within the meaning of subsection 245(1)?

### ANALYSIS

The first issue on appeal concerns the Tax Court Judge's finding that subsections 66.1(4) and 66.2(3) (in regard to the 1985 and 1986 tax years) and subsections 66.7(3) and 66.7(4) (in regard to the 1987 through 1990 tax years) allowed Fording to deduct the CCDE and CCEE in the amounts it did. In my opinion, the learned Tax Court Judge did not err in concluding that Fording was permitted to deduct the CCDE and CCEE as it did.

Fording freely admitted that the "seeding transaction" was entered into solely for tax purposes. That alone is not enough to invalidate the deductions to which it gave rise. As was said in *Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of)*:

Every man is entitled if he can to order his affairs so as that the tax attaching under the appropriate Acts is less than it otherwise would be. If he succeeds in ordering them so as to secure this result, then, however unappreciative the Commissioners of Inland Revenue or his fellow taxpayers may be of his ingenuity, he cannot be compelled to pay an increased tax.<sup>21</sup>

The seeding transaction was one step in a series of transactions which comprised a legitimate business deal. I agree with the cautionary statements made by the Tax Court Judge on page 2761 of his decision where he says:

It is a major step for the Court to ignore the legal effects of the form of the transaction between the parties and to undertake a process equivalent to "reading down" or invoking the "blue pencil" doctrine on the basis that some of the substance of the overall purchase agreement is fiscally offensive to the Minister. It is one thing for parties to purport to contract between themselves to give rise to certain tax, or other advantages, or to purport to assign a particular status by contract, such as that of independent contractor, and to have a Court set aside their arrangement on the basis that they have attempted to do what legally cannot be done because the underlying facts do not support the putative categorization. It is another matter for a Court to excise a portion from a legitimate business agreement

position 1985 à 1990, ils n'ont pas réduit son revenu de la façon factice que vise le paragraphe 245(1)?

### a ANALYSE

La première question soulevée en appel porte sur la conclusion tirée par le juge de la Cour de l'impôt que les paragraphes 66.1(4) et 66.2(3) (pour les années d'imposition 1985 et 1986) et les paragraphes 66.7(3) et 66.7(4) (pour les années d'imposition 1987 à 1990) permettaient à Fording de déduire les FCEC et FCAC tels qu'elle les a revendiqués. À mon avis, le juge de la Cour de l'impôt n'a pas commis une erreur en concluant que Fording avait le droit de déduire les FCEC et FCAC tels qu'elle les a revendiqués.

Fording reconnaît sans difficulté que l'«opération d'amorçage» a été conclue uniquement à des fins fiscales. Ce fait seul ne suffit pas pour invalider les déductions auxquelles l'opération a donné lieu. Ainsi qu'il a été jugé dans *Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of)*:

[TRADUCTION] Chacun a le droit, s'il en est capable, d'organiser ses affaires de façon à payer moins d'impôt ou de taxe que le prévoit normalement la loi applicable en la matière. S'il réussit à les organiser de façon à atteindre ce résultat, alors peu importe que son ingéniosité ne soit pas au goût du fisc ou des autres contribuables, il ne saurait être contraint de payer un impôt ou taxe plus élevé<sup>21</sup>.

En l'espèce, l'opération d'amorçage était l'une des opérations qui formaient un accord commercial légitime. Je partage l'invitation à la prudence que fait le juge de la Cour de l'impôt en page 2761 de sa décision:

C'est, pour la Cour, une mesure importante que de faire abstraction des effets juridiques de la forme que revêt l'opération entre les parties et d'entamer un processus qui équivaut à invoquer la doctrine du «crayon bleu» parce qu'une partie de la substance de l'entente d'achat globale offense d'un point de vue fiscal le ministre. Que les parties établissent un contrat de manière à donner naissance à certains avantages fiscaux, ou des avantages d'une autre nature, ou qu'elles assignent un statut particulier par contrat, comme celui d'entrepreneur indépendant, et que la Cour annule l'entente parce que les parties ont tenté de faire ce qui, légalement, est interdit parce que les faits sous-jacents n'étaient pas la catégorisation putative, c'est une chose. Qu'une Cour excise une partie d'une entente commerciale

because it may have given rise to the kind of tax advantage the Minister later sought to have specifically prohibited by securing an amendment.

There is nothing in the plain wording of the successor rules to prohibit what was done, nor did the respondent contravene the object and spirit of the Act. The successor rules were under the continued scrutiny of the Department. They were amended in 1977 and then again in 1987. The Technical Notes, while by no means the final word on the subject, indicate that the use of a seeding transaction as a tax planning strategy was fully understood by the Department. Despite this awareness, when the amendments addressing the issue were finally introduced in 1987, they were not given retrospective effect. While the amendment to a piece of legislation is not necessarily indicative of an alteration in the previous state of the law,<sup>22</sup> the introduction of the amendments, the decision not to make them retroactive but rather to grandfather the existing provisions, and the evidence of the Technical Notes that the Department anticipated transactions such as those in issue, are relevant, particularly when investigating the object and spirit of subsections 66.1(4) and 66.2(3).

There was no limitation on the amount of the interest a predecessor company was required to purchase in order for a successor company such as Fording to utilize the deductions as it did. Counsel for the Minister has asked this Court to read in a threshold, although they offer no suggestion as to what that threshold should be or how it should be arrived at. The inappropriateness of doing so is obvious on the facts of this appeal. Much has been made of the egregiously small amount sold to and repurchased from Elco by Fording. Even if Fording had sold 50% of its interest in the Fording coal mine to Elco, the end result would be the same: twenty eight days later the interest would be back in Fording's hands and the tax pools would have been deducted as they were. It appears to have been the blatantly small amount that changed hands in order to accomplish the scheme that troubles the Minister most. A windfall appears to have been created for the appellant by the transfer of

légitime parce qu'elle peut avoir donné lieu à la sorte d'avantage fiscal que le ministre a plus tard cherché à interdire expressément en adoptant une modification, en est une autre.

Rien dans les termes sans équivoque des règles concernant les corporations remplaçantes n'interdit ce qui a été fait en l'espèce, et l'intimée n'a enfreint ni l'objet ni l'esprit de la Loi. Ces règles étaient suivies de près par le Ministère. Elles ont été modifiées en 1977 et de nouveau en 1987. Les notes techniques, bien qu'elles ne soient pas le mot de la fin en la matière, indiquent que le Ministère avait parfaitement conscience du recours aux opérations d'amorçage à titre de stratégie de planification fiscale. N'empêche qu'au moment où les modifications furent finalement introduites en 1987, elles n'ont pas été rendues rétroactives. Bien que la modification d'un texte de loi ne traduise pas nécessairement un changement dans le droit en vigueur<sup>22</sup>, il se trouve que l'adoption des modifications en question, la décision de ne pas les rendre rétroactives et de maintenir les droits acquis sous le régime des dispositions existantes, et la preuve établie par les notes techniques que le Ministère prévoyait des opérations comme celle en cause, sont des facteurs à prendre en considération, en particulier lorsqu'il s'agit d'examiner la question au regard des paragraphes 66.1(4) et 66.2(3).

Il n'y avait aucune restriction quant à l'ordre de grandeur de la participation qu'un prédécesseur devait acheter afin qu'une corporation remplaçante telle Fording puisse se prévaloir des déductions comme elle l'a fait en l'espèce. Les avocats du ministre ont demandé à la Cour de conclure à l'existence d'un seuil minimum, mais ne disent pas quel devrait être ce seuil et comment il devrait être fixé. L'inopportunité de pareille conclusion ressort des faits de la cause. Un des principaux motifs de contestation en l'espèce a été l'insigne petitesse de la participation que Fording a vendue puis rachetée à Elco. À supposer que Fording eût vendu à Elco 50 p. 100 de ses parts dans la houillère de Fording, le résultat final aurait été le même: 28 jours plus tard, ces parts seraient revenues entre les mains de Fording et les comptes fiscaux auraient été déduits comme ils l'ont été en l'espèce. Il appert que ce qui a troublé le plus le ministre, c'est l'extrême petitesse des parts qui ont changé de mains

.001%. However the fact remains that there was no limitation on the amount of the interest in the section and even if there had been the end result would have remained essentially the same. Having this Court create some arbitrary threshold as the Minister requests, absent further significant alterations to the section would not alter the result in this case, although it may make the Minister feel better about how those results were achieved. That alone is not sufficient reason for the Court to interfere to alter a legislative provision enacted by Parliament. Too much speculation would have to be engaged in by this Court, too much tinkering done with the plain wording of the Act, to achieve the result the Minister seeks.

Given the plain wording and history of the sections, I am not convinced that Fording did anything that was not in keeping with either the plain wording or the object and spirit of the successor rules. As Urie J. stated in *Canterra Energy Ltd. v. The Queen*:

... I have not been persuaded by my analysis of the regulation that that was not the result which the Governor in Council intended. If he did not, then the appropriate remedy for the future is readily available to him. If the regulation was not aptly worded to carry out his original intention it does not mean that this Court should preclude the taxpayer from taking advantage of the benefits of the provision as worded.<sup>23</sup>

Judges must be careful when engaging in an object and spirit analysis. It must not become a means by which every loophole or omission in the Act is rectified to the detriment of the taxpayer by a judiciary agreeable to the Minister's frequent argument that such an interpretation of the section could not have been what Parliament intended. The judiciary is not to do the job of Parliament. Neither are we to contradict what Parliament has chosen to do in the face of a plainly worded section and with the evidence of obvious departmental consideration and specific legislative amendment. Presumably there was a policy

pour produire ce résultat: un bénéfice exceptionnel a été créé au profit de l'appelante par le transfert d'une participation de 0,001 p. 100. Il demeure cependant que la disposition applicable ne prévoit aucune restriction quant à l'importance de la participation et, à supposer même qu'il y ait restriction, le résultat final serait resté essentiellement le même. Que la Cour crée un seuil arbitraire comme le demande le ministre sans que soient apportées d'autres modifications notables à la disposition applicable, ne changerait rien à l'issue de la cause, bien que cela puisse apaiser les préoccupations du ministre quant à la manière dont ces résultats sont réalisés. Mais ce n'est pas là une raison suffisante pour que la Cour intervienne pour modifier un texte de loi adopté par le législateur. La Cour aurait à se livrer aux conjectures, à manipuler les termes pourtant sans équivoque de la Loi, pour parvenir au résultat recherché par le ministre.

Vu le libellé clair et simple et l'historique des dispositions en question, je ne suis pas convaincu que Fording ait fait quelque chose qui ne soit pas conforme aux termes clairs ou à l'objet ou l'esprit des règles concernant les corporations remplaçantes. Ainsi que l'a fait observer le juge Urie dans *Canterra Energy Ltd. c. La Reine*:

... mon analyse du règlement ne m'a pas convaincu que ce n'était pas là le résultat que le gouverneur en conseil avait en vue. Si ce n'était pas là son intention, le gouverneur en conseil peut facilement corriger la situation pour l'avenir. Ce n'est pas parce que le libellé du règlement ne traduit pas adéquatement l'intention première du gouverneur que notre Cour devrait empêcher le contribuable de bénéficier des avantages que comporte la disposition dans son libellé actuel<sup>23</sup>.

Les juges doivent faire preuve de prudence lorsqu'ils analysent l'objet et l'esprit d'un texte de loi. Il ne faut pas qu'ils fassent de cette analyse un moyen de combler toute lacune ou omission de la Loi au détriment du contribuable et dans le sens de l'argument fréquemment avancé par le ministre, savoir que pareille interprétation de la disposition en question ne pourrait être conforme à la volonté du législateur. Les tribunaux judiciaires ne sont pas censés faire le travail du législateur. Ils ne sont pas censés non plus contredire ce que le législateur a choisi de faire, en dépit d'une disposition à la formulation claire et simple et

objective in maintaining the section unchanged for as long as it was, and in later grandfathering the sections relevant to this appeal.<sup>24</sup> Parliament anticipated precisely the situation we are dealing with. They chose to address it in a specific way and amended the Act accordingly. In so doing it did not make the changes retroactive. It is not for the judiciary to do so.

Having concluded that the seeding transaction was in keeping with both the plain language and object and spirit of the successor rules, I now turn to the application of subsection 245(1) of the Act. Much confusion has surrounded the interpretation of section 245, confusion which hopefully will be somewhat alleviated by the new general anti-avoidance rules introduced to the Act in 1988 [S.C. 1988, c. 55, s. 185]. Particularly problematic is the conflicting case law concerning the application of subsection 245(1) found in *Harris v. Minister of National Revenue*<sup>25</sup> and *McKee (G) v The Queen*.<sup>26</sup> Subsection 245(1), as it then read, stated:

245. (1) In computing income for the purposes of this Act, no deduction may be made in respect of a disbursement or expense made or incurred in respect of a transaction or operation that, if allowed, would unduly or artificially reduce income.

The learned Tax Court Judge concluded that subsection 245(1) did not apply in the circumstances of this case. I agree with the Tax Court Judge's findings as stated on page 2766 of his reasons for judgment:

Under the subsections of the Act at issue in the present appeal, 66.1(4) and 66.2(3), there is specific reference to the "cumulative Canadian exploration expense of the predecessor" which obviously cannot be the actual disbursement or expense made or incurred in respect of a transaction by which the successor corporation became entitled to utilize certain expenses previously incurred by another. Indeed, the right of the successor corporation to obtain certain benefits flowing from the fact the predecessor incurred expenses, is the entire rationale for that piece of legislation. Therefore, in my opinion, subsection 245(1) does not apply to the

en dépit de la preuve que le Ministère était manifestement au courant et que cette disposition avait fait l'objet d'une modification spécifique. Il est à présumer qu'un objectif de politique générale dictait de garder cette disposition inchangée pendant si longtemps, et ensuite de consacrer les droits acquis sous le régime des dispositions visées par cet appel<sup>24</sup>. Le législateur a prévu justement le cas qui nous occupe en l'espèce. Il a choisi de le traiter d'une certaine manière et a modifié la Loi en conséquence. Dans cette démarche, il n'a pas rendu ces modifications rétroactives. Il n'appartient pas aux tribunaux judiciaires de le faire.

Ayant conclu que l'opération d'amorçage était conforme à la fois aux termes clairs et simples et à l'objet et l'esprit des règles concernant les corporations remplaçantes, j'en viens maintenant à l'application du paragraphe 245(1) de la Loi. L'interprétation de cette disposition a causé beaucoup de confusion, confusion dont il est à espérer qu'elle sera dissipée dans une certaine mesure par les règles générales anti-évitement incorporées dans la Loi en 1988 [L.C. 1988, ch. 55, art. 185]. Cette confusion se reflète en particulier dans la jurisprudence contradictoire en matière d'application du paragraphe 245(1), qu'illustrent les deux décisions *Harris v. Ministre du revenu national*<sup>25</sup> et *McKee (G) c La Reine*<sup>26</sup>. Le paragraphe 245(1), tel qu'il était en vigueur à l'époque considérée, portait:

245. (1) Dans le calcul du revenu aux fins de la présente loi, aucune déduction ne peut être faite à l'égard d'un débours fait ou d'une dépense faite ou engagée, relativement à une affaire ou opération qui, si elle était permise, réduirait indûment ou de façon factice le revenu.

Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que le paragraphe 245(1) ne s'appliquait pas aux faits de la cause. Je partage les conclusions qu'il tire à la page 2766 des motifs de son jugement comme suit:

Dans les dispositions de la présente Loi qui sont en litige en l'espèce, c'est-à-dire les paragraphes 66.1(4) et 66.2(3), il est fait mention expressément des «frais d'exploration au Canada d'une corporation remplaçante», lesquels, à l'évidence, ne peuvent être les débours ou les dépenses faits ou engagés à l'égard d'une opération par laquelle la corporation remplaçante a obtenu le droit d'utiliser certaines dépenses engagées antérieurement par une autre. En fait, le droit qu'a la corporation remplaçante de jouir de certains avantages qui découlent du fait que la corporation remplacée a engagé des dépenses est toute la raison d'être de ces dispositions

present appeal as there was no disbursement or expense made or incurred from which a deduction was claimed.

There is much to recommend the Tax Court Judge's analysis of this section. The appellant argues that the seeding transaction was an avoidance transaction, because it had no *bona fide* business purpose and was not within the concept of commercial normalcy. As such, in arguing that subsection 245(1) should apply, the "transaction or operation" attacked as artificial is the seeding transaction: the sale and repurchase of the .001% interest in the Fording mine. The "deduction" in issue is Fording's deduction of the tax pools. The expenses and disbursement comprising those pools were not "made or incurred in respect of" the seeding transaction. The respondent argued that the phrase "in respect of" must be given as wide a meaning as possible,<sup>27</sup> and that the key to subsection 245(1) is who made the deduction, not who incurred the expense or made the disbursement. The term "in respect of" is found twice in subsection 245(1), and meaning must be given it in both instances. Regardless of whether the CCEE and the CCDE are considered to be Elco's expenses or Fording's deemed expenses or the product of an allowance provision, they were not "made or incurred in respect of" the transaction or operation attacked as being artificial namely, the seeding transaction.

Given my above conclusions, it may not be necessary to continue with my analysis, however since the matter was fully argued before this Court, and since the Tax Court Judge made a finding on the issue, I will also address whether or not subsection 245(1) would have otherwise caught this transaction. In my opinion, it would not.

Subsection 245(1) would not operate to disallow the deductions made by Fording. I have found the seeding transaction to be in keeping with the object and spirit

législatives. Par conséquent, à mon avis, le paragraphe 245(1) ne s'applique pas à l'espèce car il n'y a eu aucun débours ou aucune dépense faits ou engagés à l'égard desquels une déduction a été effectuée.

L'analyse faite par le juge de la Cour de l'impôt de la disposition en question est parfaitement logique. L'appelante tient que l'opération d'amorçage était une manœuvre d'évitement fiscal par ce motif qu'elle n'avait aucun objet commercial véritable et qu'elle n'allait pas dans le sens des habitudes normales du commerce. Dans cet argument en faveur de l'application du paragraphe 245(1), «l'affaire ou l'opération» qualifiée de factice est l'opération d'amorçage, savoir la vente et le rachat de la participation de 0,001 p. 100 dans la mine de Fording River. La «déduction» en cause est la déduction par Fording des comptes fiscaux. Les dépenses et débours constituant ces comptes n'ont pas été «faits ou engagés relativement à (en anglais: *in respect of*)» l'opération d'amorçage. L'intimée soutient qu'il faut donner à la locution prépositive «quant à (en anglais: *in respect of*)» le sens le plus large possible<sup>27</sup>, et que la question centrale à examiner dans l'application du paragraphe 245(1) est de savoir qui revendique la déduction, et non pas qui a engagé la dépense ou fait le débours. La locution prépositive «*in respect of*» apparaît deux fois dans le paragraphe 245(1), et il faut donner un sens à chacune de ces deux occurrences. Peu importe que les FCEC et FCAC soient considérés comme des dépenses d'Elco ou des dépenses réputées de Fording ou encore le résultat d'une disposition de dégrèvement, ils n'ont pas été «faits ou engagés relativement à» une affaire ou opération qualifiée de factice, savoir l'opération d'amorçage.

Vu les conclusions que j'ai tirées plus haut, il n'est peut-être pas nécessaire que je poursuive mon analyse; il se trouve cependant que la question a fait l'objet de débats devant la Cour et puisque le juge de la Cour de l'impôt a tiré une conclusion en la matière, j'examinerai aussi si cette opération ne tombe pas, à d'autres égards, sous le coup du paragraphe 245(1). Je ne le pense pas.

Le paragraphe 245(1) n'a pas pour effet d'exclure les déductions faites par Fording. J'ai conclu que l'opération d'amorçage était conforme à l'objet et à

of subsections 66.1(4) and 66.2(3). Could subsection 245(1) now be used to disallow the deductions on the basis that they arose from an artificial transaction (the seeding transaction) and as such unduly or artificially reduced Fording's income? I do not believe so.

As I stated in *Canada v. Mara Properties Ltd.*:

... I agree that the claimed loss on the sale of the land cannot be artificial because the loss is the product of a statutory deeming provision (subsection 88(1)) to which effect must be given.<sup>28</sup>

This statement was part of my dissenting judgment. Writing for the majority Mr. Justice Marceau found:

Even if subsection 88(1) operates to allow the respondent to consider the difference between the deemed cost and the actual proceeds of sale as a loss sustained in the course of its business, this loss could not be said to be "artificial" or "undue" as it would arise by specific operation of the Act.<sup>29</sup>

To determine whether a deduction will cause an artificial reduction of a taxpayer's income, it is necessary to examine the transaction which gave rise to the deduction in question. If that transaction is in keeping with the relevant sections and the Act itself, then it cannot be artificial under subsection 245(1).

The Supreme Court of Canada in *Stuart*<sup>30</sup> held the object and spirit test to be less onerous than the test for artificiality under subsection 245(1). The transaction here in issue was found to be within the object and spirit of the successor rules, therefore it cannot be said to be artificial and disallowed by subsection 245(1).

Fording acknowledged that tax considerations motivated the seeding transaction, but that fact in and of itself is not enough to support a finding that an undue or artificial reduction of income occurred. The successor rules do not simply list generic deductions; they establish a complex means by which a successor

l'esprit des paragraphes 66.1(4) et 66.2(3). Pourrait-on invoquer alors le paragraphe 245(1) pour rejeter les déductions en cause par ce motif qu'elles avaient leur origine dans une opération factice (l'opération d'amorçage) et, de ce fait, réduisaient le revenu indûment ou de façon factice? Je ne le pense pas.

Comme je l'ai fait observer dans *Canada c. Mara Properties Ltd.*:

... je suis d'accord pour dire que la perte subie lors de la vente du bien-fonds et dont on réclame la déduction ne peut être factice, étant donné qu'elle résulte d'une disposition législative qui crée une présomption (le paragraphe 88(1)) et à laquelle on doit donner effet<sup>28</sup>.

Cette constatation faisait partie des motifs dissidents que je prononçais dans cette affaire. De son côté, le juge Marceau, prononçant le jugement de la majorité, a conclu en ces termes:

Même si le paragraphe 88(1) a pour effet de permettre à l'intimée de considérer la différence entre le coût réputé et le produit effectif de la vente comme une perte subie dans le cadre de son entreprise, on ne saurait dire que cette perte est « factice » ou « indue », étant donné qu'elle résulte de l'application spécifique de la Loi<sup>29</sup>.

Pour savoir si une déduction opère réduction factice du revenu du contribuable, il est nécessaire d'examiner l'opération qui y a donné lieu. Si cette opération ne va pas à l'encontre des dispositions applicables ou de la Loi elle-même, elle ne peut être jugée factice au regard du paragraphe 245(1).

Dans *Stuart*<sup>30</sup>, la Cour suprême du Canada a jugé que le critère de l'objet et de l'esprit de la Loi est moins rigoureux que le critère du caractère factice au regard du paragraphe 245(1). L'opération litigieuse en l'espèce a été jugée conforme aux règles concernant les corporations remplaçantes, il s'ensuit qu'elle ne saurait être jugée factice et exclue par le paragraphe 245(1).

Fording reconnaît que l'opération d'amorçage était motivée par des considérations fiscales, mais ce fait à lui seul ne suffit pas pour justifier la conclusion qu'il y a eu réduction indue ou factice du revenu. Les règles concernant les corporations remplaçantes ne font pas que poser un principe général en matière de

company can utilize the expenses of a predecessor. Indeed it could be said that they create an artificial deduction, however it is one sanctioned, indeed legitimized by the Act. As was said by Mr. Justice Estey in *Stubart*:

Income tax legislation, such as the federal Act in our country, is no longer a simple device to raise revenue to meet the cost of governing the community. Income taxation is also employed by government to attain selected economic policy objectives. Thus, the statute is a mix of fiscal and economic policy. The economic policy element of the Act sometimes takes the form of an inducement to the taxpayer to undertake or redirect a specific activity. Without the inducement offered by the statute, the activity may not be undertaken by the taxpayer for whom the induced action would otherwise have no *bona fide* business purpose. . . .<sup>31</sup>

The Act does more than set out deductions, it is a means of advancing government policy. In determining whether the deductions were within the object and spirit of the successor rules, it was necessary to examine the seeding transaction. Once the seeding transaction was found to be within the object and spirit of those rules, the deductions it gave rise to cannot be said to have artificially reduced the taxpayer's income:

. . . a transaction that clearly falls within the object and spirit of section 66 cannot be said to unduly or artificially reduce income merely because the taxpayer was influenced in deciding to enter into it by tax considerations.<sup>32</sup>

If a section creates a complex means by which a taxpayer can receive a specific benefit, and if the taxpayer's actions in so doing have been found to be in keeping with both the plain meaning and the object and spirit of the relevant sections, then subsection 245(1) cannot operate to disallow the deductions which arose.

I would dismiss the appeal with costs.

<sup>1</sup> [1984] 1 S.C.R. 536.

<sup>2</sup> [1994] 3 S.C.R. 3.

<sup>3</sup> See e.g. *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312, at pp. 326-327; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, at p. 113.

déductions; elles établissent un régime complexe grâce auquel une corporation remplaçante peut se prévaloir des dépenses faites par le prédécesseur. On peut dire qu'elles créent une déduction artificielle, mais cette déduction est sanctionnée, voire légitimée, par la Loi.

<sup>a</sup> Ainsi que l'a fait observer le juge Estey dans *Stubart*:

La législation en matière d'impôt sur le revenu, comme la loi fédérale de notre pays, n'est pas uniquement un simple moyen de prélever des revenus pour faire face aux dépenses gouvernementales. Le gouvernement utilise les prélèvements d'impôt pour réaliser certains objectifs déterminés de politique économique. Ainsi, la Loi est à la fois un outil de politique économique et de politique fiscale. L'élément de politique économique de la Loi prend quelquefois la forme d'une incitation du contribuable à s'engager dans une activité précise ou à la réorganiser. Sans l'incitation contenue dans la Loi, le contribuable ne s'engagerait peut-être pas dans cette activité et pour lui l'opération en cause n'aurait pas d'autre objet commercial véritable. . . .<sup>31</sup>

<sup>d</sup> La Loi ne fait pas que prévoir des déductions, elle est un moyen de réalisation de la politique gouvernementale. Afin de savoir si les déductions en cause sont conformes à l'objet et à l'esprit des règles concernant les corporations remplaçantes, il est nécessaire d'analyser l'opération d'amorçage. Une fois celle-ci jugée conforme à l'objet et à l'esprit de ces règles, on ne saurait dire que les déductions qui en découlent réduisent de façon factice le revenu du contribuable:

<sup>f</sup> . . . on ne peut dire . . . qu'une affaire qui rencontre l'objet et l'économie de l'article 66, réduit indûment ou de façon factice le revenu simplement parce que le contribuable a été alléché par les avantages fiscaux lorsqu'il s'est lancé dans cette affaire.<sup>32</sup>

<sup>h</sup> Si une disposition établit un régime complexe dont le contribuable puisse se prévaloir pour recevoir un avantage spécifique, et ce, de manière jugée conforme aux termes clairs comme à l'objet et l'esprit des dispositions applicables, le paragraphe 245(1) ne s'applique pas pour exclure les déductions en qui découlent.

<sup>i</sup> Je rejetterais l'appel avec dépens.

<sup>1</sup> [1984] 1 R.C.S. 536.

<sup>2</sup> [1994] 3 R.C.S. 3.

<sup>3</sup> Voir par ex. *Canada v. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312, aux p. 326 et 317; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, à la p. 113.

- <sup>4</sup> *Stuart*, *supra*, note 1, at pp. 579-580.
- <sup>5</sup> [1988] 2 S.C.R. 175, at p. 193.
- <sup>6</sup> *R v Esskay Farms Ltd*, [1976] CTC 24 (F.C.T.D.); *McKee (G) v The Queen*, [1977] CTC 491 (F.C.T.D.).
- <sup>7</sup> [1983] 1 S.C.R. 29.
- <sup>8</sup> *Ibid.*, at p. 39.
- <sup>9</sup> See e.g. *Canada v. Irving Oil Ltd.*, [1991] 1 C.T.C. 350 (C.A.F.), at p. 360.
- <sup>10</sup> See e.g. *Shulman, Isaac v. Minister of National Revenue*, [1961] Ex. C.R. 410; *Fell (D) Ltd et al v The Queen*, [1981] CTC 363 (F.C.T.D.); *Consolidated-Bathurst Ltd. v. Canada*, [1987] 2 F.C. 3 (C.A.).
- <sup>11</sup> *Supra*, note 1, at p. 579.
- <sup>12</sup> Note e.g. in *Stuart*, *supra* note 1, at p. 579 where Estey J. discusses "sham" as an issue in circumstances where s. 245(1) would not apply.
- <sup>13</sup> *Harris v. Minister of National Revenue*, [1966] S.C.R. 489, at p. 505; *Stuart*, *supra*, note 1, at p. 579.
- <sup>14</sup> See generally the analysis of Jockett C.J. in *R v Alberta and Southern Gas Co Ltd*, [1977] CTC 388 (F.C.A.).
- <sup>15</sup> *Ibid.*, at pp. 396-397.
- <sup>16</sup> In *Canada v. Mara Properties Ltd.*, [1995] 2 F.C. 433 (C.A.), at p. 454 the only judge who determined as part of the *ratio decidendi* that s. 245(1) did not apply specifically found the deduction in question to be within the object and spirit of the Act.
- <sup>17</sup> S.C. 1970-71-72, c. 63 (Act).
- <sup>18</sup> [1984] 1 S.C.R. 536.
- <sup>19</sup> [1993] 2 C.T.C. 2259 (T.C.C.).
- <sup>20</sup> *Ibid.*, at p. 2267.
- <sup>21</sup> [1936] A.C. 1 (H.L.), at pp. 19-20.
- <sup>22</sup> *Canada v. Mara Properties Ltd.*, [1995] 2 F.C. 433 (C.A.), *per* Stone J.A.
- <sup>23</sup> [1987] 1 C.T.C. 89 (F.C.A.), at p. 95.
- <sup>24</sup> See also *Canada v. Irving Oil Ltd.*, [1991] 1 C.T.C. 350 (F.C.A.).
- <sup>25</sup> [1966] S.C.R. 489.
- <sup>26</sup> [1977] CTC 491 (F.C.T.D.).
- <sup>27</sup> See *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 39.
- <sup>28</sup> *Supra*, note 22, at p. 452.
- <sup>29</sup> *Supra*, note 22, at pp. 437-438.
- <sup>30</sup> *Supra*, note 18.
- <sup>31</sup> *Supra*, note 18, at pp. 575-576.
- <sup>32</sup> *R. v. Alberta and Southern Gas Co Ltd*, [1978] 1 F.C. 454 (C.A.), at pp. 462-463.
- <sup>4</sup> *Stuart*, note 1, *supra*, aux p. 579 et 580.
- <sup>5</sup> [1988] 2 R.C.S. 175, à la p. 193.
- <sup>6</sup> *R c Esskay Farms Ltd*, [1976] CTC 24 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *McKee (G) c La Reine*, [1977] CTC 491 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).
- <sup>7</sup> [1983] 1 R.C.S. 29.
- <sup>8</sup> *Ibid.*, à la p. 39.
- <sup>9</sup> Voir par ex. *Canada c. Irving Oil Ltd.*, [1991] 1 C.T.C. 350 (C.A.F.), à la p. 360.
- <sup>10</sup> Voir par ex. *Shulman, Isaac v. Minister of National Revenue*, [1961] R.C.É. 410; *Fell (D) Ltd et al c La Reine*, [1981] CTC 363 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Consolidated-Bathurst Ltd. c. Canada*, [1987] 2 C.F. 3 (C.A.).
- <sup>11</sup> Note 1, *supra*, à la p. 579.
- <sup>12</sup> Voir par ex. le passage dans *Stuart*, note 1, *supra*, à la p. 579, où le juge Estey analyse la question du «trompe-l'œil» dans les cas où l'art. 245(1) ne s'appliquait pas.
- <sup>13</sup> *Harris c. Ministre du revenu national*, [1966] R.C.S. 489, à la p. 505; *Stuart*, note 1, *supra*, à la p. 579.
- <sup>14</sup> Voir l'analyse faite par le juge en chef Jockett dans *R c Alberta and Southern Gas Co Ltd*, [1977] CTC 388 (C.A.F.).
- <sup>15</sup> *Ibid.*, aux p. 396 et 397.
- <sup>16</sup> Dans *Canada c. Mara Properties Ltd.*, [1995] 2 C.F. 433 (C.A.), à la p. 454, le seul juge qui ait conclu à titre de motif de décision que l'art. 245(1) ne s'appliquait expressément pas, a jugé que la déduction en question était conforme à l'objet et à l'esprit de la Loi.
- <sup>17</sup> S.C. 1970-71-72, ch. 63 (la Loi).
- <sup>18</sup> [1984] 1 R.C.S. 536.
- <sup>19</sup> [1993] 2 C.T.C. 2259 (C.C.I.).
- <sup>20</sup> *Ibid.*, à la p. 2267.
- <sup>21</sup> [1936] A.C. 1 (H.L.), aux p. 19 et 20.
- <sup>22</sup> *Canada c. Mara Properties Ltd.*, [1995] 2 C.F. 433 (C.A.), jugement du juge Stone, J.C.A.
- <sup>23</sup> [1987] 1 C.T.C. 89 (C.A.F.), à la p. 95.
- <sup>24</sup> Voir aussi *Canada c. Irving Oil Ltd.*, [1991] 1 C.T.C. 350 (C.A.F.).
- <sup>25</sup> [1966] R.C.S. 489.
- <sup>26</sup> [1977] CTC 491 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).
- <sup>27</sup> Voir *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la p. 39.
- <sup>28</sup> Note 22 *supra*, à la p. 452.
- <sup>29</sup> Note 22 *supra*, aux p. 437 et 438.
- <sup>30</sup> Note 18, *supra*.
- <sup>31</sup> Note 18, *supra*, aux p. 575 et 576.
- <sup>32</sup> *R. c. Alberta and Southern Gas Co Ltd*, [1978] 1 C.F. 454 (C.A.), aux p. 462 et 463.