

A-411-95  
**Her Majesty the Queen** (*Appellant*) (*Respondent*)

v.

**Central Supply Company (1972) Limited** (*Respondent*) (*Appellant*)

A-412-95

**Her Majesty the Queen** (*Appellant*) (*Respondent*)

v.

**Carousel Travel 1982 Inc.** (*Respondent*) (*Appellant*)

*INDEXED AS: CANADA v. CENTRAL SUPPLY COMPANY (1972) LTD. (C.A.)*

Court of Appeal, Strayer, Linden and McDonald J.J.A.—Toronto, February 5, 6, and 7; Ottawa, June 2, 1997.

*Income tax — Income calculation — Deductions — Appeal from Tax Court decision allowing deductions under Income Tax Act, s. 66.1 — Respondents purchasing interests in partnerships engaged in financing unsuccessful oil, gas exploration project on final day of partnerships' fiscal year — Disposing of limited partnership interests next day — Income Tax Act, s. 245 prohibiting deductions in respect of disbursement, expense, made or incurred in respect of transaction, operation that if allowed would unduly or artificially reduce income — "Artificial", "undue" referring to reduction of income, not expense — Application of majority opinion as to role of s. 245, 3 relevant considerations set out by F.C.A. in Canada v. Fording Coal Ltd. — (1) As not engaging in business exploration expense provisions designed to promote, respondents outside their intended object, spirit — (2) Transactions allowing respondents to claim cumulative Canadian exploration expense deductions far removed from normal commercial practice — (3) No business purpose attached to respondents' participation in limited partnerships — Attempting to achieve unlawful tax avoidance.*

This was an appeal from the Tax Court decision allowing the respondents' deductions. The respondents claimed deductions of \$10,000,000 (Central Supply Company) and

A-411-95  
**Sa Majesté la Reine** (*appelante*) (*intimée*)

c.

**Central Supply Company (1972) Limited** (*intimée*) (*appelante*)

A-412-95

**Sa Majesté la Reine** (*appelante*) (*intimée*)

c.

**Carousel Travel 1982 Inc.** (*intimée*) (*appelante*)

*RÉPERTORIÉ: CANADA c. CENTRAL SUPPLY COMPANY (1972) LTD. (C.A.)*

Cour d'appel, juges Strayer, Linden et McDonald, J.C.A.—Toronto, 5, 6 et 7 février; Ottawa, 2 juin 1997.

*Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Appel d'une décision par laquelle la Cour de l'impôt a autorisé des déductions en vertu de l'art. 66.1 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Les intimées ont acheté une participation dans des sociétés en commandite qui avaient financé un projet d'exploration de pétrole et de gaz (devenant se révéler improductif) le dernier jour de l'exercice financier des sociétés en commandite — Elles ont vendu leur participation dans les sociétés en commandite le lendemain — L'art. 245 de la Loi de l'impôt sur le revenu interdit toute déduction 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 — Les termes «factice» et «indue» renvoient à la réduction du revenu et non à la dépense — Il y a eu application de l'opinion majoritaire quant au rôle de l'art. 245 et des trois facteurs pertinents énoncés dans Canada c. Fording Coal Ltd. — (1) Comme les intimées n'ont participé en aucune façon à l'entreprise que les dispositions relatives aux frais avaient pour but de promouvoir, elles n'étaient pas placées dans une situation qui respecte l'objet et l'esprit de la loi — (2) Les opérations permettant aux intimées de réclamer des déductions au titre des frais cumulatifs d'exploration au Canada étaient bien loin des habitudes normales du commerce — (3) Aucun objectif commercial n'était rattaché à la participation des intimées dans les sociétés en commandite — Elles ont essayé d'éviter de l'impôt au moyen d'un strata-gème illégal.*

Il s'agissait d'un appel formé contre une décision de la Cour de l'impôt autorisant des déductions réclamées par les intimées. Ces dernières ont réclamé des déductions de

\$6,000,000 (Carousel) in the 1987 taxation year under *Income Tax Act*, subsection 66.1(3) and paragraph 66.1(6)(b). Subsection 66.1(3) then permitted a taxpayer, other than a principal-business corporation, to deduct the amount not exceeding the taxpayer's cumulative Canadian exploration expense (CEE) as determined at the end of the year. The CEE deduction is a cumulative, continuing pool of expenses to which defined exploration expenses, such as seismic and drilling costs, are added and from which certain sums received or receivable are deducted. A "Canadian exploration expense" relates generally to expenses incurred for the purpose of drilling or completing an oil or gas well. The sums which are deducted from the "pool" include grants which the taxpayer is entitled to receive from the Government of Canada through the *Petroleum Incentives Program Act* which provides for the payment of 80% of "eligible exploration expenses" for "qualified persons" as part of a strategy to encourage investment in the industry. Paragraph 66.1(6)(a) sets out the conditions under which a taxpayer may incur CEE deductions.

On December 14, 1987, the respondents purchased interests in four limited partnerships which had been engaged in financing an unsuccessful oil and gas exploration project located off the east coast of Canada, thus resulting in the allocation to them of the deductions. By that time the partnerships were engaged solely in winding-up activities. December 14 was the final day of the fiscal year of each of the partnerships. The next day the respondents disposed of their limited partnership interests. The Tax Court allowed the deductions pursuant to subsection 245(1) on the ground that they arose from legitimate expenses which were allocated to the respondents according to the requirements of the *Act*. *Income Tax Act*, section 245, as it then was, prohibited deductions 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.

The issue was whether *Income Tax Act*, subsection 245(1) applied to disallow the deductions of cumulative Canadian exploration expense claimed in 1987.

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

*Per* Linden J.A. (Strayer J.A. concurring): Judicial anti-avoidance devices have been sparsely used in Canada. Consequently, any meaningful distinction between lawful and unlawful tax avoidance must come mainly from legislative anti-avoidance measures. The former subsection 245(1) was one of a number of partial anti-avoidance measures in the *Act* which attempted to prevent specific

10 000 000 \$ (Central Supply Company) et de 6 000 000 \$ (Carousel) pour l'année d'imposition 1987 en vertu du paragraphe 66.1(3) et de l'alinéa 66.1(6)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le paragraphe 66.1(3) disposait à cette époque qu'un contribuable, à l'exclusion d'une corporation exploitant une entreprise principale, pouvait déduire un montant ne dépassant pas l'excédent de ses frais cumulatifs d'exploration au Canada (les FEC) à la fin de l'année. La déduction pour FEC est un ensemble cumulatif et continu de dépenses auxquelles sont ajoutés les frais d'exploration déterminés, comme les coûts d'exploration sismique et de forage, et desquelles sont déduits certains montants reçus ou à recevoir. Les «frais d'exploration au Canada» se rapportent généralement à des dépenses engagées aux fins du forage ou de l'essai d'un puits de pétrole ou de gaz. Les sommes qui sont déduites de «l'ensemble» comprennent des subventions du gouvernement du Canada auxquelles le contribuable a droit en vertu de la *Loi sur le programme d'encouragement du secteur pétrolier*, qui prévoit des versements de 80 % des «frais d'exploration admissibles» pour les «personnes admissibles» dans le cadre d'une stratégie visant à encourager les investissements dans ce secteur d'activités. L'alinéa 66.1(6)a) énonce les conditions en vertu desquelles un contribuable peut demander une déduction pour FEC.

Le 14 décembre 1987, les intimées ont acheté une participation dans quatre sociétés en commandite qui avaient financé un projet d'exploration de pétrole et de gaz, qui s'est révélé improductif, situé au large de la côte est du Canada, ce qui a entraîné pour elles la répartition des deductions. Après cela, les sociétés en commandite n'ont été engagées que dans des activités de fermeture. Le 14 décembre était le dernier jour de l'exercice financier de chacune de ces sociétés en commandite. Le lendemain, les intimées ont vendu leurs participations des sociétés en commandite. La Cour de l'impôt a accordé les deductions aux termes du paragraphe 245(1) au motif que ces deductions se rattachent à des frais légitimes qui ont été attribués aux intimées conformément aux exigences de la *Loi*. L'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, selon son libellé de l'époque, interdisait toute déduction 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.

La question était de savoir si le paragraphe 245(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* s'appliquait pour refuser les deductions pour les frais d'exploration au Canada qui ont été réclamées en 1987.

*Arrêt* (le juge McDonald, J.C.A. dissident): les appels sont accueillis.

Le juge Linden (avec l'appui du juge Strayer, J.C.A.): Les outils anti-évitement créés par les tribunaux ont été utilisés avec parcimonie au Canada. Par conséquent, toute distinction significative entre les moyens légaux et illégaux d'éviter l'impôt doit provenir principalement des mesures anti-évitement d'origine législative. L'ancien paragraphe 245(1) faisait partie d'une série de mesures

kinds of anti-avoidance schemes or transactions, all of which were repealed in 1988 to make way for the new general anti-avoidance rule (GAAR). They indicated that, even prior to the new GAAR, Parliament intended to distinguish between lawful and unlawful tax avoidance. Thus, while it may not be their role to apply anti-avoidance doctrines as general principles of interpretation, Canadian courts must respect the existence of particular tax avoidance provisions in the Act.

This Court has articulated two conflicting visions of the role to be played by subsection 245(1). Strayer J.A. in *Canada v. Fording Coal Ltd.* set out three factors relevant to the determination of whether a taxpayer has unduly or artificially reduced its income: (1) whether the deduction sought was contrary to the object and spirit of the provision in the Act; (2) whether the deduction was based on a transaction or arrangement which was not in accordance with normal business practice; and (3) whether there was a *bona fide* business purpose for the transaction. McDonald J.A., in dissent, took a much more restrictive view of the application of subsection 245(1). He acknowledged the relevance of object and spirit analysis, but interpreted the object and spirit of the relevant provisions according to the plain words of the provisions themselves. He also held that if the transaction which gave rise to the deduction was in keeping with the relevant sections of the Act, then it could not be artificial under subsection 245(1). Despite this disagreement in the Federal Court of Appeal, the Supreme Court of Canada has denied leave to appeal. In the absence of specific direction to the contrary by that Court, Strayer J.A.'s reasoning was to be preferred.

Both "artificial" and "undue" refer to the reduction of income which occurs as a result of the deduction claimed, and not the expense giving rise to the deduction. The argument that a deduction which arises from a real expense cannot unduly or artificially reduce income fails to recognize this distinction. By searching beyond the manner in which the expense arose, and focussing instead on the effect of the deduction on the taxpayer's income, the factors adopted by Strayer J.A. in *Fording* avoided this error. The cornerstone of Strayer J.A.'s reasons in *Fording* was the understanding that it was the undue or artificial reduction of income as it related to this taxpayer which is under scrutiny, and not the legitimacy of the expense, arrangement or ensuing deduction in the abstract.

The Supreme Court of Canada in *Stuart Investments Ltd. v. The Queen* did not reject the business purpose test invoked by Strayer J.A. as a factor in the application of subsection 245(1). Estey J. declared that the adoption of

partielles anti-évitement comprises dans la Loi, dont le but était de prévenir certains types de stratagèmes ou d'opérations visant à éviter l'impôt, mesures qui ont toutes été abrogées en 1988 pour faire place à la nouvelle règle générale anti-évitement (RGAE). Elles indiquaient que, même avant l'adoption de la nouvelle RGAE, le législateur avait l'intention d'établir une distinction entre les mesures légales et illégales d'évitement fiscal. Il en résulte que, même si ce n'est peut-être pas le rôle des tribunaux canadiens d'appliquer les doctrines anti-évitement à titre de principes généraux d'interprétation, ils doivent quand même respecter l'existence de dispositions particulières d'évitement fiscal prévues dans la Loi.

Notre Cour a exposé deux visions contradictoires du rôle qu'est censé jouer le paragraphe 245(1). Dans l'arrêt *Canada c. Fording Coal Ltd.*, le juge d'appel Strayer a énoncé trois facteurs pertinents à la question de savoir si un contribuable a réduit indûment ou de façon factice son revenu: il s'agit de savoir (1) si la déduction revendiquée était contraire à l'objet et à l'esprit de la disposition de la Loi; (2) si la déduction était fondée sur une opération ou convention échappant aux habitudes normales du commerce; et (3) si l'opération avait un objet commercial véritable. Le juge d'appel McDonald, dissident dans cet arrêt, a adopté une position beaucoup plus restrictive concernant l'application du paragraphe 245(1). Il a reconnu la pertinence de l'analyse fondée sur l'objet et l'esprit de la Loi, mais il a interprété l'objet et l'esprit des dispositions pertinentes selon le sens des mots ordinaires utilisés dans les dispositions elles-mêmes. Il a également conclu que, si l'opération qui y a donné lieu n'allait pas à l'encontre des dispositions applicables de la Loi, elle ne pouvait être jugée factice au regard du paragraphe 245(1). Malgré ce désaccord en Cour d'appel fédérale, l'autorisation de pourvoi devant la Cour suprême a été refusée dans l'affaire. En l'absence de toute précision contraire de la Cour suprême, il fallait préférer le raisonnement du juge Strayer.

Les deux termes «factice» et «indue» renvoient à la réduction du revenu qui résulte de la déduction réclamée, et non à la dépense qui a donné lieu à la déduction. L'argument selon lequel une déduction qui découle d'une dépense réelle ne peut réduire indûment ou de façon factice un revenu ne tient pas compte de cette distinction. En allant au-delà de la manière dont la dépense a été engagée, et en mettant plutôt l'accent sur l'effet de la déduction sur le revenu du contribuable, les facteurs énoncés par le juge Strayer dans l'arrêt *Fording* évitent ce piège. La pierre angulaire du raisonnement du juge Strayer dans *Fording* s'appuyait sur la reconnaissance du fait que c'est la réduction indue ou factice du revenu, au regard de ce contribuable, qui est à l'examen, et non la légitimité de la dépense, de l'entente ou de la déduction qui en a résulté, considérée dans l'abstrait.

Dans l'arrêt *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, la Cour suprême du Canada n'a pas rejeté le critère de l'objet commercial qui, d'après le juge Strayer, est un facteur à prendre en compte dans l'application du paragraphe

the business purpose test might result in judicial disallowance of transactions which are expressly contemplated by the legislature as part of a larger economic policy, only in response to the argument that the business purpose test should be used as a general interpretive principle. The implicit concern was improper judicial intervention into the realm of legislative policy. But where Parliament has specifically directed the Court to consider whether a particular deduction unduly or artificially reduces income, it is appropriate for the Court to evaluate evidence of business purpose, as an indicator of the legitimacy of the deduction. Consequently, the business purpose test is a relevant factor in the subsection 245(1) analysis.

Just because a transaction technically may fit within the parameters of the Act, does not mean that it cannot unduly or artificially reduce income. Subsection 245(1) applies where, notwithstanding the genuineness of the legal relationship established by the taxpayer, a deduction based on such a transaction would unduly or artificially reduce income. Parliament chose to enact subsection 245(1). By applying that provision in appropriate cases, the Court is not usurping the legislative will, it is obeying it. While this approach may entail a certain element of discretion in the application of subsection 245(1), this cannot be entirely avoided for the assessment of object and spirit, consistency with ordinary business practice and evaluation of business purpose must, of necessity, proceed on a case-by-case basis.

The deductions sought unduly and artificially reduced the respondents' income pursuant to subsection 245(1). A result different from that arrived at by the Tax Court Judge followed from an application of the three factors in *Fording*. (1) The respondents' attempted use of the exploration expense provisions fell outside their intended object and spirit. Respondents did not in any way engage in the business which the exploration expense provisions were designed to promote. None of the goals of the policy allowing for this type of flow-through share arrangement were achieved as a result of the respondents' fleeting investment at a time when no exploration or mining was being carried out or contemplated. Furthermore, the purpose of the cumulative CEE provision was to allow taxpayers to deduct only what they had actually expended in an exploration project, and not the full cost of a project which, in fact, received 80% of its funding from the government. In this case, because government assistance was not subtracted from the cumulative CEE total, the respondents claimed a deduction of 100% of the exploration expense, despite the fact that the government ultimately compensated the partnerships for 80% of those expenses. The effect for the government was a cost of more than 100% of the actual cost of exploration. Parlia-

245(1). Le juge Estey a déclaré que l'adoption du critère de l'objet commercial pouvait amener les tribunaux à rejeter des opérations qui étaient expressément prévues par le législateur dans le cadre d'une politique économique de plus grande envergure, mais en réponse seulement à l'argument selon lequel le critère de l'objet commercial devrait être utilisé comme un principe général d'interprétation. Il se préoccupait implicitement d'une intervention judiciaire inappropriée dans la sphère de la politique législative. Toutefois, lorsque le législateur fédéral a expressément donné instruction à la Cour d'examiner si une déduction particulière réduit indûment ou de façon factice le revenu, il est approprié que la Cour évalue la preuve portant sur l'objet commercial à titre d'indice de la légitimité de la déduction. Par conséquent, le critère de l'objet commercial est un facteur pertinent dans une analyse du paragraphe 245(1).

Le simple fait qu'une opération peut techniquement respecter les paramètres de la Loi ne signifie pas qu'elle ne peut pas indûment ou de façon factice réduire le revenu. Le paragraphe 245(1) 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. Le législateur fédéral a choisi d'adopter le paragraphe 245(1). En appliquant cette disposition à des cas appropriés, la Cour n'usurpe pas la volonté du législateur, elle s'y conforme. Bien que cette méthode puisse comporter un certain élément de discrétion dans l'application du paragraphe 245(1), cela ne peut pas être entièrement évité étant donné que l'évaluation de l'objet et de l'esprit de la loi, de la conformité aux habitudes normales du commerce et de l'objet commercial doit nécessairement se faire au cas par cas.

Les déductions demandées ont réduit indûment et de façon factice le revenu des intimées, aux termes du paragraphe 245(1). On est arrivé à un résultat différent de celui auquel le juge de la Cour de l'impôt est arrivé quand les trois facteurs énoncés dans *Fording* ont été appliqués. (1) La tentative d'utilisation par les intimées des dispositions relatives aux frais d'exploration ne respectait pas l'objet et l'esprit de ces dispositions. Les intimées n'ont participé d'aucune façon à l'entreprise que les dispositions relatives aux frais d'exploration avaient pour but de promouvoir. Aucun des objectifs de la politique tenant compte de ce type de convention d'émission d'actions accréditives n'a pu être atteint du fait de l'investissement éphémère des intimées à un moment où il n'y avait plus d'activités d'exploration ou minières effectuées ou envisagées. De plus, la disposition relative aux frais cumulatifs d'exploration au Canada avait pour but de permettre aux contribuables de déduire uniquement ce qu'ils avaient réellement engagé dans un projet d'exploration, et non le coût total d'un projet qui en fait a été financé à 80 % par le gouvernement. En l'espèce, parce que l'aide gouvernementale n'a pas été soustraite du total des frais cumulatifs d'exploration au Canada, les intimées ont réclamé une déduction de 100 % des frais d'exploration, malgré que le

ment cannot have intended such an absurd result in enacting these provisions. Finally, the purpose for which the respondents took advantage of this practice had nothing to do with the reason for which it may have been condoned by the PIP Administration. The respondents completely failed to bring themselves within the object and the spirit of the Act. (2) The transactions which allowed the respondents to claim the cumulative CEE deductions were far removed from normal commercial practice. At the time the interests were purchased in the limited partnerships, no potential for profit could have existed. The exploration activities, the *raison-d'être* for the limited partnerships, had long since been abandoned. Despite this, the respondents paid \$1,800,000 and \$1,080,000 each for interests which, within twenty-four hours, were sold for a mere \$137 and \$228 respectively. In addition, it was contrary to normal business practice to ensure, by way of a sale agreement, that the limited partnerships not be entitled to receive any government assistance until after the date when it was anticipated that the respondents would exercise their rights under the agreement and remove themselves from the limited partnerships. The transactions constituted a tax scheme, not a business deal. (3) There was no business purpose attached to the respondents' participation in the limited partnerships. What the respondents attempted to achieve was unlawful tax avoidance. Subsection 245(1) should be applied to disallow the deductions sought.

*Per* McDonald J.A. (dissenting): The transaction was not captured by subsection 245(1).

The first step in the analysis was to assess whether the deduction artificially or unduly reduced income. The proper point of comparison is the result of the transaction and not the transaction itself. The taxpayers were members of a partnership that legitimately incurred CEE through its agent with respect to drilling off Canada's east coast. Under the CEE regime, only members of the partnership at the end of the partnership's fiscal year may deduct CEE. The taxpayers were members of the partnership at the end of the fiscal year. The provisions of the Act specifically resulted in attribution of the CEE to them as members of the partnerships at the end of the partnerships' fiscal year. Subsection 245(1) cannot apply to defeat deductions where they arise by specific operation of the Act. The losses incurred by the limited partnership were real and came about as the result of real exploration and development. They were not created by manipulation of the *Income Tax Act*. Where a deduction arises by specific operation of the Act, it is not artificial or undue. Had Parliament intended subsection 245(1) to override deductions that arise by specific operation of the *Income Tax Act*, it would have used specific language to that end. In the absence of such language, it cannot be assumed that Parliament would disallow with one provision that

gouvernement ait finalement remboursé aux sociétés 80 % de leurs frais. Il en a en fait coûté au gouvernement plus de 100 % du coût réel de l'exploration. Le législateur ne peut pas avoir voulu un résultat aussi absurde quand il a adopté ces dispositions. En dernier lieu, la fin pour laquelle les intimées ont profité de cette pratique n'avait rien à voir avec la raison qui peut avoir amené l'Administration des PESP à l'accepter. Les intimées ne sont pas placées dans une situation qui respecte l'objet et l'esprit de la Loi. (2) Les opérations en vertu desquelles les intimées ont réclamé la déduction au titre des frais cumulatifs d'exploration au Canada étaient bien loin des habitudes normales du commerce. Au moment où les participations ont été achetées dans les sociétés en commandite, aucune possibilité de profit ne pouvait exister. Les activités d'exploration qui étaient la raison d'être des sociétés en commandite avaient depuis longtemps été abandonnées. Malgré cela, les intimées ont payé 1 800 000 \$ et 1 080 000 \$ chacune pour des participations qui, en moins de vingt-quatre heures, ont été vendues en vertu d'un contrat d'option de vente pour des montants de 137 \$ et 228 \$, respectivement. En outre, il est contraire aux habitudes normales du commerce de s'assurer, par l'entremise d'un contrat de vente, que les sociétés en commandite n'aient droit à une aide gouvernementale qu'après la date à laquelle il était prévu que les intimées exerceraient leurs droits en vertu du contrat et se retireraient des sociétés en commandite. Il s'agissait d'un plan d'évitement de l'impôt, et non d'une opération commerciale. (3) Aucun objet commercial n'était rattaché à la participation des intimées dans les sociétés en commandite. Ce que les intimées ont essayé de faire en l'espèce était un stratagème illégal d'évitement de l'impôt. Le paragraphe 245(1) doit être appliqué pour refuser les déductions demandées.

Le juge McDonald, J.C.A. (dissent): L'opération ne tombait pas sous le coup du paragraphe 245(1).

La première étape de l'analyse consistait à évaluer si la déduction a réduit indûment ou de façon factice le revenu. Le point de comparaison approprié est le résultat de l'opération et non l'opération elle-même. Les contribuables ont été membres d'une société en commandite qui avait légitimement engagé des FEC par l'entremise de sa mandataire relativement à des opérations de forage au large de la côte est du Canada. En vertu du régime des FEC, seuls les associés d'une société en commandite toujours présents à la fin de l'exercice financier peuvent déduire les FEC. Les contribuables étaient des associées des sociétés en commandite à la fin de l'exercice financier. L'application des dispositions de la Loi a précisément entraîné l'attribution des FEC aux contribuables à titre d'associées des sociétés en commandite à la fin de l'exercice financier de ces dernières. Le paragraphe 245(1) ne peut être invoqué pour refuser des déductions lorsque celles-ci découlent d'une application expresse de la Loi. Les pertes subies par la société en commandite étaient réelles et ont résulté de véritables activités d'exploration et d'aménagement. Ces pertes ne proviennent pas d'une manipulation quelconque de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Lorsqu'une déduction découle de l'application expresse de la Loi, on ne dit pas qu'elle est factice ou indue. Si le législateur avait eu

which it has specifically allowed with others. The taxpayers did not directly engage in mining exploration, but their direct participation was not required by the Act. The flow-through share regime in the *Income Tax Act* was created to allow investment by parties that may not have otherwise participated in the industry. The money spent to join the limited partnerships went to a company actively involved in mining exploration. While it may seem repugnant that these taxpayers are able to reap the benefit of expenses not directly incurred by them, their favourable tax position was a product of the Act's own provisions.

In any case, the object and spirit of the legislation was consistent with this result. When assessing the object and spirit of legislation, the Court may look to normal business practice, whether the transaction had a legitimate business purpose, and Parliamentary intent. (1) These types of financing arrangements were normal business practice in the industry at the time. (2) The purpose of the transactions was to purchase CEE losses to use as deductions against income. The taxpayers never intended to become active participants in the oil and gas exploration market. They claimed the deduction in their capacity as limited partners in an entity which did legitimately incur CEE and was actively involved in oil and gas exploration. For the general partner in the limited partnership, the transaction had a valid business purpose and the taxpayers achieved their deductions by virtue of their membership in the limited partnership. Further, the taxpayers' investments in the limited partnerships had the effect of providing needed capital. The business purpose of the transaction was to provide capital for the mining company. (3) Parliament created the flow-through share scheme to encourage investment in a risky enterprise, all for the sake of the national energy policy. Also, there was some political will to encourage exploration off Canada's east coast and potentially invigorate a depressed economy. The government was aware that the Act permitted these types of arrangements. Set in context, these deductions fit in with Canada's energy strategy at the time. The taxpayers' deductions were not artificial or undue as they arose by specific operation of the Act and were not inconsistent with the object and spirit of section 66.1.

l'intention que le paragraphe 245(1) ait préséance sur les déductions qui sont autorisées par l'application expresse de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il se serait exprimé clairement à cette fin. En l'absence d'un tel libellé, on ne peut présumer que le législateur prétendait refuser dans une disposition ce qu'il a précisément autorisé dans d'autres. Les contribuables n'ont pas directement participé à l'exploration minière, mais les dispositions de la Loi n'exigent pas une participation directe. Le régime des actions accréditives dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* a été créé pour autoriser des investissements par des parties qui n'auraient peut-être pas autrement participé à ce secteur d'activités. Les fonds versés pour se joindre aux sociétés en commandite sont allés à une société activement engagée dans l'exploration minière. Bien qu'il puisse sembler détestable que ces contribuables soient en mesure de récupérer le bénéfice de dépenses qu'elles n'ont pas directement engagées, leur position fiscale avantageuse découlait des dispositions mêmes de la Loi.

En tout cas, l'objet et l'esprit de la loi étaient conformes à ce résultat. Pour évaluer l'objet et l'esprit d'une loi, la Cour peut examiner les habitudes normales du commerce, elle peut évaluer si l'opération avait un objet commercial légitime, et elle peut également rechercher l'intention du législateur. (1) Ces types d'arrangements de financement étaient une habitude normale de l'industrie à cette époque. (2) L'objet des opérations était d'acheter les pertes au titre des FEC pour les déduire du revenu. Les contribuables n'avaient aucune intention de participer activement au marché de l'exploration pétrolière et gazière. Elles ont réclamé la déduction en leur qualité d'associées dans une entité qui avait effectivement engagé légitimement les FEC et faisait activement de l'exploration pétrolière et gazière. Pour le commandité d'une société en commandite, l'opération avait un objet commercial valide et les contribuables ont pu faire leurs déductions grâce à leur participation à cette société en commandite. En outre, l'investissement des contribuables dans les sociétés en commandite a eu pour effet de fournir le capital requis. L'objet commercial de cette opération était de fournir des fonds à la compagnie minière. (3) Le législateur a créé le régime des actions accréditives dans le but d'inciter les investissements dans une entreprise risquée, pour les fins de la politique énergétique nationale. Il y avait également une certaine volonté politique d'encourager l'exploration au large de la côte est du Canada et, potentiellement, de ranimer une économie chancelante. Le gouvernement était au courant que la Loi autorisait ce type d'arrangements. Replacées dans leur contexte, les déductions sont conformes à la stratégie énergétique du Canada de l'époque. Les déductions des contribuables n'étaient ni factices ni indues, étant donné qu'elles découlaient de l'application expresse de la Loi et n'étaient pas incompatibles avec l'objet et l'esprit de l'article 66.1.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, s. 137(1).  
*Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148 (as am. by S.C.  
 1970-71-72, c. 63), ss. 20(1)(e)(i), 55(1) (as am. by

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148,  
 art. 137(1).

S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 24), 66.1(3) (as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 36; 1986, c. 2, s. 17), (6)(a) (as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 36; 1980-81-82-83, c. 48, s. 34; 1986, c. 55, s. 12; 1988, c. 55, s. 42), (b) (as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 36; 1976-77, c. 4, s. 24; 1980-81-82-83, c. 48, s. 34; 1986, c. 2, s. 17; c. 55, s. 12; 1987, c. 46, s. 19), (7) (as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 36; 1977-78, c. 1, s. 30; 1980-81-82-83, c. 45, s. 34), 88(1) (as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 27; 1974-75-76, c. 26, s. 52; 1977-78, c. 1, s. 43; 1980-81-82-83, c. 48, s. 48), 96(1) (as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 43), (a), (c), (d) (as am. by S.C. 1987, c. 46, s. 32), (f), (g), (2.5) (as enacted by S.C. 1986, c. 55, s. 25), 245(1), 247(1) (as am. by S.C. 1986, c. 6, s. 125), (2) (as am. *idem*), 248(1) "taxpayer".

*Partnership Act*, R.S.A. 1980, c. P-2, s. 1(d).

*Petroleum Incentives Program Act*, R.S.C., 1985, c. P-13.

*Petroleum Incentives Program Regulations*, SOR/82-666, s. 11 (as am. by SOR/83-639, s. 2; 83-683, s. 4; 84-77, s. 3; 84-861, s. 2; 85-354, s. 1; 85-636, s. 6; 86-32, s. 3; 86-459, s. 5).

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148 (mod. par S.C. 1970-71-72, ch. 63), art. 20(1)c)(i), 55(1) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 24), 66.1(3) (édicte par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 36; 1986, ch. 2, art. 17), (6)a) (édicte par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 36; 1985, ch. 45, art. 126; 1986, ch. 55, art. 12; 1988, ch. 55, art. 42), b) (édicte par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 36; 1976-77, ch. 4, art. 24; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 34; 1986, ch. 2, art. 17; ch. 55, art. 12; 1987, ch. 46, art. 19), (7) (édicte par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 36; 1977-78, ch. 1, art. 30; 1980-81-82-83, ch. 45, art. 34), 88(1) (mod. par S.C. 1973-74, ch. 14, art. 27; 1974-75-76, ch. 26, art. 52; 1977-78, ch. 1, art. 43; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 48), 96(1) (mod. par S.C. 1984, ch. 1, art. 43), a), c), d) (mod. par S.C. 1987, ch. 46, art. 32), f), g), (2.5) (édicte par S.C. 1986, ch. 55, art. 25), 245(1), 247(1) (mod. par S.C. 1986, ch. 6, art. 125), (2) (mod., *idem*), 248(1) «contribuable».

*Loi sur le programme d'encouragement du secteur pétrolier*, L.R.C. (1985), ch. P-13.

*Partnership Act*, R.S.A. 1980, ch. P-2, art. 1(d).

*Règlement sur le programme d'encouragement du secteur pétrolier*, DORS/82-666, art. 11 (mod. par DORS/83-639, art. 2; 83-683, art. 4; 84-77, art. 3; 84-296, art. 5; 84-861, art. 2; 85-354, art. 1; 85-636, art. 6; 86-32, art. 3; 86-459, art. 5).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Canada v. Fording Coal Ltd.*, [1996] 1 F.C. 518; [1996] 1 C.T.C. 230; (1995), 95 DTC 5672; 190 N.R. 186 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. denied [1996] 3 S.C.R. viii.

##### DISTINGUISHED:

*R. v. Alberta and Southern Gas Co. Ltd.*, [1978] 1 F.C. 454; [1977] CTC 388; (1977), 77 DTC 5244 (C.A.); *affd* [1979] 1 S.C.R. 36; [1978] CTC 780; (1978), 78 DTC 6566; 23 N.R. 622; *Edmonton Liquid Gas Ltd v The Queen*, [1984] CTC 536; (1984), 84 DTC 6526; 56 N.R. 321 (F.C.A.).

##### CONSIDERED:

*Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of)*, [1936] A.C. 1 (H.L.); *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *Furniss v. Dawson*, [1984] A.C. 474 (H.L.); *Snook v. London & West Riding Investments, Ltd.*, [1967] 1 All E.R. 518 (C.A.); *Front & Simcoe Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1960] Ex. C.R. 350; [1960] C.T.C. 123; (1960), 60 DTC 1081; *Naiberg, I. v. M.N.R.*, [1969] Tax A.B.C. 492 (T.A.B.); *Canada v.*

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Canada c. Fording Coal Ltd.*, [1996] 1 C.F. 518; [1996] 1 C.T.C. 230; (1995), 95 DTC 5672; 190 N.R. 186 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [1996] 3 R.C.S. viii.

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*R. c. Alberta and Southern Gas Co. Ltd.*, [1978] 1 C.F. 454; [1977] CTC 388; (1977), 77 DTC 5244 (C.A.); *conf. par* [1979] 1 R.C.S. 36; [1978] CTC 780; (1978), 78 DTC 6566; 23 N.R. 622; *Edmonton Liquid Gas Ltd c La Reine*, [1984] CTC 536; (1984), 84 DTC 6526; 56 N.R. 321 (C.A.F.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of)*, [1936] A.C. 1 (H.L.); *Stubart 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; *Furniss v. Dawson*, [1984] A.C. 474 (H.L.); *Snook v. London & West Riding Investments, Ltd.*, [1967] 1 All E.R. 518 (C.A.); *Front & Simcoe Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1960] R.C.É 350; [1960] C.T.C. 123; (1960), 60 DTC 1081; *Naiberg, I. v. M.N.R.*, [1969] Tax A.B.C. 492 (C.A.I.); *Canada c. Continen-*

*Continental Bank Leasing Corp.*, [1996] 3 F.C. 713; (1996), 25 B.L.R. (2d) 149; [1997] 1 C.T.C. 13; 96 DTC 6355; 199 N.R. 9 (C.A.); *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32; (1987), 36 D.L.R. (4th) 197; [1987] 1 C.T.C. 117; 87 DTC 5059; 25 E.T.R. 13; 71 N.R. 134; *Commissioners of Inland Revenue v. Burmah Oil Co.*, [1981] T.R. 535 (H.L.); *Minister of National Revenue v. Leon*, [1977] 1 F.C. 249; [1976] C.T.C. 532; (1976), 76 DTC 6299; 13 N.R. 420 (C.A.); *Weston's Settlements, In re*, [1969] Ch. 233 (C.A.); *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312; [1994] 2 C.T.C. 25; (1994), 94 DTC 6314; 168 N.R. 16; *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.); revd [1996] 2 S.C.R. 161; [1996] 2 C.T.C. 54; (1996), 96 DTC 6309; 197 N.R. 308; *Spur Oil Ltd. v. R.*, [1982] 2 F.C. 113; [1981] CTC 336; (1981), 81 DTC 5168; 42 N.R. 131 (C.A.); *Canada v. Irving Oil Ltd.*, [1991] 1 C.T.C. 350; (1991), 91 DTC 5106; 126 N.R. 47 (F.C.A.); *Howard de Walden (Lord) v. Inland Revenue Commissioners*, [1942] 1 K.B. 389 (C.A.); *The Queen v. Nova Corporation of Alberta* (1997), 97 DTC 5229 (F.C.A.).

## REFERRED TO:

*The Queen v. Daly (J J)*, [1981] CTC 270; (1981), 81 DTC 5197; 38 N.R. 494 (F.C.A.); *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 408; [1969] C.T.C. 533; (1969), 69 DTC 5346; *Dominion Bridge Co Ltd v The Queen*, [1975] CTC 263; (1975), 75 DTC 5150 (F.C.T.D.); *Lagacé v. Minister of National Revenue*, [1968] 2 Ex. C.R. 98; [1968] C.T.C. 98; (1968), 68 DTC 5143; *Gregory v. Helvering*, 293 U.S. 465 (1935); *Ramsay (W. T.) Ltd. v. Inland Revenue Comrs.*, [1981] 2 W.L.R. 449 (H.L.); *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.); *Shulman, Isaac v. Minister of National Revenue*, [1961] Ex. C.R. 410; [1961] CTC 385; (1960), 61 DTC 1213; affd [1962] S.C.R. viii; *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.).

## AUTHORS CITED

Arnold, B. J. and J. R. Wilson. "The General Anti-Avoidance Rule—Part 1" (1988), 36 *Can. Tax J.* 829.

Brussa, John A. "The New Environment for Investment in the Oil and Gas Industry: Income Tax Aspects of Investment" in *Report of Proceedings of the Thirty-Seventh Tax Conference*. 1985 Conference Report. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1986.

*tal Bank Leasing Corp.*, [1996] 3 C.F. 713; (1996), 25 B.L.R. (2d) 149; [1997] 1 C.T.C. 13; 96 DTC 6355; 199 N.R. 9 (C.A.); *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32; (1987), 36 D.L.R. (4th) 197; [1987] 1 C.T.C. 117; 87 DTC 5059; 25 E.T.R. 13; 71 N.R. 134; *Commissioners of Inland Revenue v. Burmah Oil Co.*, [1981] T.R. 535 (H.L.); *Ministre du Revenu national c. Leon*, [1977] 1 C.F. 249; [1976] C.T.C. 532; (1976), 76 DTC 6299; 13 N.R. 420 (C.A.); *Weston's Settlements, In re*, [1969] Ch. 233 (C.A.); *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312; [1994] 2 C.T.C. 25; (1994), 94 DTC 6314; 168 N.R. 16; *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.); inf. par [1996] 2 R.C.S. 161; [1996] 2 C.T.C. 54; (1996), 96 DTC 6309; 197 N.R. 308; *Spur Oil Ltd. c. R.*, [1982] 2 C.F. 113; [1981] CTC 336; (1981), 81 DTC 5168; 42 N.R. 131 (C.A.); *Canada c. Irving Oil Ltd.*, [1991] 1 C.T.C. 350; (1991), 91 DTC 5106; 126 N.R. 47 (C.A.F.); *Howard de Walden (Lord) v. Inland Revenue Commissioners*, [1942] 1 K.B. 389 (C.A.); *La Reine c. Nova Corporation of Alberta* (1997), 97 DTC 5229 (C.A.F.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*La Reine c. Daly (J J)*, [1981] CTC 270; (1981), 81 DTC 5197; 38 N.R. 494 (C.A.F.); *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C.É. 408; [1969] C.T.C. 533; (1969), 69 DTC 5346; *Dominion Bridge Co Ltd c La Reine*, [1975] CTC 263; (1975), 75 DTC 5150 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Lagacé v. Minister of National Revenue*, [1968] 2 R.C.É. 98; [1968] C.T.C. 98; (1968), 68 DTC 5143; *Gregory v. Helvering*, 293 U.S. 465 (1935); *Ramsay (W. T.) Ltd. v. Inland Revenue Comrs.*, [1981] 2 W.L.R. 449 (H.L.); *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.); *Shulman, Isaac v. Minister of National Revenue*, [1961] R.C.É. 410; [1961] CTC 385; (1960), 61 DTC 1213; conf. par [1962] R.C.S. viii; *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.).

## DOCTRINE

Arnold, B. J. and J. R. Wilson. «The General Anti-Avoidance Rule—Part 1» (1988), 36 *Rev. fiscale can.* 829.

Brussa, John A. «The New Environment for Investment in the Oil and Gas Industry: Income Tax Aspects of Investment» in *Report of Proceedings of the Thirty-Seventh Tax Conference*. 1985 Conference Report. Toronto: Association canadienne d'études fiscales, 1986.

Canada. Department of Finance—Release, 94-106, November 10, 1994.

Carten, Michael A. “How-Through Share Financing” in *Income Tax Considerations in Corporate Financing*, 1986 Corporate Management Tax Conference. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1987.

Driedger, E. A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Energy, Mines and Resources Canada. *The National Energy Program, 1980*.

Gideon, K. and R. Kent. “Mrs. Gregory’s Northern Tour: Canadian Proposals to Adopt the Business Purpose Rule and the Step Transaction Doctrine” in *Report of Proceedings of the Thirty-Ninth Tax Conference*, 1987 Conference Report. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1988.

Hogg, Peter W. and J. E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

McKee, James G. “The Income Tax Implications of Flow-Through Shares” [1988] *Canadian Petroleum Tax Journal* 107.

Timbrell, D. Y. “Of Shams and Simulacra” (1973), 21 *Can Tax J.* 529.

Ziegel, Jacob S. *et al. Cases and Materials on Partnerships and Canadian Business Corporations*, 3rd ed., vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.

APPEAL from Tax Court decision allowing taxpayers’ claim for deductions under *Income Tax Act*, section 66.1 (*Central Supply Co. v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2320; (1995), 95 DTC 434 (T.C.C.)). Appeal allowed.

## COUNSEL:

*Jagmohan S. Gill, Patricia Lee and Margaret J. Nott* for appellant.  
*Paul L. Schnier and Robert Jason* for respondents.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Fogler, Rubinoff*, Toronto, for respondents.

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

1 LINDEN J.A.: This appeal [[1995] 2 C.T.C. 2320 (T.C.C.)] involves the effect, if any, of one of the

Canada. Ministère des Finances—Publication, 94-106, 10 novembre 1994.

Carten, Michael A. «How-Through Share Financing» in *Income Tax Considerations in Corporate Financing*, 1986 Corporate Management Tax Conference. Toronto: Association canadienne d’études fiscales, 1987.

Driedger, E. A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Énergie, Mines et Ressources Canada. *Le programme énergétique national, 1980*.

Gideon, K. and R. Kent. «Mrs. Gregory’s Northern Tour: Canadian Proposals to Adopt the Business Purpose Rule and the Step Transaction Doctrine» in *Report of Proceedings of the Thirty-Ninth Tax Conference*, 1987 Conference Report. Toronto: Association canadienne d’études fiscales, 1988.

Hogg, Peter W. and J. E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

McKee, James G. «The Income Tax Implications of Flow-Through Shares» [1988] *Canadian Petroleum Tax Journal* 107.

Timbrell, D. Y. «Of Shams and Simulacra» (1973), 21 *Can Tax J.* 529.

Ziegel, Jacob S. *et al. Cases and Materials on Partnerships and Canadian Business Corporations*, 3rd ed., vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.

APPEL d’une décision de la Cour de l’impôt accueillant la demande de déductions présentée par les contribuables en vertu de l’article 66.1 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* (*Central Supply Co. c. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2320; (1995), 95 DTC 434 (C.C.I.)). Appel accueilli.

## AVOCATS:

*Jagmohan S. Gill, Patricia Lee et Margaret J. Nott* pour l’appelante.  
*Paul L. Schnier et Robert Jason* pour les intimées.

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour l’appelante.  
*Fogler, Rubinoff*, Toronto, pour les intimées.

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

1 LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Le présent appel [[1995] 2 C.T.C. 2320 (C.C.I.)] porte sur l’effet possible de

former anti-avoidance provisions contained in the *Income Tax Act*. More particularly, the issue is whether the former subsection 245(1) should be applied so as to disallow deductions of cumulative Canadian exploration expense claimed in the 1987 taxation year by two taxpayers, Central Supply Company (1972) Limited (Central) and Carousel Travel 1982 Inc. (Carousel), pursuant to subsection 66.1(3) and paragraph 66.1(6)(b) of the *Income Tax Act*.<sup>1</sup> Each of the taxpayers purported to become a member of limited partnerships for twenty-four hours on the final day of the fiscal years of each of the partnerships. As a result of this brief participation, this transitory or fleeting involvement, Central claimed a deduction of \$10,000,000 and Carousel claimed a deduction of \$6,000,000, which deductions were challenged by the Minister in reassessments. The Tax Court of Canada allowed the deductions. As will be seen, I disagree with this conclusion.

2 Subsection 245(1), as it then was, read as follows:<sup>2</sup>

**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.

The disposition of this appeal turns primarily on how this partial anti-avoidance provision ought to be interpreted and applied on the facts of this case. The parties to this appeal take fundamentally different positions on this issue. The Minister, in brief summary, has submitted that subsection 245(1) ought to be applied to disallow deductions which, even if they may appear to be permitted by some provision of the Act, are inconsistent with the object and spirit of the deduction provision, are inconsistent with ordinary business practice and exhibit no business purpose. In short, the taxpayers have argued, however, that subsection 245(1) cannot be applied where the deduction sought falls within the object and spirit of the provision and has arisen by operation of a specific provision in the Act.

l'une des anciennes dispositions anti-évitement contenues dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Plus particulièrement, la question est de savoir si l'ancien paragraphe 245(1) devrait être appliqué pour annuler des déductions au titre de «frais cumulatifs d'exploration au Canada» réclamées pour l'année d'imposition 1987 par deux contribuables, soit Central Supply Company (1972) Limited (Central) et Carousel Travel 1982 Inc. (Carousel), aux termes du paragraphe 66.1(3) et de l'alinéa 66.1(6)b de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.<sup>1</sup> Chacune des contribuables prétend être devenue associée de sociétés en commandite pendant vingt-quatre heures, le dernier jour de l'exercice financier de chacune de ces sociétés en commandite. Par suite de cette brève participation, de cet engagement transitoire ou éphémère, Central a réclamé une déduction de 10 000 000 \$ et Carousel, une déduction de 6 000 000 \$, qui ont toutes deux été contestées par le ministre au moyen de nouvelles cotisations. La Cour canadienne de l'impôt a admis les déductions. Comme on le verra ci-dessous, je ne peux accepter cette conclusion.

Le paragraphe 245(1), tel qu'il était rédigé à l'époque pertinente, disposait comme suit<sup>2</sup>: 2

**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.

Pour les fins du présent appel, il faut déterminer principalement comment cette disposition partielle anti-évitement doit être interprétée et appliquée aux faits de l'espèce. Les parties à l'appel ont des positions fondamentalement différentes sur la question. Le ministre, dans un bref résumé, prétend que le paragraphe 245(1) devrait être appliqué pour annuler les déductions qui, même si elles semblent autorisées par quelque disposition de la Loi, sont incompatibles avec l'objet et l'esprit de la disposition prévoyant la déduction, avec les habitudes ordinaires du commerce et ne révèlent aucun objet commercial. En résumé, les contribuables font valoir, à l'opposé, que le paragraphe 245(1) ne peut être invoqué lorsque la déduction demandée respecte l'objet et l'esprit de la disposition et qu'elle découle de l'application d'une disposition précise de la Loi.

## I. BACKGROUND

3 Prior to 1988, Canada had no general anti-avoidance rule (GAAR), unlike many other countries which did.<sup>3</sup> Furthermore, the spirit of *Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of)*<sup>4</sup> was the reigning judicial attitude toward tax avoidance schemes, save for some limited exceptions. In that case, Lord Tomlin of the House of Lords held that “[e]very 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”.<sup>5</sup> Although the Supreme Court, in *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*,<sup>6</sup> modified the strict and literal approach to interpretation espoused in *Westminster* with a more purposive approach which was cognizant of the “object and spirit” of the Act, it remained generally loyal to the *Westminster* rule. The legacy of *Stubart* continues as the proper approach to the interpretation of taxing legislation, but it sheds no direct light on the application of subsection 245(1) of the Act. The precursor to subsection 245(1), subsection 137(1) [R.S.C. 1952, c. 148], was not argued in *Stubart*, to which Estey J. adverted in his reasons on several occasions. As a result, the interpretation and application of subsection 245(1) cannot be much influenced by the *Stubart* case.

4 A brief survey of the judicial exceptions to the *Westminster* doctrine that have developed will assist our understanding of the role to be played by subsection 245(1) as a legislative curb on tax avoidance. Despite several attempts to expand the range of judicial tools for limiting avoidance schemes, only two of them have survived in Canada; these are the “ineffective transactions” doctrine and the “sham” doctrine. The “ineffective transactions” doctrine is applied to deductions or tax benefits when “the intended legal results [are] not achieved”; in such a case the taxpayer must be taxed according to the legal result which is actually produced.<sup>7</sup> As a result of their legal ineffectiveness, such transactions “do not come to be considered as shams or artificial transactions because their ineffectiveness prevents their even opening the door into the room where tax

## I. LE CONTEXTE

3 Avant 1988, le Canada n’avait aucune règle générale anti-évitement (RGAÉ), contrairement à de nombreux autres pays<sup>3</sup>. En outre, l’esprit de l’arrêt *Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of)*<sup>4</sup> exprimait l’attitude judiciaire prévalante à l’égard des stratagèmes d’évitement fiscal, à quelques exceptions restreintes près. Dans cette affaire, lord Tomlin de la Chambre des lords a statué que: [TRADUCTION] «[t]out homme a le droit, s’il le peut, de diriger ses affaires de façon que son assujettissement aux impôts prescrits par les lois soit moindre qu’il ne le serait autrement»<sup>5</sup>. Malgré que la Cour suprême, dans l’arrêt *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*<sup>6</sup>, ait remplacé la méthode d’interprétation stricte et littérale adoptée dans *Westminster* par une méthode axée davantage sur la finalité qui tient compte de «l’objet et de l’esprit» de la Loi, elle est demeurée dans l’ensemble fidèle à la règle *Westminster*. La méthode dégagée dans l’arrêt *Stubart* est toujours la méthode appropriée pour interpréter les lois fiscales, mais elle ne jette aucun éclairage direct sur l’application du paragraphe 245(1) de la Loi. Le précurseur du paragraphe 245(1), le paragraphe 137(1) [S.R.C. 1952, ch. 148], n’a pas été débattu dans *Stubart*, même si le juge Estey y a fait référence à plusieurs reprises dans ses motifs. Par conséquent, l’interprétation et l’application du paragraphe 245(1) ne peuvent être beaucoup influencées par l’arrêt *Stubart*.

4 Un bref survol des exceptions à la doctrine *Westminster* qui ont été élaborées par les tribunaux nous aidera à comprendre le rôle que doit jouer le paragraphe 245(1) comme mesure législative visant à enrayer l’évasion fiscale. Malgré plusieurs tentatives en vue d’accroître la gamme des outils judiciaires pour limiter les plans d’évitement fiscal, deux de ces tentatives seulement ont été retenues au Canada; il s’agit de la doctrine des «opérations sans effet juridique» et la doctrine du «trompe-l’œil». La doctrine des «opérations sans effet» s’applique aux déductions ou aux avantages fiscaux lorsque [TRADUCTION] «les résultats juridiques recherchés ne [sont] pas atteints»; en pareil cas, le contribuable doit être imposé en fonction du résultat juridique qui est véritablement obtenu<sup>7</sup>. En raison de leur inefficacité juridique, ces opérations [TRADUCTION] «ne sont pas

avoidance is the subject for discussion”.<sup>8</sup> In this sense, it may not be entirely accurate to characterize judicial prohibition of legally ineffective transactions as an anti-avoidance measure. Rather, it is the “obvious corollary to the general rule that tax is imposed according to the legal relationships on transactions established by the parties”.<sup>9</sup>

considérées comme des trompe-l’œil ou des opérations factices parce que leur inefficacité les empêche même d’ouvrir la porte de la pièce où l’évitement fiscal est le sujet de discussion»<sup>8</sup>. En ce sens, il n’est peut-être pas tout à fait exact de qualifier l’interdiction judiciaire applicable aux opérations sans effet juridique de mesure anti-évitement. Il s’agirait plutôt du [TRADUCTION] «corollaire évident à la règle générale selon laquelle l’impôt est perçu en fonction des rapports de droit relatifs aux opérations et établis par les parties»<sup>9</sup>.

5 A sham is different from an ineffective transaction. A transaction is called a sham when an arrangement creates the appearance of certain rights and obligations which mask the true intent of the parties involved. This usually involves an element of deceit or even fraud. The classic description of a “sham” is found in Lord Diplock’s judgment in *Snook v. London & West Riding Investments, Ltd.*,<sup>10</sup> that which gives “the appearance of creating between the parties legal rights and obligations different from the actual legal rights and obligations (if any) which the parties intend to create”.<sup>11</sup> As a result of its ability to disguise an underlying transaction, the remedy for a sham is to replace it with the transaction which actually underlies it. The sham doctrine has been incorporated into the Canadian common law. In *Stubart*, Mr. Justice Estey explained that, in Canadian law, deceit was the “heart and core of a sham.”<sup>12</sup> The requisite element of deceit, however, means that the “sham” doctrine is rarely invoked as an anti-avoidance device by courts, although it has been on occasion.<sup>13</sup>

5 Le trompe-l’œil est un concept différent de l’opération sans effet juridique. Une opération est qualifiée de trompe-l’œil lorsqu’un arrangement crée une apparence de droits et d’obligations qui masquent la véritable intention des parties en cause. Cela suppose habituellement un élément de tromperie ou même de fraude. La description classique du «trompe-l’œil» a été donnée par lord Diplock dans l’arrêt *Snook v. London & West Riding Investments, Ltd.*<sup>10</sup>; ce sont des actes ou documents qui [TRADUCTION] «visent à simuler . . . la création de droits et d’obligations juridiques différents des droits et obligations juridiques que les parties ont véritablement entendu créer (dans la mesure où elles ont voulu en créer)»<sup>11</sup>. Comme le trompe-l’œil a pour résultat de dissimuler une opération sous-jacente, la façon d’y remédier est de le remplacer par l’opération qui en constitue le véritable fondement. La doctrine du trompe-l’œil a été incorporée dans la common law du Canada. Dans l’arrêt *Stubart*, le juge Estey explique qu’en droit canadien l’élément de tromperie est «au cœur même du trompe-l’œil»<sup>12</sup>. Ce nécessaire élément de tromperie, toutefois, signifie que la doctrine du trompe-l’œil est rarement invoquée comme stratagème d’évitement fiscal par les tribunaux, bien qu’elle l’ait été à quelques reprises<sup>13</sup>.

6 In contrast to the ineffective transaction and sham doctrines, the other judicial anti-avoidance concepts which have surfaced have had little impact on the jurisprudential landscape. Among them are the “substance over form” doctrine, the “business purpose” test, and the “step transaction” analysis. First, despite the fact that the economic or commercial “substance” of a transaction often differs from its legal form, in many cases Canadian courts have held that the legal effect of a transaction is controlling of its

6 Contrairement aux doctrines de l’opération sans effet et du trompe-l’œil, les autres notions anti-évitement élaborées par les tribunaux ont eu peu de répercussions sur le courant jurisprudentiel. Mentionnons la règle «du fond par rapport à la forme», le critère de «l’objet commercial» et l’analyse de «l’opération étape par étape». Tout d’abord, malgré le fait que le «fondement» économique ou commercial d’une opération soit souvent différent de sa forme juridique, les tribunaux canadiens ont statué

substance. In *Stubart*, for example, the Supreme Court “accepted the legal forms (sale and agency agreement), although the commercial substance of the arrangement was that *Stubart* had not divested itself of the business”.<sup>14</sup> In other cases, however, courts have demonstrated a willingness to overcome the legal formalities of a transaction in order to characterize it for tax purposes according to its substance.<sup>15</sup> In particular, *Bronfman Trust v. The Queen*<sup>16</sup> constitutes a substantial exception to the Supreme Court’s unwillingness to engage in substance analysis. Dickson C.J. concluded in that case that:<sup>17</sup>

Assessment of taxpayers’ transactions with an eye to commercial and economic realities, rather than juristic classification of form, may help to avoid the inequity of tax liability being dependent upon the taxpayer’s sophistication at manipulating a sequence of events to achieve a patina of compliance with the apparent prerequisites for a tax deduction.

On the facts, Dickson C.J. found that the Court could not disregard the direct and ineligible use of borrowed money in favour of the indirect and eligible use upon which the taxpayer sought to claim an interest deduction pursuant to subparagraph 20(1)(c)(i). Clearly, these differing views on the availability of substance over form analysis mean that the status of that analysis as a viable limit on tax avoidance is somewhat unclear at the present time.

7 Second, despite frequent discussion of it in tax law jurisprudence, the “business purpose” test was firmly rejected as a general interpretive principle by the Supreme Court in *Stubart*.<sup>18</sup> By contrast, the business purpose test has enjoyed a long and illustrious history in the United States jurisprudence.<sup>19</sup> More recently, the business purpose test has also taken root in the House of Lords’ jurisprudence, particularly in the context of assessing multi-step transactions. This is perhaps best reflected in *Furniss v. Dawson*<sup>20</sup>, a House of Lords decision in which it was held that, where no business purpose existed for a particular step in a multi-step commercial transaction, the transaction should be treated, for tax purposes, as if the purely tax motivated step had not occurred.<sup>21</sup>

dans bon nombre de cas que l’effet juridique d’une opération détermine son fondement. Dans *Stubart*, par exemple, la Cour suprême [TRADUCTION] «a accepté les formes juridiques (la vente et le mandat), bien que le fondement commercial de l’arrangement révélait que *Stubart* ne s’était pas défait de l’entreprise»<sup>14</sup>. Toutefois, dans d’autres cas, les tribunaux se sont montrés disposés à dépasser les formalités juridiques d’une opération afin de pouvoir la qualifier selon son fondement pour les fins fiscales<sup>15</sup>. En particulier, l’arrêt *Bronfman Trust c. La Reine*<sup>16</sup> constitue une exception importante à l’hésitation de la Cour suprême de procéder à une analyse du fond. Le juge en chef Dickson conclut en ce sens<sup>17</sup>:

Si, en appréciant les opérations des contribuables, on a présent à l’esprit les réalités commerciales et économiques plutôt que quelque critère juridique formel, cela aidera peut-être à éviter que l’assujettissement à l’impôt dépende, ce qui serait injuste, de l’habileté avec laquelle le contribuable peut se servir d’une série d’événements pour créer une illusion de conformité avec les conditions apparentes d’admissibilité à une déduction d’impôt.

Se fondant sur les faits, le juge en chef Dickson a conclu que la Cour ne pouvait ignorer l’utilisation directe et inadmissible des fonds empruntés au profit de l’utilisation indirecte et admissible au regard de laquelle la contribuable cherchait à réclamer la déduction au titre d’intérêts prévue par le sous-alinéa 20(1)c)(i). Manifestement, ces vues divergentes sur l’analyse du fond par rapport à la forme signifie que l’efficacité de cette analyse comme moyen de réduire les tentatives d’évasion fiscale n’est pas très claire à l’heure actuelle.

7 Deuxièmement, malgré qu’il soit fréquemment discuté dans la jurisprudence en matière de fiscalité, le critère de «l’objet commercial» a été fermement rejeté comme principe général d’interprétation par la Cour suprême dans l’arrêt *Stubart*<sup>18</sup>. Par contraste, le critère de l’objet commercial est utilisé depuis longtemps et avec beaucoup de succès dans la jurisprudence américaine<sup>19</sup>. Plus récemment, le critère de l’objet commercial a également pris racine dans la jurisprudence de la Chambre des lords, plus particulièrement pour évaluer les opérations en plusieurs étapes. Le meilleur exemple en est *Furniss v. Dawson*<sup>20</sup>, une décision de la Chambre des lords dans laquelle il a été statué que, lorsqu’une étape particulière d’une opération commerciale, qui en comporte plusieurs, n’a pas d’objet commercial, l’opération

8 This Court's decision in *Minister of National Revenue v. Leon*<sup>22</sup> has been the only serious attempt to give the business purpose test a central role in the arsenal of Canadian judicial responses to tax avoidance schemes. Heald J.A., writing for this Court, articulated the following proposition:<sup>23</sup>

It is the agreement or transaction in question to which the Court must look. If the agreement or transaction lacks a *bona fide* business purpose, it is a sham.

Heald J.A., was attempting to broaden the traditional "sham" doctrine by infusing it with the concept of *bona fide* business purpose. Despite increasing acceptance of the business purpose test in other jurisdictions, however, this effort was unsuccessful. Estey J. refused, in *Stubart*, to incorporate the business purpose test into Canadian law. He stated:<sup>24</sup>

I . . . reject the proposition that a transaction may be disregarded for tax purposes solely on the basis that it was entered into by a taxpayer without an independent or *bona fide* business purpose. A strict business purpose test in certain circumstances would run counter to the apparent legislative intent which, in the modern taxing statutes, may have a dual aspect. 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.

Since *Stubart*, the business purpose test, as a general principle of interpretation, has not been utilized in Canada. Further, without the assistance of the business purpose test, the potential for the "step transaction" analysis, which has evolved in the United Kingdom recently, is greatly circumscribed. In sum, judicial anti-avoidance devices have been sparsely used in Canada.

9 Consequently, any meaningful distinction between lawful and unlawful tax avoidance must come mainly from legislative anti-avoidance measures, not

doit être traitée, pour les fins fiscales, comme si cette étape prise à des fins purement fiscales, n'avait pas eu lieu<sup>21</sup>.

La décision de la présente Cour dans *Ministre du Revenu national c. Leon*<sup>22</sup> est la seule tentative sérieuse de donner au critère de l'objet commercial un rôle central dans l'éventail des réponses judiciaires canadiennes aux plans d'évitement fiscal. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Heald, J.C.A., a formulé la proposition suivante<sup>23</sup>:

La Cour doit examiner l'entente ou l'opération en question. Si elles ne poursuivent pas une fin commerciale authentique, il s'agit alors d'un trompe-l'œil.

Le juge Heald essayait d'élargir la doctrine traditionnelle du «trompe-l'œil» en y incorporant le concept de la fin commerciale authentique. Malgré l'acceptation de plus en plus répandue du critère de l'objet commercial devant d'autres tribunaux, toutefois, cet effort est resté vain. Le juge Estey a refusé, dans l'arrêt *Stubart*, d'incorporer le critère de l'objet commercial en droit canadien. Il déclare ceci<sup>24</sup>:

Je suis . . . d'avis de rejeter la proposition selon laquelle il est possible d'écarter une opération du point de vue fiscal uniquement parce que le contribuable l'a faite sans but commercial distinct ou véritable. Un critère strict d'objet commercial pourrait, dans certaines circonstances, aller à l'encontre de l'intention apparente du législateur qui, dans les lois fiscales modernes, peut viser deux objets. La législation en matière d'impôt sur le revenu, comme la loi fédérale de notre pays, n'est plus 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.

Depuis l'arrêt *Stubart*, le critère de l'objet commercial n'a plus été utilisé au Canada comme principe général d'interprétation. En outre, sans l'aide du critère de l'objet commercial, le potentiel d'utilisation de l'analyse de «l'opération étape par étape» qui a connu une évolution récente au Royaume-Uni, est considérablement amoindri. Bref, les outils anti-évitement créés par les tribunaux ont été utilisés avec parcimonie au Canada.

9 Par conséquent, toute distinction significative entre les moyens légaux et illégaux d'éviter l'impôt doit provenir principalement des mesures anti-évitement

judicially created ones. This fact must be kept squarely in mind when interpreting the anti-avoidance provisions which are found in the Act, and to which I now turn.

10 The former subsection 245(1) was one of a number of partial anti-avoidance measures in the Act which attempted to prevent specific kinds of anti-avoidance schemes or transactions. Among them was, first, subsection 55(1) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 24], which restricted capital gains or losses which artificially or unduly reduced income. This avoidance provision, which was first introduced in 1972, is described by Arnold and Wilson as “the counterpart of subsection 245(1)”.<sup>25</sup> Second, former subsection 247(1) [as am. by S.C. 1986, c. 6, s. 125] was enacted in order to control the use of dividend stripping schemes which sought to reduce the assets of a corporation so that tax on the distribution of the corporation’s income to individual taxpayers was also reduced.<sup>26</sup> Third, subsection 247(2) [as am. *idem*] provided the Minister with the power to characterize two corporations as being “associated with one another” for a particular taxation year if the Minister believed that “one of the main purposes for the separate existences of the corporations was to reduce tax”.<sup>27</sup> Fourth, and finally, subsection 245(1) was enacted in order to prevent undue or artificial reduction of income arising out of a deduction made “in respect of a disbursement or expense”. All of these anti-avoidance provisions were repealed in 1988 [c. 55] in order to make way for the new general anti-avoidance rule (GAAR).

11 Each of these anti-avoidance provisions was aimed at a particular subset of tax avoidance schemes. In this sense, and in contrast to the current GAAR, they can best be characterized as “partial” anti-avoidance rules.<sup>28</sup> Despite their partial nature, however, they indicate beyond question that, even prior to the new GAAR, Parliament intended to draw a line between lawful and unlawful tax avoidance. As a result, while it may not be the role of Canadian courts to apply anti-avoidance doctrines as

d’origine législative, et non de création judiciaire. Il faut garder ce fait à l’esprit quand on interprète les dispositions anti-évitement qui se trouvent dans la Loi, et que j’aborde maintenant.

L’ancien paragraphe 245(1) faisait partie d’une série de mesures partielles anti-évitement comprises dans la Loi, dont le but était de prévenir certains types de stratagèmes ou d’opérations visant à éviter l’impôt. Parmi ces mesures, on trouvait tout d’abord le paragraphe 55(1) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 24], qui restreignait les gains ou les pertes en capital ayant pour effet de réduire artificiellement ou indûment le revenu. Cette disposition anti-évitement, adoptée pour la première fois en 1972, est décrite par Arnold et Wilson comme [TRADUCTION] «la contrepartie du paragraphe 245(1)»<sup>25</sup>. Deuxièmement, l’ancien paragraphe 247(1) [mod. par S.C. 1986, ch. 6, art. 125] a été adopté afin de contrôler l’utilisation des plans de dépouillement de surplus dont le but était de réduire l’actif d’une société de sorte que l’impôt payable sur la répartition du revenu de la société à des contribuables particuliers s’en trouvait également réduit<sup>26</sup>. Troisièmement, le paragraphe 247(2) [mod., *idem*] conférait au ministre le pouvoir de qualifier deux sociétés «d’associées entre elles» dans une année d’imposition donnée si le ministre était d’avis que [TRADUCTION] «d’un des principaux motifs de l’existence distincte des sociétés était de réduire l’impôt payable par ailleurs»<sup>27</sup>. Quatrièmement, et finalement, le paragraphe 245(1) a été adopté afin d’empêcher la réduction fictive ou induue du revenu grâce à une déduction faite «à l’égard d’un débours ou d’une dépense». Toutes ces dispositions anti-évitement ont été abrogées en 1988 [ch. 55] pour faire place à la nouvelle règle générale anti-évitement (RGAÉ).

Chacune de ces dispositions anti-évitement visait une catégorie particulière de plans d’évitement de l’impôt. Dans ce sens, et contrairement à la RGAÉ actuelle, elles peuvent être qualifiées de règles «partielles» anti-évitement<sup>28</sup>. Malgré leur caractère partiel, toutefois, elles indiquent sans aucune espèce de doute que, même avant l’adoption de la nouvelle RGAÉ, le législateur avait l’intention d’établir une distinction entre les mesures légales et illégales d’évitement fiscal. Il en résulte que, même si ce

10

11

general principles of interpretation, they must respect the existence of particular tax avoidance provisions in the Act. Estey J. pointed to this fact in *Stubart*.<sup>29</sup> Commenting on subsection 137(1), the predecessor of subsection 245(1), he held that:<sup>30</sup>

This instruction is, like the balance of the Act, introduced as well for the guidance of the courts in applying the scheme of the Act throughout the country. The courts may, of course, develop, in their interpretation of s. 137, doctrines such as the *bona fide* business purpose test; or a step-by-step transaction rule for the classification of taxpayers' activities which fall within the ban of such a general tax avoidance provision.

Estey J.'s statement underscores the importance of fair judicial application of legislative restrictions on tax avoidance. This is a task which the courts must undertake keeping in mind that, although certainly permitted, in the words of Lord Denning, "[t]he avoidance of tax . . . is not yet a virtue".<sup>31</sup>

12 The *Westminster* doctrine provided no insight into the means by which this judicial task ought to be accomplished.<sup>32</sup> As the House of Lords recognized in *Commissioners of Inland Revenue v. Burmah Oil Co.*, the *Westminster dictum*.<sup>33</sup>

. . . tells us little or nothing as to what methods of ordering one's affairs will be recognised by the courts as effective to lessen the tax that would attach to them if business transactions were conducted in a straight-forward way. The *Duke of Westminster's* case was about a simple transaction entered into between two real persons each with a mind of his own . . . . The kinds of tax-avoidance schemes that have occupied the attention of the courts in recent years, however, involve inter-connected transactions between artificial persons, limited companies, without minds of their own but directed by a single master-mind.

It tells us nothing to assist in our approach to a legislated anti-avoidance provision such as subsection 245(1). In order to inject meaning into subsection 245(1), this Court must, therefore, employ

n'est peut-être pas le rôle des tribunaux canadiens d'appliquer les doctrines anti-évitement à titre de principes généraux d'interprétation, ils doivent quand même respecter l'existence de dispositions particulières d'évitement fiscal prévues dans la Loi. Le juge Estey a reconnu cette réalité dans *Stubart*.<sup>29</sup> Formulant ses observations sur le paragraphe 137(1), le prédécesseur du paragraphe 245(1), il a conclu<sup>30</sup>:

Cette disposition, comme le reste de la Loi, a aussi été adoptée pour guider les tribunaux dans l'application de l'économie de la Loi partout au pays. Les tribunaux peuvent, bien entendu, élaborer par leur interprétation de l'art. 137, des doctrines comme celle du critère de l'objet commercial véritable où une règle d'analyse des opérations étape par étape pour catégoriser les activités des contribuables visés par l'interdiction énoncée dans cette disposition générale relative à l'évitement de l'impôt.

Ces propos du juge Estey soulignent l'importance d'une application équitable par les tribunaux des restrictions d'origine législative concernant l'évitement fiscal. C'est là une tâche que les tribunaux doivent accomplir en gardant à l'esprit que, bien qu'elles soient certainement autorisées, [TRADUCTION] «les mesures d'évitement fiscal . . . ne sont pas encore une vertu»<sup>31</sup>, comme l'affirmait lord Denning.

La doctrine *Westminster* ne donne aucun indice de la façon dont ce rôle judiciaire doit être accompli.<sup>32</sup> Comme la Chambre des lords l'a reconnu dans l'arrêt *Commissioners of Inland Revenue v. Burmah Oil Co.*, l'opinion incidente énoncée dans *Westminster*.<sup>33</sup>

[TRADUCTION] . . . ne nous dit rien ou presque sur le mode d'organisation de ses affaires que les tribunaux reconnaîtront comme diminuant valablement l'impôt qui serait autrement payable si les opérations avaient été faites de façon directe. L'arrêt *Duke of Westminster* visait une opération simple intervenue entre deux personnes physiques ayant chacune son intention propre . . . . Les types de plans d'évitement de l'impôt soumis à l'analyse des tribunaux depuis quelques années comportent des opérations intimement liées faites entre des personnes morales, des sociétés à responsabilité limitée, sans volonté propre, mais dirigées par un seul maître d'œuvre.

Cela ne nous aide pas non plus dans notre façon d'aborder une disposition anti-évitement d'origine législative comme le paragraphe 245(1). Pour donner un sens au paragraphe 245(1), la Cour doit donc

12

concepts and ideas, as indicated by Estey J. in *Stuart*, which will assist in drawing a more subtle line between lawful and unlawful tax avoidance than the overly general *Westminster* doctrine is capable of doing.

13 With this background in mind, I turn now to the existing law on the interpretation and application of subsection 245(1).

## II. THE LAW

14 Although the Supreme Court has commented recently on the interpretation of specific taxing provisions and has remained true to the approach articulated in *Stuart*,<sup>34</sup> it has yet to decide the extent to which different considerations apply where Parliament has specifically provided for the policing of unlawful tax avoidance as it did in subsection 245(1). The recent case of *Canada v. Mara Properties Ltd.*<sup>35</sup> does not stand for the proposition that the Supreme Court has adopted a narrow approach to subsection 245(1). In *Mara Properties*, Marceau J.A. (Stone J.A. concurring) held that land acquired by a taxpayer did not become part of its inventory which could, when disposed of, be treated as a business loss. In dissent, McDonald J.A. would have allowed the taxpayer's scheme on the grounds that it did not run afoul of either subsection 88(1) [as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 27; 1974-75-76, c. 26, s. 52; 1977-78, c. 1, s. 43; 1980-81-82-83, c. 48, s. 48] or subsection 245(1). He reasoned that "the claimed loss . . . cannot be artificial because the loss is the product of a statutory deeming provision . . . to which effect must be given".<sup>36</sup> On appeal, the Supreme Court agreed with the result reached by McDonald J.A. in an oral disposition of the case.<sup>37</sup> No reference was made, however, to whether the Court agreed with McDonald J.A.'s reasons on subsection 88(1) or with his interpretation of subsection 245(1). It is important to note also that subsection 245(1) was not argued before the Supreme Court.

employer des concepts et des idées, comme l'indique le juge Estey dans *Stuart*, qui l'aideront à faire une distinction plus subtile entre les mesures légales et illégales d'évitement fiscal que ce que la doctrine *Westminster*, trop générale, lui permet de faire.

C'est dans ce contexte que j'aborde maintenant la loi en vigueur concernant l'interprétation et l'application du paragraphe 245(1).

## II. LA LOI

14 Bien que la Cour suprême ait récemment fait des observations sur l'interprétation de dispositions fiscales précises et qu'elle soit demeurée fidèle à la méthode énoncée dans *Stuart*<sup>34</sup>, elle n'a pas encore décidé de la portée qu'aura l'application de certaines considérations lorsque le législateur a expressément prévu des mesures de contrôle contre les tentatives illégales d'évitement fiscal, comme il l'avait fait au moyen du paragraphe 245(1). L'arrêt récent *Canada, c. Mara Properties Ltd.*<sup>35</sup> n'appuie pas la proposition selon laquelle la Cour suprême a adopté une méthode d'interprétation stricte à l'égard du paragraphe 245(1). Dans l'arrêt *Mara Properties*, le juge Marceau, J.C.A. (aux motifs duquel a souscrit le juge Stone, J.C.A.) a statué que le bien-fonds acquis par un contribuable n'était pas passé dans son stock et ne pouvait donc, au moment de sa disposition, être traité comme une perte d'entreprise. Dans ses motifs dissidents, le juge McDonald s'est dit d'avis d'accueillir le plan du contribuable au motif qu'il n'allait à l'encontre ni du paragraphe 88(1) [mod. par S.C. 1973-74, ch. 14, art. 27; 1974-75-76, ch. 26, art. 52; 1977-78, ch. 1, art. 43; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 48] ni du paragraphe 245(1). D'après son raisonnement: «la perte subie . . . ne peut être factice, étant donné qu'elle résulte d'une disposition législative qui crée une présomption . . . et à laquelle on doit donner effet»<sup>36</sup>. En appel, la Cour suprême a accepté, dans des motifs prononcés verbalement, le résultat auquel en était arrivé le juge McDonald, J.C.A.<sup>37</sup>. Toutefois, la Cour n'a pas dit si elle était d'accord avec les motifs du juge McDonald concernant le paragraphe 88(1) ou concernant son interprétation du paragraphe 245(1). Il est important de noter également que le paragraphe 245(1) n'a pas été débattu devant la Cour suprême.

15 This Court has, however, reflected on the application of subsection 245(1), most recently in *Canada v. Fording Coal Ltd.*<sup>38</sup> In applying subsection 245(1) to deductions taken by a taxpayer for cumulative Canadian exploration expense (CCEE) and cumulative Canadian development expense (CCDE), Strayer J.A., writing for himself and Décary J.A., set out three factors relevant to the determination of whether a taxpayer has unduly or artificially reduced its income. These were, first, whether the deduction sought is contrary to the object and spirit of the provision in the Act, second, whether the deduction is based on a “transaction or arrangement which is not in accordance with normal business practice”, and third, whether there was a *bona fide* business purpose for the transaction.<sup>39</sup> Strayer J.A., in conformity with *Stubart*, was careful to qualify the importance of a *bona fide* business purpose by stating that, although it “is not determinative of the artificiality of the deduction”, it “is certainly relevant”.<sup>40</sup>

16 On the basis of these three factors, Strayer J.A. found in *Fording* that attempted deductions for CCEE and CCDE unduly and artificially reduced the taxpayer’s income pursuant to subsection 245(1). Strayer J.A. disallowed the deductions notwithstanding the fact they had arisen through specific authorization of the Act. In support of this finding, he reasoned:<sup>41</sup>

... 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).

17 There has not been unanimous agreement on this approach, however. McDonald J.A., in dissent in *Fording*, took a much more restrictive view of the application of subsection 245(1). First, although he acknowledged the relevance of object and spirit

15 Cependant, la Cour a eu récemment l’occasion de réfléchir sur l’application du paragraphe 245(1) dans *Canada c. Fording Coal Ltd.*<sup>38</sup>. En appliquant le paragraphe 245(1) à des déductions faites par un contribuable pour des frais cumulatifs d’exploration au Canada (FCEC) et des frais cumulatifs d’aménagement au Canada (FCAC), le juge Strayer, J.C.A., s’exprimant en son nom et au nom du juge Décary, J.C.A., a énoncé trois facteurs pertinents à la question de savoir si un contribuable a réduit indûment ou de façon factice son revenu. Il s’agit de savoir tout d’abord si la déduction revendiquée est contraire à l’objet et à l’esprit de la disposition de la Loi; deuxièmement, si la déduction est fondée sur une «opération ou convention échappant aux habitudes normales du commerce» et, troisièmement, si l’opération a un objet commercial véritable<sup>39</sup>. Le juge Strayer, se conformant à *Stubart*, a pris soin de qualifier l’importance de l’objet commercial véritable en déclarant que, bien que ce fait ne constitue pas «le facteur déterminant du caractère factice de la déduction», il «doit certainement entrer en ligne de compte»<sup>40</sup>.

16 S’appuyant sur ces trois facteurs, le juge Strayer, J.C.A., a conclu dans *Fording* que les déductions demandées au titre des FCEC et des FCAC avaient réduit indûment et de façon factice le revenu du contribuable aux termes du paragraphe 245(1). Le juge Strayer a donc annulé les déductions malgré le fait qu’elles avaient été expressément autorisées par la Loi. Pour justifier cette conclusion, il dit ceci<sup>41</sup>:

... 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).

17 Ce raisonnement n’a cependant pas fait l’unanimité. Le juge McDonald, J.C.A., dissident dans l’affaire *Fording*, a adopté une position beaucoup plus restrictive concernant l’application du paragraphe 245(1). Tout d’abord, tout en reconnaissant la perti-

analysis, McDonald J.A. interpreted the object and spirit of the relevant provisions according to the plain words of the provisions themselves.<sup>42</sup> The second feature of this restrictive view was articulated by McDonald J.A. as follows:<sup>43</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 of the Act itself, then it cannot be artificial under subsection 245(1).

This position is consistent with McDonald J.A.'s earlier view in *Mara Properties*. Marceau J.A. also took a similar view of subsection 245(1) in that case, although he did not decide on the basis of subsection 245(1).<sup>44</sup>

18 Despite this disagreement, leave to appeal to the Supreme Court in *Fording* has been denied, [[1996] 3 S.C.R. viii]. As a result, I am faced, on this appeal, with two conflicting visions of the role to be played by subsection 245(1). In the absence of any specific direction to the contrary by the Supreme Court, I prefer the reasoning of Strayer J.A., which, in my view, best captures the purpose for which this provision was enacted by Parliament.

19 In *Spur Oil Ltd. v. R.*, Heald J.A. defined "undue" according to its dictionary meaning of "excessive", and "artificial" as meaning "simulated" or "fictitious".<sup>45</sup> These definitions were subsequently adopted by Mahoney J.A. in *Canada v. Irving Oil Ltd.*<sup>46</sup> The term "undue" can further be described as synonymous with "exaggerated" and "exorbitant". The word "artificial", might also be explained by adjectives such as "synthetic", "inauthentic", "concocted", "abnormal", "unnatural", "fabricated", "contrived", "invented" and "disingenuous". One need not go so far as "deceitful", "fictitious", "phony", "falsified", "fake", or "fraudulent", the concepts involved in a "sham" determination, but these ideas would certainly be included in the idea of artificiality. A comparison of these two groups of synonyms suggests that the "artificial" reduction of

nence de l'analyse fondée sur l'objet et l'esprit de la Loi, le juge McDonald a interprété l'objet et l'esprit des dispositions pertinentes selon le sens des mots ordinaires utilisés dans les dispositions elles-mêmes<sup>42</sup>. Le deuxième aspect de cette position restrictive a été formulé par le juge McDonald dans les termes suivants<sup>43</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).

Cette position est conforme à la position que le juge McDonald avait adoptée antérieurement dans *Mara Properties*. Le juge Marceau, J.C.A., a également adopté une vue semblable du paragraphe 245(1) dans cette affaire, bien qu'il n'ait pas tranché la question en s'appuyant sur le paragraphe 245(1)<sup>44</sup>.

18 Malgré ce désaccord, l'autorisation de pourvoi devant la Cour suprême a été refusée dans l'affaire *Fording* [[1996] 3 R.C.S. viii]. Par conséquent, dans le présent appel, je suis aux prises avec deux visions contradictoires du rôle qu'est censé jouer le paragraphe 245(1). En l'absence de toute précision contraire de la Cour suprême, je préfère le raisonnement du juge Strayer, J.C.A. qui, à mon avis, saisit mieux la fin pour laquelle cette disposition a été adoptée par le législateur.

19 Dans l'arrêt *Spur Oil Ltd. c. R.*, le juge Heald, J.C.A., a défini le terme «indu» selon le sens de «excessif», que donnent les dictionnaires, et le terme «factice» selon le sens de «simulé» ou «fictif»<sup>45</sup>. Ces définitions ont été subséquemment adoptées par le juge Mahoney, J.C.A., dans *Canada c. Irving Oil Ltd.*<sup>46</sup>. Le terme «indu» peut de plus être entendu comme synonyme de «exagéré» et «exorbitant». Le mot «factice» peut aussi être expliqué par l'utilisation d'adjectifs comme «artificiel», «non authentique», «combiné», «anormal», «non naturel», «fabriqué», «imité», «inventé» et «insincère». Point n'est pas besoin d'aller aussi loin que «trompeur», «fictif», «fourbe», «falsifié», «faux» ou «frauduleux», qui sont les concepts utilisés pour déterminer s'il y a un «trompe-l'œil», mais ces notions seraient certainement comprises dans l'idée d'artifice. Une compa-

income erects a higher threshold for the application of subsection 245(1) than is required by the “undue” reduction of income. This is because the term “artificial” implies an element of fabrication which is not present in the term “undue”. Regardless of this difference, however, both of these words refer to the reduction of income which occurs as a result of the deduction claimed, and not the expense giving rise to the deduction. This distinction is, I believe, critical to a proper understanding of the purpose of subsection 245(1). The often-raised argument that a deduction which arises from a real expense cannot unduly or artificially reduce income fails to recognize this distinction. By searching beyond the manner in which the expense arose, and focusing instead on the effect of the deduction on the taxpayer’s income, the factors adopted by Strayer J.A. in *Fording* avoid this error.

raison de ces deux groupes de synonymes fait ressortir que la réduction «factice» du revenu établit un seuil plus élevé pour l’application du paragraphe 245(1) que ce qui est exigé par la réduction «indue» du revenu. La raison en est que le terme «factice» suppose un élément de fabrication qui n’est pas présent dans le terme «indu». Abstraction faite de cette différence, toutefois, ces deux termes renvoient à la réduction du revenu qui résulte de la déduction réclamée, et non à la dépense qui a donné lieu à la déduction. Cette distinction est, à mon avis, essentielle pour bien comprendre l’objet du paragraphe 245(1). L’argument souvent invoqué selon lequel une déduction qui découle d’une dépense réelle ne peut réduire indûment ou de façon factice un revenu ne tient pas compte de cette distinction. En allant au-delà de la manière dont la dépense a été engagée, et en mettant plutôt l’accent sur l’effet de la déduction sur le revenu du contribuable, les facteurs énoncés par le juge Strayer, J.C.A., dans l’arrêt *Fording* évitent ce piège.

20 The cornerstone of Strayer J.A.’s reasons in *Fording* is, however, the understanding that it is the undue or artificial reduction of income as it relates to this taxpayer which is under scrutiny, and not the legitimacy of the expense, arrangement or ensuing deduction in the abstract. Mahoney J.A. articulates this idea in *Irving Oil* when he states that, in order to fit within subsection 245(1), “a transaction or operation must have the effect of unduly or artificially reducing income; the artificiality of the transaction or operation itself does not determine the issue”.<sup>47</sup> In the words of Strayer J.A., “the central issue is the undue or artificial nature of the reduction of income, not the artificiality of the transaction in question”.<sup>48</sup> The tools for exploring this “central issue” are an analysis of the object and spirit of the particular provision, an assessment of whether the transaction accords with normal business practice and whether it has an identifiable business purpose.

La pierre angulaire du raisonnement du juge Strayer dans *Fording* s’appuie toutefois sur la reconnaissance du fait que c’est la réduction indue ou factice du revenu, au regard de ce contribuable, qui est à l’examen, et non la légitimité de la dépense, de l’entente ou de la déduction qui en a résulté, considérée dans l’abstrait. Le juge Mahoney, J.C.A., formule cette idée dans *Irving Oil* quand il déclare que, pour tomber sous le coup du paragraphe 245(1), «une opération ou une entente doit avoir pour effet de réduire indûment ou de façon factice le revenu; le caractère factice de l’opération ou de l’entente comme telle ne résout pas la question»<sup>47</sup>. Selon les mots du juge Strayer, «[l]a question centrale est le caractère indu ou factice de la réduction du revenu, pas le caractère factice de l’opération en question»<sup>48</sup>. Les outils utilisés pour explorer cette «question centrale» sont une analyse de l’objet et de l’esprit de la disposition particulière, une analyse permettant de déterminer si l’opération est conforme aux habitudes normales du commerce et si elle a un objet commercial identifiable.

21 Parliament has indicated its desire to set limits on the permissible scope of tax avoidance through the former subsection 245(1) and other similar anti-avoidance provisions. The particular criteria adopted

Le législateur a indiqué sa volonté d’imposer des limites à l’étendue acceptable des plans d’évitement fiscal en adoptant l’ancien paragraphe 245(1) et d’autres dispositions anti-évitement similaires. Les

by Strayer J.A. to assess the undue or artificial reduction of income constitute a sound mechanism by which courts can be true to this legislative goal. As discussed above, the terms “undue” and “artificial” focus on conduct which is “excessive” or “exaggerated” at best, and “simulated”, “synthetic” or “contrived” at worst. In enacting anti-avoidance laws such as subsection 245(1), Parliament indicated that it could not, in drafting specific taxing provisions, anticipate every conceivable manipulation of the wording of that provision. Avoidance schemes which are concocted to take advantage of the literal wording of taxing provisions are notoriously difficult to anticipate precisely because they do not seek to satisfy the intended object or spirit of the provision, nor are they anchored by a commercial logic or business purpose. For this reason, they often lie outside the bounds of what might reasonably be contemplated by the legislature in enacting a particular provision of the Act. In measuring tax avoidance schemes against these three factors, however, courts may effectively limit the kinds of arrangements giving rise to expenses or deductions provided by the Act to those which could reasonably have been intended by Parliament or, in other words, do not unduly or artificially reduce income.

critères particuliers adoptés par le juge Strayer, J.C.A., pour évaluer la réduction induue ou factice du revenu constituent un mécanisme approprié permettant aux tribunaux de respecter cet objectif législatif. Comme il en a été question ci-dessus, les termes «indu» et «factice» mettent l'accent sur une conduite qui est «excessive» ou «exagérée» au mieux, ou qui est «simulée», «artificielle» ou «imitée» au pire. En adoptant des dispositions anti-évitement comme le paragraphe 245(1), le législateur a indiqué qu'il ne pouvait pas, dans la rédaction de dispositions fiscales précises, prévoir toutes les façons imaginables de manipuler le texte de cette disposition. Les stratagèmes d'évitement qui sont inventés pour tirer parti du texte littéral des dispositions fiscales sont notoirement difficiles à détecter précisément parce qu'ils ne cherchent pas à respecter l'objet ou l'esprit de la disposition, et qu'ils ne sont pas justifiés par une logique ou un objet commercial. Pour cette raison, ils se trouvent souvent en dehors des limites de ce que pouvait raisonnablement envisager le législateur quand il a adopté une disposition particulière de la Loi. Dans l'évaluation des plans d'évitement fiscal au regard de ces trois facteurs, toutefois, les tribunaux peuvent effectivement limiter les genres d'ententes qui donnent lieu à des dépenses ou à des déductions prévues par la Loi à celles qui peuvent raisonnablement avoir été voulues par le législateur ou, autrement dit, à celles qui ne réduisent pas indûment ou de façon factice le revenu.

22 It is wrong to say that Strayer J.A.'s invocation of the business purpose test as a factor in the application of subsection 245(1), was rejected in *Stuart*. In that case, where a taxpayer had devised a scheme to take advantage of the losses of an ailing subsidiary, section 137 of the Act (now section 245) was specifically not argued by the Attorney General. Instead, borrowing from the American approach, the business purpose test was argued as a general interpretive principle. It was in response to this argument that Estey J. declared that the adoption of the business purpose test might result in judicial disallowance of transactions which are expressly contemplated by the legislature as part of a larger economic policy.<sup>49</sup> The implicit concern is improper judicial intervention into the realm of legislative policy. Where, however, Parliament has specifically directed the Court to consider whether a particular

Il est faux de dire que le critère de l'objet commercial qui, d'après le juge Strayer, J.C.A., est un facteur à prendre en compte dans l'application du paragraphe 245(1), a été rejeté dans l'arrêt *Stuart*. Dans cette affaire, dans laquelle une contribuable avait mis au point un plan pour profiter des pertes d'une filiale mal en point, l'article 137 de la Loi (actuellement l'article 245) n'a précisément pas été débattu par le procureur général. S'inspirant de la méthode américaine, le ministère public a plutôt présenté le critère de l'objet commercial comme un principe général d'interprétation. C'est en réponse à cet argument que le juge Estey a déclaré que l'adoption du critère de l'objet commercial pouvait amener les tribunaux à rejeter des opérations qui étaient expressément prévues par le législateur dans le cadre d'une politique économique de plus grande envergure<sup>49</sup>. Il se préoccupait implicitement d'une interven-

22

deduction unduly or artificially reduces income, it is appropriate for the Court to evaluate evidence of business purpose, as an indicator, at least in part, of the legitimacy of the deduction. Estey J. specifically recognized this point in *obiter* when he offered the following advice to assist in interpreting the former section 137 of the Act:<sup>50</sup>

1. Where the facts reveal no *bona fide* business purpose for the transaction, s. 137 may be found to be applicable depending upon all the circumstances of the case.

Consequently, in my view, following Strayer J.A. in *Fording*, it is clear that the business purpose test is a relevant factor in the subsection 245(1) analysis.

23 Turning to another underlying controversy surrounding subsection 245(1), I am unpersuaded that, just because a transaction technically may fit within the parameters of the Act, it cannot unduly or artificially reduce income. Legal effectiveness was one of three interpretive principles identified by the House of Lords in the *Westminster* case.<sup>51</sup> Certainly, the legal effectiveness of a transaction is critical to establishing the propriety of a deduction arising from the transaction. In cases where the wording of a specific tax provision is clear and unambiguous, it may even serve as a sufficient condition, as occurred in *Subart*. To suggest, however, that legal effectiveness also enables a taxpayer to escape the application of subsection 245(1) would entirely eviscerate the effect of this provision. Strayer J.A. correctly explained the law in *Fording* when he stated:<sup>52</sup>

... this subsection applies where, notwithstanding the genuineness of the legal relationship established by the taxpayer, a deduction based on such a transaction would unduly or artificially reduce income.

Strayer J.A.'s conclusion on this point is unavoidable. In fact, to find otherwise would violate the very rationale which motivated Estey J. to reject reliance on the business purpose test or other judi-

tion judiciaire inappropriée dans la sphère de la politique législative. Toutefois, lorsque le législateur a expressément donné instruction à la Cour d'examiner si une déduction particulière réduit indûment ou de façon factice le revenu, il est approprié que la Cour évalue la preuve portant sur l'objet commercial à titre d'indice, du moins partiel, de la légitimité de la déduction. Le juge Estey a précisément reconnu ce point dans l'opinion incidente qu'il donne pour aider à interpréter l'article 137 de la Loi<sup>50</sup>:

1. Si les faits ne révèlent l'existence d'aucun objet commercial véritable dans l'opération, l'art. 137 peut s'appliquer, mais il faut tenir compte de toutes les circonstances de l'espece.

Par conséquent, souscrivant aux propos du juge Strayer dans *Fording*, je suis d'avis que le critère de l'objet commercial est manifestement un facteur pertinent dans une analyse du paragraphe 245(1).

23 Abordant maintenant une autre controverse sous-jacente concernant le paragraphe 245(1), je ne suis pas convaincu que, du simple fait qu'une opération peut techniquement respecter les paramètres de la Loi, elle ne peut indûment ou de façon factice réduire le revenu. L'efficacité juridique est l'un des trois principes d'interprétation reconnus par la Chambre des lords dans l'affaire *Westminster*<sup>51</sup>. Certainement, l'efficacité juridique d'une opération est indispensable pour établir l'à-propos d'une déduction découlant de cette opération. Dans les cas où le texte de la disposition fiscale précise est clair et non équivoque, cela peut même être suffisant, comme ce fut le cas dans *Subart*. Toutefois, laisser entendre que l'efficacité juridique permet également à un contribuable d'éviter l'application du paragraphe 245(1) viderait cette disposition de tout son sens. Le juge Strayer a correctement expliqué le droit en vigueur dans l'arrêt *Fording* quand il déclare ceci<sup>52</sup>:

... [ce paragraphe] 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.

La conclusion du juge Strayer sur ce point est inévitable. En fait, conclure autrement contreviendrait au raisonnement même qui a amené le juge Estey à rejeter le critère de l'objet commercial ou toutes

cial anti-avoidance doctrines as general canons of interpretation in *Stuart*.

autres doctrines judiciaires anti-évitement comme étant les grands principes d'interprétation dans *Stuart*.

24 Further support for the position that subsection 245(1) can be applied to disallow a deduction notwithstanding that it may literally come under a specific provision of the Act is found in a comparison of the Canadian law with that of other countries. In *Stuart*, Estey J. adopted a cautious attitude toward judicial anti-avoidance doctrines on the understanding that, in Canada, "the legislature has responded to the need for overall regulation to forestall blatant practices designed to defeat the Revenue" through various anti-avoidance provisions.<sup>53</sup> This, he noted, is in marked contrast to other jurisdictions such as the United States and the United Kingdom, in which no such legislative provisions had been enacted. In the absence of statutory control devices, judicially created anti-avoidance doctrines are understandable.<sup>54</sup> The implicit conclusion is that the Supreme Court's reluctance to endorse the use of judicial anti-avoidance doctrines as general interpretive principles is premised on the fact that anti-avoidance measures are already in place within the legislative framework and that the use of such doctrines should primarily occur within the confines of such provisions. To carry this attitude of reluctance over to the interpretation of subsection 245(1) would seriously undercut the very basis on which it was justified.

24 Une comparaison du droit canadien avec celui d'autres pays appuie également la position selon laquelle le paragraphe 245(1) peut être appliqué pour refuser une déduction malgré que celle-ci soit littéralement visée par une disposition spécifique de la Loi. Dans l'arrêt *Stuart*, le juge Estey a adopté une attitude prudente à l'égard des doctrines judiciaires anti-évitement en reconnaissant qu'au Canada «le législateur a réagi devant la nécessité d'avoir une réglementation générale pour combattre les pratiques flagrantes d'évasion fiscale» en adoptant diverses dispositions relatives à l'évitement de l'impôt<sup>53</sup>. Cette attitude, fait-il observer, est en opposition marquée avec d'autres ressorts comme les États-Unis et le Royaume-Uni, où de telles dispositions législatives ont été adoptées. En l'absence de mécanismes de contrôle d'origine législative, les doctrines anti-évitement créées par les tribunaux sont compréhensibles<sup>54</sup>. La conclusion qui s'en dégage implicitement, c'est que l'hésitation de la Cour suprême à endosser l'utilisation de doctrines anti-évitement créées par les tribunaux comme principes généraux d'interprétation vient de ce que les mesures anti-évitement sont déjà en place dans le régime législatif et que l'utilisation de telles doctrines devrait principalement se faire dans les limites de ces dispositions. Appliquer cette attitude d'hésitation à l'interprétation du paragraphe 245(1) minerait sérieusement le fondement même qui permet de le justifier.

25 International comparison suggests that although few countries rigorously enforce both judicial and legislative anti-avoidance rules, most countries actively employ at least one or the other. According to Arnold and Wilson:<sup>55</sup>

25 La comparaison avec le droit international fait ressortir que, même si seulement quelques pays appliquent rigoureusement des règles anti-évitement d'origine législative autant que judiciaire, la plupart des pays ont activement recours aux unes ou aux autres. Selon Arnold et Wilson<sup>55</sup>:

Although the two approaches are not mutually exclusive (for example, the Netherlands has a statutory general anti-avoidance rule and also applies the abuse of rights doctrine), most countries have adopted just one approach. For example, the United Kingdom and the United States have developed broad judicial doctrines but have not enacted any statutory general anti-avoidance rule. In contrast, Canada, Australia, and New Zealand have enacted statutory rules and have not adopted broad judicial anti-avoidance doctrines.

[TRADUCTION] Bien que les deux méthodes ne s'excluent pas mutuellement (par exemple, les Pays-Bas ont une règle générale d'évitement d'origine législative et ils appliquent également la doctrine de l'abus de droit), la plupart des pays n'ont retenu qu'une seule méthode. Par exemple, le Royaume-Uni et les États-Unis ont élaboré des doctrines judiciaires très larges, mais n'ont adopté aucune règle générale anti-évitement dans leurs lois. Par contraste, le Canada, l'Australie et la Nouvelle-Zélande ont adopté des règles d'origine législative, mais n'ont pas élaboré des doctrines générales anti-évitement de nature judiciaire.

In conclusion, I reiterate simply that Parliament chose to enact subsection 245(1). By applying that provision in appropriate cases, this Court is not usurping the legislative will, it is obeying it.

En conclusion, je répète simplement que le législateur a choisi d'adopter le paragraphe 245(1). En appliquant cette disposition à des cas appropriés, la Cour n'usurpe pas la volonté du législateur, elle s'y conforme.

26 Finally, I recognize that the approach which I am advocating may entail a certain element of discretion in the application of subsection 245(1). This cannot be entirely avoided for the assessment of object and spirit, consistency with ordinary business practice and evaluation of business purpose must, of necessity, proceed on a case-by-case basis. This case-by-case approach is often criticized for its lack of certainty, particularly by those whose brilliant tax structures are found by courts to be unlawful. As one American commentator pointed out, however, some uncertainty is "an inevitable part of modern taxing systems".<sup>56</sup> Furthermore, such uncertainty exists mainly where taxpayers are engaged in probing the outer limits of the distinction between permissible and impermissible tax avoidance. In the light of this, as Lord Greene pointed out in *Howard de Walden (Lord) v. Inland Revenue Commissioners*, "[i]t scarcely lies in the mouth of the taxpayer who plays with fire to complain of burnt fingers".<sup>57</sup> When you roll the dice, you do not always win; you may lose.

26 Finalement, je reconnais que la méthode que je prône peut comporter un certain élément de discrétion dans l'application du paragraphe 245(1). Cela ne peut être entièrement évité étant donné que l'évaluation de l'objet et de l'esprit de la loi, de la conformité aux habitudes normales du commerce et de l'objet commercial doit nécessairement se faire au cas par cas. Cette analyse individuelle est souvent critiquée à cause de son manque de certitude, particulièrement par ceux dont les structures fiscales brillantes sont jugées illégales par les tribunaux. Comme un auteur américain le signale, toutefois, une certaine incertitude est [TRADUCTION] «un élément inévitable des régimes fiscaux modernes»<sup>56</sup>. En outre, cette incertitude existe principalement lorsque les contribuables essaient de mettre à l'épreuve les limites extrêmes de la distinction qui existe entre les mesures d'évitement acceptables et non acceptables. Au vu de ce qui précède, comme le signale lord Green dans *Howard de Walden (Lord) v. Inland Revenue Commissioners*, [TRADUCTION] «le contribuable qui joue avec le feu peut difficilement se plaindre de s'être brûlé les doigts»<sup>57</sup>. Au jeu de dés, on ne gagne pas toujours; il arrive aussi que l'on perde.

### III. THE RESPONDENTS' ARRANGEMENT

27 In this case, the expense provisions upon which the respondents have relied in order to claim deductions of \$10,000,000 and \$6,000,000 each were subsection 66.1(3) and paragraph 66.1(6)(b) of the Act. Subsection 66.1(3) then provided that a taxpayer other than a principal-business corporation was entitled to deduct, in computing his income for a taxation year, the amount not exceeding the taxpayer's cumulative Canadian exploration expense as determined at the end of the year. Cumulative Canadian exploration expense ("cumulative CCEE") was defined in paragraph 66.1(6)(b). The Tax Court Judge [at page 2335] described the deduction as "a cumulative, continuing pool of expenses . . . to which defined exploration expenses such as seismic

### III. L'ENTENTE DES INTIMÉES

27 En l'espèce, les dispositions relatives aux frais sur lesquelles les intimées se sont appuyées pour réclamer des déductions de 10 000 000 \$ et de 6 000 000 \$ chacune sont le paragraphe 66.1(3) et l'alinéa 66.1(6)b) de la Loi. Le paragraphe 66.1(3) disposait à cette époque qu'un contribuable, à l'exclusion d'une corporation exploitant une entreprise principale, pouvait déduire dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition un montant ne dépassant pas l'excédent de ses frais cumulatifs d'exploration au Canada à la fin de l'année. Les frais cumulatifs d'exploration au Canada (les FCEC) sont définis à l'alinéa 66.1(6)b). Le juge de la Cour de l'impôt [à la page 2335] a défini la déduction comme «un ensemble cumulatif et continu de dépen-

and drilling costs are added and from which certain sums received or receivable are deducted". A "Canadian exploration expense" ("CEE") is defined in paragraph 66.1(6)(a) [as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 36; 1980-81-82-83, c. 48, s. 34; 1986, c. 55, s. 12; 1988, c. 55, s. 42] of the Act and relates generally to expenses incurred for the purpose of drilling or completing an oil or gas well. The sums which are deducted from the "pool" include grants which the taxpayer is entitled to receive from the Government of Canada through the *Petroleum Incentives Program Act* [R.S.C., 1985, c. P-13] (the PIP) which provides payments for 80% of "eligible exploration expenses" for "qualified persons" as part of a strategy to encourage investment in this industry.<sup>58</sup>

28 Paragraph 66.1(6)(a)<sup>59</sup> sets out the conditions under which a taxpayer may incur CEE deduction as follows:

66.1 (6)(a) . . .

(iv) subject to section 66.8 his share of any expense referred to in any of subparagraphs (i), (i.1) (ii), (ii.1), (iii) or (iii.1) incurred by a partnership in a fiscal period thereof, if, at the end of that period he was a member thereof, or

(v) any expense referred to in any of subparagraphs (i) to (iii.1) incurred by the taxpayer pursuant to an agreement in writing with a corporation, entered into before 1987, under which the taxpayer incurred the expense solely as consideration for shares, other than prescribed shares, of the capital stock of the corporation issued to him or any interest in such shares or right thereto,

but, for greater certainty, shall not include

(vi) any consideration given by the taxpayer for any share or any interest therein or right thereto, except as provided by subparagraph (v), or

(vii) any expense described in subparagraph (v) incurred by any other taxpayer to the extent that the expense was,

(A) by virtue of that subparagraph, a Canadian exploration expense of that other taxpayer,

29 The steps by which the respondents allege to have brought themselves within subsection 66.1(3) and

ses auxquelles sont ajoutés les frais d'exploration déterminés, comme les coûts d'exploration sismique et de forage, et desquelles sont déduits certains montants reçus ou à recevoir». Les frais d'exploration au Canada (FEC) sont définis à l'alinéa 66.1(6)a [édicte par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 36; 1985, ch. 45, art. 126; 1986, ch. 55, art. 12; 1988, ch. 55, art. 42] de la Loi et se rapportent généralement à des dépenses engagées aux fins du forage ou de l'essai d'un puits de pétrole ou de gaz. Les sommes qui sont déduites de «l'ensemble» comprennent des subventions du gouvernement du Canada auxquelles le contribuable a droit en vertu de la *Loi sur le programme d'encouragement du secteur pétrolier* [L.R.C. (1985), ch. P-13] (le PESP) qui prévoit des versements de 80 % des «frais d'exploration admissibles» pour les «personnes admissibles» dans le cadre d'une stratégie visant à encourager les investissements dans ce secteur d'activités<sup>58</sup>.

L'alinéa 66.1(6)a)<sup>59</sup> énonce les conditions en vertu 28 desquelles un contribuable peut demander une déduction pour FEC dans les termes suivants:

66.1 (6)a) . . .

(iv) sous réserve de l'article 66.8, sa part d'une dépense visée à l'un des sous-alinéas (i), (i.1), (ii), (ii.1), (iii) ou (iii.1) qu'une société a engagée au cours d'un de ses exercices financiers, s'il était un associé à la fin de cet exercice,

(v) une dépense visée à l'un des sous-alinéas (i) à (iii.1) et engagée par le contribuable conformément à une convention écrite conclue avec une corporation avant 1987 par laquelle le contribuable n'engage la dépense qu'en paiement d'actions de la corporation—à l'exclusion des actions visées par règlement—émises en sa faveur ou de droits afférents à de telles actions,

il est entendu toutefois que sont exclus

(vi) une contrepartie donnée par le contribuable pour une action ou un droit y afférent, sauf dans le cas prévu au sous-alinéa (v),

(vii) une dépense visée au sous-alinéa (v) et engagée par un autre contribuable dans la mesure où cette dépense consistait, selon le cas, en

(A) frais d'exploration au Canada engagés par cet autre contribuable en vertu de ce sous-alinéa,

Les mesures que les intimées ont utilisées et en 29 vertu desquelles elles prétendent être visées par le

paragraph 66.1(6)(b) in order to claim the sizable deductions are somewhat complex. On December 14, 1987, the respondents purchased interests in four limited partnerships which had been engaged in financing an unsuccessful oil and gas exploration project called the "Northcor et al. Narwhal F-99 well", located off the east coast of Canada.<sup>60</sup> The certificate of limited partnership filed for each specified that the partnerships were formed for a number of business purposes, including the acquisition, exploration, development, operation and sale of oil, natural gas and petroleum substances. The limited partnerships each entered into a "Share Subscription Agreement" which allowed Northcor Energy Limited (Northcor), a junior exploration company, to carry on drilling as an agent for the partnership and at the expense of the partnership. Each partnership agreed to fund Northcor for 20% of the exploration costs incurred by Northcor, and further agreed to assign its rights to government assistance.<sup>61</sup> The assignment of government assistance would cover the remaining 80% of exploration expense. Any government assistance applied for and received by Northcor as a result of the assignment would be paid to the partnerships.<sup>62</sup> As consideration, each partnership was granted the right to purchase shares in Northcor.<sup>63</sup> Finally, the agreements specified that the partnerships would incur the exploration expense for the purposes of subparagraph 66.1(6)(a)(v) of the Act.<sup>64</sup> The allocation of profit and loss, including the CEE and PIP payments, was to be determined at the end of the fiscal year in accordance with a 99.9% interest to the limited partners pro rated according to the interests held by each.<sup>65</sup>

paragraphe 66.1(3) et l'alinéa 66.1(6)(b) afin de réclamer les déductions considérables sont assez complexes. Le 14 décembre 1987, les intimées ont acheté une participation dans quatre sociétés en commandite qui s'étaient engagées à financer un projet d'exploration de pétrole et de gaz appelé «puits Northcor et al. Narwhal F-99», qui s'est révélé improductif, situé au large de la côte est du Canada<sup>60</sup>. Le certificat de société en commandite déposé pour chacune précisait que les sociétés en commandite avaient été formées pour un certain nombre de fins commerciales, notamment l'acquisition, l'exploration, l'aménagement, l'exploitation et la vente de pétrole, de gaz naturel et d'autres produits pétroliers. Les sociétés en commandite ont conclu chacune une «convention de souscription d'actions» qui autorisait Northcor Energy Limited (Northcor), une petite société d'exploration, à faire du forage comme mandataire de la société en commandite et aux frais de celle-ci. Chaque société en commandite a accepté de financer 20 % des frais d'exploration engagés par Northcor, et a de plus accepté de céder ses droits à une aide gouvernementale<sup>61</sup>. La cession des droits à l'aide gouvernementale devait couvrir les 80 % de frais d'exploration restants. Toute aide gouvernementale demandée et reçue par Northcor par suite de cette cession serait versée aux sociétés en commandite<sup>62</sup>. En contrepartie, chaque société en commandite obtenait le droit d'acheter des actions de Northcor<sup>63</sup>. Finalement, les conventions précisaient que les sociétés en commandite engageraient les frais d'exploration aux fins du sous-alinéa 66.1(6)(a)(v) de la Loi<sup>64</sup>. La répartition des profits et pertes, englobant les FEC et les PESP, devait être déterminée à la fin de l'exercice financier conformément à une quote-part de 99,9 % accordée aux commanditaires et répartie proportionnellement au nombre de participations de chacun<sup>65</sup>.

30 By October 1, 1987, after \$17,500,000 had been expended on behalf of the partnerships, it was determined that the drilling at the Narwhal F-99 well had been unsuccessful and abandonment operations were commenced. Following this, the partnerships were engaged solely in winding-up activities. On December 10, 1987, Encee, the owner of Northcor, purchased 20,000 limited partnership interests in the four partnerships. On December 14, 1987, these

Le 1<sup>er</sup> octobre 1987, après que 17 500 000 \$ eurent été engagés au nom des sociétés en commandite, il a été déterminé que le forage au puits Narwhal F-99 n'avait pas porté fruit et les opérations d'abandon ont commencé. Après cela, les sociétés en commandite n'ont été engagées que dans des activités de fermeture. Le 10 décembre 1987, Encee, la propriétaire de Northcor, a racheté 20 000 participations des sociétés en commandite dans les quatre sociétés

30

interests were sold to 747942 Ontario Limited (747942) and a portion were resold to the respondents on that same day. Each time, the certificates of limited partnership were amended to reflect the new ownership of interests. The "Sale and Purchase Agreement" that was concluded between Encee and 747942 provided that the limited partnerships would not be entitled to any government grants prior to December 15, 1987.<sup>66</sup> At the same time that the "Sale and Purchase Agreement" was concluded between Encee and 747942, a "Put Agreement" was also executed which granted 747942 the right to compel a controlled subsidiary of Encee (NRI Holdings Ltd.) to purchase all of its partnership interests at any point until December 31, 1987, at \$.01 per unit.<sup>67</sup> The subsequent agreements between 747942 and Carousel and Central, each titled the "Assignment and Novation Agreement Re: Sale and Purchase Agreement", sold to the respondents portions of the interests held by 747942 on the last day of the 1987 fiscal year of the partnerships.<sup>68</sup>

visées. Le 14 décembre 1987, ces participations ont été vendues à 747942 Ontario Limited (747942) et une partie a été revendue aux intimées le même jour. Chaque fois, les certificats de société en commandite ont été modifiés pour indiquer le nom des nouveaux propriétaires des participations. La «convention d'achat-vente» qui a été conclue entre Encee et 747942 prévoyait que les sociétés en commandite n'auraient droit à aucune subvention gouvernementale avant le 15 décembre 1987<sup>66</sup>. Au moment même où le contrat d'achat-vente a été conclu entre Encee et 747942, un contrat d'option de vente a également été conclu et accordait à 747942 le droit d'obliger une filiale sous le contrôle d'Encee (NRI Holdings Ltd.) à acheter la totalité des participations à n'importe quel moment jusqu'au 31 décembre 1987, à 0,01 \$ l'unité<sup>67</sup>. Les conventions subséquentes entre 747942 et Carousel et Central, intitulées chacune «Accord de cession et de novation concernant la convention d'achat-vente» ratifiaient la vente aux intimées des parties des participations détenues par 747942 le dernier jour de l'exercice financier de 1987 des sociétés en commandite<sup>68</sup>.

31 Carousel purchased such interests in the partnerships as would result in \$6,000,000 of the CEE being allocated to it at the end of the 1987 fiscal period, for a purchase price of \$1,080,000. Central obtained interests in the partnerships as would result in \$10,000,000 of the CEE being allocated to it at the end of the 1987 fiscal period, for \$1,800,000.

31 Carousel a acheté suffisamment de participations dans les sociétés en commandite pour avoir droit de déduire 6 000 000 \$ de FEC à la fin de son exercice financier de 1987, pour un prix d'achat de 1 080 000 \$. Central a obtenu des participations dans les sociétés en commandite qui lui permettrait de déduire 10 000 000 \$ de FEC à la fin de son exercice financier de 1987, pour un montant de 1 800 000 \$.

32 On December 15, 1987, the respondent taxpayers exercised their rights under the Put Agreement and conveyed their limited partnership interests to NRI at the designated price per unit. Their names were deleted from the certificates of limited partnership twenty-four hours after they had been added to them. The PIP payments that had been postponed were later paid to NRI which had sufficient losses to shelter this revenue tax free.

32 Le 15 décembre 1987, les contribuables intimées ont exercé leurs droits en vertu du contrat d'option de vente et ont cédé leurs participations dans les sociétés en commandite à NRI au prix unitaire désigné. Leurs noms ont été supprimés des certificats de société en commandite vingt-quatre heures après y avoir été inscrits. Les PESP qui avaient été différés ont par la suite été payés à NRI qui avait suffisamment de pertes pour que ce revenu soit totalement exonéré d'impôt.

33 The Tax Court Judge allowed the deductions sought by the taxpayer. His reasons are very briefly summarized in the following conclusion [at page 2363]:

33 Le juge de la Cour de l'impôt a admis les déductions réclamées par les contribuables. Il motive brièvement sa décision dans la conclusion suivante [à la page 2363]:

In summary, the appellants became members of four limited partnerships on the last day of their 1987 fiscal periods in which such partnerships incurred [exploration expenses]. Their partnership interests were "exempt interests" within the meaning of the Act. The transactions were not a sham. The Act provided specifically for the deduction of expenses of a partner at the end of a partnership's fiscal period. There being no other person entitled thereto, and with a deduction being clearly contemplated by the legislation, the deduction claimed fell within the object of the incentive provisions discussed. The partnerships were not entitled to and did not receive any PIPs in the 1987 fiscal period. The deductions made by the appellants' deductions did not unduly or artificially reduce their income. Each appellant declared the capital gain arising on the disposition of its interest in the four partnerships.

The tenor of the Tax Court Judge's reasons was that the deduction of an expense which actually and legitimately arises cannot be contrary to the plain wording or object and spirit of the Act, even if the deduction is claimed by a different taxpayer as a result of a pure tax avoidance scheme created especially for the purpose.

- 34 It is on the basis of this background that the respondents' claim for deductions of \$10,000,000 and \$6,000,000 for exploration expenses incurred in relation to the Narwhal F-99 well must be considered.

#### IV. ARGUMENTS ON APPEAL

- 35 The appellant Minister contends before this Court that the taxpayers' scheme falls short of its intended result on three main grounds and three alternative grounds. First, it is submitted that subparagraphs 66.1(6)(a)(iv) and (v) do not apply to the respondents. Subparagraph 66.1(6)(a)(iv), although it refers to partnerships, cannot be read as an "allocation provision" for an expense incurred pursuant to subparagraph 66.1(6)(a)(v). In support, they cite the fact that subparagraph 66.1(6)(a)(iv) does not refer in any way to expenses incurred in subparagraph 66.1(6)(a)(v), the fact that it precedes rather than follows 66.1(6)(a)(v) and the fact that it is separated from subparagraph 66.1(6)(a)(v) by the disjunctive "or". Instead, it is submitted, subparagraph

En résumé, les appelantes sont devenues des associées de quatre sociétés en commandite le dernier jour de l'exercice 1987 de ces dernières, exercice au cours duquel ces sociétés ont engagé des frais d'exploration. Leurs participations dans les sociétés en commandite étaient des «intérêts exonérés» au sens de la Loi. Les opérations n'étaient pas un trompe-l'œil. La Loi prévoyait expressément la déduction des dépenses d'un associé à la fin d'un exercice d'une société de personnes. Comme personne d'autre n'y avait droit, et comme une déduction est clairement envisagée dans la Loi, la déduction demandée était conforme à l'objet des dispositions incitatives en question. Les sociétés en commandite n'étaient pas en droit de recevoir et n'ont pas reçu de PESP au cours de l'exercice 1987. Les déductions faites par les appelantes n'ont pas eu pour effet de réduire indûment ou de façon factice leur revenu. Chaque appelante a déclaré le gain en capital résultant de la disposition de sa participation dans les quatre sociétés en commandite.

Le sens qu'il faut dégager des motifs du juge de la Cour de l'impôt, c'est que la déduction d'une dépense qui est réellement et légitimement demandée ne peut être contraire au texte clair ou à l'objet et à l'esprit de la Loi, même si la déduction est réclamée par un contribuable différent par suite d'un plan, ayant pour seul objet d'éviter de payer l'impôt, créé spécialement à cette fin.

- C'est dans ce contexte que la réclamation des 34 intimées portant sur des déductions de 10 000 000 \$ et de 6 000 000 \$ au titre des frais d'exploration engagés dans le puits Narwhal F-99 doit être examinée.

#### IV. LES MOYENS INVOQUÉS EN APPEL

- 35 Le ministre appelant soutient devant la Cour que le plan des contribuables n'a pas abouti au résultat prévu pour trois motifs principaux et trois motifs subsidiaires. Tout d'abord, il fait valoir que les sous-alinéas 66.1(6)a)(iv) et (v) ne s'appliquent pas aux intimées. Le sous-alinéa 66.1(6)a)(iv), bien qu'il fasse référence à des sociétés en commandite, ne peut être lu comme une «disposition visant la répartition» d'une dépense engagée en vertu du sous-alinéa 66.1(6)a)(v). À l'appui de sa position, il cite le fait que le sous-alinéa 66.1(6)a)(iv) ne fait aucune référence aux dépenses engagées selon le sous-alinéa 66.1(6)a)(v), le fait que ce sous-alinéa précède plutôt qu'il ne suit le sous-alinéa 66.1(6)a)(v) et le fait qu'il est séparé du sous-alinéa

66.1(6)(a)(iv) deals with expenses directly incurred by a partnership rather than pursuant to an agreement with an exploration company, as occurred in this case. The respondents are also ineligible for the deductions under subparagraph 66.1(6)(a)(v), it is submitted, as this subparagraph refers to "taxpayers" and a partnership is not a taxpayer under the Act. Instead, the income and loss of a partnership is included as the income and loss of each of the partners pursuant to paragraphs 96(1)(a), (f) and (g). More specifically, in this case, paragraph 96(1)(d) [as am. by S.C. 1987, c. 46, s. 32] requires that income or loss of the partnership be computed with the CEE excluded. It is treated for tax purposes as if it was incurred directly by the partners at the end of the year.

66.1(6)(a)(v) par la conjonction disjonctive anglaise «or». Il soutient que le sous-alinéa 66.1(6)(a)(iv) traite des dépenses engagées directement par une société plutôt qu'en vertu d'un contrat avec une société d'exploration, comme c'est le cas en l'espèce. Selon le ministre, les intimées n'ont pas non plus droit aux déductions prévues au sous-alinéa 66.1(6)(a)(v), étant donné que ce sous-alinéa fait référence aux «contribuables» et qu'une société en commandite n'est pas un contribuable en vertu de la Loi. Le revenu et la perte d'une société en commandite sont inclus comme revenu et perte pour chacun des associés aux termes des alinéas 96(1)(a), (f) et (g). Plus précisément, en l'espèce, l'alinéa 96(1)(d) [mod. par S.C. 1987, ch. 46, art. 32] exige que le revenu ou la perte de la société en commandite soit calculé sans tenir compte des FEC. Ce revenu ou cette perte est traité, aux fins fiscales, comme s'il avait été engagé directement par les associés à la fin de l'année.

36 Second, it is argued that the taxpayers did not become members of the limited partnerships on December 14, 1987 because they did not carry on business in common with a view to profit. The appellant takes the position that although Part 2 of the *Partnership Act* of Alberta establishes the limited liability of certain partners by restricting their ability to actively control the partnership, it does not otherwise excuse compliance by those persons with the definition of partnership contained in paragraph 1(d) of the *Partnership Act*. To this extent, the Minister argues, a limited partnership is the same as an ordinary partnership, and each new member must, upon entry into the partnership, satisfy the condition of carrying on business in common with a view to profit. Such did not occur, the Minister maintains, in this case, and so the respondents are not entitled to reap the tax rewards of the business which was once carried on by those partnerships.

Deuxièmement, il fait valoir que les contribuables ne sont pas devenues des associées des sociétés en commandite le 14 décembre 1987, parce qu'elles n'ont pas exploité une entreprise en commun en vue de faire des bénéfices. La position de l'appelant est la suivante: même si la partie 2 de la *Partnership Act* de l'Alberta établit la responsabilité limitée de certains associés en restreignant leur capacité de contrôler activement la société, elle n'exclut pas autrement l'obligation pour ces personnes de respecter la définition d'une société de personnes donnée à l'alinéa 1d) de la *Partnership Act*. Dans cette mesure, selon le ministre, une société en commandite est l'équivalent d'une société de personnes ordinaire et chaque nouvel associé doit, à son entrée dans la société, satisfaire à la condition relative à l'exploitation d'une entreprise commune en vue de faire des bénéfices. Tel n'a pas été le cas en l'espèce, selon la prétention du ministre, et c'est pourquoi les intimées n'ont pas le droit de récupérer les encouragements fiscaux qui ont été accordés à l'entreprise qui avait été exploitée par ces sociétés en commandite.

37 Third, the Minister takes the position that subsection 245(1) should be applied to disallow the deductions on the ground that they unduly or artificially reduced the taxpayers' income. He relies on *Fording* to argue in this case that the respondents' twenty-four hour participation in the limited partnerships

Troisièmement, le ministre soutient que le paragraphe 245(1) devrait être appliqué pour refuser les déductions au motif qu'elles ont indûment ou de façon factice réduit le revenu des contribuables. Il s'appuie sur l'arrêt *Fording* pour faire valoir en l'espèce que la participation des intimées aux sociétés

was contrary to the object and spirit of section 66.1, devoid of business purpose and contrary to ordinary commercial practice. The latter is evidenced, according to the appellant, by the fact that the respondents did not intend to carry on business in common with others for profit and could not expect that any potential for profit existed in their limited partnership interests. The appellant submits that the deductions taken by the respondents were contrary to the object and spirit of the legislation because they represented a cost to the government of more than 100% of the actual cost of exploration and because the respondents' brief membership in the partnerships during their winding-up phase could not be characterized as an investment in a junior resource company, in keeping with the purpose of the legislation.

tés en commandite pendant vingt-quatre heures est contraire à l'objet et à l'esprit de l'article 66.1, qu'elle n'avait pas d'objet commercial et qu'elle était contraire aux habitudes normales du commerce. Cela est établi, selon l'appellant, par le fait que les intimées n'avaient pas l'intention d'exploiter une entreprise en commun avec d'autres parties en vue de faire des bénéfices et ne pouvaient s'attendre à ce que leur participation aux sociétés en commandite se traduise par une possibilité quelconque de bénéfices. L'appellant soutient que les déductions prises par les intimées sont contraires à l'objet et à l'esprit de la loi parce qu'elles coûtent au gouvernement plus de 100 % des coûts réels d'exploration et parce que la brève association des intimées aux sociétés en commandite pendant la phase de liquidation ne peut être considérée comme un investissement dans une petite compagnie de l'industrie des ressources, comme le veut la loi.

38 Fourth, and in the alternative, it is submitted that the partnerships could not incur more than 20% of the exploration expense associated with the Narwhal F-99 well because Northcor had no recourse against the partnerships for payment of the remaining 80% of exploration expense and, even if it did have such recourse, the partnerships' liability for such expenses was contingent upon payment of PIP assistance. Fifth, and in the alternative, the Minister argues that the taxpayers were "entitled to receive" PIP payments pursuant to subparagraph 66.1(6)(b)(ix) during the 1987 fiscal year which ought to have reduced the cumulative CEE deduction taken despite the fact that payments had not yet been received. Sixth, and in the final alternative, it is argued that the taxpayers' interests were not "exempt interests", pursuant to subsection 96(2.5) [as enacted by S.C. 1986, c. 55, s. 25] of the Act, and so the deductions which the respondents could claim were limited to their "at-risk" amounts.

38 Quatrièmement, et subsidiairement, le ministre fait valoir que les sociétés ne pouvaient engager plus de 20 % des frais d'exploration associés au puits Narwhal F-99 parce que Northcor n'avait pas de recours contre les sociétés au sujet du paiement des autres 80 % de frais d'exploration et, même si elle avait eu de tels recours, la responsabilité des sociétés au titre de ces frais était conditionnelle à l'obtention des PESP. Cinquièmement, et subsidiairement, le ministre fait valoir que les contribuables étaient en «droit de recevoir» des PESP conformément au sous-alinéa 66.1(6)(b)(ix) pendant l'exercice de 1987, et que ceux-ci auraient dû réduire la déduction des frais cumulatifs d'exploration au Canada demandée malgré le fait que les paiements n'avaient pas encore été reçus. Sixièmement, et c'est le dernier motif subsidiaire, le ministre fait valoir que les participations des contribuables ne sont pas des «intérêts exonérés» au sens du paragraphe 96(2.5) [édicte par S.C. 1986, ch. 55, art. 25] de la Loi et donc que les déductions que les intimées pouvaient demander étaient limitées au montant «risqué».

39 The respondent taxpayers, in summary, contend that they should be able to claim the cumulative CEE deductions because they brought themselves within the literal wording of subsection 66.1(3) and paragraph 66.1(6)(b) by purchasing and then reselling one day later interests in limited partnerships

39 Les contribuables intimées, en résumé, prétendent qu'elles devraient être autorisées à réclamer les déductions de frais cumulatifs d'exploration au Canada (FCEC) parce que leur situation est visée par le texte du paragraphe 66.1(3) et de l'alinéa 66.1(6)(b), du fait qu'elles ont acheté et revendu un

which had large exploration expenses remaining on the last day of the fiscal year in which they had been incurred. They maintain that their eligibility for cumulative CEE arises either under the conditions set out in subparagraph 66.1(6)(a)(iv) or (v). In support, they submit first that a partnership is a taxpayer within the meaning of the Act since a taxpayer is defined in subsection 248(1) as any "person" whether or not they are liable to pay tax, and paragraphs 96(1)(a) and (c) expressly characterize a partnership as a separate "person" for the purposes of calculating a taxpayer member's income. The practice of treating a partnership as a taxpayer for the specific purpose of subparagraph 66.1(6)(a)(v) was adopted by Revenue Canada, it is submitted, in order to adopt the CEE rules to a situation in which a partnership entered into a flow-through share agreement. Irrespective of whether or not subparagraph 66.1(6)(a)(v) applies to partnerships, however, the respondents' second submission on this issue is that they are entitled to a share of the partnerships' CEE directly through subparagraph 66.1(6)(a)(iv). This entitlement, it is argued, is not dependent upon the partnership's ability to incur exploration expense as a taxpayer pursuant to subparagraph 66.1(6)(a)(v).

jour plus tard leurs participations dans des sociétés en commandite qui avaient encore d'importants frais d'exploration à déduire le dernier jour de l'exercice financier au cours duquel ces frais avaient été engagés. Elles maintiennent que leur admissibilité aux FCEC découle des conditions énoncées au sous-alinéa 66.1(6)a)(iv) ou (v). À l'appui de leur position, elles font valoir tout d'abord qu'une société de personnes est une contribuable au sens de la Loi étant donné qu'un contribuable est défini au paragraphe 248(1) comme toute «personne», qu'elle soit tenue ou non de payer l'impôt, et que les alinéas 96(1)a) et c) qualifient expressément une société de «personne» distincte pour les fins du calcul du revenu d'un membre de la contribuable. Revenu Canada a pris l'habitude de traiter une société comme un contribuable pour les fins précises du sous-alinéa 66.1(6)a)(v), soutiennent les contribuables, afin d'adapter les règles des FEC à une situation dans laquelle une société a conclu une convention d'émission d'actions accréditatives. Que le sous-alinéa 66.1(6)a)(v) s'applique ou non aux sociétés en commandite, toutefois, les intimées font valoir en second lieu qu'elles ont droit à une part des FEC des sociétés en commandite en raison de l'application directe du sous-alinéa 66.1(6)a)(iv). Cette admissibilité, selon elles, ne dépend pas de la capacité de la société d'engager des frais d'exploration à titre de contribuable aux termes du sous-alinéa 66.1(6)a)(v).

40 In defence of the validity of their membership in the limited partnerships, the respondents contend, as a result of Part 2 of the *Partnership Act*, the requirement of carrying on business with a view to profit applies only to the general partner at the time the limited partnership was established. Part 2 of the *Partnership Act*, they argue, provides an express scheme for dealing with the continuity of limited partnerships, so that neither Part 1 of the *Partnership Act* nor the common law are relevant to deciding the effect of a change in membership. The only pertinent factor in this case, according to the respondents, is that they met the Alberta statutory requirements for membership in a limited partnership on December 14, 1987.

Pour justifier la validité de leur participation aux sociétés en commandite, les intimées prétendent, pour ce qui a trait à l'application de la partie 2 de la *Partnership Act*, que l'exigence d'exploiter une entreprise en vue de faire des bénéfices ne s'applique qu'au commandité au moment où la société en commandite est établie. La partie 2 de la *Partnership Act*, selon elles, prévoit expressément une procédure pour assurer la continuité des sociétés en commandite, de sorte que ni la partie 1 de la *Partnership Act* ni la common law ne s'appliquent pour décider de l'effet que peut avoir un changement d'associés. Le seul facteur pertinent en l'espèce, selon les intimées, c'est qu'elles ont respecté les exigences légales de l'Alberta pour devenir associées dans une société en commandite le 14 décembre 1987.

41 Finally, in response to the Minister's position on subsection 245(1), the respondents do not allege that

41 Finalement, en réponse à la position du ministre concernant le paragraphe 245(1), les intimées ne

there was any legitimate business purpose for the transactions which resulted in the exploration expense deductions. The drilling operation in which the partnerships had invested, the Narwhal F-99 well, had been abandoned when the taxpayers purchased their limited interests. Instead, they submit that the motivation behind the arrangement, even if it is purely tax avoidance, is irrelevant as long as the legal requirements of the Act have been satisfied and the scheme fits within the object and purpose of the exploration expense provisions.

prétendent pas qu'il y avait un objet commercial légitime pour les opérations qui ont entraîné les déductions au titre des frais d'exploration. Les opérations de forage dans lesquelles les sociétés ont investi et le puits Narwhal F-99 avaient déjà été abandonnés quand les contribuables ont acheté leurs participations. Elles font plutôt valoir que la raison d'être de cet arrangement, même s'il s'agit purement d'un motif d'évitement fiscal, est peu pertinente tant et aussi longtemps que les exigences de la Loi sont respectées et que le plan est compatible avec l'objet et le but des dispositions relatives aux frais d'exploration.

42 I need not decide whether the respondents were technically entitled to claim the deduction under subparagraphs 66.1(6)(a)(iv) or (v) because contrary to the decision of the Tax Court Judge, I am of the view that the deductions sought, although they may have arisen initially from legitimate expenses, unduly and artificially reduced the respondents' income, pursuant to subsection 245(1). Nor must I decide the sophisticated issues of Alberta partnership law to determine whether they became valid members of the limited partnerships on December 14, 1987. Similarly, I am not required to decide any of the issues raised as alternative grounds by the Minister.

42 Il n'est pas nécessaire que je décide si les intimées avaient techniquement le droit de réclamer la déduction en vertu des sous-alinéas 66.1(6)a)(iv) ou (v) parce que, contrairement au juge de la Cour de l'impôt, je suis d'avis que les déductions demandées, même si elles peuvent avoir découlé initialement de dépenses légitimes, ont réduit indûment et de façon factice le revenu des intimées, aux termes du paragraphe 245(1). Je n'ai pas non plus à me prononcer sur les questions complexes touchant le droit albertain des sociétés de personnes pour déterminer si les intimées sont devenues des associées valides des sociétés en commandite le 14 décembre 1987. De même, je n'ai à me prononcer sur aucune des questions soulevées comme motifs subsidiaires par le ministre.

#### V. APPLICATION OF SUBSECTION 245(1) TO THIS CASE

#### V. APPLICATION DU PARAGRAPHE 245(1) AUX FAITS DE L'ESPECE

43 The Tax Court Judge refused to disallow the deductions pursuant to subsection 245(1) on the ground that they arose from legitimate expenses which were allocated to the respondents according to the requirements of the Act. In support of this conclusion he reasoned [at pages 2352-2353] that:

43 Le juge de la Cour de l'impôt a refusé de rejeter les déductions aux termes du paragraphe 245(1) au motif que ces déductions se rattachent à des frais légitimes qui ont été attribués aux intimées conformément aux exigences de la Loi. À l'appui de cette conclusion, il énonce le raisonnement suivant [aux pages 2352 et 2353]:

The expenses were not created by some imaginative scheme. They were intended to be incurred, they were incurred, they were allocated to the appellants exactly in accordance with the terms of the limited partnership agreements and so became their "share" as provided in subparagraph 66.1(6)(a)(iv). The Act is so constructed that these amounts claimed by the [respondents] cannot be deducted by any other person.

Les frais n'ont pas été créés par un plan illusoire quelconque. On avait l'intention de les engager, ils ont effectivement été engagés, puis ont été attribués aux appelantes précisément de la manière prévue dans les contrats de société en commandite, devenant ainsi leur «part» au sens du sous-alinéa 66.1(6)a)(iv). La Loi est conçue de manière à ce que ces montants, que les [intimées] cherchent à déduire, ne puissent être déduit par personne d'autre.

These reasons exhibit many of the features of the strict and narrow approach to subsection 245(1) which, contrary to the will of Parliament, denies subsection 245(1) any role as an anti-avoidance measure. A very different result is produced when the three factors enumerated in *Fording* to assist in distinguishing between lawful and unlawful tax avoidance are applied to the facts of this case, as Parliament intended.

Ces motifs présentent bon nombre des caractéristiques de la méthode d'interprétation stricte du paragraphe 245(1) qui, contrairement à la volonté du législateur, nie à ce paragraphe tout rôle comme mesure anti-évitement. On arrive à un résultat très différent quand les trois facteurs énoncés dans *Fording* pour aider à faire la distinction entre les mesures légales et illégales d'évitement de l'impôt sont appliqués aux faits de l'espèce, selon l'intention du législateur.

44 First, I find that the respondents' attempted use of the exploration expense provisions falls outside their intended object and spirit. The respondents have submitted, essentially, that their twenty-four hour participation in limited partnerships which were no longer engaged in development or exploration of any kind for the strict purpose of using the CEE incurred by those partnerships to their tax advantage somehow furthered Parliament's objective of increasing exploration and development in Canada. The use of partnerships in order to take advantage of tax benefits may be a common practice which is not, in and of itself, problematic.<sup>69</sup>

Tout d'abord, je conclus que la tentative d'utilisation par les intimées des dispositions relatives aux frais d'exploration ne respecte pas l'objet et l'esprit de ces dispositions. Les intimées ont fait valoir, essentiellement, que leur participation de vingt-quatre heures dans des sociétés en commandite qui n'étaient plus engagées dans l'aménagement ou l'exploration de quelque ressource que ce soit, dans le seul but d'utiliser les FEC engagés par ces sociétés à leur avantage fiscal, était conforme à l'objectif du législateur visant à accroître les activités d'exploration et d'aménagement au Canada. Le recours à des sociétés en commandite afin de profiter des avantages fiscaux est peut-être une pratique répandue qui ne cause pas, par et en elle-même, de problème<sup>69</sup>.

In its efforts to implement specific economic policies through the taxation system, the federal government has intermittently introduced special tax incentives . . . designed to encourage, for example, exploration for oil and gas, Canadian feature films, construction of multi-unit residential buildings (MURB's) and scientific and technologically oriented research and development. The basic incentive of these schemes is the allowance of a rapid expensing for tax purposes of the cost of items which would otherwise be capitalised and offset against income over a much longer period of time, and by allowing any resulting tax losses to offset income of the taxpayer from other sources. While a corporation can store such deductions if it does not have current income with which to offset the special writeoffs, a partnership will normally flow them directly through to the partners. This treatment avoids any loss because of the time value of money, and ensures that the losses are actually used up rather than being eventually lost because of limitations on their storage time.

[TRADUCTION] Dans ses efforts pour mettre en œuvre des politiques économiques particulières en ayant recours au régime fiscal, le gouvernement fédéral a à l'occasion offert des encouragements fiscaux particuliers . . . dont l'objet est de favoriser, par exemple, l'exploration pétrolière et gazière, le tournage de films canadiens, la construction d'immeubles résidentiels à logements multiples (IRLM) et des activités de recherche et de développement dans les domaines scientifiques et technologiques. L'encouragement fondamental de ces plans consiste à autoriser un amortissement rapide, à des fins fiscales, du coût de certains éléments qui auraient dû autrement être capitalisés et compensés à même le revenu sur une période beaucoup plus longue, et à autoriser que toutes les pertes fiscales qui en résultent compensent le revenu du contribuable tiré d'autres sources. Bien qu'une société puisse utiliser ultérieurement de telles déductions si elle n'a pas le revenu suffisant pour profiter totalement de ces amortissements spéciaux, habituellement une société en commandite les utilisera directement en les attribuant à ses associés. Ce traitement évite les pertes à cause de la valeur temporelle de l'argent, et fait en sorte que les pertes sont véritablement utilisées au lieu de courir le risque qu'elles ne puissent l'être à cause des restrictions imposées à leur période d'utilisation.

45 The problem with the respondents' participation in the limited partnerships for the purpose of obtaining this tax benefit, as I view it, is that the respondents have not in any way engaged in the business which the exploration expense provisions are designed to promote. The oil and gas industry and its consumers are no better off for the respondents' so-called "investment" in the limited partnerships. The respondents rely on a 1994 statement of the Department of Finance which sets out the tripartite goals of this type of flow-through share arrangement. These are:<sup>70</sup>

- (a) to encourage additional exploration and development in Canada;
- (b) to promote equity investments in mining and petroleum companies; and
- (c) to assist junior (typically non-taxpaying) exploration companies whose access to other sources of financing may be limited.

I fail to see how any of these goals has been achieved as a result of the respondents' fleeting investment at a time when no exploration or mining was being carried out or contemplated.

46 The nature of the respondents' participation in the limited partnerships falls even further from the mark if one takes into account the fact that a term of the partnership agreements was the suspension of the issuance of notices of entitlement to government grants applied for by the partnerships until after the end of the 1987 fiscal year. The purpose of the cumulative CEE provision was obviously to allow taxpayers to be able to deduct only what they had actually expended in an exploration project, and not the full cost of a project which in fact received eighty percent of its funding from the government. Subparagraph 66.1(6)(b)(ix) clearly intended this:

66.1(6)(b) . . .

(ix) any assistance that he has received or is entitled to receive in respect of any Canadian exploration expense incurred after 1980 or that can reasonably be related to Canadian exploration activities after 1980, to the extent that the assistance has not reduced his Canadian exploration expense by virtue of paragraph (9)(g),

Le problème concernant la participation des intimées aux sociétés en commandite dans le but de se prévaloir de cet avantage fiscal, c'est, à mon avis, que les intimées n'ont participé d'aucune façon à l'entreprise que les dispositions relatives aux frais d'exploration avaient pour but de promouvoir. L'industrie pétrolière et gazière et ses consommateurs n'ont tiré aucun avantage du soi-disant «investissement» des intimées dans les sociétés en commandite. Les intimées s'appuient sur une déclaration du ministère des Finances, remontant à 1994, qui énonce les objectifs tripartites de ce type de convention d'émission d'actions accréditives. Ce sont les suivants<sup>70</sup>:

- a) favoriser la réalisation d'autres activités d'exploration et d'aménagement au Canada;
- b) favoriser les investissements de capitaux dans les sociétés minières et pétrolières;
- c) aider les petites sociétés d'exploration (habituellement non imposables) dont l'accès limité à d'autres sources de financement est peut-être limité.

Je ne vois pas comment ces objectifs ont pu être atteints du fait de l'investissement éphémère des intimées à un moment où il n'y avait plus d'activités d'exploration ou minières effectuées ou envisagées.

La nature de la participation des intimées aux sociétés en commandite est encore plus éloignée du but si l'on tient compte du fait que les conventions de société en commandite renfermaient une condition visant à suspendre la délivrance des avis d'admissibilité aux subventions gouvernementales demandées par les société en commandite jusqu'après la fin de l'exercice financier 1987. La disposition relative aux frais cumulatifs d'exploration au Canada avait manifestement pour but de permettre aux contribuables de déduire uniquement ce qu'ils avaient réellement engagé dans un projet d'exploration, et non le coût total d'un projet qui en fait a été financé à 80 % par le gouvernement. Le sous-alinéa 66.1(6)(b)(ix) l'indique clairement:

66.1(6)(b) . . .

(ix) un montant à titre d'aide qu'il a reçu ou est en droit de recevoir concernant des frais d'exploration au Canada engagés après 1980, ou qui peut raisonnablement se rapporter à des activités d'exploration au Canada postérieures à 1980, dans la mesure où ce montant n'a pas réduit les frais d'exploration au Canada du contribuable à cause de l'alinéa (9)(g).

In this case, however, because government assistance was not subtracted from the cumulative CEE total, the respondents claimed a deduction of 100% of the exploration expense associated with the Narwhal F-99 well, despite the fact that the government ultimately compensated the partnerships for 80% of those expenses. The effect for the government, as is argued by the appellant, is a cost of more than 100% of the actual cost of exploration. Such an absurd result could not have been the intention of Parliament in enacting these provisions.

47 Furthermore, whether or not the postponement of government grants may have been consistent with standard industry practice in order to entice investors during the early stages of a project by preserving cash flow, as the respondents submit, the purpose for which the respondents took advantage of this practice had nothing to do with the reason for which it may have been condoned by the PIP administration. I would also add that simply because other taxpayers may be trying to take similar tax advantage by manipulating this incentive provision does not legitimize the practice nor in any way influence the interpretation of the object and spirit of the provision.

48 Essentially, what the respondents seek to do is to use the legislation in a fashion so that the CEE are deducted from the income of their companies with taxable income, but to ensure that the government reimbursements of those expenses be credited to another company (NRI) which had sufficient losses to shelter this revenue from tax liability. As the Tax Court Judge himself described the scheme [at page 2335]:

In the oil and gas context, a taxpayer, other than a corporation whose principal business is in the oil and gas area, may deduct in, computing income, an amount not exceeding his "cumulative Canadian exploration expense". This is a cumulative, continuing pool of expenses ("E pool") to which defined exploration expenses such as seismic and drilling costs are added and from which certain sums received or receivable are deducted. One of such amounts required to be deducted for the taxation period herein was any grant under the PIP Act. In short, a taxpayer would add all E to his E pool and deduct statutorily described amounts therefrom. If the E pool at any year end was a positive amount the taxpayer could deduct same. If the E pool was a negative amount the taxpayer was obliged to include same in income.

En l'espèce toutefois, parce que l'aide gouvernementale n'a pas été soustraite du total des frais cumulatifs d'exploration au Canada, les intimées ont réclamé une déduction de 100 % des frais d'exploration associés au puits Narwhal F-99, malgré que le gouvernement ait finalement remboursé aux sociétés 80 % de leurs frais. L'appelant a fait valoir qu'il en a en fait coûté au gouvernement plus de 100 % du coût réel de l'exploration. Un résultat aussi absurde ne peut avoir été voulu par le législateur quand il a adopté ces dispositions.

47 En outre, que le report des subventions gouvernementales ait ou non été conforme à la pratique normale de l'industrie pour attirer les investisseurs pendant les premières phases d'un projet en préservant le fond de roulement, comme le font valoir les intimées, la fin pour laquelle les intimées ont profité de cette pratique n'a rien à voir avec la raison qui peut avoir amené l'Administration des PESP à l'accepter. J'ajouterais également que le simple fait que d'autres contribuables essaient de tirer le même avantage fiscal en manipulant cette disposition d'encouragement ne légitime pas la pratique et n'influence en aucune façon l'interprétation de l'objet et de l'esprit de la disposition.

48 Essentiellement, les intimées cherchent à utiliser la loi d'une façon qui permette de déduire les FEC du revenu imposable de leurs sociétés tout en s'assurant que les remboursements effectués par le gouvernement au titre de ces frais soient crédités à un autre société (NRI) qui a accumulé suffisamment de pertes pour exonérer ce revenu de l'impôt. Le juge de la Cour de l'impôt décrit le plan dans les mots suivants: [à la page 2335]:

Dans le domaine pétrolier et gazier, un contribuable, autre qu'une corporation dont l'entreprise principale est liée au pétrole et au gaz, peut déduire, dans le calcul de son revenu, un montant ne dépassant pas ses «frais cumulatifs d'exploration au Canada». Il s'agit d'un ensemble cumulatif et continu de dépenses auxquelles sont ajoutés des frais d'exploration déterminés, comme les coûts d'exploration sismique et de forage, et desquelles sont déduits certains montants reçus ou à recevoir. Toute subvention reçue en vertu de la Loi sur le PESP figurait au nombre des montants devant être déduits pour l'année d'imposition dont il s'agit en l'espèce. Bref, le contribuable ajoutait tous les frais d'exploration à ses frais cumulatifs d'exploration et en déduisait les montants prévus par la loi. Si le montant des frais cumulatifs d'exploration à la fin de

The scheme in question here, however, does not involve a "pooling": expenses were attributed only to a taxpayer in need of tax losses and PIP reimbursements of expenses were attributed only to another taxpayer with ample losses to shelter these revenues tax-free. The learned Tax Court Judge correctly described the legislative intent but did not demonstrate how this scheme could be within such intent.

l'année était positif, le contribuable pouvait le déduire. Si ce montant était négatif, il était tenu de l'inclure dans son revenu.

En l'espèce toutefois, le plan en question ne parle pas d'un «ensemble»: les frais ont été attribués uniquement à un contribuable qui avait besoin de pertes fiscales et les remboursements des PESP ont été attribués uniquement à un autre contribuable qui avait suffisamment de pertes pour exonérer ce revenu de l'impôt. Le juge de la Cour de l'impôt a correctement décrit l'intention du législateur, mais il n'a pas démontré comment ce plan pouvait respecter cette intention.

49 For these reasons, this case is clearly distinguishable from *R. v. Alberta and Southern Gas Co. Ltd. and Edmonton Liquid Gas Ltd. v The Queen*,<sup>71</sup> both decisions of this Court in which it was held that taxpayer schemes which provided a tax advantage also fell within the object and spirit of economic policies advanced by Parliament through the Act. In *Alberta and Southern Gas*, Chief Justice Jaccett held, on behalf of the Court, that a taxpayer was allowed to shield four million dollars from inclusion in his taxable income through a "carve-out" agreement involving investment in a "Canadian resource property" according to the Act. Pursuant to this agreement, the taxpayer paid \$4,000,000 for the assignment of a "working interest" in lands from which it was already entitled to purchase natural gas according to a pre-existing contract. The taxpayer was to hold the interest in land until it received \$4,000,000 plus interest or the equivalent in petroleum. The taxpayer received the amount of \$4,000,000 plus interest one year later. Despite the fact that the "carve-out" agreement had an obvious tax benefit, the Chief Justice found that the tax scheme nonetheless advanced the object and spirit of the resource property provisions. He stated:<sup>72</sup>

Pour ces raisons, l'espèce peut être distingués des arrêts *R. c. Alberta and Southern Gas Co. Ltd. et Edmonton Liquid Gas Ltd. c La Reine*<sup>71</sup>, deux affaires jugées par la présente Cour dans lesquelles il a été statué que les plans des contribuables qui leur accordaient un avantage fiscal respectaient également l'esprit et la lettre des politiques économiques adoptées par le législateur au moyen de la Loi. Dans l'arrêt *Alberta and Southern Gas*, le juge en chef Jaccett a statué, au nom de la Cour, qu'une contribuable était autorisée à ne pas inclure 4 000 000 \$ dans son revenu imposable conformément à un accord «sur mesure» portant sur des investissements dans des «avoirs miniers canadiens» aux termes de la Loi. Conformément à cet accord, la contribuable a investi 4 000 000 \$ pour la cession d'une «participation active» dans des terrains pétrolières à l'égard desquels elle avait déjà le droit d'acheter du gaz naturel aux termes d'un contrat antérieur. La contribuable devait conserver sa participation dans les terres jusqu'à ce qu'elle reçoive 4 000 000 \$ majorés des intérêts ou des produits pétroliers de même valeur. La contribuable a touché les 4 000 000 \$ majorés des intérêts un an plus tard. Malgré que l'accord «sur mesure» comportait un avantage fiscal évident, le juge en chef a conclu que le plan fiscal respectait néanmoins l'esprit et la lettre des dispositions relatives aux avoirs miniers. Il déclare ceci<sup>72</sup>:

These provisions for the deduction and taxation of capital amounts seem to me to have the obvious purpose of encouraging taxpayers to put money into such resource properties and keep it there. That being what the provisions seem to have been intended to encourage, as it seems to me, a transaction that clearly falls within the object and spirit of section 66 cannot be said to unduly or

Les dispositions concernant la déduction et l'imposition des montants de capital me semblent destinées à encourager les contribuables à investir à long terme dans de tels avoirs miniers. Ceci étant ce que les dispositions semblent vouloir encourager, on ne peut dire, je crois, qu'une affaire qui rencontre l'objet et l'économie de l'article 66, réduit indûment ou de façon factice le revenu simplement

artificially reduce income merely because the taxpayer was influenced in deciding to enter into it by tax considerations.

*Alberta and Southern Gas* is similar to the case at bar in the sense that the taxpayer's scheme was motivated by tax avoidance. It is distinguishable, however, because, unlike the scheme at issue in *Alberta and Southern Gas*, nothing about the respondents' tax avoidance scheme was consistent with the purpose of promoting resource exploration in Canada.

parce que le contribuable a été alléché par les avantages fiscaux lorsqu'il s'est lancé dans cette affaire.

L'arrêt *Alberta and Southern Gas* est semblable au cas en l'espèce dans ce sens que le plan de la contribuable avait pour but d'éviter de payer l'impôt. Toutefois, il peut s'en distinguer parce que, contrairement au plan dont il était question dans *Alberta and Southern Gas*, aucun des éléments du plan d'évitement fiscal des intimées n'était conforme à l'objectif visant à promouvoir l'exploration des ressources au Canada.

50 Similarly, in *Edmonton Liquid Gas*, MacGuigan J.A. refused to apply subsection 245(1) of the Act to a deduction taken by a taxpayer who paid money to a drilling operator in 1974 for drilling which, in the case of one well, did not actually commence until the following year. MacGuigan J.A. found that the taxpayer ought to have been entitled to deduct the full amount paid to the drilling operator in the year in which it was expended because the evidence suggested that the taxpayer had the intention of actually engaging in well exploration. He concluded:<sup>73</sup>

There was nothing contrived or artificial in this corporate initiative. It was a good-faith response to what was in effect a new, or at least an unexpectedly renewed, Government policy, and was fully in accord with the object and spirit of the allowance provision.

The respondents in this case had no similar good faith intention to invest in resource exploration. As a result, the respondents, in my view, completely failed to bring themselves within the object and spirit of the exploration deduction provisions of the Act.

51 Second, the transactions which allowed the respondents to claim the cumulative CEE deductions are, I find, far removed from normal commercial practice. Clearly, at the time the interests were purchased in the limited partnerships, no potential for profit could exist. The exploration activities which were the *raison-d'être* for the limited partnerships had long since been abandoned. Despite this, the respondents paid \$1,800,000 and \$1,080,000 each

De même, dans *Edmonton Liquid Gas*, le juge MacGuigan, J.C.A., a refusé d'appliquer le paragraphe 245(1) de la Loi à une déduction prise par un contribuable qui avait versé de l'argent en 1974 à un foreur, pour des opérations de forage qui, dans le cas d'un puits en particulier, n'ont commencé que l'année suivante. Le juge MacGuigan a conclu que le contribuable devait avoir le droit de déduire le plein montant versé au foreur dans l'année au cours de laquelle l'argent avait été dépensé parce que la preuve faisait ressortir que le contribuable avait véritablement l'intention de faire de l'exploration. Il conclut en ces termes<sup>73</sup>:

Rien dans cette initiative de la société n'était machiné ou factice. Elle ne faisait que répondre de bonne foi à ce qui était en fait une nouvelle politique gouvernementale ou, à tout le moins, une politique gouvernementale reconduite contre toute attente; elle était en tout point conforme à l'objet et à des dispositions permettant la déduction.

En l'espèce, les intimées n'avaient pas la même intention de bonne foi d'investir dans l'exploration des ressources. Par conséquent, à mon avis, les intimées ne sont pas placées dans une situation qui respecte l'objet et l'esprit des dispositions de la Loi relatives à la déduction des frais d'exploration.

Deuxièmement, les opérations en vertu desquelles les intimées ont réclamé la déduction au titre des frais cumulatifs d'exploration au Canada sont, à mon avis, bien loin des habitudes normales du commerce. Manifestement, au moment où les participations ont été achetées dans les sociétés en commandite, aucune possibilité de profit ne pouvait exister. Les activités d'exploration qui étaient la raison d'être des sociétés en commandite avaient depuis longtemps été

for interests which, within twenty-four hours, were sold pursuant to a Put Agreement for a mere \$137 and \$228 respectively. In addition, as the appellant submits, it is contrary to normal business practice to ensure *via* the sale agreement that the limited partnerships not be entitled to receive any government assistance until after the date when it was anticipated that the respondents would exercise their rights under the Put Agreement and remove themselves from the limited partnerships.

abandonnées. Malgré cela, les intimées ont payé 1 800 000 \$ et 1 080 000 \$ chacune pour des participations qui, en moins de vingt-quatre heures, ont été vendues en vertu d'un contrat d'option de vente pour des montants de 137 \$ et 228 \$, respectivement. En outre, comme le fait valoir l'appellant, il est contraire aux habitudes normales du commerce de s'assurer, par l'entremise d'un contrat de vente, que les sociétés en commandite n'auront droit à une aide gouvernementale qu'après la date à laquelle il était prévu que les intimées exerceraient leurs droits en vertu du contrat d'option de vente et se retireraient des sociétés en commandite.

52 In *Irving Oil*, Mahoney J.A. held that, although an arrangement was engineered solely in order to obtain a tax advantage, it nonetheless conformed with ordinary business practice and could not be caught by subsection 245(1). In that case, the taxpayer had effected a scheme in which its wholly owned subsidiary would purchase crude oil at a lower price and then sell to the taxpayer at fair market value. The Minister had disallowed the taxpayer's deduction of its cost of purchasing oil to the extent that it exceeded the cost paid for the oil by the subsidiary. Mahoney J.A. rejected this assessment and reasoned [at page 360] that: "[s]ince the respondent paid Irvcal fair market value, it cannot be said that payment resulted in an excessive reduction of income". On the facts of the case on appeal, however, there is no attribute of the transactions which gave rise to the respondents' attempted CEE deductions which could be considered a normal business practice. It was clearly a tax scheme, pure and simple, not a business deal.

Dans l'arrêt *Irving Oil*, le juge Mahoney, J.C.A., a statué que, bien qu'une entente ait été conçue sur pied uniquement afin de profiter d'un avantage fiscal, elle était néanmoins conforme aux habitudes normales du commerce et ne tombait pas sous le coup du paragraphe 245(1). Dans cette affaire, la contribuable avait mis en œuvre un plan en vertu duquel sa filiale en toute propriété achèterait du pétrole brut à un prix inférieur et le revendrait à la contribuable à la juste valeur marchande. Le ministre a refusé la déduction de la contribuable pour le coût d'achat du pétrole parce que celui-ci dépassait le coût payé par la filiale. Le juge Mahoney a rejeté [à la page 360] la cotisation au moyen du raisonnement suivant: «Comme l'intimée a payé à l'Irvcal la juste valeur marchande, on ne pourrait dire que ce paiement a entraîné une réduction excessive du revenu». D'après les faits de la cause en appel, toutefois, les opérations qui sont à l'origine de la tentative des intimées de déduire les FEC n'ont aucune des caractéristiques qui permettraient de les considérer comme une habitude normale du commerce. Il s'agissait manifestement d'un plan d'évitement de l'impôt, et non d'une opération commerciale.

53 Third, and finally, it has been argued by the appellant, and virtually conceded by the respondents, that there was no business purpose attached to the respondents' participation in the limited partnerships. The absence of business purpose is further support for the conclusion which is already well founded on the basis of the other indicators: the 1987 cumulative CEE deductions claimed by the respondents both unduly and artificially reduced their incomes and, as a result, should be disallowed.

Troisièmement, et finalement, l'appellant fait valoir, ce qu'ont virtuellement reconnu les intimées, qu'aucun objet commercial n'était rattaché à la participation des intimées dans les sociétés en commandite. Cette absence d'objet commercial confirme à son tour également la conclusion qui est déjà bien établie par d'autres indices: les déductions des frais cumulatifs d'exploration au Canada en 1987 réclamés par les intimées ont réduit indûment et de façon factice leurs revenus et, par conséquent, elles ne peuvent être admises.

54 The totality of these three factors leads inexorably to the conclusion that what the respondents have attempted to achieve in this case is unlawful tax avoidance. It is hard to imagine a more obvious case for the use of subsection 245(1) than this one. Any other result would make a mockery of Parliament's intention to place some reasonable limit on the extent to which a taxpayer is entitled to "order his affairs so as that the tax . . . is less than it otherwise would be". I must therefore conclude that, even if the respondents had been able to qualify as valid members of the limited partnerships which incurred the exploration expenses and could succeed in bringing themselves within the literal wording of subparagraph 66.1(6)(a)(iv) or (v), subsection 245(1) should be applied to disallow the deductions sought. On this basis, the appeal should be allowed with costs and the ruling of the Tax Court Judge set aside.

STRAYER J.A.: I agree.

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

55 MCDONALD J.A. (*dissenting*): I have had the advantage of reading my brother Linden J.A.'s reasons for judgment, and I must respectfully disagree. I am of the view that this transaction is not captured by subsection 245(1) of the *Income Tax Act* and the decision of the Tax Court Judge should stand.

56 The facts have been outlined in detail in the decision of Linden J.A., so I need not revisit them. It is clear that this set of transactions was a tax avoidance vehicle. In effect, Northcor engaged in loss selling in order to raise capital. The named taxpayers in this case bought into the limited partnerships in order to take advantage of losses incurred by the limited partnerships through their agent. As I understand it, none of this is disputed by the parties. At issue is whether this type of transaction, though permitted by the provisions of the *Income Tax Act*, is caught by subsection 245(1). As I will explain, I am of the view that subsection

54 Ces trois facteurs pris ensemble mènent inexorablement à la conclusion que ce que les intimées ont essayé de faire en l'espèce est un stratagème illégal d'évitement de l'impôt. Il est difficile d'imaginer une situation qui tombe plus manifestement sous le coup du paragraphe 245(1). Tout autre résultat ferait fi de l'intention du législateur d'imposer une limite raisonnable au principe selon lequel un contribuable a le droit «de diriger ses affaires de façon que son assujettissement aux impôts . . . soit moindre qu'il ne le serait autrement». Je dois donc conclure que, même si les intimées avaient pu être considérées comme des membres valides des sociétés en commandite qui ont engagé les frais d'exploration et, partant, avaient pu être visées par le texte des sous-alinéas 66.1(6)a)(iv) ou (v), le paragraphe 245(1) doit être appliqué pour refuser les déductions demandées. Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens et d'infirmier la décision du juge de la Cour de l'impôt.

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

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

55 LE JUGE MCDONALD, J.C.A. (*dissent*): J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Linden, J.C.A. et, en toute déférence, je ne peux y souscrire. Je suis d'avis que cette opération ne tombe pas sous le coup du paragraphe 245(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et que la décision du juge de la Cour de l'impôt devrait être maintenue.

56 Comme les faits ont été exposés en détail dans la décision du juge Linden, je ne les reprendrai pas. Il est clair que cette série d'opérations était un plan d'évitement fiscal. En fait, Northcor a vendu à perte afin d'obtenir du capital. Les contribuables désignées dans cette affaire ont acheté des participations dans les sociétés en commandite afin de profiter des pertes qu'avaient subies les sociétés par l'entremise de leur mandataire. Je crois comprendre qu'aucun de ces faits n'est contesté par les parties. La question en litige est de savoir si ce type d'opération, malgré qu'il soit autorisé par les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, tombe sous le coup du para-

245(1) does not apply to deprive the taxpayers of their deductions as claimed.

graphe 245(1). Comme je l'expliquerai ci-dessous, je suis d'avis que le paragraphe 245(1) ne s'applique pas de manière à priver les contribuables des déductions qu'elles ont réclamées.

57 As I have stated many times in the past, there is no crime in tax avoidance. Every taxpayer is entitled to structure his or her affairs so as to minimize his or her tax payable. I would go further and say that avoidance of tax, within the parameters of the *Income Tax Act*, is necessary for the tax system to function efficiently. The taxpayer's role is to minimize the tax payable, while the tax collector's role is to maximize the tax payable. As I see it, the role of the courts is to ensure that both taxpayers and tax collectors play by the rules.

Comme je l'ai déjà dit à de nombreuses reprises, l'évitement fiscal n'est pas un crime. Chaque contribuable a le droit de diriger ses affaires de façon à minimiser l'impôt qu'il doit payer. J'irai même plus loin en affirmant que l'évitement de l'impôt, dans les paramètres de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, est nécessaire au fonctionnement efficace du régime fiscal. Le rôle du contribuable est de minimiser son obligation fiscale, alors que le rôle du percepteur est de maximiser l'impôt payable. D'après mon interprétation, le rôle des tribunaux est de veiller à ce que les contribuables et les percepteurs respectent les règles.

58 The issue in this case is whether subsection 245(1) may be applied to disallow deductions where these deductions are permitted by the express terms of the Act and are not inconsistent with the object and spirit of the provisions. My brother Linden J.A. has come to the conclusion that although these deductions may be allowed by the provisions of the Act, the deductions must be disallowed as being "artificial or undue" under subsection 245(1). In reaching this conclusion, Linden J.A. points to an alleged lack of business purpose and further concludes that the transactions are inconsistent with the object and spirit of the provisions. As will be seen, I have come to entirely the opposite conclusion.

En l'espèce, la question est de savoir si le paragraphe 245(1) peut être appliqué pour refuser des déductions, alors que ces déductions sont expressément autorisées par la Loi et ne sont pas incompatibles avec l'objet et l'esprit des dispositions pertinentes. Mon collègue le juge Linden en est venu à la conclusion que même si ces déductions peuvent être autorisées par les dispositions de la Loi, elles doivent être refusées parce qu'elles sont «factices ou indues» aux termes du paragraphe 245(1). Pour parvenir à cette conclusion, le juge Linden signale qu'il n'y avait pas d'objet commercial et conclut également que les opérations sont incompatibles avec l'objet et l'esprit des dispositions. Comme on le verra ci-dessous, j'en arrive à la conclusion opposée.

#### 1. Subsection 245(1)

#### 1. Le paragraphe 245(1)

59 For ease of reference, I reproduce the text of what was then subsection 245(1) of the *Income Tax Act*:

Pour plus de commodité, je reproduis le texte de ce qui était à l'époque le paragraphe 245(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*:

**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.

**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.

60 The first step in the analysis is to assess whether the deduction artificially or unduly reduced income.

La première étape de l'analyse consiste à évaluer si la déduction a réduit indûment ou de façon factice

57

58

59

60

This Court's decision in *Canada v. Irving Oil Ltd.*, [1991] 1 C.T.C. 350 (F.C.A.) suggests that the proper point of comparison is the result of the transaction and not the transaction itself. That is, the potential artificiality of the transaction is not determinative of the issue.

le revenu. La décision de la présente Cour dans *Canada c. Irving Oil Ltd.*, [1991] 1 C.T.C. 350 (C.A.F.), fait ressortir que le point de comparaison approprié est le résultat de l'opération et non l'opération elle-même, c'est-à-dire que le caractère factice potentiel de l'opération ne résout pas la question.

61 It must be remembered that the taxpayers in this case were members, albeit briefly, of a limited partnership that legitimately incurred Canadian Exploration Expense (CEE) through its agent. Paragraph 66.1(6)(a)(ii) of the *Income Tax Act* stipulates that CEE should be deducted by the person who incurred it. In this case, there is no dispute that the limited partnership incurred CEE through its agent with respect to drilling off Canada's east coast.

Il faut se souvenir que les contribuables en l'es- 61  
pèce ont été membres, ne serait-ce que brièvement, d'une société en commandite qui avait légitimement engagé des frais d'exploration au Canada (FEC) par l'entremise de sa mandataire. Le sous-alinéa 66.1(6)a(ii) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dispose que les FEC doivent être déduits par la personne qui les a engagés. En l'espèce, il ne fait aucun doute que la société en commandite a engagé les FEC par l'entremise de sa mandataire relativement à des opérations de forage au large de la côte est du Canada.

62 Setting aside the issue of whether a partnership may properly be termed a taxpayer,<sup>74</sup> we may assume that in the ordinary course of events, the CEE regime would allow the entity which incurred the CEE to deduct it as an expense. In this case, the entity which incurred the expense was a limited partnership. Under the provisions of the Act, though, partnership income (and losses) cannot be claimed by the partnership, but must be attributed to the individual partners: subsection 96(1) [as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 43]. Under the CEE regime, only members of a partnership at the end of the partnership's fiscal year may deduct CEE: subsection 66.1(7) [as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 36; 1977-78, c. 1, s. 30; 1980-81-82-83, c. 45, s. 34].

Laissant de côté la question de savoir si une so- 62  
ciété peut à bon droit être considérée comme une contribuable<sup>74</sup>, nous pouvons présumer que dans le cours ordinaire des affaires, le régime des FEC permettrait à l'entité qui les a engagés de les déduire à titre de dépenses. En l'espèce, l'entité qui a engagé les frais était une société en commandite. En vertu des dispositions de la Loi, cependant, le revenu (comme les pertes) d'une société ne peut être réclamé par la société en commandite, mais il doit être attribué aux associés individuels: paragraphe 96(1) [mod. par S.C. 1984, ch. 1, art. 43]. En vertu du régime des FEC, seuls les associés d'une société en commandite toujours présents à la fin de l'exercice financier peuvent déduire les FEC: paragraphe 66.1(7) [édicte par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 36; 1977-78, ch. 1, art. 30; 1980-81-82-83, ch. 45, art. 34].

63 In this case, the taxpayers were members of the partnerships at the end of the fiscal year. The provisions of the Act specifically resulted in attribution of the CEE to them as members of the partnerships at the end of the partnerships' fiscal year. Other than joining the partnerships immediately before year end, the taxpayers did nothing to create this situation, as the attribution resulted by operation of the *Income Tax Act*. This is similar to the situation faced by this Court in *Canada v. Mara Properties*

En l'espèce, les contribuables étaient des associées 63  
des sociétés en commandite à la fin de l'exercice financier. L'application des dispositions de la Loi a précisément entraîné l'attribution des FEC aux contribuables à titre d'associées des sociétés en commandite à la fin de l'exercice financier de ces dernières. À l'exception du fait qu'elles se sont jointes aux sociétés en commandite immédiatement avant la fin de l'exercice, les contribuables n'ont rien fait pour créer cette situation, étant donné que l'attribu-

*Ltd.*, [1995] 2 F.C. 433 (C.A.) where I was of the view that deductions could not be said to be artificial or undue where they arose by specific operation of the Act. On this point, my brother Marceau J.A. and I were in agreement.

tion résulte de l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cette situation est semblable à celle dont était saisie la Cour dans l'affaire *Canada c. Mara Properties Ltd.*, [1995] 2 C.F. 433 (C.A.), dans laquelle j'ai exprimé que les déductions ne pouvaient être considérées comme factices ou indues parce qu'elles découlaient expressément de l'application précise de la Loi. Sur ce point, mon collègue le juge Marceau, J.C.A. et moi-même étions d'accord.

64 This Court recently had the opportunity to revisit the issue of whether transactions could be said to be artificial or undue when they arise by specific operation of the Act in *The Queen v. Nova Corporation of Alberta* (1997), 97 DTC 5229 (F.C.A.). In that case, the Court was asked to consider the application of subsection 55(1) which denies losses that have been "unduly or artificially" reduced. The majority of the Court concluded that where the taxpayer's losses arose by specific operation of the Act, the losses could not be said to be artificial or undue.

La Cour a récemment eu la possibilité de revoir la question de savoir si les opérations peuvent être considérées comme factices ou indues lorsqu'elles découlent d'une application expresse de la Loi dans l'affaire *La Reine c. Nova Corporation of Alberta* (1997), 97 DTC 5229 (C.A.F.). Dans cette affaire, la Cour devait examiner l'application du paragraphe 55(1) qui refuse des pertes qui ont «indûment ou de façon factice» réduit le revenu. La Cour a conclu à la majorité que lorsque les pertes d'un contribuable découlent de l'application expresse de la Loi, elles ne peuvent être considérées comme factices ou indues. 64

65 As pointed out by my brother Linden J.A., the majority decision in *Canada v. Fording Coal Ltd.*, [1996] 1 F.C. 518 (C.A.) takes a different view. In that case, my brother Strayer J.A. for the majority was of the view that although the transactions met the formal requirements of the Act, the deductions created were "artificial or undue." In dissent, I was of the view, again, that subsection 245(1) cannot apply to defeat deductions where the deductions arise by specific operation of the Act. I am not persuaded that my reasoning was in error.

Comme l'a signalé mon collègue le juge Linden J.C.A., la décision majoritaire dans *Canada c. Fording Coal Ltd.*, [1996] 1 C.F. 518 (C.A.), adopte une position différente. Dans cet arrêt, mon collègue le juge Strayer, J.C.A., s'exprimant au nom de la majorité, s'est dit d'avis que même si les opérations respectaient les conditions formelles de la Loi, les déductions créées étaient «factices ou indues». En dissidence, j'ai de nouveau exprimé l'avis que le paragraphe 245(1) ne peut être invoqué pour refuser des déductions lorsque celles-ci découlent d'une application expresse de la Loi. Je ne suis pas convaincu que mon raisonnement était erroné. 65

66 I am further persuaded by the argument of counsel for the respondent as he sought to distinguish the majority decision in *Fording Coal*. It was counsel's submission that there were no actual losses sustained in *Fording Coal*. That is, the losses in *Fording Coal* came about as a result of the transaction and were not actual tangible losses. In this case, by contrast, the losses incurred by the limited partnership were real and came about as the result of real exploration and development. These losses were not created by manipulation of the *Income Tax Act*. There is no

Je suis de plus convaincu par l'argument de l'avocat de l'intimée qui a cherché à faire une distinction avec la décision majoritaire dans *Fording Coal*. L'avocat prétend que, dans *Fording Coal*, il n'y avait pas de pertes véritables, c'est-à-dire que, dans *Fording Coal*, les pertes étaient le résultat de l'opération et n'étaient pas des pertes tangibles et réelles. Dans la présente affaire, au contraire, les pertes subies par la société en commandite étaient réelles et ont résulté de véritables activités d'exploration et d'aménagement. Ces pertes ne proviennent pas d'une 66

dispute that there was actual exploration in this case, and actual losses were incurred on behalf of the limited partnership. I am persuaded that this is a sufficient distinction from the facts in *Fording Coal* that the majority decision in that case is not directly applicable to the case at bar.

manipulation quelconque de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il n'est pas contesté qu'il y a eu de véritables activités d'exploration en l'espèce, et que des pertes réelles ont été subies par la société en commandite. Je suis convaincu qu'il s'agit là d'une distinction suffisante d'avec les faits de *Fording Coal* pour conclure que la décision majoritaire dans cette affaire-là ne s'applique pas directement au cas en l'espèce.

67 The facts of this case lead me inexorably to apply the reasoning of this Court in *Mara Properties* and more recently in *Nova Corporation*: where a deduction arises by specific operation of the Act, it cannot be said to be artificial or undue. These taxpayers were partners in a limited partnership which incurred CEE. Under the Act, that CEE was then attributed to the taxpayers in their capacity as partners. I cannot see how this result can be said to be undue or artificial.

Les faits de l'espèce m'amènent inexorablement à appliquer le raisonnement de la Cour dans *Mara Properties* et plus récemment dans *Nova Corporation*: lorsqu'une déduction découle de l'application expresse de la Loi, on ne peut dire qu'elle est factice ou indue. Ces contribuables étaient des associées d'une société en commandite qui a engagé des FEC. En vertu de la Loi, les FEC ont ensuite été attribués aux contribuables en leur qualité d'associés. Je ne vois pas comment ce résultat peut être qualifié d'indu ou de factice. 67

68 My brother Linden J.A. has said that to accept this approach is to "eviscerate" subsection 245(1). With respect, I am of the view that if Parliament had intended for subsection 245(1) to override deductions that arise by specific operation of the *Income Tax Act*, then Parliament would have used specific language to this end. In the absence of such language, I cannot assume that Parliament would disallow with one provision that which it has specifically allowed with others.

Mon collègue le juge Linden prétend qu'accepter ce raisonnement aurait pour effet de «vider de son sens» le paragraphe 245(1). En toute déférence, je suis d'avis que si le législateur avait eu l'intention que le paragraphe 245(1) ait préséance sur les déductions qui sont autorisées par l'application expresse de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, alors il se serait exprimé clairement à cette fin. En l'absence d'un tel libellé, je ne peux présumer que le législateur prétend refuser dans une disposition ce qu'il a précisément autorisé dans d'autres. 68

69 I will agree that these taxpayers did not directly engage in mining exploration. Their direct participation is not required by the provisions of the Act. In fact, the flow-through share regime in the *Income Tax Act* was created to allow investment by parties that may not have otherwise participated in the industry.<sup>75</sup>

Je conviens que les contribuables n'ont pas directement participé à l'exploration minière. Les dispositions de la Loi n'exigent pas une participation directe. En fait, le régime des actions accréditives dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* a été créé pour autoriser des investissements par des parties qui n'auraient peut-être pas autrement participé à ce secteur d'activités.<sup>75</sup> 69

70 The taxpayers in this case bought limited partnerships before the end of the fiscal year. The money spent to join the limited partnerships went to Northcor, a company actively involved in mining exploration. In my view, the system worked as was intended. While it may seem repugnant that these

En l'espèce, les contribuables ont acheté des participations dans les sociétés en commandite avant la fin de l'exercice financier. Les fonds versés pour se joindre aux sociétés en commandite sont allés à Northcor, une société activement engagée dans l'exploration minière. À mon avis, le système a fonc- 70

taxpayers are able to reap the benefit of expenses not directly incurred by them, their favourable tax position is a product of the Act's own provisions.

71 Having concluded that the taxpayers' deductions are permitted by the clear language and operation of the Act, there is little need to proceed further to consider whether the result of the transaction meets the object and spirit of the legislation. Subsection 245(1) cannot, in my view apply to deny these deductions where the deductions have come about by specific operation of Act. However, even if I am in error on this point, I am of the view that the object and spirit of the legislation are consistent with this result.

## 2. Object and Spirit

72 There are several factors which a court may consider when assessing the object and spirit of legislation. The Court may look to normal business practice, may assess whether the transaction had a legitimate business purpose, and may look also to Parliamentary intent. These, among others, are factors which are important to consider when looking to the object and spirit of *Income Tax Act* provisions.

73 The Petroleum Incentives Program and the CEE regime were intended to encourage mining and exploration. The government at the time determined that income tax incentives, often in tandem with direct grants of funds to exploration companies, were the most effective way to encourage exploration of Canada's natural energy resources. All of this was occurring against a backdrop of Canada's national energy strategy. The sharp fluctuations in oil prices in the 1970s and 1980s had created an impetus to ensure that Canada could be self-sufficient in its energy production. By eliminating the need to rely on imported energy, it was thought, Canada could ensure its future and its independence.<sup>76</sup> It was believed that tax incentives such as the flow-through share regime would be effective vehicles to attract investment into the extremely risky exploration sector. In fact, the flow-through share program had its intended effect. In its press

tionné comme prévu. Bien qu'il puisse sembler détestable que ces contribuables soient en mesure de récupérer le bénéfice de dépenses qu'elles n'ont pas directement engagées, leur position fiscale avantageuse découle des dispositions mêmes de la Loi.

Ayant conclu que les déductions des contribuables sont autorisées par le texte clair et l'application de la Loi, il n'est guère nécessaire d'aller plus loin pour évaluer si le résultat de l'opération respecte l'objet et l'esprit lettre de la loi. À mon avis, le paragraphe 245(1) ne peut être invoqué pour refuser les déductions lorsque les déductions découlent de l'application expresse de la Loi. Toutefois, si je fais erreur sur ce point, je suis d'avis que l'objet et l'esprit de la loi sont conformes à ce résultat.

## 2. L'objet et l'esprit de la Loi

Il y a plusieurs facteurs dont un tribunal peut tenir compte pour évaluer l'objet et l'esprit d'une loi. La Cour peut examiner les habitudes normales du commerce, elle peut évaluer si l'opération avait un objet commercial légitime, et elle peut également rechercher l'intention du législateur. Ce sont, entre autres, des facteurs qui sont importants à examiner quand on cherche à dégager l'objet et l'esprit des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Le programme d'encouragement du secteur pétrolier et le régime des FEC avaient pour but d'encourager les opérations minières et d'exploration. À l'époque, le gouvernement était d'avis que les encouragements fiscaux, souvent jumelés à des subventions directes aux sociétés d'exploration, étaient la façon la plus efficace d'encourager l'exploration des ressources énergétiques naturelles du Canada. La stratégie énergétique du Canada a servi de toile de fond à toutes les opérations visées en l'espèce. Les fluctuations marquées des prix du pétrole dans les années 1970 et 1980 ont donné une impulsion à la recherche de l'autonomie du Canada dans sa production énergétique. En éliminant la nécessité de recourir à des sources d'énergie étrangères, croyait-on, le Canada pouvait assurer son avenir et son autonomie<sup>76</sup>. On croyait que les encouragements fiscaux comme le régime d'émission d'actions accréditatives seraient des outils efficaces pour attirer les investis-

71

72

73

release dated November 10, 1994, the Finance Department noted that flow-through shares were of "special significance for junior mining companies" and had the effect of raising large amounts of equity-based financing for exploration.

seurs dans le secteur de l'exploration, où les risques étaient très élevés. En fait, le programme des actions accréditatives a eu l'effet prévu. Dans un communiqué en date du 10 novembre 1994, le ministère des Finances notait que les actions accréditatives profitaient «principalement aux petites sociétés d'exploration» et elles leur ont permis d'obtenir un financement important aux fins de l'exploration.

(a) Normal Business Practice

a) Les habitudes normales du commerce

74 Upon hearing the evidence before him, the Tax Court Judge concluded that it was normal business practice to structure transactions such as the ones in the case at bar. While the use of limited partnerships was not regular, it was not uncommon, and it had been used as an effective vehicle to encourage investment in junior mining and exploration companies. In the words of the Tax Court Judge [at page 2356]:

Après avoir entendu la preuve dont il était saisi, le juge de la Cour de l'impôt a conclu que le montage d'opérations semblables à celles qui sont visées en l'espèce est une habitude normale du commerce. Bien que le recours à des sociétés en commandite n'ait pas été très répandu, il n'était pas rare non plus, et il s'était révélé un mécanisme efficace pour encourager les investissements dans de petites compagnies d'exploration minière. Dans les mots mêmes du juge de la Cour de l'impôt [à la page 2356]:

74

The object of the Act with respect to the resource industries is clearly to provide incentive deductions to encourage exploration and development. The vehicles created by the oil and gas industry to take advantage thereof are the products of legislation specifically permitting same. That has resulted in the arrangements under examination in this case. Respondent's counsel refers to the "unusual steps" that had been taken. They are unusual in the sense of not being available to other industries but they are not unusual having regard to resource industry practice.

En ce qui concerne les industries d'exploitation de ressources, l'objet de la Loi est manifestement de fournir des déductions visant à encourager les activités d'exploration et d'aménagement. Les mécanismes créés par l'industrie pétrolière et gazière pour tirer avantage de ces déductions sont le fruit de mesures législatives permettant expressément ces mécanismes. Voilà ce qui a donné lieu aux arrangements dont il s'agit en l'espèce. L'avocat de l'intimée mentionne les «mesures inhabituelles» qui ont été prises. Elles sont inhabituelles en ce sens que d'autres industries ne peuvent y recourir, mais elles ne sont pas inhabituelles dans l'industrie de l'exploitation de ressources.

75 Having reviewed the materials presented at trial and some literature on the intricacies of tax planning as it relates to the CEE scheme, I am led to the same conclusion reached by the Trial Judge: these types of financing arrangements were normal business practice in the industry at the time.

Ayant examiné les pièces présentées à l'instruction et la documentation sur les complexités de la planification fiscale relative au régime des FEC, j'en arrive à la même conclusion que le juge de la Cour de l'impôt: ces types d'arrangements de financement étaient une habitude normale de l'industrie à cette époque.

75

(b) Business Purpose

b) L'objet commercial

76 I will state at the outset that I am hesitant to put too much stock in the application of a business purpose test. As noted by my brother Linden J.A., the business purpose test was firmly rejected as a general interpretative principle by the Supreme Court of Canada in *Stuart Investments Ltd. v. The*

Je dirai dès le début que j'hésite à mettre trop d'accent sur l'application du critère de l'objet commercial. Comme le note mon collègue le juge Linden, le critère de l'objet commercial a été fermement rejeté comme principe général d'interprétation par la Cour suprême du Canada dans *Stuart Invest-*

76

*Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536. Certainly, though, there is room to assess whether the transactions entered into by the taxpayer had a legitimate business purpose as one factor to consider among many others.

77 For the taxpayers in this case, the clear purpose of the transactions was to purchase the CEE losses to use as deductions against income. There was no intention on the part of these taxpayers to become active participants in the oil and gas exploration market. This is not fatal for the taxpayer. As was held by Jockett C.J. in *R. v. Alberta and Southern Gas Co. Ltd.*, [1978] 1 F.C. 454 (C.A.), at pages 462-463, affd [1979] 1 S.C.R. 36 and cited approvingly by the majority of the Supreme Court of Canada in *Stuart* (*supra*),

... a transaction that clearly falls within the object and spirit of [a given section of the Act] cannot be said to unduly or artificially reduce income merely because the taxpayer was influenced in deciding to enter into it by tax considerations.

78 What is most important here is that the taxpayers claimed the deduction incurred in their capacity as limited partners. The entity in which they were partners did legitimately incur CEE and was actively involved in oil and gas exploration. The money that these taxpayers spent to join the partnerships was paid to Northcor. Northcor's purpose in selling the limited partnerships was presumably to raise capital which would then fund more exploration. For the general partner in the limited partnership, the transaction had a valid business purpose. The limited partnership, then, had a legitimate business purpose, and the taxpayers achieved their deductions by virtue of their membership in the limited partnership. Further, the taxpayers' investments in the limited partnerships had the effect of providing needed capital to Northcor. The business purpose of this transaction was clear: the mining company wished to raise capital, and the taxpayers provided that capital.

#### (c) Parliamentary Intention

79 It is always very difficult to look back into the past and ascertain what Parliament's intention was at

*ments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536. Il n'en reste pas moins qu'on peut certainement examiner, parmi les facteurs à prendre en considération, si les opérations faites par le contribuable avaient un objet commercial légitime.

Pour les contribuables en l'espèce, l'objet manifeste des opérations était d'acheter les pertes au titre des FEC pour les déduire du revenu. Les contribuables n'avaient aucune intention de participer activement au marché de l'exploration pétrolière et gazière. Cela ne fait pas échec à la thèse des contribuables. Comme l'a statué le juge en chef Jockett dans *R. c. Alberta and Southern Gas Co. Ltd.*, [1978] 1 C.F. 454 (C.A.), aux pages 462 et 463, confirmé à [1979] 1 R.C.S. 36, et cité avec approbation par la majorité de la Cour suprême du Canada dans *Stuart* (précité),

... on ne peut dire ... qu'une affaire qui rencontre l'objet et l'économie [d'un article donné de la Loi] 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.

Ce qui est le plus important en l'espèce, c'est que les contribuables ont réclamé la déduction en leur qualité d'associées. L'entité dans laquelle elles étaient associées avait légitimement engagé les FEC et faisait activement de l'exploration pétrolière et gazière. Les fonds que ces contribuables ont dépensé pour acquérir une participation dans les sociétés en commandite ont été versés à Northcor. Le but poursuivi par Northcor dans la vente des sociétés en commandite était, on peut le croire, de réunir le capital nécessaire au financement d'autres activités d'exploration. Pour le commandité d'une société en commandite, l'opération avait un objet commercial valide. La société en commandite avait donc un objet commercial légitime, et les contribuables ont pu faire leurs déductions grâce à leur participation à cette société en commandite. En outre, l'investissement des contribuables dans les sociétés en commandite a eu pour effet de fournir le capital dont Northcor avait besoin. L'objet commercial de cette opération était clair: la compagnie minière voulait lever des fonds, et les contribuables les lui ont donnés.

#### c) L'intention du législateur

Il est toujours très difficile de remonter le temps afin de vérifier ce qu'était l'intention du législateur à

77

78

79

a specific point in time. With the benefit of hindsight, it is tempting to impose our own views of what Parliament's intention should have been, rather than what it was. In this case, it is difficult to accept that the federal government was allowing taxpayers to take huge deductions for oil and gas exploration when these taxpayers were not actively involved in the industry. But, in my view, that was a natural consequence of the flow-through share regime.

une certaine époque donnée. En rétrospective, il est tentant d'imposer ses propres vues à ce que l'intention du législateur aurait dû être, plutôt que ce qu'elle était réellement. En l'espèce, il est difficile d'accepter que le gouvernement fédéral autorisait les contribuables à faire d'énormes déductions au titre de l'exploration pétrolière et gazière, alors que ces contribuables ne participaient pas activement à l'industrie. Mais, à mon avis, c'est là une conséquence naturelle du régime des actions accréditives.

80 Junior mining and exploration companies accumulated huge expenses in the process of exploring for oil and gas. Without significant revenues, these expenses could not be used in any productive way. Facing certain and sizeable losses, it is unlikely that many junior exploration companies would continue to explore Canada's east coast. Realizing this, Parliament created the flow-through share regime which allowed these junior mining companies to effectively pass on their expenses to taxpayers who were able to use them. In exchange, the junior mining companies were able to raise much needed capital.

Les petites compagnies d'exploration minière ont engagé d'énormes frais dans leurs activités d'exploration pétrolière et gazière. Sans revenus importants, ces frais ne pouvaient être utilisés de façon productive. Devant des pertes certaines et considérables, il est peu probable que beaucoup de petites sociétés d'exploration auraient pu continuer d'explorer la côte est du Canada. Se rendant compte de cette situation, le législateur a créé le régime des actions accréditives qui permettait à ces petites compagnies minières de transférer leurs frais à des contribuables qui étaient en mesure de les utiliser. En échange, les petites compagnies minières obtenaient le capital dont elles avaient un besoin urgent. 80

81 It was later recognized by Parliament that this regime had outlived its usefulness, and the provisions were changed to tighten the system. Until this realization, though, the regime was in place to encourage investment in a risky enterprise, all for the sake of the national energy policy. When you add into the mix that there was some political will to encourage exploration off Canada's east coast and potentially invigorate a depressed economy, it no longer seems implausible that Parliament would have allowed deductions to be taken by taxpayers who were not actual players in the industry. This was, we must remember, an incentive scheme.

Le législateur s'est par la suite rendu compte que ce régime avait fait son temps, et les dispositions ont été modifiées pour resserrer le système. Toutefois, avant cette prise de conscience, le régime avait pour but d'inciter les investissements dans une entreprise risquée, pour les fins de la politique énergétique nationale. Si l'on ajoute à cette situation une certaine volonté politique d'encourager l'exploration au large de la côte est du Canada et, potentiellement, de ranimer une économie chancelante, il ne semble plus impossible que le législateur ait pu autoriser les déductions par des contribuables qui n'avaient joué aucun rôle réel dans l'industrie. Il faut se rappeler qu'il s'agissait d'un programme d'encouragement. 81

82 It was amply demonstrated before the Tax Court Judge and before this Court that the government was aware that the Act permitted these types of arrangements, and in fact it was an accepted means of raising capital for junior mining and exploration companies. Set in context, these deductions fit in with Canada's energy strategy at the time.

Il a été amplement établi devant le juge de la Cour de l'impôt et devant la présente Cour que le gouvernement était au courant que la Loi autorisait ce type d'arrangements et, en fait, que ces arrangements étaient un moyen reconnu pour que les petites sociétés d'exploration minière puissent obtenir du capital. Replacées dans leur contexte, les déductions sont conformes à la stratégie énergétique du Canada de l'époque. 82

83 For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal. The taxpayers' deductions are not artificial or undue, as they arise by specific operation of the Act and are not inconsistent with the object and spirit of section 66.1.

<sup>1</sup> R.S.C. 1952, c. 148 (as am. by S.C. 1970-71-72, c. 63), ss. 66.1(3) (as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 36; 1986, c. 2, s. 17), (6)(b) (as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 36; 1976-77, c. 4, s. 24; 1980-81-82-83, c. 48, s. 34; 1986, c. 2, s. 17; c. 55, s. 12; 1987, c. 46, s. 19).

<sup>2</sup> S. 245 was substituted, effective September 13, 1988, by a more comprehensive general anti-avoidance rule, S.C. 1988, c. 55, s. 185.

<sup>3</sup> Broad statutory anti-avoidance provisions are found in Israel, the Netherlands, Sweden, Australia, New-Zealand and Hong Kong; Brian J. Arnold and James R. Wilson, "The General Anti-Avoidance Rule—Part 1" (1988), 36 *Can. Tax J.* 829, at pp. 872-887.

<sup>4</sup> [1936] A.C. 1 (H.L.).

<sup>5</sup> *Ibid.*, at p. 19. Lord Atkin did, however, write a powerful dissent which focused on the "substance" of the transaction, which was the payment of remuneration by the Duke of Westminster to his servants, rather than a deed of covenant for the payment of a lump sum which could be deductible as an annuity payment under British tax law. In the United Kingdom, the *Westminster* doctrine was seriously eroded in *Furniss v. Dawson*, [1984] A.C. 474, when the House of Lords refused to acknowledge the tax consequences of a "step" in a transaction which had no "business purpose" and was inserted for the purpose of reducing tax.

<sup>6</sup> [1984] 1 S.C.R. 536. In *Stuart*, Estey J. explained the modern interpretive rule at p. 578 by reference to the following passage of E. A. Driedger [in *Construction of Statutes*, 2nd ed., 1983]: "the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament". Where, however, there is no ambiguity in the words of the provision, this rule ultimately results in a strict and literal approach to the words of the provision. Arnold and Wilson observe at p. 869 that "[a]lthough a strict legalistic approach to the interpretation of tax statutes is no longer acceptable, *Stuart* has not been used to justify forays into judicial legislation . . . . Where the relevant taxing provision is not ambiguous or uncertain in its application, the courts are reluctant to do anything other than give meaning to those words". *Supra*, note 3.

<sup>7</sup> Arnold and Wilson, *supra*, note 3, at p. 852. See, for example, *The Queen v Daly*, (J J), [1981] CTC 270 (F.C.A.).

83 Par ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel. Les déductions des contribuables ne sont ni factices ni indues, étant donné qu'elles découlent de l'application expresse de la Loi et elles ne sont pas incompatibles avec l'objet et l'esprit de l'article 66.1.

<sup>1</sup> S.R.C. 1952, ch. 148 (mod. par S.C. 1970-71-72, ch. 63), art. 66.1(3) (édicte par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 36; 1986, ch. 2, art. 17), (6)(b) (édicte par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 36; 1976-77, ch. 4, art. 24; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 34; 1986, ch. 2, art. 17; ch. 55, art. 12; 1987, ch. 46, art. 19).

<sup>2</sup> L'art. 245 a été remplacé, le 13 septembre 1988, par une règle générale anti-évitement plus exhaustive, L.C. 1988, ch. 55, art. 185.

<sup>3</sup> Des dispositions législatives anti-évitement très générales existent en Israël, aux Pays-Bas, en Suède, en Australie, en Nouvelle-Zélande et à Hong Kong; Brian J. Arnold et James R. Wilson, «The General Anti-Avoidance Rule—Part 1» (1988), 36 *Rev. fiscale can.* 829, aux p. 872 à 887.

<sup>4</sup> [1936] A.C. 1 (H.L.).

<sup>5</sup> *Ibid.*, à la p. 19. Toutefois, lord Atkin a rédigé des motifs dissidents très convaincants qui mettent l'accent sur le «fond» de l'opération, savoir le paiement d'une rémunération par le duc de Westminster à ses domestiques, plutôt qu'un engagement prévoyant le paiement d'une somme forfaitaire qui pouvait être déduite à titre de rente en vertu des lois fiscales britanniques. Au Royaume-Uni, la doctrine *Westminster* a été sérieusement atténuée dans l'arrêt *Furniss v. Dawson*, [1984] A.C. 474, dans lequel la Chambre des lords a refusé de reconnaître les conséquences fiscales d'une «étape» faisant partie d'une opération qui n'avait pas d'«objet commercial» et qui avait été incorporée dans le but unique de réduire l'impôt payable.

<sup>6</sup> [1984] 1 R.C.S. 536. Dans *Stuart*, le juge Estey a expliqué la règle moderne d'interprétation à la p. 578 en citant le passage suivant de l'ouvrage de E. A. Driedger [dans *Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd., 1983]: [TRADUCTION] «il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur». Toutefois, lorsque les termes utilisés dans la disposition ne révèlent aucune ambiguïté, cette règle aboutit à une interprétation stricte et littérale du texte de la disposition. Arnold et Wilson font observer à la p. 869 que [TRADUCTION] «bien que la méthode stricte et formaliste d'interprétation des lois fiscales ne soit plus acceptable, *Stuart* n'a pas été utilisé pour justifier les incursions dans la législation judiciaire . . . . Lorsque la disposition fiscale pertinente ne comporte pas d'ambiguïté ni d'incertitude dans son application, les tribunaux hésitent à faire plus que donner leur sens aux mots utilisés». Précité, renvoi 3.

<sup>7</sup> Arnold et Wilson, précité renvoi 3, à la p. 852. Voir, par exemple, *La Reine c Daly (J J)*, [1981] CTC 270 (C.A.F.).

<sup>8</sup> D. Y. Timbrell, "Of Shams and Simulacra" (1973), 21 *Can. Tax J.* 529, at p. 530.

<sup>9</sup> Peter W. Hogg and Joanne E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (Scarborough, Ont.: Carswell, 1995), at p. 456.

<sup>10</sup> [1967] 1 All E.R. 518 (C.A.).

<sup>11</sup> *Ibid.*, at p. 528.

<sup>12</sup> See note 6 *supra*, at p. 573.

<sup>13</sup> The sham doctrine was used in *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 408, and in *Dominion Bridge Co Ltd v The Queen*, [1975] CTC 263 (F.C.T.D.).

<sup>14</sup> Hogg and Magee, *supra*, note 9, at p. 455.

<sup>15</sup> See *Front & Simcoe Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1960] Ex. C.R. 350, in which a single sum payment made by a lessee was held to be income for the lessor rather than capital as the payment was actually a rental pre-payment; see also *Naiberg, I. v. M.N.R.*, [1969] Tax A.B.C. 492 (T.A.B.), in which the Court found that a taxpayer who had transferred property to another man's wife in exchange for a transfer of property from that man to the taxpayer's wife had essentially transferred land to his wife, and was thus subject to attribution rules. Most recently, see *Canada v. Continental Bank Leasing Corp.*, [1996] 3 F.C. 713 (C.A.), in which this Court adopted, at p. 726 the Supreme Court's early pronouncement that, "in considering whether a particular transaction brings a party within the terms of the *Income Tax Act* its substance rather than its form is to be regarded" (*Dominion Taxicab Assn. v. Minister of National Revenue*, [1954] S.C.R. 82, at p. 85).

<sup>16</sup> [1987] 1 S.C.R. 32.

<sup>17</sup> *Ibid.*, at p. 53.

<sup>18</sup> The relevance of a "business purpose" in determining the tax consequences of a particular transaction was first raised in Canada in a 1968 decision of President Jackett (as he then was): *Lagacé v. Minister of National Revenue*, [1968] 2 Ex. C.R. 98.

<sup>19</sup> The concept of business purpose first received recognition in *Gregory v. Helvering*, 293 U.S. 465, a 1935 decision of the U.S. Supreme Court. At that time, and as is also the case today, the U.S. *Internal Revenue Code* contained no anti-tax avoidance provision similar to s. 245(1) or its predecessors. Since that time, the business purpose test has become a permanent fixture in the U.S. jurisprudence. In confirmation of this fact, Arnold and Wilson write at p. 882 that "[a]lthough the US business purpose test and the other judicial anti-avoidance doctrines are far from perfect and cause uncertainty for taxpayers, they are generally acknowledged and accepted by US tax practitioners as a necessary part of the US tax system". *Supra*, note 3.

<sup>8</sup> D. Y. Timbrell, «Of Shams and Simulacra» (1973), 21 *Rev. fiscale can* 529, à la p. 530.

<sup>9</sup> Peter W. Hogg et Joanne E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law*. (Scarborough, Ont.: Carswell, 1995), à la p. 456.

<sup>10</sup> [1967] 1 All E.R. 518 (C.A.).

<sup>11</sup> *Ibid.*, à la p. 528.

<sup>12</sup> Voir renvoi 6, précité, à la p. 573.

<sup>13</sup> La doctrine du trompe-l'œil a été utilisée dans *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C.É. 408, et dans *Dominion Bridge Co Ltd c La Reine*, [1975] CTC 263 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>14</sup> Hogg et Magee, précité, renvoi 9, à la p. 455.

<sup>15</sup> Voir *Front & Simcoe Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1960] R.C.É. 350, dans lequel un versement unique effectué par un locataire a été considéré comme une forme de revenu pour le locateur plutôt que du capital étant donné que le versement était en fait un paiement préalable de loyer; voir également *Naiberg, I. v. M.N.R.*, [1969] Tax A.B.C. 492 (C.A.I.), dans lequel la Cour a statué qu'un contribuable, qui avait transféré des biens à l'épouse d'une autre personne en contrepartie de la cession d'un bien de cette personne à l'épouse du contribuable, avait essentiellement cédé un bien-fonds à son épouse, et était donc assujéti aux règles d'attribution. Plus récemment, voir *Canada c. Continental Bank Leasing Corp.*, [1996] 3 C.F. 713 (C.A.), dans lequel la Cour a adopté, à la p. 726, l'opinion déjà exprimée par la Cour suprême selon laquelle «pour décider si une opération déterminée fait tomber une personne sous le coup de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, on doit tenir compte du fond plutôt que la forme de cette opération» (*Dominion Taxicab Assn. v. Minister of National Revenue*, [1954] R.C.S. 82, à la p. 85).

<sup>16</sup> [1987] 1 R.C.S. 32.

<sup>17</sup> *Ibid.*, à la p. 53.

<sup>18</sup> La pertinence d'un «objet commercial» pour déterminer les répercussions fiscales d'une opération particulière a été soulevée pour la première fois au Canada dans une décision de 1968 du président Jackett (tel était alors son titre); *Lagacé v. Minister of National Revenue*, [1968] 2 R.C.É. 98.

<sup>19</sup> La notion de l'objet commercial a été reconnue pour la première fois dans *Gregory v. Helvering*, 293 U.S. 465, une décision de la Cour suprême des États-Unis remontant à 1935. À cette époque, comme c'est encore le cas aujourd'hui, le U.S. *Internal Revenue Code* ne renfermait aucune disposition relative à l'évitement de l'impôt semblable à l'art. 245(1) ou à ses prédécesseurs. Depuis, le critère de l'objet commercial est devenu un élément permanent de la jurisprudence américaine. Confirmant ce fait, Arnold et Wilson écrivent à la p. 882 que [TRADUCTION] «bien que le critère de l'objet commercial et les autres doctrines anti-évitement judiciaires aux États-Unis soient loin d'être parfaits et laissent les contribuables dans une certaine incertitude, ils sont généralement acceptés et reconnus par les fiscalistes américains comme un élément

<sup>20</sup> *Supra*, note 5.

<sup>21</sup> *Furniss* was preceded by two other decisions in which the House of Lords employed similar logic: *Commissioners of Inland Revenue v. Burmah Oil Co.*, [1981] T.R. 535 (H.L.); and *Ramsay (W.T.) Ltd. v. Inland Revenue Comrs.*, [1981] 2 W.L.R. 449 (H.L.).

<sup>22</sup> [1977] 1 F.C. 249 (C.A.).

<sup>23</sup> *Ibid.*, at p. 256.

<sup>24</sup> *Stubart, supra*, note 6, at p. 575.

<sup>25</sup> *Supra*, note 3, at p. 842.

<sup>26</sup> This provision was also amended in 1986 in order to take account of the new lifetime capital gains exemption. See Arnold and Wilson, *ibid.*, at p. 848.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> As a result of its partial nature, for example, s. 245(1) has been held to be inapplicable where what is being claimed by the taxpayer does not fit within the meaning of "disbursement or expense". See *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>29</sup> *Stubart, supra*, note 6, at p. 573.

<sup>30</sup> *Ibid.*, at p. 574.

<sup>31</sup> *Weston's Settlements, In re*, [1969] 1 Ch. 223 (C.A.) at p. 245.

<sup>32</sup> In light of the pervasive influence of *Westminster* on the Canadian approach to tax avoidance thus far, the words of Lord Roskill in the *Furniss* case are instructive, at least in the context of attempting to breathe life into a legislated anti-avoidance provision. He stated at p. 515 that "the ghost of the *Duke of Westminster* and his transaction of . . . has haunted the administration of this branch of the law for too long". *Supra*, note 5.

<sup>33</sup> *Supra*, note 21, at p. 536, *per* Lord Diplock.

<sup>34</sup> See, for example, *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312, in which Iacobucci J. held at p. 328 that "In the absence of evidence that the transaction was a sham or an abuse of the provisions of the Act, it is not the role of the court to determine whether the transaction in question is one which renders the taxpayer deserving of a deduction. If the terms of the section are met, the taxpayer may rely on it, and it is the option of Parliament specifically to preclude further reliance in such situations".

<sup>35</sup> [1995] 2 F.C. 433 (C.A.). The more accurate interpretation is that taken by Meghji and Grenon in "An Analysis of Recent Avoidance Cases", unpublished. They state, at p. 23, that "the Supreme Court's comments in *Mara* do not speak to the application of the former 245(1)".

<sup>36</sup> *Ibid.*, at p. 452.

<sup>37</sup> *R. v. Mara Properties Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 161.

<sup>38</sup> [1996] 1 F.C. 518 (C.A.).

nécessaire du régime fiscal des États-Unis». Précité, renvoi 3.

<sup>20</sup> Précité, renvoi 5.

<sup>21</sup> *Furniss* a été précédé de deux autres décisions dans laquelle la Chambre des lords a exposé un raisonnement semblable: *Commissioners of Inland Revenue v. Burmah Oil Co.*, [1981] T.R. 535 (H.L.); et *Ramsay (W.T.) Ltd. v. Inland Revenue Comrs.*, [1981] 2 W.L.R. 449 (H.L.).

<sup>22</sup> [1977] 1 C.F. 249 (C.A.).

<sup>23</sup> *Ibid.*, à la p. 256.

<sup>24</sup> *Stubart*, précité, renvoi 6, à la p. 575.

<sup>25</sup> Précité, renvoi 3, à la p. 842.

<sup>26</sup> Cette disposition a également été modifiée en 1986 afin de tenir compte de la nouvelle exemption à vie pour gains en capital. Voir Arnold et Wilson, *ibid.*, à la p. 848.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> En raison de son caractère partiel, par exemple, il a été statué que l'art. 245(1) était inapplicable dans les cas où la déduction réclamée par le contribuable ne répondait pas à la définition de «débours ou dépense». Voir *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>29</sup> *Stubart*, précité, renvoi 6, à la p. 573.

<sup>30</sup> *Ibid.*, à la p. 574.

<sup>31</sup> *Weston's Settlements, In re*, [1969] 1 Ch. 223 (C.A.), à la p. 245.

<sup>32</sup> Au vu de l'influence envahissante de l'arrêt *Westminster* sur l'attitude canadienne à l'égard de l'évitement fiscal jusqu'ici, les propos de lord Roskill dans l'affaire *Furniss* sont instructifs, du moins si l'on tente de redonner vie à une disposition anti-évitement d'origine législative. Il déclare ceci à la p. 515: [TRADUCTION] «le spectre du *Duke of Westminster* et de son opération . . . a hanté l'administration de cette branche du droit pendant trop longtemps». Précité, renvoi 5.

<sup>33</sup> Précité, renvoi 21, à la p. 536, par lord Diplock.

<sup>34</sup> Voir, par exemple, *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312, dans lequel le juge Iacobucci a statué comme suit à la p. 328: «En l'absence d'une preuve que l'opération est un trompe-l'œil ou qu'elle représente un abus des dispositions de la Loi, il n'appartient pas à un tribunal de déterminer si elle rend le contribuable admissible à une déduction. Si les conditions de l'article sont remplies, le contribuable peut l'invoquer et il est loisible au législateur de lui interdire expressément de les invoquer à l'avenir dans de telles situations.»

<sup>35</sup> [1995] 2 C.F. 433 (C.A.). L'interprétation la plus exacte est celle qui est tirée de Meghji et Grenon dans «An Analysis of Recent Avoidance Cases», article non publié. Les auteurs indiquent, à la p. 23, que [TRADUCTION] «les observations de la Cour suprême dans *Mara* ne portent pas sur l'application de l'ancien paragraphe 245(1)».

<sup>36</sup> *Ibid.*, à la p. 452.

<sup>37</sup> *R. c. Mara Properties Ltd.* [1996] 2 R.C.S. 161.

<sup>38</sup> [1996] 1 C.F. 518 (C.A.).

<sup>39</sup> *Ibid.*, at p. 527. The concept of “accordance with normal practice” has been raised, as noted by Strayer J.A. in a number of previous cases. See, for example, *Shulman, Isaac v. Minister of National Revenue*, [1961] Ex. C.R. 410, affd without reasons by the S.C.C., [1962] S.C.R. viii; *Fell (D) Ltd et al v The Queen*, [1981] CTC 363 (F.C.T.D.); and *Consolidated-Bathurst Ltd. v. Canada*, [1987] 2 F.C. 3 (C.A.).

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> *Ibid.*, at p. 528. This logic echoes the reasoning of Jockett C.J. in *R. v. Alberta and Southern Gas Co. Ltd.*, [1978] 1 F.C. 454 (C.A.), at pp. 459-460, affd [1979] 1 S.C.R. 36. In that case, although Jockett C.J. declined to apply s. 245(1) because the deduction fell within the object and spirit of the Act, he rejected the reasoning of the Trial Judge that a general provision could not be used to prevent a deduction arising from a specific provision of the Act.

<sup>42</sup> *Ibid.*, at pp. 541-542.

<sup>43</sup> *Ibid.*, at p. 544.

<sup>44</sup> Marceau J.A. reasoned at pp. 437-438 as follows: “I also accept that subsection 245(1) of the Act, concerning artificial transactions, has no role to play in the factual context of this case . . . . The transactions were real and nothing was hidden behind them. 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” [underlining added]. *Supra*, note 35.

<sup>45</sup> [1982] 2 F.C. 113 (C.A.), at p. 125. Although these definitions were provided for the terms “undue” and “artificial” in the context of the former s. 137(1) of the Act, they are, I believe, equally applicable to s. 245(1), which is identically worded.

<sup>46</sup> [1991] 1 C.T.C. 350 (F.C.A.), at p. 360.

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> *Supra*, note 38, at p. 527.

<sup>49</sup> *Stuart, supra*, note 6, at p. 575.

<sup>50</sup> *Ibid.*, at p. 579.

<sup>51</sup> The other two were the principle of strict and literal interpretation of the taxing provision, as referred to above, and the principle that a transaction need not possess a business purpose in order to be effective.

<sup>52</sup> *Supra*, note 38, at p. 528.

<sup>53</sup> *Stuart, supra*, note 6, at p. 573.

<sup>54</sup> *Ibid.*, at pp. 557-558, 560 and 563.

<sup>55</sup> *Supra*, note 3, at p. 887.

<sup>56</sup> Kenneth Gideon and Ruth Kent, “Mrs. Gregory’s Northern Tour: Canadian Proposals To Adopt the Busi-

<sup>39</sup> *Ibid.*, à la p. 527. Le concept de la «conformité aux habitudes normales du commerce» a été soulevé, comme le note le juge Strayer, J.C.A., dans plusieurs causes antérieures. Voir, par exemple, *Shulman, Isaac v. Minister of National Revenue*, [1961] R.C.E. 410, confirmé sans motif par la C.S.C., [1962] R.C.S. viii; *Fell (D) Ltd et al c La Reine*, [1981] CTC 363 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); et *Consolidated-Bathurst Ltd. c. Canada*, [1987] 2 C.F. 3 (C.A.).

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> *Ibid.*, à la p. 528. Ces propos font écho au raisonnement du juge en chef Jockett dans *R. c. Alberta and Southern Gas Co. Ltd.*, [1978] 1 C.F. 454 (C.A.), aux p. 459 et 460, confirmé à [1979] 1 R.C.S. 36. Dans cette affaire, bien que le juge en chef Jockett eût refusé d’appliquer l’art. 245(1) parce que la déduction respectait l’objet et l’esprit de la Loi, il a rejeté le raisonnement du juge de première instance selon lequel une disposition générale ne peut être utilisée pour empêcher une déduction s’appuyant sur une disposition précise de la Loi.

<sup>42</sup> *Ibid.*, aux p. 541 et 542.

<sup>43</sup> *Ibid.*, à la p. 544.

<sup>44</sup> Le juge Marceau, J.C.A., a exposé son raisonnement aux p. 437 et 438 dans les termes suivants: «J’accepte également le fait que le paragraphe 245(1) de la Loi, qui concerne les opérations factices, n’a aucun rôle à jouer dans le contexte factuel de la présente affaire . . . Il s’agissait d’opérations véritables qui ne dissimulaient rien. 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» [soulignement ajouté]. Précité, renvoi 35.

<sup>45</sup> [1982] 2 C.F. 113 (C.A.), à la p. 125. Bien que cette définition ait été donnée pour les termes «undue» (indûment) et «artificial» (factice) dans le contexte de l’ancien art. 137(1) de la Loi, elles sont, je crois, tout aussi applicables à l’art. 245(1), dont la formulation est identique.

<sup>46</sup> [1991] 1 C.T.C. 350 (C.A.F.), à la p. 360.

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> Précité, renvoi 38, à la p. 527.

<sup>49</sup> *Stuart*, précité, renvoi 6, à la p. 575.

<sup>50</sup> *Ibid.*, à la p. 579.

<sup>51</sup> Les deux autres étaient le principe de l’interprétation stricte et littérale de la disposition fiscale, dont on a parlé ci-dessus, et le principe selon lequel une opération ne doit pas nécessairement avoir un objet commercial pour avoir un effet.

<sup>52</sup> Précité, renvoi 38, à la p. 528.

<sup>53</sup> *Stuart*, précité, renvoi 6, à la p. 573.

<sup>54</sup> *Ibid.*, aux p. 557 et 558, 560 et 563.

<sup>55</sup> Précité, renvoi 3, à la p. 887.

<sup>56</sup> Kenneth Gideon et Ruth Kent, «Mrs. Gregory’s Northern Tour: Canadian Proposals To Adopt the Business

ness Purpose Rule and the Step Transaction Doctrine” in *Report of Proceedings of the Thirty-Ninth Tax Conference*, 1987 Conference Report, Toronto: Canadian Tax Foundation, 1988, at p. 7:14.

<sup>57</sup> [1942] 1 K.B. 389 (C.A.), at p. 397.

<sup>58</sup> An eligible exploration expense is defined under s. 11 of the PIP regulations [*Petroleum Incentives Program Regulations*, SOR/82-666 (as am. by SOR/83-639, s. 2; 83-683, s. 4; 84-77, s. 3; 84-861, s. 2; 85-354, s. 1; 85-636, s. 6; 86-32, s. 3; 86-459, s. 5)] as an expense that is a Canadian exploration expense within the meaning of the *Income Tax Act*.

<sup>59</sup> There was some disagreement between the parties over the proper version of s. 66.1(6)(a)(iv) to be used in this appeal. I am relying on the same version as that used by the trial Judge. In light of my conclusion on this appeal, however, this disagreement has no bearing on the outcome of the case.

<sup>60</sup> The limited partnerships were formed under the *Alberta Partnership Act*, R.S.A. 1980, c. P-2, as amended, each as a result of a certificate of limited partnership dated December 31, 1986. The partnerships were called Northcor Exploration Program 1987-4, Northcor Exploration Program 1987-5, Northcor Exploration Program 1987-6 and Northcor Exploration Program 1987-7. See, for example, Appeal Book, App. I, Vol. II, at p. 261.

<sup>61</sup> Para. 4(b) of the “Share Subscription Agreement”. *Ibid.*, Vol. III, at p. 455.

<sup>62</sup> Para. 6(b) of the “Share Subscription Agreement”. *Ibid.*, at p. 456.

<sup>63</sup> Para. 2 of the “Share Subscription Agreement”. *Ibid.*, at p. 454.

<sup>64</sup> *Ibid.*, at p. 453.

<sup>65</sup> The allocation of profit and loss is specified in the certificate of limited partnership under the paragraph entitled “Participation in Profits and Losses”. *Ibid.*, Vol. II, at p. 263.

<sup>66</sup> Para. 3.1(v). *Ibid.*, Vol. III, at p. 543. Consequently, PIPA payments of approximately \$14,000,000, were not in fact received by the partnerships until after December 15, 1987.

<sup>67</sup> *Ibid.*, at p. 566.

<sup>68</sup> *Ibid.*, Vol. IV, at pp. 584 and 622. Both Carousel and Central also entered into Novation Agreements regarding the Put Agreement between 74794, Encee and NRI Holdings Ltd. *Ibid.*, at Vol. IV, at pp. 660 and 675.

<sup>69</sup> Jacob S. Ziegel *et al.*, *Cases and Materials on Partnerships and Canadian Business Corporations*, 3rd ed., Vol. I (Scarborough, Ont.: Carswell, 1994), at pp. 85-86.

<sup>70</sup> Department of Finance—Release, 94-106, November 10, 1994.

<sup>71</sup> [1984] CTC 536 (F.C.A.).

Purpose Rule and the Step Transaction Doctrine» dans *Report of Proceedings of the Thirty-Ninth Tax Conference*, 1987 Conference Report, Toronto: Association canadienne d'études fiscales, 1988, à la p. 7:14.

<sup>57</sup> [1942] 1 K.B. 389 (C.A.), à la p. 397.

<sup>58</sup> Les frais d'exploration admissibles sont définis à l'art. 11 du Règlement sur le PESP [*Règlement sur le programme d'encouragement du secteur pétrolier*, DORS/82-666 (mod. par DORS/83-639, art. 2; 83-683, art. 4; 84-77, art. 3; 84-296, art. 5; 84-861, art. 2; 85-354, art. 1; 85-636, art. 6; 86-32, art. 3; 86-459, art. 5)] comme des frais qui sont des frais d'exploration au Canada au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

<sup>59</sup> Les parties ne s'entendent pas sur la version approuvée de l'art. 66.1(6)(a)(iv) devant être utilisée pour les fins du présent appel. Je m'appuie sur la même version que celle qui a été utilisée par le juge de première instance. Au vu de ma conclusion dans cet appel, toutefois, ce désaccord n'a aucun effet sur l'issue de la cause.

<sup>60</sup> Les sociétés en commandite ont été constituées en vertu de la *Partnership Act*, R.S.A. 1980, ch. P-2, de l'Alberta et ses modifications, par suite de l'émission d'un certificat de société en commandite émis le 31 décembre 1986. Les sociétés en commandite portaient les raisons sociales suivantes: Northcor Exploration Program 1987-4 (Programme d'exploration Northcor 1987-4), Northcor Exploration Program 1987-5 (Programme d'exploration Northcor 1987-5), Northcor Exploration Program 1987-6 (Programme d'exploration Northcor 1987-6) et Northcor Exploration Program 1987-7 (Programme d'exploration Northcor 1987-7). Voir, par exemple, le dossier d'appel, Appendice I, vol. II, à la p. 261.

<sup>61</sup> Par. 4b) de la convention de souscription d'actions, *ibid.*, vol. III, à la p. 455.

<sup>62</sup> Par. 6b) de la convention de souscription d'actions, *ibid.*, à la p. 456.

<sup>63</sup> Par. 2 de la convention de souscription d'actions, *ibid.*, à la p. 454.

<sup>64</sup> *Ibid.*, à la p. 453.

<sup>65</sup> La répartition des profits et pertes est précisée dans le certificat de société en commandite au paragraphe intitulé «Participation aux profits et aux pertes». *Ibid.*, vol. II, à la p. 263.

<sup>66</sup> Par. 3.1(v). *Ibid.*, vol. III, à la p. 543. Par conséquent, les paiements en vertu de la Loi sur le PESP d'environ 14 000 000 \$ n'ont en fait été reçus par les sociétés en commandite qu'après le 15 décembre 1987.

<sup>67</sup> *Ibid.*, à la p. 566.

<sup>68</sup> *Ibid.*, vol. IV, aux p. 584 et 622. Carousel et Central ont également signé des accords de novation concernant le contrat d'option de vente entre 74794, Encee et NRI Holdings Ltd. *Ibid.*, vol. IV, aux p. 660 et 675.

<sup>69</sup> Jacob S. Ziegel *et al.*, *Cases and Materials on Partnerships and Canadian Business Corporations*, 3<sup>e</sup> éd., vol. I (Scarborough, Ont.: Carswell, 1994), aux p. 85 et 86.

<sup>70</sup> Ministère des Finances—Publication, 94-106, 10 novembre 1994.

<sup>71</sup> [1984] 1 CTC 536 (C.A.F.).

<sup>72</sup> *Alberta and Southern Gas*, supra, note 41, at pp. 462-463.

<sup>73</sup> *Edmonton Liquid Gas*, supra, note 71, at p. 547.

<sup>74</sup> I note that much was made in oral argument with respect to whether a limited partnership can properly be termed a taxpayer. Under the *Income Tax Act*, a taxpayer is any person, whether or not they are liable to pay tax. Generally, partnerships would not be considered persons, but the material before the Court suggests that it was Revenue Canada's consistent practice to treat partnerships as taxpayers: see, e.g., *Window on Canadian Tax Commentary 9209540*. Certainly, the provisions dealing with taxation of partnerships indicates that the income of the partnership should be calculated as if the partnership were a taxpayer. This implies that for the sake of calculating income, one must assume that a limited partnership is a taxpayer.

<sup>75</sup> See, e.g., John A. Brussa, "The New Environment for Investment in the Oil and Gas Industry: Income Tax Aspects of Investment" in *Report of Proceedings of the Thirty-Seventh Tax Conference*, 1985 Conference Report. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1986, at p. 37:19 et seq.; Michael A. Carten, "Flow-Through Share Financing" in *Income Tax Considerations in Corporate Financing*, 1986 Corporate Management Tax Conference, Toronto: Canadian Tax Foundation, 1987; James G. McKee, "The Income Tax Implications of Flow-Through Shares", [1988] *Canadian Petroleum Tax Journal* 107; Finance Department Evaluation of Flow-Through Shares, November 10, 1994.

<sup>76</sup> *The National Energy Program, 1980*; Energy Mines and Resources Canada. See, e.g., at pp. 47-50.

<sup>72</sup> *Alberta and Southern Gas*, précité, renvoi 41, aux p. 462-463.

<sup>73</sup> *Edmonton Liquid Gas*, précité, renvoi 71, à la p. 547.

<sup>74</sup> Je note que les plaidoiries verbales se sont longuement étendues sur la question de savoir si une société en commandite peut à bon droit être qualifiée de contribuable. En vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le contribuable est toute personne, qu'elle soit tenue ou non de payer l'impôt. Généralement, les sociétés en commandite ne seraient pas considérées comme des personnes, mais les éléments dont la Cour est saisie font ressortir que Revenue Canada traite de façon constante les sociétés en commandite comme des contribuables: voir, par exemple, *Window on Canadian Tax Commentary 9209540*. De toute évidence, les dispositions traitant de l'imposition des sociétés en commandite indiquent que l'impôt d'une telle société doit être calculé comme si la société était une contribuable. Cela suppose que, pour les fins du calcul de l'impôt, on doit présumer qu'une société en commandite est une contribuable.

<sup>75</sup> Voir, par exemple, John A. Brussa, «The New Environment for Investment in the Oil and Gas Industry: Income Tax Aspects of Investment» dans *Report of Proceedings of the Thirty-Seventh Tax Conference*, 1985 Conference Report. Toronto: Association canadienne d'études fiscales, 1986, à la p. 37:19 et suivantes; Michael A. Carten, «Flow-Through Share Financing», dans *Income Tax Considerations in Corporate Financing*, 1986 Corporate Management Tax Conference, Toronto: Association canadienne d'étude fiscale, 1987; James G. McKee, «The Income Tax Implications of Flow-Through Shares», [1988] *Canadian Petroleum Tax Journal* 107; Évaluation des actions accréditatives par le ministère des Finances, 10 novembre 1994.

<sup>76</sup> *Le programme énergétique national, 1980*; Énergie, Mines et Ressources Canada. Voir, par exemple, aux p. 47 à 50.