

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Imperial Oil Limited** *Respondent*

- and -

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Inco Limited** *Respondent*

and

**Teck Cominco Limited** *Intervener*

**INDEXED AS: IMPERIAL OIL LTD. v. CANADA; INCO LTD. v. CANADA**

**Neutral citation: 2006 SCC 46.**

File Nos.: 30695, 30849.

2006: February 7; 2006: October 20.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Taxation — Income tax — Computation of business income — Capital losses — Discount on certain obligations — Foreign exchange losses — Debentures issued by taxpayer companies in U.S. dollars — Appreciation of U.S. dollar against Canadian dollar resulted in foreign exchange losses on redemption of debt obligations — Whether s. 20(1)(f) of Income Tax Act permits deductions from income of foreign exchange losses incurred on redemption of debt obligations — Whether s. 20(1)(f) limited to deduction of original issue discounts — Whether foreign exchange losses constitute capital losses pursuant to s. 39(2) of Income Tax Act — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 20(1)(f), 39(2).*

In 1989, Imperial Oil issued debentures in U.S. dollars and later redeemed a portion of those debentures

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Compagnie pétrolière Impériale limitée** *Intimée*

- et -

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Inco limitée** *Intimée*

et

**Teck Cominco Limited** *Intervenante*

**RÉPERTORIÉ : CIE PÉTROLIÈRE IMPÉRIALE LTÉE c. CANADA; INCO LTÉE c. CANADA**

**Référence neutre : 2006 CSC 46.**

N<sup>os</sup> du greffe : 30695, 30849.

2006 : 7 février; 2006 : 20 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Calcul du revenu d'entreprise — Pertes en capital — Rabais sur émission de certains titres — Pertes sur change — Sociétés contribuables émettant des débetures libellées en dollars américains — Augmentation de la valeur du dollar américain par rapport au dollar canadien à l'origine de pertes sur change lors du rachat de titres de créance — L'article 20(1)f) de la Loi de l'impôt sur le revenu permet-il de déduire du revenu les pertes sur change subies lors du rachat de titres de créance? — L'article 20(1)f) n'autorise-t-il que la déduction de l'escompte initial d'émission? — Les pertes sur change constituent-elles des pertes en capital selon l'art. 39(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 20(1)f), 39(2).*

En 1989, la Compagnie pétrolière Impériale a émis des débetures libellées en dollars américains dont elle

in 1999. The U.S. dollar had appreciated against the Canadian dollar and Imperial Oil suffered a loss on redemption which represented the original discount and the foreign exchange loss. It took the position that it was entitled to deduct from income the entire loss under s. 20(1)(f)(i) of the *Income Tax Act* (“ITA”) or, in the alternative, that it was entitled to a deduction of 75% of the loss under s. 20(1)(f)(ii) and that the non-deductible 25% under that formula was by default a capital loss under s. 39(2). The Minister of National Revenue decided that the loss was predominantly a capital loss under s. 39(2) and not deductible under s. 20(1)(f). The Tax Court of Canada upheld the Minister’s assessment with a minor adjustment. The Federal Court of Appeal allowed Imperial Oil’s appeal, in part. It allowed a deduction of 75% of the foreign exchange loss under s. 20(1)(f)(ii), but refused any further deduction.

Similarly, in 1989, Inco issued debentures in U.S. dollars at a discount, later redeeming a portion of them in 2000. Unlike Imperial Oil, Inco had sufficient U.S. funds on hand to redeem or purchase the debentures in the open market. In computing its income for 2000, Inco nevertheless deducted, under s. 20(1)(f) of the *ITA*, a foreign exchange loss allegedly resulting from the purchase of the 1989 debentures. The Minister disallowed the deduction. The Tax Court of Canada confirmed the Minister’s assessment, finding that the change in the value of the Canadian dollar during the term of the debentures had not resulted in any realized loss or cost to Inco. The Federal Court of Appeal, on the basis of its earlier decision in *Imperial Oil*, set aside that decision and sent the matter back to the Minister for reassessment.

*Held* (Binnie, Fish and Charron JJ. dissenting): The appeals should be allowed. The Minister’s assessments, as varied by the Tax Court of Canada in *Imperial Oil*, should be confirmed.

*Per* McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps and Abella JJ.: Section 20(1)(f) of the *ITA* does not permit the deduction of foreign exchange losses, which must be claimed as a capital loss under s. 39. Since the purpose of s. 20(1)(f) is to address a specific class of financing costs arising out of the issuance of debt instruments at a discount, s. 20(1)(f) should not be construed as a broad provision allowing for the deductibility of a wide range of costs attendant upon financing in foreign currency, in

a, par la suite, racheté une partie en 1999. Le dollar américain ayant augmenté de valeur par rapport au dollar canadien, la compagnie a subi une perte sur rachat constituée de l’escompte initial et de la perte sur change. Elle a fait valoir que le sous-al. 20(1)(f)(i) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* (« *LIR* ») lui permettait de déduire de son revenu la totalité de la perte ou, subsidiairement, qu’elle avait droit à une déduction de 75 % de cette perte aux termes du sous-al. 20(1)(f)(ii) et que les 25 % non déductibles suivant cette formule constituaient par défaut une perte en capital visée par le par. 39(2). Le ministre du Revenu national a décidé que la perte était avant tout une perte en capital visée par le par. 39(2) et n’était pas déductible en application de l’al. 20(1)(f). La Cour canadienne de l’impôt a maintenu la cotisation du ministre sous réserve d’un léger rajustement. La Cour d’appel fédérale a accueilli en partie l’appel de la compagnie. Elle a autorisé la déduction de 75 % de la perte sur change en application du sous-al. 20(1)(f)(ii), mais a refusé toute autre déduction.

De même, en 1989, Inco a émis des débentures à escompte libellées en dollars américains dont elle a, par la suite, racheté une partie en 2000. À la différence de la Compagnie pétrolière Impériale, Inco disposait de fonds en dollars américains suffisants pour racheter ou acheter les débentures sur le marché libre. Dans le calcul de son revenu pour l’année 2000, Inco a néanmoins déduit, en application de l’al. 20(1)(f) *LIR*, une perte sur change qui aurait résulté de l’achat des débentures de 1989. Le ministre a refusé cette déduction. La Cour canadienne de l’impôt a confirmé la cotisation du ministre, concluant que le changement de la valeur du dollar canadien pendant la durée de vie des débentures n’avait entraîné aucune perte réalisée ni aucun coût pour Inco. Se fondant sur son jugement antérieur *Compagnie pétrolière Impériale*, la Cour d’appel fédérale a annulé cette décision et renvoyé l’affaire au ministre pour qu’il établisse une nouvelle cotisation.

*Arrêt* (les juges Binnie, Fish et Charron sont dissidents) : Les pourvois sont accueillis. Les cotisations établies par le ministre, telles que la Cour canadienne de l’impôt les a modifiées dans l’affaire *Compagnie pétrolière Impériale*, sont confirmées.

*La* juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps et Abella : L’alinéa 20(1)(f) *LIR* ne permet pas la déduction des pertes sur change, qui doivent être déclarées à titre de pertes en capital en vertu de l’art. 39. Étant donné qu’il est censé s’appliquer à une catégorie précise de frais de financement découlant de l’émission de titres de créance à escompte, l’al. 20(1)(f) ne doit pas être considéré comme étant une disposition générale prévoyant la déductibilité d’un large éventail de frais liés

the absence of any mention of such costs in the text of the *ITA*, and despite the fact that such costs are usually regarded as being on capital account. The text, scheme and context of s. 20(1)(f) indicate that the deduction is limited to original issue discounts — shallow discounts in para. (f)(i) and deep discounts in para. (f)(ii). Although the word “discount” does not appear in s. 20(1)(f), the opening words of s. 20(1)(f)(i) set out what is commonly accepted as the definition of a discount. Moreover, there is no express mention in s. 20(1)(f) of a foreign currency exchange. These factors suggest that the primary referent of s. 20(1)(f) is something other than foreign exchange losses, namely, payments in the nature of discounts. Furthermore, the scheme of s. 20, which provides deductions for virtually all costs of borrowing, does not imply that foreign exchange losses are also deductible under s. 20. The other costs enumerated in s. 20 are intrinsic costs of borrowing. Foreign exchange losses arise only where the debtor chooses to deal in foreign currency. They belong to a different class than the costs referred to in s. 20. [1] [62] [64-65] [67]

If s. 20(1)(f) applied to foreign exchange losses, the section would operate quite differently in relation to obligations denominated in foreign currency than it does in relation to obligations denominated in Canadian dollars. In the context of foreign currency obligations, the deduction would reflect the appreciation or depreciation of the principal amount over time, whereas in the context of Canadian dollar obligations, the deduction would reflect a point-in-time expense — the discount at the date of issue. In the context of foreign currency obligations, the s. 20(1)(f) deduction would accordingly be available even where there was no original issue discount. Such an approach would have the additional effect of altering the distinction between shallow discounts under s. 20(1)(f)(i) and deep discounts under s. 20(1)(f)(ii), which would be replaced by a distinction of a different nature — one that can be ascertained only at the time of repayment. [66]

If s. 20(1)(f) applied to foreign exchange losses, the section would also conflict with the general treatment of capital gains and losses in the *ITA*. In particular, such an interpretation would not properly appreciate the role of s. 39 of the *ITA*. That provision sets out a meaning of capital gains and losses and includes express rules for the treatment of gains and losses resulting from currency fluctuations. Although s. 39 is a residual provision, this section is a statement of Parliament’s intent to treat foreign exchange losses as capital losses. [19] [66] [68]

au financement en devises étrangères, en l’absence de mention de ces frais dans le texte de la *LIR* et malgré le fait que ces frais sont généralement considérés comme étant au titre du capital. Le texte, l’esprit et le contexte de l’al. 20(1)f) indiquent que la déduction se limite à l’escompte initial d’émission — faible escompte au sous-al. f)(i) et fort escompte au sous-al. f)(ii). Bien que le terme « escompte » ne figure pas à l’al. 20(1)f), les mots introductifs du sous-al. 20(1)f)(i) énoncent ce qui est communément reconnu comme étant la définition de l’escompte. De plus, l’al. 20(1)f) ne traite pas expressément de change. Ces facteurs indiquent que le principal référent de l’al. 20(1)f) est quelque chose d’autre que la perte sur change, soit les paiements tenant de l’escompte. En outre, l’esprit de l’art. 20, qui prescrit la déduction de presque tous les coûts d’emprunt, n’implique pas que les pertes sur change sont également déductibles en vertu de cet article. Les autres coûts énumérés à l’art. 20 constituent des coûts d’emprunt intrinsèques. Les pertes sur change ne surviennent que lorsque le débiteur décide de faire du commerce en devises étrangères. Elles appartiennent à une catégorie différente de celle des autres coûts mentionnés à l’art. 20. [1] [62] [64-65] [67]

Si l’alinéa 20(1)f) s’appliquait aux pertes sur change, son application différerait énormément selon qu’il s’agirait de titres libellés en devises étrangères ou de titres libellés en dollars canadiens. Dans le cas de titres en devises étrangères, la déduction refléterait l’appréciation ou la dépréciation du principal au fil du temps, alors que, dans le cas de titres en dollars canadiens, elle refléterait une dépense ponctuelle — l’escompte à la date d’émission. Dans le cas de titres en devises étrangères, la déduction prévue à l’al. 20(1)f) serait donc possible même en l’absence de tout escompte initial d’émission. Cette interprétation aurait pour effet additionnel de modifier la distinction entre les escomptes faibles visés par le sous-al. 20(1)f)(i) et les escomptes forts visés par le sous-al. 20(1)f)(ii), qui serait remplacée par une distinction d’une nature différente, qui ne peut être établie qu’au moment du remboursement. [66]

S’il s’appliquait aux pertes sur change, l’al. 20(1)f) entrerait également en conflit avec la méthode de traitement générale des gains et pertes en capital dans la *LIR*. Plus particulièrement, cette interprétation n’apprécierait pas correctement le rôle de l’art. 39 *LIR*. Cet article énonce un sens de gain en capital et de perte en capital et contient des règles explicites concernant le traitement des gains et pertes découlant des fluctuations monétaires. Même s’il constitue une disposition résiduelle, l’art. 39 est un énoncé de l’intention du législateur de traiter les pertes sur change comme des pertes en capital. [19] [66] [68]

Finally, the Federal Court of Appeal decision in *Gaynor* does not support the proposition that all elements of a statutory formula must be converted into their Canadian dollar value at the relevant time. Converting the amounts in the statutory formula merely simplified the method of calculating the amount of the capital gain in that case. *Gaynor* did not purport to establish a new general principle. [52]

*Per Binnie, Fish and Charron JJ. (dissenting):* In the nature of things foreign currencies fluctuate in value against the Canadian dollar. These fluctuations are not incidental or collateral to the foreign debt transaction but are as inherent and inescapable as if the debt was denominated in bars of silver. The respondent taxpayers in these cases both issued debentures denominated in U.S. dollars, which they subsequently retired at a time when the U.S. dollar was trading at a higher premium to the Canadian dollar than it had at the date of issuance. The taxpayers' claim thus fits squarely with s. 20(1)(f) of the *ITA*. This provision permits a deduction of the amount by which the original issue proceeds of the debt are exceeded by the amount paid in satisfaction of the principal amount of the debt. This deduction is not limited to the "original issue discount" and may include the increase in the cost to the taxpayers of buying U.S. dollars between the date the obligations were issued and the date they were satisfied. The extra cost of buying the U.S. dollars payable to satisfy the requirements of a debenture is part of the cost of the financing arising directly out of the debtor-creditor relationship. The Crown's argument limiting s. 20(1)(f) to "original issue discounts" rests on its attempt to bifurcate a single foreign loan transaction into a "loan" contract and a "foreign exchange" loss. Such an argument does not respect the precise nature of the taxpayer's actual legal relationships and obligations. Furthermore, the limitation of s. 20(1)(f) to "original issue discounts" would be contrary to the Minister's treatment of other commodity-type loans where the Minister has routinely allowed a s. 20(1)(f) deduction. There is no principled reason to treat foreign currency loans differently than other commodity-type loans under s. 20(1)(f). [70] [72] [77-79] [83-84] [88]

When the relevant language of ss. 20(1)(f) and 248(1) of the *ITA* is read in light of the statutory purpose, the only way the "maximum total amount . . . payable on account of the obligation" can be ascertained (as required by the definition of "principal amount" in s. 248(1)) is by using the exchange rate prevailing when

Enfin, l'arrêt *Gaynor* de la Cour d'appel fédérale ne permet pas d'affirmer que tous les éléments d'une formule établie par la loi doivent être convertis en dollars canadiens à l'époque pertinente. La conversion des montants figurant dans la formule établie par la loi ne faisait que simplifier la méthode de calcul du gain en capital dans cette affaire. L'arrêt *Gaynor* n'était pas censé établir un nouveau principe général. [52]

*Les juges Binnie, Fish et Charron (dissidents) :* Il est dans l'ordre des choses que la valeur des devises étrangères fluctue par rapport au dollar canadien. Ces fluctuations ne sont ni consécutives ni liées à la créance en monnaie étrangère, mais elles sont inhérentes et inévitables comme si la créance était libellée en lingots d'argent. Dans les présents pourvois, les contribuables intimées ont toutes les deux émis des débetures libellées en dollars américains, qu'elles ont subséquemment rachetées au moment où la valeur du dollar américain par rapport au dollar canadien dépassait ce qu'elle était à la date d'émission. La déduction demandée par les contribuables est donc entièrement conforme à l'al. 20(1)f) *LIR*. Cet alinéa permet de déduire l'excédent de la somme payée en acquittement du principal de la dette sur le produit initial d'émission de la dette. Cette déduction ne se limite pas à l'« escompte initial d'émission » et peut viser l'augmentation du coût des dollars américains que les contribuables ont connue entre la date d'émission des obligations et la date de leur acquittement. Le coût plus élevé des dollars américains requis pour acquitter une débeture fait partie des frais de financement découlant directement de la relation débiteur-crédancier. L'argument du ministre, selon lequel l'al. 20(1)f) ne vise que l'« escompte initial d'émission », repose sur sa tentative de scinder une seule opération de prêt en monnaie étrangère en un contrat de « prêt » et une perte sur « change ». Cet argument ne tient pas compte de la nature particulière des relations et des obligations juridiques réelles de la contribuable. De plus, limiter l'al. 20(1)f) à l'« escompte initial d'émission » irait à l'encontre de la façon dont le ministre traite les autres prêts basés sur le cours d'une marchandise et qui consiste à autoriser systématiquement la déduction prévue à l'al. 20(1)f). Il n'y a aucune raison logique de traiter les prêts en devises étrangères différemment des autres prêts basés sur le cours d'une marchandise lorsqu'il s'agit d'appliquer l'al. 20(1)f). [70] [72] [77-79] [83-84] [88]

Lorsqu'on interprète les passages pertinents de l'al. 20(1)f) et du par. 248(1) *LIR* à la lumière de l'objet de la Loi, on constate que la « somme globale maximale [. . .] payable [. . .] au titre de l'obligation » ne peut être établie (comme l'exige la définition légale du terme "principal" au par. 248(1)) qu'au moyen du taux de

the obligation becomes payable. It is at that time the “obligation” arose on the part of the taxpayers to purchase U.S. dollars to retire their debt. It follows that the relevant exchange rate is the rate prevailing at the date of redemption because it is not until that date that it is possible to determine the maximum amount “payable on account of the obligation”. It is thus the redemption, not the issuance, that triggers the tax deduction. Since the principal amount of the obligation must be ascertained at the date of redemption, the debentures in these cases do not meet the criteria of s. 20(1)(f)(i). Consequently, the taxpayers are entitled only to the deduction permitted by s. 20(1)(f)(ii). [77] [86-87]

### Cases Cited

By LeBel J.

**Distinguished:** *Gaynor v. The Queen*, 91 D.T.C. 5288, aff’g 88 D.T.C. 6394, aff’g 87 D.T.C. 279; **referred to:** *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, [2001] 2 S.C.R. 1082, 2001 SCC 62; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 601, 2005 SCC 54; *Mathew v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 643, 2005 SCC 55; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Tip Top Tailors Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1957] S.C.R. 703; *Eli Lilly and Co. (Canada) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1955] S.C.R. 745; *Alberta Gas Trunk Line Co. v. Minister of National Revenue*, [1972] S.C.R. 498; *Imperial Tobacco Co. v. Kelly*, [1943] 2 All E.R. 119; *Bentley v. Pike* (1981), 53 T.C. 590; *Pattison (Inspector of Taxes) v. Marine Midland Ltd.*, [1984] 1 A.C. 362; *Capcount Trading v. Evans* (1992), 65 T.C. 545; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29.

By Binnie J. (dissenting)

*Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 601, 2005 SCC 54; *Eli Lilly and Co. (Canada) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1955] S.C.R. 745; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Canada v. Canadian Pacific Ltd.*, [2002] 3 F.C. 170, 2001 FCA 398; *Montreal Coke and Manufacturing Co. v. Minister of National Revenue*, [1944] A.C. 126, aff’g [1942] S.C.R. 89 (*sub nom. Montreal Light, Heat and Power Consolidated v. Minister of National Revenue*); *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32; *Tennant v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 305.

### Statutes and Regulations Cited

*Currency Act*, R.S.C. 1985, c. C-52, ss. 3(1), 14.

change en vigueur au moment où l’obligation devient payable. C’est à cette époque qu’est née l’« obligation » des contribuables d’acheter des dollars américains pour rembourser leur dette. Il s’ensuit que le taux de change applicable est celui en vigueur à la date de rachat parce que ce n’est qu’à cette date qu’il est possible de déterminer la somme maximale « payable [. . .] au titre de l’obligation ». C’est donc le rachat et non l’émission qui donne lieu à la déduction fiscale. Étant donné que le principal du titre doit être déterminé à la date de rachat, les débetures en cause dans les présentes affaires ne satisfont pas aux critères du sous-al. 20(1)(f)(i). Par conséquent, les contribuables n’ont droit qu’à la déduction autorisée par le sous-al. 20(1)(f)(ii). [77] [86-87]

### Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

**Distinction d’avec l’arrêt :** *Gaynor c. Canada*, [1991] A.C.F. n° 348 (QL), conf. 88 D.T.C. 6394, conf. 87 D.T.C. 279; **arrêts mentionnés :** *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *Entreprises Ludco Ltée c. Canada*, [2001] 2 R.C.S. 1082, 2001 CSC 62; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601, 2005 CSC 54; *Mathew c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 643, 2005 CSC 55; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Tip Top Tailors Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1957] R.C.S. 703; *Eli Lilly and Co. (Canada) Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1955] R.C.S. 745; *Alberta Gas Trunk Line Co. c. Ministre du Revenu national*, [1972] R.C.S. 498; *Imperial Tobacco Co. c. Kelly*, [1943] 2 All E.R. 119; *Bentley c. Pike* (1981), 53 T.C. 590; *Pattison (Inspector of Taxes) c. Marine Midland Ltd.*, [1984] A.C. 362; *Capcount Trading c. Evans* (1992), 65 T.C. 545; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29.

Citée par le juge Binnie (dissident)

*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601, 2005 CSC 54; *Eli Lilly and Co. (Canada) Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1955] R.C.S. 745; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Canada c. Canadien Pacifique Ltée*, [2002] 3 C.F. 170, 2001 CAF 398; *Montreal Coke and Manufacturing Co. c. Minister of National Revenue*, [1944] A.C. 126, conf. [1942] R.C.S. 89 (*sub nom. Montreal Light, Heat and Power Consolidated c. Minister of National Revenue*); *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32; *Tennant c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 305.

### Lois et règlements cités

*Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 3, 9, 18(1)b), 20(1), 39, 79, 80, 248 « montant », « principal ».

*Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 3, 9, 18(1)(b), 20(1), 39, 79, 80, 248 “amount”, “principal amount”.

#### Authors Cited

- Canada. Canada Revenue Agency. Income Tax Rulings Directorate. Advance Income Tax Ruling, No. 1999-0008753 (F), “Débentures échangeables”, January 1, 2000.
- Canada. Canada Revenue Agency. Income Tax Rulings Directorate. Advance Income Tax Ruling, No. 90063-3 (E), “Exchangeable Debenture”, July 30, 1990.
- Canada. Canada Revenue Agency. Income Tax Rulings Directorate. Advance Income Tax Ruling, No. 2000-0060103 (E), “Principal Amount of Debt Obligation”, January 1, 2001.
- Canada. Canada Revenue Agency. Income Tax Rulings Directorate. Technical Interpretation, No. 9703377 (E), “Consumer Based Loan”, April 17, 1997.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 8th ed. Toronto: Carswell, 2004.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Létourneau, Sharlow and Malone JJ.A.), [2005] 1 C.T.C. 65, 2004 D.T.C. 6702, 327 N.R. 329, [2004] F.C.J. No. 1793 (QL), 2004 FCA 361, allowing Imperial Oil’s appeal, in part, from a judgment of Miller J., [2004] 2 C.T.C. 3030, 2004 D.T.C. 2377, [2004] T.C.J. No. 122 (QL), 2004 TCC 207. Appeal allowed, Binnie, Fish and Charron JJ. dissenting.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Décary, Nadon and Sexton JJ.A.), [2005] 1 C.T.C. 369, 2005 D.T.C. 5109, [2005] F.C.J. No. 169 (QL), 2005 FCA 38, allowing Inco’s appeal from a judgment of Bonner J., [2005] 1 C.T.C. 2096, 2004 D.T.C. 3586, [2004] T.C.J. No. 531 (QL), 2004 TCC 468. Appeal allowed, Binnie, Fish and Charron JJ. dissenting.

*Wendy Burnham and Rhonda Nahorniak*, for the appellant.

*Al Meghji and Edward C. Rowe*, for the respondent Imperial Oil Limited.

*Loi sur la monnaie*, L.R.C. 1985, ch. C-52, art. 3(1), 14.

#### Doctrine citée

- Canada. Agence du revenu du Canada. Direction des décisions de l’impôt. Décision anticipée en matière d’impôt sur le revenu, n° 1999-0008753 (F), « Débentures échangeables », 1<sup>er</sup> janvier 2000.
- Canada. Agence du revenu du Canada. Direction des décisions de l’impôt. Décision anticipée en matière d’impôt sur le revenu, n° 90063-3 (E), « Exchangeable Debenture », 30 juillet 1990.
- Canada. Agence du revenu du Canada. Direction des décisions de l’impôt. Décision anticipée en matière d’impôt sur le revenu, n° 2000-0060103 (E), « Principal Amount of Debt Obligation », 1<sup>er</sup> janvier 2001.
- Canada. Agence du revenu du Canada. Direction des décisions de l’impôt. Interprétation technique, n° 9703377 (E), « Consumer Based Loan », 17 avril 1997.
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal : Thémis, 1999.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
- Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 8th ed. Toronto : Carswell, 2004.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Létourneau, Sharlow et Malone), [2005] 1 C.T.C. 65, 2004 D.T.C. 6702, 327 N.R. 329, [2004] A.C.F. n° 1793 (QL), 2004 CAF 361, qui a accueilli en partie l’appel de la Compagnie pétrolière Impériale contre un jugement du juge Miller, [2004] 2 C.T.C. 3030, 2004 D.T.C. 2377, [2004] A.C.I. n° 122 (QL), 2004 CCI 207. Pourvoi accueilli, les juges Binnie, Fish et Charron sont dissidents.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Décary, Nadon et Sexton), [2005] 1 C.T.C. 369, 2005 D.T.C. 5109, [2005] A.C.F. n° 169 (QL), 2005 CAF 38, qui a accueilli l’appel d’Inco contre un jugement du juge Bonner, [2005] 1 C.T.C. 2096, 2004 D.T.C. 3586, [2004] A.C.I. n° 531 (QL), 2004 CCI 468. Pourvoi accueilli, les juges Binnie, Fish et Charron sont dissidents.

*Wendy Burnham et Rhonda Nahorniak*, pour l’appelante.

*Al Meghji et Edward C. Rowe*, pour l’intimée la Compagnie pétrolière Impériale limitée.

*Warren J. A. Mitchell, Q.C., and Michael W. Colborne, for the respondent Inco Limited.*

Written submissions only by *Wilfrid Lefebvre, Q.C., and Dominic C. Belley, for the intervener.*

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps and Abella JJ. was delivered by

LEBEL J. —

## I. Introduction

These two appeals turn on the proper interpretation of a provision of the federal *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“*ITA*”), namely s. 20(1)(f). In general terms, s. 20(1) permits the deduction of various financing costs in the computation of business income. The question is whether s. 20(1)(f) permits the deduction of foreign exchange losses incurred in the redemption of debt obligations or whether it is limited to the deduction of original issue discounts. With minor changes in the *Imperial Oil* case, the judgments of the Tax Court upheld the assessments of the Minister of National Revenue (“Minister”) which had disallowed the deduction of the foreign exchange losses. The Federal Court of Appeal allowed the appeals of *Imperial Oil* and *Inco*. For the reasons that follow, I would reverse the Court of Appeal’s judgments and reinstate the assessments, in accordance with the approach adopted by Miller J. in the *Imperial Oil* case. Section 20(1)(f) does not permit the deductions claimed by the respondents, who are only entitled to claim a capital loss under s. 39 of the *ITA*.

## II. Background

### A. *Imperial Oil*

In 1989, *Imperial Oil* issued 30-year debentures with a face amount of US\$300,000,000. In 1999,

*Warren J. A. Mitchell, c.r., et Michael W. Colborne, pour l’intimée Inco limitée.*

Argumentation écrite seulement par *Wilfrid Lefebvre, c.r., et Dominic C. Belley, pour l’intervenante.*

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Deschamps et Abella rendu par

LE JUGE LEBEL —

## I. Introduction

Les deux présents pourvois portent sur l’interprétation que doit recevoir une disposition de la *Loi de l’impôt sur le revenu* fédérale, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.) (« *LIR* »), soit l’al. 20(1)f). De façon générale, le par. 20(1) permet la déduction de divers frais de financement dans le calcul du revenu d’entreprise. Il s’agit de savoir si l’al. 20(1)f) permet la déduction des pertes sur change subies lors du rachat de titres de créance ou s’il n’autorise que la déduction de l’escompte initial d’émission. Sous réserve des légères modifications apportées dans l’affaire *Compagnie pétrolière Impériale*, les jugements de la Cour de l’impôt ont maintenu les cotisations du ministre du Revenu national (« ministre ») qui avaient refusé la déduction des pertes sur change. La Cour d’appel fédérale a accueilli les appels interjetés par la *Compagnie pétrolière Impériale* et *Inco*. Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis d’infirmes les arrêts de la Cour d’appel et de rétablir les cotisations, conformément à l’approche adoptée par le juge Miller dans l’affaire *Compagnie pétrolière Impériale*. L’alinéa 20(1)f) ne permet pas les déductions demandées par les intimées, qui peuvent seulement déduire une perte en capital en vertu de l’art. 39 *LIR*.

## II. Contexte

### A. *Compagnie pétrolière Impériale*

En 1989, la *Compagnie pétrolière Impériale* a émis des débetures d’une durée de 30 ans,

it redeemed a portion of those debentures with a face value of US\$87,130,000. The United States dollar had appreciated against the Canadian dollar and the respondent suffered a loss on redemption of C\$27,831,712 representing the original discount and the foreign exchange loss. The respondent took the position that it was entitled to deduct the entire loss under s. 20(1)(f)(i) of the *ITA*. In the alternative, it took the position that it was entitled to a deduction under s. 20(1)(f)(ii) and that the non-deductible 25% under that formula was by default a capital loss under s. 39(2). The Minister decided that the C\$27,831,712 loss was predominantly a capital loss under s. 39(2). The respondent appealed, and three questions were referred to the Tax Court of Canada: what portion was deductible under s. 20(1)(f)(i); what portion was deductible under s. 20(1)(f)(ii); and, what portion was a capital loss under s. 39(2)?

#### B. *Inco*

3

In 1989, Inco issued sinking fund debentures of US\$150,000,000 at a discount of 2.6% (or US\$3,900,000). It converted the discount to Canadian dollars (\$4,652,827) at the exchange rate in effect when the debentures were issued, and deducted 20% of the converted amount as a financing expense under s. 20(1)(e) of the *ITA* in each of the taxation years 1989 to 1993. The Minister did not challenge these deductions. Inco receives a substantial portion of its revenues in U.S. dollars, which it deposits in U.S. dollar bank accounts. The proceeds of the issuance were deposited in U.S. dollar accounts or used to pay debts denominated in U.S. dollars. Inco had sufficient U.S. funds on hand in the United States to redeem or purchase the debentures in the open market. Between February 21 and May 9, 2000, Inco purchased US\$29,120,000 of the 1989 debentures in the open market, paying US\$29,012,850 for them. On June 15, 2000, by mandatory and optional payments into the sinking fund, it redeemed more of the 1989 debentures with an aggregate face amount of

ayant une valeur nominale de 300 000 000 \$US. En 1999, elle a racheté une partie de ces débetures d'une valeur nominale de 87 130 000 \$US. Le dollar américain ayant augmenté de valeur par rapport au dollar canadien, l'intimée a subi une perte sur rachat de 27 831 712 \$CAN, constituée de l'escompte initial et de la perte sur change. L'intimée a fait valoir que le sous-al. 20(1)(f)(i) *LIR* lui permettait de déduire la totalité de la perte. Subsidiairement, elle a soutenu qu'elle avait droit à une déduction aux termes du sous-al. 20(1)(f)(ii), et que les 25 % non déductibles suivant cette formule constituaient par défaut une perte en capital visée par le par. 39(2). Le ministre a décidé que la perte de 27 831 712 \$CAN était avant tout une perte en capital visée par le par. 39(2). L'intimée a interjeté appel et les trois questions suivantes ont été soumises à la Cour canadienne de l'impôt : Quelle fraction était déductible en application du sous-al. 20(1)(f)(i)? Quelle fraction était déductible en application du sous-al. 20(1)(f)(ii)? Quelle fraction était une perte en capital visée par le par. 39(2)?

#### B. *Inco*

En 1989, Inco a émis pour 150 000 000 \$US de débetures à fonds d'amortissement à un taux d'escompte de 2,6 % (soit 3 900 000 \$US). Elle a converti l'escompte en dollars canadiens (4 652 827 \$) selon le taux de change en vigueur au moment de l'émission des débetures, puis a déduit 20 % de la somme convertie à titre de frais d'émission visés par l'al. 20(1)(e) *LIR*, au cours de chacune des années d'imposition 1989 à 1993. Le ministre n'a pas contesté ces déductions. Inco touche une partie importante de ses revenus en dollars américains qu'elle dépose dans des comptes bancaires libellés en dollars américains. Le produit de l'émission a été déposé dans des comptes libellés en dollars américains ou utilisé pour payer des dettes libellées en dollars américains. Inco disposait, aux États-Unis, de fonds en dollars américains suffisants pour racheter ou acheter les débetures sur le marché libre. Entre le 21 février et le 9 mai 2000, Inco a acheté sur le marché libre une tranche de 29 120 000 \$US des débetures de 1989, qu'elle a payée 29 012 850 \$.



US\$22,500,000. In 1992, Inco issued debentures with a face amount of US\$200,000,000. Between March 3 and November 8, 2000, Inco purchased US\$21,692,000 of the 1992 debentures in the open market, paying US\$21,269,708 for them. In computing its income for 2000, Inco deducted, under s. 20(1)(f) of the *ITA*, a foreign exchange loss allegedly resulting from the purchase of the 1989 debentures. The Minister disallowed the deduction and Inco appealed to the Tax Court of Canada.

### III. Judicial History

#### A. *Imperial Oil Limited*

- (1) Tax Court of Canada, [2004] 2 C.T.C. 3030, 2004 TCC 207

Miller J. mostly agreed with the Minister on the outcome of the appeal filed in the Tax Court of Canada. However, he did not agree with any of the interpretations of s. 20(1)(f) advanced by the taxpayer or the Minister. The result was that he made a minor adjustment to the assessment and that, in the end, Imperial Oil lost their appeal.

Miller J. began by noting that the parties agreed that s. 20(1)(f)(i) applied rather than s. 20(1)(f)(ii). The deduction under s. 20(1)(f)(i), he observed, equals the lesser of the principal amount and the amount paid in the year in satisfaction of the principal amount less the amount for which the obligation was issued. Miller J. added that the parties also agreed that the exchange rate at the time of redemption applied to “the amount paid in satisfaction” and that the exchange rate at the time of issuance applied to “the issue amount”, but disagreed as to what rate applied to the “principal amount”. He concluded that no ambiguity arose if the calculation was done entirely in U.S. dollars and only the resulting loss was converted into Canadian dollars using the rate at the time of redemption. In his

Le 15 juin 2000, grâce à des versements obligatoires et facultatifs au fonds d’amortissement, elle a racheté d’autres débetures de 1989 d’une valeur nominale totale de 22 500 000 \$US. En 1992, Inco a émis des débetures ayant une valeur nominale de 200 000 000 \$US. Entre le 3 mars et le 8 novembre 2000, Inco a acheté sur le marché libre une tranche de 21 692 000 \$US des débetures de 1992, qu’elle a payée 21 269 708 \$US. Dans le calcul de son revenu pour l’année 2000, Inco a déduit, en application de l’al. 20(1)f) *LIR*, une perte sur change qui aurait résulté de l’achat des débetures de 1989. Le ministre a refusé la déduction et Inco a interjeté appel devant la Cour canadienne de l’impôt.

### III. Historique des procédures judiciaires

#### A. *Compagnie pétrolière Impériale limitée*

- (1) Cour canadienne de l’impôt, [2004] A.C.I. n° 122 (QL), 2004 CCI 207

Le juge Miller a souscrit, pour l’essentiel, à l’opinion du ministre quant à l’issue de l’appel interjeté devant la Cour canadienne de l’impôt. Il a toutefois exprimé son désaccord avec les interprétations de l’al. 20(1)f) proposées par la contribuable ou le ministre. Aussi a-t-il légèrement rajusté la cotisation et, en fin de compte, la Compagnie pétrolière Impériale a vu son appel rejeté.

Le juge Miller a d’abord souligné que les parties s’entendaient pour dire que la disposition applicable était le sous-al. 20(1)f)(i) et non le sous-al. 20(1)f)(ii). La déduction prévue au sous-al. 20(1)f)(i), a-t-il affirmé, équivaut à l’excédent du moins élevé du principal et de la somme payée au cours de l’année en acquittement du principal sur la somme pour laquelle le titre a été émis. Le juge Miller a ajouté que les parties, qui convenaient également que le taux de change en vigueur au moment du rachat s’appliquait à la « somme payée en acquittement » et que le taux de change en vigueur au moment de l’émission s’appliquait au « montant de l’émission », n’étaient cependant pas d’accord sur le taux à appliquer au « principal ». Il a conclu qu’aucune ambiguïté ne se présentait si

opinion, s. 20(1)(f)(i) was not intended to apply to foreign exchange gains or losses.

6 Miller J. rejected an interpretation of *Gaynor v. The Queen*, 91 D.T.C. 5288 (F.C.A.), according to which every transaction resulting in an asset, liability, revenue item or expense must be converted into Canadian dollars at the exchange rate in effect on the date of the transaction. He concluded that *Gaynor* applies only to computations of capital gains and that nothing in *Gaynor* requires that it be applied to income computations or dictates that the word “amount” refers to “Canadian amount” wherever it appears in the *ITA*. Miller J. distinguished capital gains, which result from the change in the value of an asset over time, that is, between the times of acquisition and disposition, from income expenses, which require a snapshot at the time of payment without the measurement of a change in value over time. He decided that the formula under s. 20(1)(f)(i) does not address increases or decreases in value but applies at a single point in time and that it was therefore sufficient to convert only the resulting loss into Canadian dollars. He added that, if he was wrong in this respect, the object of the section required that each amount of the formula be converted at the 1999 exchange rate because the “one time snapshot rate” has to be the rate at the time of redemption (para. 46).

7 Miller J. concluded that Parliament had not intended foreign exchange losses to be deductible under s. 20(1)(f), as they pertained to the capital element of borrowing. He stated that s. 20(1)(f) deals with obligations issued at less than face value and allows the discount to be deducted at the time of payment. In his view, foreign exchange losses incurred in the course of borrowing are not akin to the other costs of borrowing listed as deductible expenses in s. 20(1). He noted that foreign exchange losses are not specifically identified as a capital

le calcul s’effectuait entièrement en dollars américains et que seule la perte résultante était convertie en dollars canadiens selon le taux en vigueur au moment du rachat. À son avis, le sous-al. 20(1)(f)(i) n’était pas censé s’appliquer aux profits ou pertes sur change.

Le juge Miller a rejeté l’interprétation de l’arrêt *Gaynor c. Canada*, [1991] A.C.F. n° 348 (QL) (C.A.), voulant que toute opération donnant lieu à un bien, à une obligation, à un poste de revenu ou à une dépense doive être convertie en dollars canadiens selon le taux de change en vigueur à la date de cette opération. Il a conclu que l’arrêt *Gaynor* ne s’applique qu’au calcul du gain en capital, et que rien dans ce jugement n’exige qu’il s’applique au calcul du revenu ou que, partout où il est employé dans la *LIR*, le mot « montant » s’entende d’un « montant en dollars canadiens ». Le juge Miller a établi une distinction entre les gains en capital, qui résultent du changement de valeur d’un bien au fil du temps, c’est-à-dire entre les dates d’acquisition et de disposition, et les dépenses au titre du revenu, qui exigent un examen ponctuel ciblé sur le moment du paiement sans qu’il soit nécessaire de mesurer un changement de valeur au fil du temps. Il a décidé que la formule prévue au sous-al. 20(1)(f)(i) ne porte pas sur les hausses ou les baisses de valeur, mais s’applique à un moment déterminé dans le temps, et qu’il suffisait donc de convertir la perte résultante en dollars canadiens. Il a ajouté que, s’il avait tort sur ce point, il faudrait, pour respecter l’objet de la disposition, que chaque montant de la formule soit converti selon le taux de change de 1999 parce que le « taux ponctuel unique » doit être celui en vigueur au moment du rachat (par. 46).

Le juge Miller a conclu que le législateur n’avait pas eu l’intention de rendre les pertes sur change déductibles en vertu de l’al. 20(1)(f), étant donné qu’elles ont trait à la partie représentant le capital d’un emprunt. Il a affirmé que l’al. 20(1)(f) porte sur les titres émis à une valeur inférieure à la valeur nominale et autorise la déduction de l’escompte au moment du paiement. À son avis, les pertes sur change subies dans le cadre d’un emprunt ne s’apparentent pas aux autres coûts d’emprunt énumérés comme des dépenses déductibles au par. 20(1).

item to be treated as a current expense and that the other costs for which deductions are available are known at the time of the contract and derive from the contract of origin. Miller J. concluded that the deduction in s. 20(1)(f) encompasses only original issue discounts and the part of the foreign exchange loss that pertains specifically to the deductible discounts. On that basis, he held that \$1,548,325 was deductible under s. 20(1)(f)(i), that nothing was deductible under s. 20(1)(f)(ii), and that there was a capital loss of \$26,283,387.

(2) Federal Court of Appeal, [2005] 1 C.T.C. 65, 2004 FCA 361

Imperial Oil appealed and the Minister cross-appealed. The Court of Appeal allowed Imperial Oil's appeal in part. It allowed a deduction of 75% of the foreign exchange loss under s. 20(1)(f)(ii), but refused any further deduction.

Sharlow J.A., for the court, concluded that the principal amount of a debt denominated in foreign currency fluctuates with the exchange rate for the purposes of s. 20(1)(f) and that, in the instant case, the amount increased between the dates of issuance and redemption. She concluded that *Gaynor* was binding and that, according to it, each element of a computation under s. 20(1)(f) must be converted into Canadian dollars at the exchange rate prevailing at the time of the transaction in question. She calculated the principal amount at the time of redemption using the exchange rate on the redemption date, and the issue amount using the exchange rate on the date of issue, and concluded that the principal amount had increased from \$102,517,158 to \$129,119,689. Sharlow J.A. concluded that a principal amount can increase during the term of a loan if the increase is mandated by a contractual term governing the debt, and that a foreign currency loan implicitly involves such a contractual term. Because a foreign currency loan is for units of foreign currency on terms that require the

Il a souligné que les pertes sur change ne sont pas expressément désignées comme un élément de capital qu'il faut traiter comme une dépense courante, et que les autres coûts susceptibles d'être déduits sont connus au moment du contrat et résultent du contrat initial. Le juge Miller a alors conclu que la déduction prévue à l'al. 20(1)f) vise seulement l'escompte d'émission initial et la fraction de la perte sur change qui se rapporte expressément à l'escompte déductible. Pour ce motif, il a statué que la somme de 1 548 325 \$ était déductible en vertu du sous-al. 20(1)f)(i), qu'aucune somme n'était déductible en vertu du sous-al. 20(1)f)(ii) et qu'il existait une perte en capital de 26 283 387 \$.

(2) Cour d'appel fédérale, [2004] A.C.F. n° 1793 (QL), 2004 CAF 361

La Compagnie pétrolière Impériale a interjeté appel et le ministre a formé un appel incident. La Cour d'appel a accueilli en partie l'appel de la Compagnie pétrolière Impériale. Elle a autorisé la déduction de 75 % de la perte sur change en application du sous-al. 20(1)f)(ii), mais a refusé toute autre déduction.

La juge Sharlow, s'exprimant au nom de la cour, a conclu que, pour les besoins de l'al. 20(1)f), le principal d'une dette libellée en monnaie étrangère fluctue en même temps que le taux de change et qu'en l'espèce ce montant a augmenté entre les dates d'émission et de rachat. Elle a décidé que l'arrêt *Gaynor* s'appliquait et que, selon cet arrêt, chaque élément du calcul prévu à l'al. 20(1)f) doit être converti en dollars canadiens selon le taux de change en vigueur au moment de l'opération en cause. Elle a calculé le principal au moment du rachat à l'aide du taux de change en vigueur à la date du rachat et le montant de l'émission à l'aide du taux de change en vigueur à la date d'émission, puis a conclu qu'il était passé de 102 517 158 \$ à 129 119 689 \$. La juge Sharlow a affirmé que le principal peut augmenter pendant la durée d'un prêt si l'augmentation résulte d'une clause contractuelle régissant la dette, et qu'un prêt en monnaie étrangère comporte implicitement une telle clause. Étant donné qu'un prêt en monnaie étrangère est un prêt d'unités de la monnaie étrangère

8

9

same number of units of the foreign currency to be returned at the end of the term, the effect is that the Canadian dollar equivalent of the repayment may be more or less than the Canadian dollar equivalent of the borrowed amount. She found that s. 248(26) of the *ITA* does not compel a conclusion that the principal amount was necessarily the same at the times of issuance and redemption, because all it does is clarify s. 80, and even if it were applied to s. 20(1)(f), it would merely confirm that the original principal amount was \$102,517,158.

10

Sharlow J.A. stated that the deduction provided for in s. 20(1)(f) is available where the threshold test established in the opening words of the provision is met and that this provision most commonly applies when debt is issued at a discount, although it may also apply in other circumstances. Because the full deduction under s. 20(1)(f)(i) is available only where the obligation was issued for not less than 97% of the principal amount, and because this condition had not been met in the case at bar, the respondent was entitled only to the 75% deduction under s. 20(1)(f)(ii). Sharlow J.A. rejected an argument that the non-deductible 25% was excluded from the computation of income and fell by default into s. 39(2) as a deemed capital loss. She concluded that s. 248(28) prevents double counting and that the total redemption cost falls within s. 20(1)(f)(ii). She observed that the deduction is designed to be equivalent to the tax relief for a capital loss and that to allow a further deduction under s. 39(2) would be to allow more relief than Parliament had intended. In light of these conclusions, Sharlow J.A. was of the view that there was no need to address the Minister's cross-appeal.

#### B. *Inco Limited*

- (1) Tax Court of Canada, [2005] 1 C.T.C. 2096, 2004 TCC 468

11

Bonner J. heard the appeal in *Inco* after the decision of his colleague Miller J. in *Imperial Oil*. He

à des conditions qui font que le même nombre d'unités de cette monnaie étrangère devra être retourné à l'échéance, l'équivalent en dollars canadiens du remboursement pourra être supérieur ou inférieur à l'équivalent en dollars canadiens de la somme empruntée. Selon elle, le par. 248(26) *LIR* n'amène pas nécessairement à conclure que le principal demeurerait forcément le même au moment de l'émission et du rachat puisque cette disposition se borne à clarifier l'art. 80 et que, même si elle s'appliquait à l'al. 20(1)(f), elle ne ferait que confirmer que le principal initial était de 102 517 158 \$.

La juge Sharlow a indiqué que la déduction prévue à l'al. 20(1)(f) est permise si le critère minimal établi dans les mots introductifs de cette disposition est rempli, et que cette disposition s'applique le plus souvent lorsque la dette est émise à escompte, quoiqu'elle puisse également être utilisée dans d'autres cas. Parce que la déduction complète prévue au sous-al. 20(1)(f)(i) est possible uniquement si le titre a été émis pour une somme non inférieure aux 97 % de son principal, et que cette condition n'a pas été remplie en l'espèce, l'intimée n'avait droit qu'à la déduction de 75 % prévue au sous-al. 20(1)(f)(ii). La juge Sharlow a rejeté l'argument selon lequel les 25 % non déductibles étaient exclus du calcul du revenu et relevaient par défaut du par. 39(2) à titre de perte en capital présumée. Elle a conclu que le par. 248(28) empêche le comptage double et que le coût total de rachat relève du sous-al. 20(1)(f)(ii). Elle a souligné que la déduction est censée équivaloir à l'allègement fiscal pour une perte en capital et que le fait d'admettre une autre déduction en vertu du par. 39(2) reviendrait à permettre un allègement supérieur à celui voulu par le législateur. Compte tenu de ces conclusions, la juge Sharlow a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'examiner l'appel incident du ministre.

#### B. *Inco limitée*

- (1) Cour canadienne de l'impôt, [2004] A.C.I. n° 531 (QL), 2004 CCI 468

Le juge Bonner a entendu l'appel d'*Inco* après que son collègue le juge Miller eut rendu sa

stated that he did not agree with parts of Miller J.'s reasoning and wrote his own reasons for dismissing the appeal and confirming the assessment.

Bonner J. held that s. 20(1)(f) of the *ITA* did not permit the deduction of the foreign exchange losses. He noted that Inco had borrowed U.S. dollars in 1989 and 1992, had either deposited the funds in U.S. dollar accounts or used them to repay U.S. dollar debt, and had then drawn on U.S. dollar accounts to retire the debentures. He found that the change in the value of the Canadian dollar during the term of the debentures had not resulted in any realized loss or cost to Inco and that Inco was seeking to deduct what was, in his opinion, a phantom loss. In his view, it was impossible to imagine that s. 20(1)(f) was intended to permit a deduction in the absence of a realized loss or cost. The foreign exchange fluctuations neither added to nor subtracted from the cost of borrowing. He rejected an argument that, for the purposes of s. 20(1)(f), the "principal amount" of a borrowing fluctuates with exchange rates over the life of the instrument. In his opinion, the "principal amount" referred to in s. 20(1)(f) is the face amount of the instrument when it is issued, which does not vary, and there is no basis in logic for a view that the expression of that principal amount in a foreign currency gives the Canadian dollar equivalent of the principal amount a variable quality. He stated that treating the principal amount as one that fluctuates with exchange rates would include amounts in the deduction that were never in Parliament's contemplation. Given his conclusion, he declined to consider whether s. 20(1)(f) would apply to purchases of obligations on the open market for cancellation by the debtor.

(2) Federal Court of Appeal, [2005] 1 C.T.C. 369, 2005 FCA 38

Inco's appeal to the Federal Court of Appeal was successful. Nadon J.A. held that the Court had

décision dans l'affaire *Compagnie pétrolière Impériale*. Il a affirmé qu'il ne souscrivait pas à certaines parties du raisonnement du juge Miller et a rédigé ses propres motifs dans lesquels il a rejeté l'appel et confirmé la cotisation.

Selon le juge Bonner, l'al. 20(1)f) *LIR* ne permettait pas de déduire les pertes sur change. Il a souligné qu'Inco avait emprunté des dollars américains en 1989 et en 1992, qu'elle avait déposé ces fonds dans des comptes libellés en dollars américains ou les avait utilisés pour rembourser une dette en dollars américains, et qu'elle avait ensuite effectué des retraits dans des comptes libellés en dollars américains pour racheter ou rembourser les débetures. Il a conclu que le changement de la valeur du dollar canadien pendant la durée de vie des débetures n'avait entraîné aucune perte réalisée ni aucun coût pour Inco, et que celle-ci cherchait à déduire une perte imaginaire, à son avis. D'après le juge Bonner, il était impossible de croire que l'al. 20(1)f) visait à permettre une déduction en l'absence d'une perte réalisée ou d'un coût. Les fluctuations de change n'ajoutaient ni ne retranchaient rien au coût de l'emprunt. Il a rejeté l'argument voulant que, pour les besoins de l'al. 20(1)f), le « principal » d'un emprunt fluctue avec les taux de change pendant la durée de vie du titre. Selon lui, le « principal » mentionné à l'al. 20(1)f) correspond à la valeur nominale du titre au moment de son émission, laquelle ne varie pas, et il n'existe aucune raison logique de conclure que le fait que ce principal soit libellé dans une monnaie étrangère rend variable l'équivalent en dollars canadiens. Il a affirmé qu'assimiler le principal à un montant qui fluctue avec les taux de change aurait pour effet d'inclure dans la déduction des sommes qui n'ont jamais été envisagées par le législateur. Vu sa conclusion, il a refusé d'examiner la question de savoir si l'al. 20(1)f) s'appliquerait à l'achat de titres sur le marché libre en vue de leur annulation par le débiteur.

(2) Cour d'appel fédérale, [2005] A.C.F. n° 169 (QL), 2005 CAF 38

Inco a eu gain de cause devant la Cour d'appel fédérale. Le juge Nadon a affirmé que la cour

decided the relevant issues in its previous decision in the *Imperial Oil* case and that the two cases could not be distinguished. For these reasons, he set aside the Tax Court's decision and sent the matter back to the Minister for reassessment.

#### IV. Analysis

##### A. *Issues*

14 The parties disagree on the tax treatment of foreign exchange losses incurred upon redemption or, at least in part in the *Inco* case, upon repurchase and cancellation of debentures issued in U.S. dollars. The outcome of the appeals turns on the interpretation of s. 20(1)(f) of the *ITA*, which permits the following deduction when computing business income:

#### **20. (1) . . .**

(f) an amount paid in the year in satisfaction of the principal amount of any bond, debenture, bill, note, mortgage, hypothecary claim or similar obligation issued by the taxpayer after June 18, 1971 on which interest was stipulated to be payable, to the extent that the amount so paid does not exceed,

(i) in any case where the obligation was issued for an amount not less than 97% of its principal amount, and the yield from the obligation, expressed in terms of an annual rate on the amount for which the obligation was issued (which annual rate shall, if the terms of the obligation or any agreement relating thereto conferred on its holder a right to demand payment of the principal amount of the obligation or the amount outstanding as or on account of its principal amount, as the case may be, before the maturity of the obligation, be calculated on the basis of the yield that produces the highest annual rate obtainable either on the maturity of the obligation or conditional on the exercise of any such right) does not exceed 4/3 of the interest stipulated to be payable on the obligation, expressed in terms of an annual rate on

(A) the principal amount of the obligation, if no amount is payable on account of the principal amount before the maturity of the obligation, or

avait tranché les questions pertinentes dans la décision qu'elle avait rendue dans l'affaire *Compagnie pétrolière Impériale* et qu'aucune distinction ne pouvait être établie entre les deux affaires. Pour ces motifs, il a annulé la décision de la Cour de l'impôt et a renvoyé l'affaire au ministre pour qu'il établisse une nouvelle cotisation.

#### IV. Analyse

##### A. *Questions en litige*

Les parties ne s'entendent pas sur le traitement fiscal des pertes sur change subies lors du rachat ou, en partie du moins dans l'affaire *Inco*, du rachat et de l'annulation de débentures émises en dollars américains. L'issue des pourvois tient à l'interprétation de l'al. 20(1)f) *LIR*, qui permet la déduction suivante lors du calcul du revenu d'entreprise :

#### **20. (1) . . .**

f) une somme payée au cours de l'année en acquittement du principal de quelque obligation, effet, billet, créance hypothécaire ou titre semblable émis par le contribuable après le 18 juin 1971 et sur lequel un intérêt a été déclaré payable, dans la mesure où la somme ainsi payée ne dépasse pas :

(i) chaque fois que le titre a été émis pour une somme non inférieure aux 97 % de son principal et que le rendement du titre, exprimé en pourcentage annuel de la somme pour laquelle il a été émis (pourcentage annuel qui doit, si les conditions d'émission du titre ou les dispositions d'une convention y afférente donnaient à leur détenteur le droit d'exiger le paiement du principal du titre ou de la somme restant à rembourser sur ce principal avant l'échéance de ce titre, être calculé sur la base du rendement qui permet d'obtenir le pourcentage annuel le plus élevé possible soit à l'échéance du titre, soit sous réserve de l'exercice de tout droit de ce genre) ne dépasse pas les 4/3 de l'intérêt déclaré payable sur le titre, exprimé en pourcentage annuel :

(A) du principal du titre, si aucune somme n'est payable sur le principal avant l'échéance du titre,

(B) the amount outstanding from time to time as or on account of the principal amount of the obligation, in any other case,

the amount by which the lesser of the principal amount of the obligation and all amounts paid in the year or in any preceding year in satisfaction of its principal amount exceeds the amount for which the obligation was issued, and

(ii) in any other case, 3/4 of the lesser of the amount so paid and the amount by which the lesser of the principal amount of the obligation and all amounts paid in the year or in any preceding taxation year in satisfaction of its principal amount exceeds the amount for which the obligation was issued;

On a proper interpretation, is the deduction in this provision limited to original issue discounts? Should it be viewed as encompassing a broader range of financing costs, including foreign exchange losses? Are such losses deductible only as capital losses under s. 39 of the *ITA*? In these two appeals, although the parties purport to base their arguments on the same principles of interpretation of tax statutes, their answers to these questions and their propositions regarding the scope of s. 20(1)(f) are in stark conflict.

The scope of the present litigation has been narrowed and clarified since the Minister issued his assessments. Imperial Oil now relies solely on s. 20(1)(f)(ii) and asks for only 75% of its currency exchange loss, as permitted by that provision. It no longer claims a full deduction under s. 20(1)(f)(i) or a capital loss under s. 39 for the remaining 25%. In *Inco*, the Minister has abandoned the argument that the taxpayer's currency losses are purely notional or phantom losses. In this appeal, the Minister's *factum* raises an issue which is specific to *Inco*, namely whether currency losses incurred as a result of a repurchase of debt instruments on the open market are deductible only under s. 39(3). There are no real evidentiary difficulties. The two cases proceeded on the basis of joint statements of facts. In addition, in *Inco*, the Minister presented expert evidence about the meanings attributed by the financial industry to some of the terms used in s. 20(1)(f). In essence, the two appeals raise similar

(B) de la somme restant à rembourser sur le principal du titre, dans les autres cas,

l'excédent du moins élevé du principal du titre et du total des sommes payées au cours de l'année ou d'une année antérieure en acquittement du principal de ce titre sur la somme pour laquelle le titre a été émis,

(ii) dans les autres cas, les 3/4 du moins élevé de la somme ainsi payée et de l'excédent du moins élevé du principal du titre et du total des sommes payées au cours de l'année ou d'une année d'imposition antérieure en acquittement du principal du titre sur la somme pour laquelle le titre a été émis;

Correctement interprétée, la déduction prévue dans cette disposition se limite-t-elle à l'escompte initial d'émission? Doit-on la considérer comme englobant un plus large éventail de frais de financement, dont les pertes sur change? Ces pertes ne sont-elles déductibles qu'à titre de pertes en capital selon l'art. 39 *LIR*? Dans les deux présents pourvois, bien que les parties prétendent fonder leurs arguments sur les mêmes principes d'interprétation des lois fiscales, leurs réponses à ces questions et leurs affirmations concernant la portée de l'al. 20(1)(f) se contredisent nettement.

15

La portée du présent litige a été restreinte et précisée depuis que le ministre a établi ses cotisations. La Compagnie pétrolière Impériale invoque désormais uniquement le sous-al. 20(1)(f)(ii) et ne demande que la déduction de 75 % de sa perte sur change, comme le permet cette disposition. Elle ne réclame plus de déduction complète en vertu du sous-al. 20(1)(f)(i) ni de déduction de perte en capital, fondée sur l'art. 39, à l'égard des 25 % restants. Dans l'affaire *Inco*, le ministre a laissé tomber l'argument voulant que les pertes sur change de la contribuable soient purement fictives ou imaginaires. Dans le présent pourvoi, le mémoire du ministre soulève une question propre à l'affaire *Inco*, celle de savoir si les pertes sur change subies à la suite du rachat de titres de créance sur le marché libre ne sont déductibles qu'en application du par. 39(3). Il n'y a pas de véritable problème de preuve. Les deux affaires ont été débattues à partir d'exposés conjoints des faits. En outre, dans l'affaire *Inco*,

16

issues. Before I turn to those issues, I will outline the statutory framework that governs the present litigation.

### B. *Statutory Framework*

17 Despite its undeniable — and growing — complexity, the current federal *ITA* displays some fundamental structural characteristics. One of these characteristics, which is provided for in s. 3, is the distinction between income and capital. Capital gains are only partially brought into income for taxation purposes. The rules governing the computation of income, gains and losses are found in ss. 9 to 37. They include a general rule stated in s. 18(1)(b), which prohibits the deduction of capital amounts unless another provision of the *ITA* expressly authorizes such a deduction:

**18.** (1) In computing the income of a taxpayer from a business or property no deduction shall be made in respect of . . .

(b) an outlay, loss or replacement of capital, a payment on account of capital or an allowance in respect of depreciation, obsolescence or depletion except as expressly permitted by this Part;

18 A series of exceptions to this rule are set out in s. 20, which provides for a broad range of deductions in respect of a variety of financing costs, such as interest (s. 20(1)(c)), financing expenses, including commissions to securities dealers (s. 20(1)(e)), and annual fees on debt (s. 20(1)(e.1)). Section 20(1)(f) is a part of this list.

19 Section 39 then sets out the meaning of capital gains and losses. It includes express rules in s. 39(2) for the treatment of gains and losses resulting from currency fluctuations:

le ministre a présenté une preuve d'expert relativement au sens qu'attribue le secteur financier à certains termes utilisés dans l'al. 20(1)f). Les deux pourvois soulèvent donc essentiellement des questions semblables. Avant d'examiner celles-ci, je vais donner un aperçu du cadre législatif qui régit le présent litige.

### B. *Cadre législatif*

En dépit de sa complexité indéniable et croissante, la *LIR* fédérale actuelle présente certaines caractéristiques structurelles fondamentales. L'une de ces caractéristiques, qui est prévue à l'art. 3, tient à la distinction entre le revenu et le capital. Les gains en capital ne sont que partiellement inclus dans le revenu imposable. Les règles régissant le calcul du revenu, des gains et des pertes sont exposées aux art. 9 à 37. Elles comprennent une règle générale, énoncée à l'al. 18(1)b), qui interdit la déduction de montants en capital, à moins que cette déduction ne soit expressément permise par une autre disposition de la *LIR* :

**18.** (1) Dans le calcul du revenu du contribuable tiré d'une entreprise ou d'un bien, les éléments suivants ne sont pas déductibles : . . .

b) une dépense en capital, une perte en capital ou un remplacement de capital, un paiement à titre de capital ou une provision pour amortissement, désuétude ou épuisement, sauf ce qui est expressément permis par la présente partie;

Une liste des exceptions à cette règle est dressée à l'art. 20, qui prévoit une vaste gamme de déductions relativement à divers frais de financement, comme les intérêts (al. 20(1)c)), les frais d'émission tels que les commissions versées aux courtiers en valeurs mobilières (al. 20(1)e)), et les frais annuels relatifs à une dette (al. 20(1)e.1)). L'alinéa 20(1)f) fait partie de cette liste.

L'article 39 clarifie ensuite le sens de gain en capital et de perte en capital. Il contient, au par. 39(2), des règles explicites concernant le traitement des gains et pertes découlant des fluctuations monétaires :



## 39. . . .

(2) Notwithstanding subsection (1), where, by virtue of any fluctuation after 1971 in the value of the currency or currencies of one or more countries other than Canada relative to Canadian currency, a taxpayer has made a gain or sustained a loss in a taxation year, the following rules apply:

## (a) the amount, if any, by which

(i) the total of all such gains made by the taxpayer in the year (to the extent of the amounts thereof that would not, if section 3 were read in the manner described in paragraph (1)(a) of this section, be included in computing the taxpayer's income for the year or any other taxation year)

exceeds

(ii) the total of all such losses sustained by the taxpayer in the year (to the extent of the amounts thereof that would not, if section 3 were read in the manner described in paragraph (1)(a) of this section, be deductible in computing the taxpayer's income for the year or any other taxation year), and

(iii) if the taxpayer is an individual, \$200,

shall be deemed to be a capital gain of the taxpayer for the year from the disposition of currency of a country other than Canada, the amount of which capital gain is the amount determined under this paragraph; and

## (b) the amount, if any, by which

(i) the total determined under subparagraph (a)(ii),

exceeds

(ii) the total determined under subparagraph (a)(i), and

(iii) if the taxpayer is an individual, \$200,

shall be deemed to be a capital loss of the taxpayer for the year from the disposition of currency of a country other than Canada, the amount of which capital loss is the amount determined under this paragraph.

## 39. . . .

(2) Malgré le paragraphe (1), lorsque, par suite de toute fluctuation, postérieure à 1971, de la valeur de la monnaie ou des monnaies d'un ou de plusieurs pays étrangers par rapport à la monnaie canadienne, un contribuable a réalisé un gain ou subi une perte au cours d'une année d'imposition, les règles suivantes s'appliquent :

a) est réputé être un gain en capital du contribuable pour l'année, tiré de la disposition de la monnaie d'un pays étranger, gain en capital qui est le montant déterminé en vertu du présent alinéa, l'excédent éventuel :

(i) du total de ces gains réalisés par le contribuable au cours de l'année (jusqu'à concurrence des montants de ceux-ci qui, si l'article 3 était lu de la manière indiquée à l'alinéa (1)a) du présent article, ne seraient pas inclus dans le calcul de son revenu pour l'année ou pour toute autre année d'imposition),

sur :

(ii) le total des pertes subies par le contribuable au cours de l'année (jusqu'à concurrence des montants de celles-ci qui, si l'article 3 était lu de la manière indiquée à l'alinéa (1)a) du présent article, ne seraient pas déductibles dans le calcul de son revenu pour l'année ou pour toute autre année d'imposition),

(iii) si le contribuable est un particulier, 200 \$;

b) est réputé être une perte en capital du contribuable pour l'année, résultant de la disposition de la monnaie d'un pays étranger, perte en capital qui est le montant déterminé en vertu du présent alinéa, l'excédent éventuel :

(i) du total déterminé en vertu du sous-alinéa a)(ii),

sur :

(ii) le total déterminé en vertu du sous-alinéa a)(i),

(iii) si le contribuable est un particulier, 200 \$.

20

In addition, s. 39(3) provides specific rules in respect of gains and losses arising out of purchases of bonds on the open market:

**39. . . .**

(3) Where a taxpayer has issued any bond, debenture or similar obligation and has at any subsequent time in a taxation year and after 1971 purchased the obligation in the open market, in the manner in which any such obligation would normally be purchased in the open market by any member of the public,

(a) the amount, if any, by which the amount for which the obligation was issued by the taxpayer exceeds the purchase price paid or agreed to be paid by the taxpayer for the obligation shall be deemed to be a capital gain of the taxpayer for the taxation year from the disposition of a capital property, and

(b) the amount, if any, by which the purchase price paid or agreed to be paid by the taxpayer for the obligation exceeds the greater of the principal amount of the obligation and the amount for which it was issued by the taxpayer shall be deemed to be a capital loss of the taxpayer for the taxation year from the disposition of a capital property,

to the extent that the amount determined under paragraph (a) or (b) would not, if section 3 were read in the manner described in paragraph (1)(a) and this Act were read without reference to subsections 80(12) and (13), be included or be deductible, as the case may be, in computing the taxpayer's income for the year or any other taxation year.

*C. Positions of the Parties*

21

In the Minister's opinion, s. 20(1)(f) is clear in its wording and purpose. It establishes a specific deduction for discounts on the issuance of debt instruments. The provision was never intended to address the tax consequences of foreign exchange losses related to the issuance and redemption of foreign currency bonds or debentures, or, in the *Inco* case, to the purchase of such bonds or debentures on the open market. Section 39(2) applies, and it treats such losses as capital losses, which can only be set off against capital gains.

22

The taxpayers, too, rely on the clarity of the wording of s. 20(1)(f). In their opinion, this

Le paragraphe 39(3) établit en outre des règles particulières à l'égard des gains et pertes résultant de l'achat d'obligations sur le marché libre :

**39. . . .**

(3) Lorsqu'un contribuable a émis quelque obligation, ou titre semblable et qu'il a, à un moment donné au cours d'une année d'imposition, postérieur à 1971, acheté le titre sur le marché libre, de la façon que tout semblable titre serait normalement acheté sur le marché libre par le grand public :

a) l'excédent éventuel du montant pour lequel le contribuable a émis le titre sur le prix d'achat que le contribuable a payé ou est convenu de payer pour le titre est réputé représenter un gain en capital, pour le contribuable, tiré, pour l'année d'imposition, de la disposition d'une immobilisation;

b) l'excédent éventuel du prix d'achat que le contribuable a payé ou est convenu de payer pour le titre sur le plus élevé du principal du titre et du montant pour lequel celui-ci a été émis par le contribuable est réputé représenter une perte en capital, pour le contribuable, résultant, pour l'année d'imposition, de la disposition d'une immobilisation,

dans la mesure où le montant déterminé selon les alinéas a) ou b) ne serait pas inclus ou déductible, selon le cas, dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année ou pour une autre année d'imposition, si l'article 3 était lu de la manière indiquée à l'alinéa (1)a) et s'il n'était pas tenu compte des paragraphes 80(12) et (13).

*C. Positions des parties*

Selon le ministre, le libellé et l'objet de l'al. 20(1)(f) sont clairs. Il établit une déduction particulière pour les escomptes d'émission des titres de créance. Cette disposition n'a jamais été censée viser les conséquences fiscales des pertes sur change liées à l'émission et au rachat d'obligations ou de débentures libellées en monnaie étrangère ou, comme dans l'affaire *Inco*, à l'achat de telles obligations ou débentures sur le marché libre. Le paragraphe 39(2) s'applique, et il traite ces pertes sur change comme des pertes en capital, qui ne sont déductibles que des gains en capital.

Les contribuables invoquent elles aussi la clarté du libellé de l'al. 20(1)(f). Elles estiment que cette

provision, properly understood, simply means that foreign exchange losses in respect of debt instruments are deemed to be deductible from profits for income tax purposes. Section 39(2) merely plays the role of a residual basket clause which applies only when other provisions do not.

Whichever way we turn, therefore, this is another classic case of interpretation of tax statutes. What are these provisions? How do they interrelate? Given the nature of this problem, a brief review of the principles of interpretation applicable to tax statutes is appropriate.

#### D. *Principles of Interpretation Applicable to Tax Statutes*

This Court has produced a considerable body of case law on the interpretation of tax statutes. I neither intend nor need to fully review it. I will focus on a few key principles which appear to flow from it, and on their development.

The jurisprudence of this Court is grounded in the modern approach to statutory interpretation. Since *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, the Court has held that the strict approach to the interpretation of tax statutes is no longer appropriate and that the modern approach should also apply to such statutes:

[T]he 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 . . . .

(E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; *Stuart*, at p. 578, *per* Estey J.; *Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, [2001] 2 S.C.R. 1082, 2001 SCC 62, at para. 36, *per* Iacobucci J.)

Despite this endorsement of the modern approach, the particular nature of tax statutes and the peculiarities of their often complex structures explain a continuing emphasis on the need to carefully consider the actual words of the *ITA*, so that

disposition, correctement interprétée, signifie simplement que les pertes sur change liées à des titres de créance sont réputées être déductibles des profits aux fins de calcul de l'impôt sur le revenu. Le paragraphe 39(2) sert seulement de clause résiduelle « fourre-tout » qui ne s'applique que lorsque les autres dispositions ne s'appliquent pas.

Quel que soit l'angle sous lequel on l'aborde, on se trouve donc en présence d'un autre cas classique d'interprétation des lois fiscales. Quelles sont ces dispositions? Comment sont-elles liées entre elles? Vu la nature du problème, un bref examen des principes d'interprétation applicables aux lois fiscales s'impose.

#### D. *Principes d'interprétation applicables aux lois fiscales*

Notre Cour a créé une jurisprudence considérable en matière d'interprétation des lois fiscales. Je n'ai pas l'intention de l'examiner au complet, et il n'est pas nécessaire que je le fasse non plus. Je me concentrerai sur quelques principes clés qui semblent s'en dégager, de même que sur l'évolution de ces principes.

La jurisprudence de notre Cour se fonde sur la méthode moderne d'interprétation législative. Depuis l'arrêt *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, la Cour a statué que l'interprétation stricte des lois fiscales n'est plus appropriée, et que la méthode moderne doit aussi s'appliquer à ces lois :

[TRADUCTION] [I]l 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 . . .

(E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87; *Stuart*, p. 578, le juge Estey; *Entreprises Ludco Ltée c. Canada*, [2001] 2 R.C.S. 1082, 2001 CSC 62, par. 36, le juge Iacobucci)

Malgré cette approbation de la méthode moderne, la nature particulière des lois fiscales et les caractéristiques de leurs structures souvent complexes expliquent pourquoi on a toujours mis l'accent sur la nécessité d'examiner attentivement le

23

24

25

26

taxpayers can safely rely on them when conducting business and arranging their tax affairs. Broad considerations of statutory purpose should not be allowed to displace the specific language used by Parliament (*Ludco*, at paras. 38-39).

27

The Court recently reasserted the key principles governing the interpretation of tax statutes — although in the context of the “general anti-avoidance rule”, or “GAAR” — in its judgments in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 601, 2005 SCC 54, and *Mathew v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 643, 2005 SCC 55. On the one hand, the Court acknowledged the continuing relevance of a textual interpretation of such statutes. On the other hand, it emphasized the importance of reading their provisions in context, that is, within the overall scheme of the legislation, as required by the modern approach.

28

In their joint reasons in *Canada Trustco*, the Chief Justice and Major J. stated at the outset that the modern approach applies to the interpretation of tax statutes. Words are to be read in context, in light of the statute as a whole, that is, always keeping in mind the words of its other provisions:

It has been long established as a matter of statutory interpretation that “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”: see *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, at para. 50. The interpretation of a statutory provision must be made according to a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the Act as a whole. When the words of a provision are precise and unequivocal, the ordinary meaning of the words play a dominant role in the interpretive process. On the other hand, where the words can support more than one reasonable meaning, the ordinary meaning of the words plays a lesser role. The relative effects of ordinary meaning, context and purpose on the interpretive process may vary, but in all cases the court must seek to read the provisions of an Act as a harmonious whole. [para. 10]

texte même de la *LIR*, de manière à permettre aux contribuables de se fonder sur celui-ci, sans risque d’erreur, pour exploiter leur entreprise et organiser leurs affaires fiscales. On ne devrait pas permettre que des considérations générales touchant l’objet de la loi se substituent aux termes précis employés par le législateur (*Ludco*, par. 38-39).

Bien qu’elle l’ait fait dans le contexte de la « règle générale anti-évitement » ou « RGAÉ », notre Cour a récemment réitéré les principes clés régissant l’interprétation des lois fiscales dans les arrêts *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601, 2005 CSC 54, et *Mathew c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 643, 2005 CSC 55. D’une part, la Cour a reconnu que l’interprétation textuelle de ces lois reste pertinente. D’autre part, elle a insisté sur l’importance d’interpréter leurs dispositions dans leur contexte, c’est-à-dire eu égard à l’esprit général de la loi, comme l’exige la méthode moderne.

Dans les motifs conjoints qu’ils ont rédigés dans l’affaire *Trustco Canada*, la Juge en chef et le juge Major ont affirmé, au départ, que la méthode moderne s’applique à l’interprétation des lois fiscales. Il faut lire les mots dans leur contexte, en tenant compte de l’ensemble de la loi, c’est-à-dire en conservant toujours à l’esprit les mots employés dans les autres dispositions de la loi :

Il est depuis longtemps établi en matière d’interprétation des lois qu’« 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 » : voir *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, par. 50. L’interprétation d’une disposition législative doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s’harmonise avec la Loi dans son ensemble. Lorsque le libellé d’une disposition est précis et non équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus d’interprétation. Par contre, lorsque les mots utilisés peuvent avoir plus d’un sens raisonnable, leur sens ordinaire joue un rôle moins important. L’incidence relative du sens ordinaire, du contexte et de l’objet sur le processus d’interprétation peut varier, mais les tribunaux doivent, dans tous les cas, chercher à interpréter les dispositions d’une loi comme formant un tout harmonieux. [par. 10]

The Chief Justice and Major J. then addressed the underlying tension between textual interpretation, taxpayers' expectations as to the reliability of their tax and business arrangements, the legislature's objectives and the purposes of specific provisions or of the statute as a whole:

As a result of the Duke of Westminster principle (*Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1 (H.L.)) that taxpayers are entitled to arrange their affairs to minimize the amount of tax payable, Canadian tax legislation received a strict interpretation in an era of more literal statutory interpretation than the present. There is no doubt today that all statutes, including the *Income Tax Act*, must be interpreted in a textual, contextual and purposive way. However, the particularity and detail of many tax provisions have often led to an emphasis on textual interpretation. Where Parliament has specified precisely what conditions must be satisfied to achieve a particular result, it is reasonable to assume that Parliament intended that taxpayers would rely on such provisions to achieve the result they prescribe. [para. 11]

(See also *Mathew*, at paras. 42-43.)

Keeping in mind those principles and the tension between them, our Court must now determine the meaning of s. 20(1)(f). The provision includes a rough equation or mathematical formula. The problem is understanding what should go into this equation.

E. *Disagreement About the Section 20(1)(f) Formula*

As we have seen, s. 3 of the *ITA* establishes the basic formula for the calculation of income under the *ITA*. Specifically, it sets out the various sources of income and provides that capital gains and losses are to be determined independently of income from sources such as employment, business and property. Section 9 defines income from a business as the taxpayer's profit from that business. Section 9 is subject to s. 18, which prohibits the deduction of certain amounts in computing income from business or property. Section 18(1)(b) prohibits the deduction of amounts paid on account of capital.

La Juge en chef et le juge Major ont ensuite abordé le problème de la tension sous-jacente entre l'interprétation textuelle, les attentes des contribuables concernant la fiabilité de leurs arrangements fiscaux et commerciaux, les objectifs du législateur et les objets de certaines dispositions ou de la loi dans son ensemble :

En raison du principe du duc de Westminster (*Commissioners of Inland Revenue c. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1 (H.L.)), selon lequel le contribuable a le droit d'organiser ses affaires de façon à réduire au maximum l'impôt qu'il doit payer, le droit fiscal canadien a reçu une interprétation stricte à une époque où l'interprétation littérale des lois était plus courante qu'aujourd'hui. De nos jours, il ne fait aucun doute que toutes les lois, y compris la *Loi de l'impôt sur le revenu*, doivent être interprétées de manière textuelle, contextuelle et téléologique. Cependant, le caractère détaillé et précis de nombreuses dispositions fiscales a souvent incité à mettre l'accent sur l'interprétation textuelle. Lorsque le législateur précise les conditions à remplir pour obtenir un résultat donné, on peut raisonnablement supposer qu'il a voulu que le contribuable s'appuie sur ces dispositions pour obtenir le résultat qu'elles prescrivent. [par. 11]

(Voir aussi *Mathew*, par. 42-43.)

Compte tenu de ces principes et de la tension qui existe entre eux, notre Cour doit maintenant déterminer le sens de l'al. 20(1)f). Cette disposition contient une équation ou formule mathématique sommaire. Le problème est de comprendre les composantes de cette équation.

E. *Désaccord au sujet de la formule de l'al. 20(1)f)*

Comme nous l'avons vu, l'art. 3 *LIR* établit la formule de base applicable au calcul du revenu selon la *LIR*. Plus particulièrement, il énonce les différentes sources de revenu et précise que les gains et pertes en capital doivent être déterminés indépendamment du revenu tiré notamment d'un emploi, d'une entreprise ou d'un bien. L'article 9 définit le revenu tiré d'une entreprise comme étant le bénéfice que le contribuable tire de cette entreprise. L'article 9 est subordonné à l'art. 18, qui interdit de déduire certains montants en calculant le revenu tiré d'une entreprise ou d'un bien. L'alinéa 18(1)b) prohibe la déduction des paiements à titre de capital.

32

The respondents in both cases issued the debentures to raise financial capital and the borrowing is accordingly on capital account. Any costs related to that borrowing are therefore “payment[s] on account of capital” within the meaning of s. 18(1)(b) of the *ITA* and, as such, are not deductible from income unless the deduction thereof is expressly permitted. Similarly, any foreign exchange loss on the debentures would be a payment on account of capital because the characterization of a foreign exchange gain or loss generally follows the characterization of the underlying transaction: *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, at para. 68; *Tip Top Tailors Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1957] S.C.R. 703, at p. 707. As was mentioned above, s. 20 of the *ITA* provides for a number of deductions for capital outlays “[n]otwithstanding paragraphs 18(1)(a), (b) and (h)”. The instant cases turn on the proper interpretation of the deduction encompassed by s. 20(1)(f). Specifically, the question is whether the deduction provided for in para. (f) is exclusively one for original issue discounts or whether it is instead a broader deduction that applies more generally to the capital cost of borrowing.

Les intimées ont, dans les deux cas, émis les débetures dans le but d’obtenir un capital financier et l’emprunt est, de ce fait, au titre du capital. Tous les coûts liés à cet emprunt constituent donc des « paiement[s] à titre de capital » au sens de l’al. 18(1)(b) *LIR* et ne sont donc pas déductibles du revenu, à moins que leur déduction ne soit expressément permise. De même, toute perte sur change liée aux débetures constituerait un paiement à titre de capital puisque la qualification du profit ou de la perte sur change découle généralement de la qualification de l’opération en cause : *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, par. 68; *Tip Top Tailors Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1957] R.C.S. 703, p. 707. Comme nous l’avons vu, l’art. 20 *LIR* prévoit la déduction d’un certain nombre de dépenses en capital « [m]algré les alinéas 18(1)(a), (b) et (h) ». Les présentes affaires portent essentiellement sur l’interprétation à donner à la déduction visée par l’al. 20(1)(f). Plus particulièrement, il s’agit de déterminer si la déduction prévue à l’al. (f) s’applique uniquement à l’escompte initial d’émission ou s’il s’agit plutôt d’une déduction plus large qui s’applique plus généralement au coût en capital de l’emprunt.

33

The formula described in s. 20(1)(f) is as follows:

$$X = [\text{lesser of A or B}] - [C]$$

where

**X** is the amount of the *deduction*;  
**A** is the *principal amount* of the obligation;  
**B** is *all amounts paid* in the year or in any preceding year in satisfaction of the principal amount; and  
**C** is the amount for which the obligation was *issued*.

La formule énoncée à l’al. 20(1)(f) est la suivante :

$$X = [\text{le moindre de A et B}] - [C]$$

et

**X** est le montant de la *déduction*;  
**A** correspond au *principal* du titre;  
**B** correspond au *total des sommes payées* au cours de l’année ou d’une année antérieure en acquittement du principal du titre;  
**C** correspond à la somme pour laquelle le titre a été *émis*.

34

The parties agree that all the amounts must be converted into Canadian dollars. They further agree that C (the issue amount) must be converted at the exchange rate on the date of issue (1989) and that B (the amounts actually paid) must be converted at the exchange rate on the date of disposition (1999 and 2000). The parties disagree about the exchange rate applicable to the calculation of A (the principal amount). The appellant submits that

Les parties conviennent que tous les montants doivent être convertis en dollars canadiens. Elles reconnaissent également que C (le montant de l’émission) doit être converti selon le taux de change en vigueur à la date d’émission (1989) et que B (le total des sommes réellement payées) doit être converti au taux de change en vigueur à la date de disposition (1999 et 2000). Toutefois, les parties ne s’entendent pas sur le taux de change

A is a fixed amount in Canadian dollars as of the issue date, while the respondents submit that for an obligation issued in foreign currency, the principal amount (A) fluctuates with the exchange rate and is not fixed until the date of disposition.

In *Imperial Oil*, Miller J. concluded that the calculation could be performed entirely in U.S. dollars, with the result (X) then being converted into Canadian dollars. In the alternative, he stated that all the amounts (including the issue amount) should be converted into Canadian dollars as of the date of disposition. The result of Miller J.'s approach is to include the foreign exchange loss attributable to the discount amount in the s. 20(1)(f) deduction, but to leave the whole of the foreign exchange loss on the redeemed debentures for the computation of a capital gain or loss under s. 39 of the Act. At the Federal Court of Appeal, Sharlow J.A. agreed with the respondents that all elements of the formula must be converted into Canadian dollars and that the principal amount (A) of the obligation is not fixed until the date of disposition. The result of Sharlow J.A.'s approach is to include the whole of the foreign exchange loss on the debentures in the s. 20(1)(f) deduction.

It is interesting to note that the interpretive difficulty in the cases at bar seems to stem primarily from the introduction of a foreign exchange element into the statutory formula. If the debentures had been issued in Canadian dollars, the meaning and application of s. 20(1)(f) would be relatively clear. In such a case, it appears that the only clear referent of s. 20(1)(f) would be original issue discounts — shallow discounts in subpara. (i) and deep discounts in subpara. (ii). When a loan obligation denominated in foreign currency is involved, the application of s. 20(1)(f) becomes less clear. The Minister's position puts a greater emphasis on discerning Parliament's intent, from both extrinsic and intrinsic evidence, while the respondents' position leans more towards a textual interpretation, starting from the definition of "principal amount" in s. 248(1) and the use of that same expression in other provisions of the *ITA*. While the Minister

applicable au calcul de A (le principal). L'appelante soutient que A correspond à un montant fixé en dollars canadiens à la date d'émission, alors que les intimées prétendent que le principal (A) d'un titre émis en devises étrangères varie selon le taux de change et n'est fixé qu'à la date de disposition.

Dans l'affaire *Compagnie pétrolière Impériale*, le juge Miller a conclu qu'on pouvait effectuer le calcul entièrement en dollars américains, pour ensuite convertir le résultat (X) en dollars canadiens. Subsidiairement, il a affirmé que tous les montants (y compris le montant de l'émission) devraient être convertis en dollars canadiens à la date de disposition. La méthode préconisée par le juge Miller inclut ainsi la perte sur change attribuable à l'escompte dans la déduction prévue à l'al. 20(1)f), mais fait entrer dans le calcul du gain ou de la perte en capital, prévu à l'art. 39 de la Loi, la totalité de la perte sur change liée aux débentures rachetées. La juge Sharlow de la Cour d'appel fédérale a convenu avec les intimées que tous les éléments de la formule doivent être convertis en dollars canadiens et que le principal (A) du titre n'est fixé qu'à la date de disposition. La méthode adoptée par la juge Sharlow a donc pour effet d'inclure la totalité de la perte sur change liée aux débentures dans la déduction prévue à l'al. 20(1)f).

Il est intéressant de noter que, dans les présentes affaires, le problème d'interprétation semble surtout tenir à l'introduction d'un élément de conversion de devises dans la formule établie par la loi. Si les débentures avaient été émises en dollars canadiens, le sens et l'application de l'al. 20(1)f) seraient relativement clairs. Dans un tel cas, il semble que le seul référent manifeste de l'al. 20(1)f) serait l'escompte initial d'émission — faible escompte au sous-al. 20(1)f)(i) et fort escompte au sous-al. 20(1)f)(ii). L'application de l'al. 20(1)f) devient moins claire lorsqu'il est question d'un prêt libellé en monnaie étrangère. La thèse du ministre accorde plus d'importance à la recherche de l'intention du législateur tant dans la preuve extrinsèque que dans la preuve intrinsèque, alors que celle des intimées favorise davantage l'interprétation textuelle, à commencer par la définition du terme « principal » au par. 248(1) et l'emploi de ce même terme dans d'autres

35

36

argues that s. 20(1)(f) is limited to original issue discounts, the respondents argue that s. 20(1)(f) was intended to cover both discounts *and* other capital costs of borrowing.

37

In my opinion, the greatest difficulty with these appeals stems from the fact that all parties agree, as did the Federal Court of Appeal, that *Gaynor* stands for the proposition that each element of a statutory formula in the *ITA* must be converted into Canadian dollars in order to determine the amount that may be deducted pursuant to the provision in question. The effect of this position would be to make it easier to roll foreign exchange gains and losses over into other deductions, such as the s. 20(1)(f) deduction at issue in the instant cases. Miller J. rejected this position in *Imperial Oil*, concluding that the amount referred to in s. 20(1)(f) could be determined in foreign currency, with only the *result* being translated into Canadian dollars. If *Gaynor* does not compel the conversion of each element of a statutory formula into Canadian dollars, then the interpretive exercise is simpler and it is possible to focus more squarely on discerning whether Parliament intended the foreign exchange losses to be deductible under s. 20(1)(f).

38

To resolve this problem, I will begin by addressing a line of cases cited by the respondent, *Imperial Oil*, for the proposition that foreign currency is no different from any other commodity under Canadian tax law. If this proposition holds, it would strengthen the case for bringing fluctuations in the value of foreign currency into the s. 20(1)(f) equation. I will then turn to a discussion of *Gaynor* and the related U.K. case law examined by Miller J. in *Imperial Oil*.

#### F. *Money as a Commodity*

39

*Imperial Oil* submits that, in Canada, foreign currency does not differ from any other commodity. A foreign amount is unknown to Canadian law

dispositions de la *LIR*. Alors que le ministre prétend que l'al. 20(1)(f) ne porte que l'escompte initial d'émission, les intimées soutiennent que l'al. 20(1)(f) était censé viser à la fois les escomptes *et* les autres coûts en capital de l'emprunt.

À mon avis, la plus grande difficulté que soulèvent les présents pourvois tient au fait que toutes les parties conviennent, comme l'a fait la Cour d'appel fédérale, que l'arrêt *Gaynor* permet d'affirmer que chaque élément d'une formule établie dans la *LIR* doit être converti en dollars canadiens pour déterminer le montant déductible selon la disposition en question. Ce point de vue aurait pour effet de faciliter l'inclusion des profits et pertes sur change dans le calcul d'autres déductions comme celle prévue à l'al. 20(1)(f), qui est en cause dans les présentes affaires. Le juge Miller a rejeté cette méthode dans l'affaire *Compagnie pétrolière Impériale*, concluant que le montant mentionné à l'al. 20(1)(f) pouvait être établi en monnaie étrangère et que seul le *résultat* pouvait être converti en dollars canadiens. Si l'arrêt *Gaynor* n'impose pas la conversion en dollars canadiens de tous les éléments d'une formule établie par la loi, l'exercice d'interprétation s'en trouve simplifié et il devient possible de se concentrer plus directement sur la question de savoir si le législateur a voulu que les pertes sur change soient déductibles en vertu de l'al. 20(1)(f).

Pour résoudre ce problème, je traiterai d'abord du courant jurisprudentiel que l'intimée, la *Compagnie pétrolière Impériale*, a invoqué à l'appui de l'affirmation que la monnaie étrangère n'est aucunement différente de toute autre marchandise en droit fiscal canadien. Si cette affirmation tenait, elle militerait en faveur de l'inclusion de la fluctuation de la valeur d'une monnaie étrangère dans l'équation établie à l'al. 20(1)(f). J'analyserai ensuite l'arrêt *Gaynor* et la jurisprudence britannique connexe examinée par le juge Miller dans l'affaire *Compagnie pétrolière Impériale*.

#### F. *La monnaie en tant que marchandise*

La *Compagnie pétrolière Impériale* fait valoir qu'au Canada la monnaie étrangère ne diffère aucunement des autres marchandises. En droit canadien,



unless it is converted into Canadian dollars. Such a conversion is required in order to properly interpret and apply the s. 20(1)(f) formula. Imperial Oil argues that a strong body of case law supports its position. But do the cases it cites really stand for this proposition and for the legal consequences it draws from them? I will now turn to the cases in question to determine what principles can be drawn from them.

In *Tip Top Tailors*, the taxpayer company purchased quantities of cloth in Great Britain. The taxpayer's normal practice was to pay for each lot by purchasing sterling at the prevailing exchange rate. In 1948, the taxpayer foresaw that the pound sterling would be devalued and arranged for a line of credit on a British bank account that would not have to be repaid until the end of the year. The taxpayer recorded the individual purchases in the Canadian dollar amount at the exchange rate prevailing at the time of the purchases. At the end of the year, when the line of credit was repaid, the pound had in fact been devalued and the taxpayer realized a profit. The issue was whether that profit was a capital gain or on income account. The Court held that the debt had been created in the course of trade and that any foreign exchange gain realized on the debt was on income account.

The facts in *Eli Lilly and Co. (Canada) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1955] S.C.R. 745, were analogous. In that case, the taxpayer company purchased goods from its U.S. parent company. The taxpayer was billed in U.S. dollars but did not settle the account for a number of years, entering the amount of indebtedness for each year in its books in Canadian dollars. In the tax year in question, the Canadian dollar attained parity with the U.S. dollar and the taxpayer settled the account. The taxpayer sought to claim the "Foreign Exchange Premium Reduction" as a capital gain. Estey J., writing for the majority, held that the cost of exchange arising out of fluctuations in foreign currency is an ordinary expense in relation to

un montant en monnaie étrangère ne signifie rien à moins d'être converti en dollars canadiens. Cette conversion est nécessaire pour interpréter et appliquer correctement la formule de l'al. 20(1)f). La Compagnie pétrolière Impériale affirme qu'un fort courant jurisprudentiel étaye sa thèse. Cependant, la jurisprudence qu'elle cite appuie-t-elle vraiment cette thèse et les conséquences juridiques qui en découlent selon elle? J'examinerai maintenant la jurisprudence en question pour déterminer quels principes s'en dégagent.

Dans l'affaire *Tip Top Tailors*, la société contribuable achetait d'importantes quantités de vêtements en Grande-Bretagne. Elle avait l'habitude de payer chaque lot en achetant des livres sterling au taux de change en vigueur. En 1948, prévoyant que la livre sterling serait dévaluée, la contribuable a pris des mesures pour ouvrir dans un compte bancaire britannique une marge de crédit qui n'aurait pas à être remboursée avant la fin de l'année. Elle a comptabilisé chacun des achats en dollars canadiens selon le taux de change en vigueur au moment où ils étaient effectués. À la fin de l'année, au moment du remboursement de la marge de crédit, la livre sterling avait effectivement été dévaluée et la contribuable a réalisé un profit. Il s'agissait de savoir si ce profit constituait un gain en capital ou un profit au titre du revenu. La Cour a conclu que la dette avait pris naissance dans le cours du commerce et que tout profit sur change réalisé sur la dette était au titre du revenu.

Les faits en cause dans l'affaire *Eli Lilly and Co. (Canada) Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1955] R.C.S. 745, étaient similaires. Dans cette affaire, la société contribuable, qui achetait auprès de sa société mère américaine des produits facturés en dollars américains, s'était abstenue de régler le compte pendant un certain nombre d'années et avait comptabilisé en dollars canadiens le montant de sa dette pour chaque année. Au cours de l'année fiscale en cause, le dollar canadien a atteint la parité avec le dollar américain et la contribuable a réglé le compte. Elle a tenté de déclarer à titre de gain en capital la réduction relative au facteur d'ajustement pour les changes. S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge Estey a conclu que

40

41

foreign trade and that it must be accounted for in the computation of income tax.

42 In *Alberta Gas Trunk Line Co. v. Minister of National Revenue*, [1972] S.C.R. 498, the taxpayer entered into a contract for the transportation of natural gas. The payments the taxpayer received on that contract were partly in Canadian dollars and partly in U.S. dollars. The taxpayer argued that the U.S. dollar portion of the payments were in fact part of a second promise to indemnify the taxpayer for any losses it might incur on certain USD amounts it had *borrowed*. The Court rejected this characterization, concluding that the USD amounts received were in payment of services rendered. It accordingly held that the full (i.e., Canadian dollar) value of the amounts had to be included in income under s. 3 of the *ITA*.

43 *Imperial Tobacco Co. v. Kelly*, [1943] 2 All E.R. 119 (C.A.), is analogous to the Canadian cases. In that case, the taxpayer company was a tobacco manufacturer that had purchased large quantities of tobacco leaf from the United States. In order to finance these purchases, the company had purchased quantities of U.S. dollars sufficient to cover its U.S. dollar purchases and expenses for the year. When the war broke out in 1939, at the request of the Treasury, the taxpayer stopped all further purchases of tobacco leaf in the United States and was, as a result, left with a large holding of U.S. dollars. The taxpayer sold its surplus dollars to the Treasury, as it was required to do, and realized a profit on that exchange.

44 The taxpayer argued that the profit was a capital gain realized on a temporary investment in foreign currency. The Court of Appeal disagreed, concluding that the foreign exchange gain was directly linked to the taxpayer's ordinary commercial operation and that it should be included in income. Lord Greene, M.R., stated that the company "ha[d] sold

les frais de change découlant des fluctuations d'une monnaie étrangère constituent une dépense courante liée au commerce extérieur et qu'ils doivent être pris en compte dans le calcul de l'impôt sur le revenu.

Dans l'affaire *Alberta Gas Trunk Line Co. c. Ministre du Revenu national*, [1972] R.C.S. 498, la contribuable avait conclu un contrat de transport de gaz naturel. Les paiements que celle-ci avait reçus en vertu de ce contrat étaient partiellement en dollars canadiens et partiellement en dollars américains. La contribuable a soutenu que la partie en dollars américains des paiements était, en fait, visée par une deuxième promesse de l'indemniser de toute perte qu'elle pourrait subir à l'égard de certains montants en dollars américains qu'elle avait *empruntés*. La Cour a rejeté cette interprétation, concluant que les montants en dollars américains avaient été reçus à titre de paiement pour des services rendus. Elle a donc décidé que leur pleine valeur (en dollars canadiens) devait être incluse dans le revenu en application de l'art. 3 *LIR*.

L'arrêt *Imperial Tobacco Co. c. Kelly*, [1943] 2 All E.R. 119 (C.A.), présente une analogie avec la jurisprudence canadienne. Dans cette affaire, la société contribuable était une fabricante de tabac qui avait acheté de grandes quantités de feuilles de tabac aux États-Unis. Pour financer ces achats, la société avait acheté suffisamment de devises américaines pour couvrir ses achats et dépenses en dollars américains pour l'année. Lorsque la guerre a éclaté en 1939, la contribuable a cessé, à la demande du Treasury, tout achat de feuilles de tabac aux États-Unis, et s'est ainsi retrouvée en possession d'une grande quantité de dollars américains. La contribuable a vendu ses dollars excédentaires au Treasury, comme on lui avait demandé de le faire, ce qui lui a permis de réaliser un profit sur change.

La contribuable a fait valoir que ce profit constituait un gain en capital réalisé sur un placement à court terme en monnaie étrangère. La Cour d'appel, qui n'était pas de cet avis, a estimé que le profit sur change était directement lié aux activités commerciales courantes de la contribuable et devait être inclus dans son revenu. Le maître des rôles

a surplus stock of dollars which it had acquired for the purpose of effecting a transaction on revenue account” (p. 121). He added that in the circumstances, the U.S. dollars functioned as a commodity in that, like other commodities, their value in relation to sterling was a fluctuating one. I doubt that this observation can, as the respondent suggests, be fairly interpreted to mean that foreign currency *necessarily* has the character of a commodity. It seems to follow from the characterization of the foreign currency as *inventory* such that any profits arising out of its sale would be on income, not on capital, account.

In my view, the above cases stand for the proposition that foreign exchange gains and losses incurred in relation to foreign trade cannot be separated from the underlying transaction such that the foreign exchange gain or loss would be on capital account while the underlying transaction would be on income account. In such a case, the foreign exchange gain or loss is an intrinsic element of the price received or paid for a company’s goods and must be included in the computation of income. Where, as in *Kelly*, the underlying transaction falls through for some reason, a foreign exchange gain that was incurred in relation to that transaction is not transformed into a capital transaction. The effect of converting foreign currency amounts into Canadian dollars is simply to consider the foreign exchange gain or loss to be on the same account as the underlying transaction. The above cases are not of assistance in the cases at bar, where it is common ground that but for an express statutory provision, the foreign exchange loss would be on capital account because the borrowing was on capital account. The difficulty here lies in discerning whether Parliament intended, in enacting s. 20(1)(f), to make the capital cost of borrowing in a foreign currency deductible from business income.

G. *Conversion Under Gaynor v. The Queen and Related British Case Law*

While both parties rely on *Gaynor* in seeking the proper interpretation of s. 20(1)(f), each of them

lord Greene a affirmé que la société [TRADUCTION] « a[vait] vendu un stock excédentaire de dollars qu’elle avait acquis en vue d’effectuer une opération au titre du revenu » (p. 121). Il a ajouté que, dans les circonstances, les dollars américains étaient assimilés à des marchandises parce que, comme toute autre marchandise, leur valeur eu égard à la livre sterling était fluctuante. Je doute que cette affirmation puisse, comme le laisse entendre l’intimée, être à juste titre interprétée comme signifiant que la monnaie étrangère doit *nécessairement* être traitée comme une marchandise. Cela semble découler du fait que la monnaie étrangère a été qualifiée de *stock* de manière à ce que tous les profits résultant de sa vente soient au titre du revenu et non du capital.

À mon avis, la jurisprudence susmentionnée permet d’affirmer que les profits et pertes sur change liés au commerce extérieur sont indissociables de l’opération sous-jacente de sorte que le profit ou la perte sur change serait au titre du capital alors que l’opération sous-jacente serait au titre du revenu. Dans un tel cas, les profits ou pertes sur change font partie intégrante du prix reçu ou payé pour les produits d’une société et doivent être inclus dans le calcul du revenu. Dans les cas où, comme dans l’affaire *Kelly*, l’opération sous-jacente n’aboutit pas pour une raison ou pour une autre, le profit sur change lié à cette opération ne devient pas pour autant un gain en capital. La conversion en dollars canadiens des sommes en devises étrangères permet simplement de considérer que le profit ou la perte sur change sont au même titre que l’opération sous-jacente. La jurisprudence susmentionnée n’est d’aucun secours dans les présentes affaires, où nul ne conteste que, en l’absence d’une disposition législative expresse, la perte sur change serait au titre du capital parce que l’emprunt était au titre du capital. Le problème ici est de savoir si, en édictant l’al. 20(1)(f), le législateur a voulu faire en sorte que le coût en capital d’un emprunt en monnaie étrangère soit déductible du revenu d’entreprise.

G. *Conversion selon l’arrêt Gaynor c. Canada et la jurisprudence britannique connexe*

Les parties font toutes les deux appel à l’arrêt *Gaynor* pour déterminer l’interprétation que

45

46

puts its own spin on that decision. Given the importance that appears to have been attached to the so-called “*Gaynor principle*” in the courts below and in this Court, it is worth having a good, hard look at that case. At the same time, it will be helpful to consider the related British cases reviewed by Miller J. in his discussion of *Gaynor* in order to determine whether the “*Gaynor principle*” really exists and whether it justifies the proposition that all elements of a statutory formula in Canadian tax law must be converted into Canadian dollars.

47

In *Gaynor*, the taxpayer was a U.S. citizen who was ordinarily resident in Canada. In the tax year at issue, she disposed of certain U.S. securities and reinvested the proceeds of that disposition into other U.S. securities. As the proceeds were never converted into Canadian dollars, the taxpayer calculated her capital gains using the exchange rate prevailing on the date of disposition to convert both her adjusted cost base and the proceeds of disposition, the result being that any gain or loss in the Canadian dollar value of the securities was excluded from her calculation. At the Tax Court of Canada, Sarchuk T.C.J. rejected the argument that the foreign exchange gain or loss should be reported only when foreign currency was actually exchanged: 87 D.T.C. 279. He held that capital gains and losses are by statutory definition the difference between the adjusted cost base and the proceeds of disposition and that each of these amounts had to be converted into Canadian dollars at the exchange rate prevailing at the relevant time. Sarchuk T.C.J.’s decision was upheld by Pinard J. of the Federal Court—Trial Division (88 D.T.C. 6394) and Pratte J.A. of the Federal Court of Appeal (91 D.T.C. 5288). Pratte J.A. noted that Canadian currency “is the only monetary standard of value known to Canadian law” (p. 5289) and that both the cost of the capital asset and the proceeds of disposition had to be expressed in Canadian dollars. The parties in the instant case rely on this to argue that every amount in a statutory formula must be converted into Canadian dollars. Miller J. disputed this view and turned for assistance to a

doit recevoir l’al. 20(1)f), mais chacune d’elles interprète cet arrêt à sa façon. Vu l’importance qui semble avoir été accordée au dit « principe *Gaynor* » devant les tribunaux d’instance inférieure et devant notre Cour, il convient d’examiner attentivement cet arrêt. Du même coup, il sera utile de consulter la jurisprudence britannique connexe que le juge Miller a étudiée en analysant l’arrêt *Gaynor* pour décider si le « principe *Gaynor* » existe réellement et s’il permet d’affirmer que tous les éléments d’une formule prévue par le droit fiscal canadien doivent être convertis en dollars canadiens.

Dans l’affaire *Gaynor*, la contribuable était une citoyenne américaine résidant habituellement au Canada. Au cours de l’année fiscale en cause, elle avait disposé de certains titres américains, puis avait réinvesti le produit de cette disposition dans d’autres titres américains. Le produit n’ayant jamais été converti en dollars canadiens, la contribuable a calculé ses gains en capital à l’aide du taux de change en vigueur au moment de la disposition pour convertir aussi bien le prix de base rajusté que le produit de la disposition, de sorte que tous les profits ou pertes liés à la valeur en dollars canadiens des titres ont été exclus du calcul. Le juge Sarchuk de la Cour canadienne de l’impôt a rejeté l’argument voulant que les profits ou pertes sur change ne doivent être déclarés qu’une fois la monnaie étrangère réellement changée : 87 D.T.C. 279. Il a affirmé que les gains et pertes en capital sont décrits dans la loi comme correspondant à la différence entre le prix de base rajusté et le produit de la disposition, et que chacun de ces montants devait être converti en dollars canadiens selon le taux de change en vigueur à l’époque pertinente. La décision du juge Sarchuk a été confirmée par le juge Pinard de la Section de première instance de la Cour fédérale (88 D.T.C. 6394) et par le juge Pratte de la Cour d’appel fédérale ([1991] A.C.F. n° 348 (QL)). Ce dernier a souligné que la devise canadienne « est le seul étalon de valeur monétaire reconnu en droit canadien » (par. 4) et que le coût de l’immobilisation et le produit de la disposition devaient tous deux être libellés en dollars canadiens. Les parties en l’espèce se fondent sur cette affirmation pour

line of British cases dealing with the same issue the court had grappled with in *Gaynor*.

In one of those cases, *Bentley v. Pike* (1981), 53 T.C. 590, the facts were analogous to the facts in *Gaynor*. The High Court of Justice (Chancery Division) took the same approach to the conversion of foreign currency amounts into sterling as the Federal Court of Appeal would take in *Gaynor*. Vinelott J. acknowledged that the taxpayer was being called on to pay capital gains tax on a (notional) foreign exchange gain arising out of the devaluation of sterling, but he held that this was the only justifiable approach under the capital gains tax legislation.

In *Pattison (Inspector of Taxes) v. Marine Midland Ltd.*, [1984] A.C. 362 (H.L.), the taxpayer was an international banking company. In 1971, the taxpayer had borrowed US\$15 million by issuing loan stock and had used that money to lend U.S. dollars to its banking customers. In 1976, the loans to its banking customers had all been repaid (in U.S. dollars) and the taxpayer redeemed the loan stock. Between 1971 and 1976, the pound had depreciated such that the sterling equivalent of the amount the taxpayer had to repay in 1976 was greater than the sterling equivalent of the amount it received in that year. The inspector of taxes sought to characterize that loss as a capital loss that was not deductible in computing the taxpayer company's profits. He also sought to characterize as an income profit the correlative foreign exchange gain that the taxpayer (notionally) had realized on the loans it had made to its banking customers. At all material times, the taxpayer had sufficient U.S. dollar assets to meet its U.S. dollar liabilities, and the dollars were never converted into sterling. The House of Lords held that there was no gain or loss on either capital or income account, because no profit can arise from the simple return of the very thing borrowed. Lord Templeman explained that "a profit or loss may be

faire valoir que tout montant figurant dans une formule établie par la loi doit être converti en dollars canadiens. Le juge Miller a contesté cette opinion et a fait appel à un courant jurisprudentiel britannique traitant de la même question que celle dont avait été saisie la cour dans l'affaire *Gaynor*.

Dans l'une de ces affaires, *Bentley c. Pike* (1981), 53 T.C. 590, les faits étaient analogues à ceux de l'arrêt *Gaynor*. La Haute Cour de justice (Division de la chancellerie) a abordé de la même façon que la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Gaynor* la conversion en livres sterling des montants libellés en devises étrangères. Le juge Vinelott a reconnu que la contribuable était appelée à payer un impôt applicable aux gains en capital sur un profit sur change (fictif) résultant de la dévaluation de la livre sterling, mais il a conclu qu'il s'agissait là de la seule approche justifiable selon la législation fiscale sur les gains en capital.

Dans l'affaire *Pattison (Inspector of Taxes) c. Marine Midland Ltd.*, [1984] A.C. 362 (H.L.), la contribuable était une société bancaire internationale. En 1971, la contribuable avait emprunté 15 millions de dollars américains en émettant des obligations et s'était servie de cet argent pour prêter des dollars américains à ses clients. En 1976, les prêts consentis à ses clients ayant tous été remboursés (en dollars américains), la contribuable avait racheté les obligations. Entre 1971 et 1976, la livre sterling s'était dépréciée à tel point que l'équivalent en livres sterling de la somme que la contribuable devait rembourser en 1976 excédait l'équivalent en livres sterling de la somme qu'elle avait reçue au cours de la même année. Le vérificateur de l'impôt a cherché à qualifier cette perte de perte en capital non déductible du calcul des profits de la société contribuable. Il a également tenté de qualifier de profit au titre du revenu le profit sur change correspondant que celle-ci avait (fictivement) réalisé sur les prêts consentis à ses clients. À toutes les époques pertinentes, la contribuable avait eu à sa disposition un actif en dollars américains suffisant pour régler ses dettes en dollars américains, et les dollars n'avaient jamais été convertis en livres sterling. La Chambre des lords a estimé qu'il n'y avait eu ni gain ni perte, tant au titre du capital

48

49

earned or suffered if a borrower changes the currency he borrows but that profit or loss arises from the exchange transaction and not from the borrowing” (p. 372). Because there had been no conversion of the U.S. dollar, there could be no profit or loss in the circumstances.

qu’à celui du revenu, parce qu’aucun profit ne peut résulter de la simple restitution de la chose même qui a été empruntée. Lord Templeman a expliqué que [TRADUCTION] « l’emprunteur peut réaliser un profit ou subir une perte s’il change les devises qu’il emprunte, mais ce profit ou cette perte découle de l’opération de change et non de l’emprunt » (p. 372). Les dollars américains n’ayant fait l’objet d’aucune conversion, il ne pouvait y avoir ni profit ni perte dans les circonstances.

50 The decision in *Pattison* is illustrative because, as the taxpayer had pointed out, the inspector’s position was predicated on a conversion of the principal sums into sterling amounts. Without such a conversion, the amount repaid (US\$15 million) would equal the amount borrowed and there would be no profit or loss to report in the company’s tax return. The taxpayer argued that only profits actually realized should be converted into their sterling amounts. It seems implicit that in accepting the taxpayer’s position, the House of Lords rejected the proposition that the principal sums had to be converted into sterling amounts.

L’affaire *Pattison* représente un bon exemple en ce sens que, comme l’avait fait observer la contribuable, la position du vérificateur reposait sur une conversion du principal en livres sterling. Sans cette conversion, la somme remboursée (15 millions de dollars américains) équivaldrait à la somme empruntée, et il n’y aurait ni profit ni perte à signaler dans la déclaration de revenus de la société. La contribuable a soutenu que seuls les profits effectivement réalisés devaient être convertis en livres sterling. Il semble implicite qu’en souscrivant à la thèse de la contribuable la Chambre des lords a rejeté l’argument selon lequel le principal devait être converti en livres sterling.

51 In *Capcount Trading v. Evans* (1992), 65 T.C. 545 (C.A.), the taxpayer argued that *Pattison* and *Pike* were inconsistent and that *Pattison* ought to prevail such that the capital gain the taxpayer had realized on the disposition of certain (foreign) shares could be calculated by deducting the foreign currency cost from the foreign currency proceeds and converting the result into sterling at the rate prevailing on the date of disposition. The effect would have been to exclude foreign exchange gains from the calculation. Nolan L.J. held that the two cases were not inconsistent because *Pattison* concerned income while *Pike* concerned capital gains.

Dans l’affaire *Capcount Trading c. Evans* (1992), 65 T.C. 545 (C.A.), la contribuable a soutenu que les arrêts *Pattison* et *Pike* étaient incompatibles, et qu’il fallait préférer l’arrêt *Pattison* de manière à ce que le gain en capital qu’elle avait réalisé lors de la disposition de certaines actions (étrangères) puisse être calculé en déduisant le coût de l’opération de change du produit de cette opération et en convertissant le résultat en livres sterling selon le taux en vigueur au moment de la disposition. Cela aurait exclu du calcul les profits sur change. Le lord juge Nolan a estimé que les deux arrêts n’étaient pas incompatibles parce que l’arrêt *Pattison* portait sur le revenu alors que l’arrêt *Pike* visait les gains en capital.

#### H. *Implications and Application of Gaynor and Related Cases*

#### H. *Répercussions et application de l’arrêt Gaynor et de la jurisprudence connexe*

52 In my opinion, *Gaynor* does not support the proposition that all elements of a statutory formula must be converted into their Canadian dollar value

À mon avis, l’arrêt *Gaynor* ne permet pas d’affirmer que tous les éléments d’une formule établie par la loi doivent être convertis en dollars canadiens

at the relevant time. The implications of *Gaynor* are narrower than that. The decision was premised on the prior conclusion that the foreign exchange gains in issue were capital gains. Converting the amounts in the statutory formula merely simplified the method of calculating the amount of the capital gain in that case, which did not purport to establish a new general principle. The British cases I have reviewed do not lend support to such a proposition either.

*Pattison*, the only one of those cases in which conversion of the amounts at issue into sterling was *not* required, is distinguishable from the other two cases in two ways. First, the underlying assets in both *Pike* and *Capcount Trading* were capital assets, while the underlying asset in *Pattison* was (arguably, at least) on income account because the business of the taxpayer bank was borrowing and lending money. In the latter case, no conversion was necessary because the measurement of income is not concerned with the appreciation or depreciation of particular assets. Second, in both *Pike* and *Capcount Trading*, there was a disposition of the capital asset, while *Pattison* involved a borrower-lender relationship. Lord Templeman observed in *Pattison* that where there is no disposition, but merely a return of the very thing that was borrowed, the return cannot in itself trigger a profit or loss. Any such profit or loss must be rooted in an actual currency exchange transaction.

Miller J. in the Tax Court below, concluded that the U.K. cases were consistent with *Gaynor*, but that the principles articulated in those cases did not apply to the facts before him. Specifically, he opined that currency conversion is appropriate in the capital gains context and suggested, citing *Capcount Trading*, that the conceptual basis for this distinction may lie in the fact that a capital gain, by its very nature, involves measuring the appreciation or depreciation of a *particular asset* over time, while business income does not. It is not immediately clear how this can be reconciled with the line of cases discussed above. Both *Tip*

à l'époque pertinente. La portée de l'arrêt *Gaynor* demeure plus limitée. Il tenait pour acquis, au départ, que les profits sur change en cause étaient des gains en capital. La conversion des montants figurant dans la formule établie par la loi ne faisait que simplifier la méthode de calcul du gain en capital dans cette affaire, qui n'était pas censée établir un nouveau principe général. La jurisprudence britannique que j'ai examinée n'appuie pas cette affirmation non plus.

L'affaire *Pattison*, la seule où la conversion en livres sterling des montants en cause n'était *pas* requise, se distingue des deux autres affaires à deux égards. Premièrement, les biens sous-jacents dans les affaires *Pike* et *Capcount Trading* étaient des immobilisations, alors que, dans l'affaire *Pattison*, ils étaient (du moins peut-on le prétendre) au titre du revenu parce que l'entreprise de la banque contribuable consistait à emprunter et à prêter de l'argent. Dans ce dernier cas, aucune conversion ne s'imposait parce que la mesure du revenu n'a rien à voir avec l'appréciation ou la dépréciation de biens particuliers. Deuxièmement, dans les affaires *Pike* et *Capcount Trading*, les immobilisations avaient fait l'objet d'une disposition, alors que, dans l'affaire *Pattison*, il était question d'une relation prêteur-emprunteur. Lord Templeman a souligné, dans *Pattison*, que lorsqu'il survient non pas une disposition, mais une simple restitution de la chose même qui a été empruntée, cette restitution ne peut en soi entraîner un profit ou une perte. Le profit ou la perte doit découler d'une opération de change réelle.

Le juge Miller de la Cour de l'impôt a conclu que la jurisprudence britannique était compatible avec l'arrêt *Gaynor*, mais que les principes qui y sont formulés ne s'appliquaient pas aux faits dont il était saisi. Plus particulièrement, il a estimé que la conversion monétaire est indiquée dans le contexte des gains en capital et a affirmé, en citant l'arrêt *Capcount Trading*, que le fondement conceptuel de cette distinction peut tenir au fait que, de par sa nature même, un gain en capital fait intervenir une mesure de l'appréciation ou de la dépréciation d'un *bien particulier* au fil du temps, alors que le revenu d'entreprise ne le fait pas. On ne sait pas

*Top Tailors* and *Eli Lilly* involved the repayment of debts that were held to be on income account, and in both cases the Court held that there had been a foreign exchange gain on the repayment of the foreign currency debt obligation. I believe that this can be explained by the facts that the borrower-lender relationship in those cases arose directly out of the purchaser-vendor relationship and that there was an actual currency conversion (and, as a result, an *actual* foreign exchange gain), such that the foreign exchange gain was an integral part of the purchase price of the goods.

clairement, à première vue, comment cela peut se concilier avec le courant jurisprudentiel analysé plus haut. Les affaires *Tip Top Tailors* et *Eli Lilly* portaient toutes les deux sur le remboursement de dettes considérées comme étant au titre du revenu, et la Cour a dans les deux cas estimé qu'un profit sur change avait été réalisé sur le remboursement de la créance libellée en devises étrangères. Je crois que cela s'explique par le fait que, dans ces affaires, la relation prêteur-emprunteur découlait directement de la relation acheteur-vendeur, et qu'il était survenu une conversion monétaire réelle (et, par conséquent, un profit sur change *réel*) de sorte que le profit sur change faisait partie intégrante du prix d'acquisition des produits.

55

The cases at bar are analogous to *Pattison* in that they involve not a disposition, but only the repayment of principal by a debtor to a creditor. Although they are distinguishable in that the underlying transactions are on capital account, whereas the underlying transactions in *Pattison* were on income account, I think that the analysis applicable to the borrower-lender relationship is unique and is not necessarily affected by whether the debt is on income or capital account. It was rightly held in *Pattison* that without a conversion of currency, the mere repayment of the principal — the very thing that was borrowed — cannot yield a profit or a loss. Any appreciation or depreciation of the principal amount does not result from the simple fact that it has been borrowed and repaid. If there is a profit or loss, it must arise from something other than the borrower-lender relationship *per se*. In the capital gains context, the disposition of a capital asset has been treated in the cases as an event triggering taxation of the appreciation or depreciation of that asset *in addition to* any foreign exchange gains or losses, whether actual or notional. In the income context, foreign exchange gains and losses have been treated as an ordinary expense in carrying out foreign trade such that, even when incurred in separate transactions, they must be accounted for in determining the price paid or received for traded goods. In such cases, an actual *disposition* of inventory occurs, and this disposition triggers

Les présentes affaires ressemblent à l'affaire *Pattison* en ce sens qu'on y traite non pas de disposition, mais du simple remboursement du principal par un débiteur à un créancier. Bien qu'elles puissent être distinguées du fait que les opérations sous-jacentes sont au titre du capital, alors que celles de l'affaire *Pattison* étaient au titre du revenu, je crois que l'analyse applicable à la relation prêteur-emprunteur reste unique et que la question de savoir si la dette est au titre du revenu ou du capital n'influe pas nécessairement sur celle-ci. Dans l'arrêt *Pattison*, on a à juste titre statué que, sans conversion monétaire, le simple remboursement du principal — la chose même qui a été empruntée — ne peut entraîner un profit ou une perte. L'appréciation ou la dépréciation du principal ne résulte pas du seul fait qu'il a été emprunté et remboursé. Tout profit ou toute perte doit découler de quelque chose d'autre que de la relation prêteur-emprunteur proprement dite. Dans le contexte des gains en capital, la jurisprudence a considéré la disposition d'une immobilisation comme un événement provoquant la taxation de l'appréciation ou de la dépréciation de cette immobilisation *en plus* des profits ou pertes sur change, qu'ils soient réels ou fictifs. Dans le contexte du revenu, les profits et pertes sur change ont été considérés comme étant une dépense courante liée au commerce extérieur de sorte que, même s'ils résultent d'opérations distinctes, ils doivent être pris en compte pour déterminer le prix payé ou reçu pour les produits



a valuation in order to determine the actual price received for it (in domestic currency).

The issue then becomes more narrowly focussed. It will not be resolved by finding somewhere else a specific statutory rule or judge-made principle that would mandate the conversion of all statutory formulas in the *ITA* into Canadian dollars. In the end, the question is still whether s. 20(1)(f) was intended by Parliament to apply to the appreciation or depreciation of the obligation, in which case the calculation would be analogous to the computation of a capital gain, or whether it was intended to apply to an income expense or, more accurately, a point-in-time expense that would, but for that section, be a payment on account of capital. The solution will be found in the text of s. 20(1)(f), read in context, according to the principles of interpretation recently reaffirmed by this Court in *Canada Trustco* and *Mathew*. None of the interpretive aids invoked by the parties, which I will now briefly turn to, are determinative.

### I. *Interpretive Aids*

The parties have called upon various auxiliary interpretive tools to back up their submissions on the interpretation and scope of the statute. The Minister has even sought support for his position in the marginal notes, which refer to a “discount”. Although marginal notes are not entirely devoid of usefulness, their value is limited for a court that must address a serious problem of statutory interpretation. I would be loath to rely on one for that purpose and will return to the text of the statute itself, after considering some additional interpretive arguments raised by the litigants.

The Minister also relies on statements made in the House of Commons at the time of the addition of s. 20(1)(f) to the *ITA*, and on Technical Notes issued by the Department of Finance to explain the addition of, and amendments to s. 20(1)(f). Putting aside the question of the weight that should be

échangés. Dans de tels cas, une *disposition* réelle de stock se produit, et cette disposition déclenche une évaluation visant à déterminer le prix réel reçu pour celui-ci (en monnaie nationale).

La question devient alors plus précise. On ne pourra pas la résoudre en cherchant ailleurs une règle législative ou un principe jurisprudentiel qui prescrirait la conversion en dollars canadiens de toutes les formules prévues dans la *LIR*. En définitive, la question demeure toujours de savoir si le législateur a voulu que l'al. 20(1)(f) s'applique à l'appréciation ou à la dépréciation du titre, auquel cas le calcul serait analogue à celui du gain en capital, ou s'il a voulu qu'il s'applique à une dépense au titre du revenu ou, plus exactement, à une dépense ponctuelle qui, n'était-ce cet alinéa, constituerait un paiement à titre de capital. La solution se trouve dans le libellé de l'al. 20(1)(f), lu dans son contexte, conformément aux principes d'interprétation que notre Cour a réaffirmés récemment dans les arrêts *Trustco Canada* et *Mathew*. Aucun des outils d'interprétation que les parties ont invoqués, et que je vais maintenant examiner brièvement, n'est déterminant.

### I. *Outils d'interprétation*

Les parties ont fait appel à différents outils d'interprétation auxiliaires pour corroborer leurs observations concernant l'interprétation et la portée de la Loi. Le ministre a même cherché à appuyer sa thèse sur les notes marginales, qui parlent d'un « escompte ». Bien que ces notes marginales ne soient pas complètement inutiles, elles ne possèdent qu'une valeur limitée pour un tribunal chargé de régler un problème difficile d'interprétation législative. Je serais peu enclin à m'en remettre à l'une d'elles pour ce faire, et je reviendrai au texte de loi lui-même, après avoir examiné les autres arguments interprétatifs avancés par les parties.

Le ministre invoque également les déclarations faites à la Chambre des communes à l'époque où l'al. 20(1)(f) a été ajouté à la *LIR*, ainsi que les notes techniques publiées par le ministère des Finances pour expliquer l'ajout de l'al. 20(1)(f) et les modifications qui lui ont été apportées. Abstraction faite de

56

57

58

given to these interpretive aids, the difficulty with the Minister's arguments is that although both of these sources support the view that discounts were in the contemplation of Parliament when it enacted s. 20(1)(f), neither goes so far as to suggest that s. 20(1)(f) is *restricted to* discounts. Since this is the very restriction the respondents are contesting, the interpretive aids invoked by the Minister are not dispositive of the issue, although they may shed some light on Parliament's intention.

la question du poids qui devrait être accordé à ces outils d'interprétation, le problème que pose l'argumentation du ministre réside dans le fait que, bien que ces deux sources étayent le point de vue selon lequel les escomptes étaient envisagés par le législateur lorsqu'il a édicté l'al. 20(1)f), aucune d'elles ne va jusqu'à indiquer que l'al. 20(1)f) *se limite aux* escomptes. Puisqu'il s'agit là de la limite même que les intimées contestent, les outils d'interprétation invoqués par le ministre ne règlent pas la question, quoiqu'ils puissent permettre de mieux comprendre l'intention du législateur.

59

The question of the impact of the interpretive practice allegedly adopted by the Minister is more troubling. Imperial Oil puts a heavy emphasis on conflicting applications of s. 20(1)(f) by the Minister in respect of various categories of transactions. In particular, it raises the tax treatment of commodity based loans to prairie farmers in the 1980s or later and the case of a class of debt instruments known as "exchangeable debentures": Income Tax Rulings Directorate, Technical Interpretation No. 9703377, April 17, 1997; Income Tax Rulings Directorate, Advance Income Tax Ruling No. 2000-0060103, January 1, 2001. The appellant has offered no clear explanation why, in the Minister's view, s. 20(1)(f) would apply to variations in the principal amounts of debt instruments of those classes. However, much as they are to be deplored, inconsistent administrative practices are not the determinative factor in statutory interpretation. We must nevertheless return to the statute itself and to the scope of its application in respect of the specific transactions at issue in these appeals (*Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 37). If an interpretation is wrong, it does not make law. Estoppel by interpretation has not yet become a recognized doctrine of statutory construction.

La question de l'incidence de la pratique que le ministre aurait adoptée en matière d'interprétation s'avère plus préoccupante. La Compagnie pétrolière Impériale insiste fortement sur les applications contradictoires de l'al. 20(1)f) que le ministre a effectuées à l'égard de différentes catégories d'opérations. Plus particulièrement, elle évoque le traitement fiscal des prêts basés sur le cours des produits agricoles consentis aux agriculteurs des Prairies dans les années 1980 ou plus tard, et le cas d'une catégorie de titres de créance appelés « obligations échangeables » : Direction des décisions de l'impôt, interprétation technique n° 9703377, 17 avril 1997; Direction des décisions de l'impôt, décision anticipée en matière d'impôt sur le revenu n° 2000-0060103, 1<sup>er</sup> janvier 2001. L'appelante n'a pas expliqué clairement pourquoi, selon le ministre, l'al. 20(1)f) s'appliquait aux variations du principal des titres de créance appartenant à ces catégories. Toutefois, des pratiques administratives contradictoires, aussi déplorables qu'elles puissent être, ne sont pas un facteur déterminant en matière d'interprétation législative. Nous devons néanmoins revenir à la loi elle-même et à son champ d'application en ce qui concerne les opérations en cause dans les présents pourvois (*Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, p. 37). Si une interprétation est erronée, elle ne s'applique pas. La préclusion par interprétation n'est pas encore devenue un principe d'interprétation législative reconnu.

60

In addition to *Gaynor*, the parties rely on a number of statutory provisions in support of the proposition that all amounts referred to in the *ITA* must be converted into Canadian dollars. Section

Outre l'arrêt *Gaynor*, les parties invoquent un certain nombre de dispositions législatives à l'appui de la thèse selon laquelle tous les montants mentionnés dans la *LIR* doivent être convertis

248(1) of the *ITA* defines “amount” as “money, rights or things expressed in terms of the amount of money or the value in terms of money of the right or thing”. The parties rely on that definition in conjunction with the provisions of the *Currency Act*, R.S.C. 1985, c. C-52, to argue that wherever the word “amount” appears in the *ITA*, it must refer to an amount in Canadian dollars. Section 14 of the *Currency Act* provides that “[a]ny sum mentioned in dollars and cents in . . . any Act of Parliament shall, unless it is otherwise expressed, be construed as being a sum in the currency of Canada.” Section 3(1) of the same statute provides that the monetary unit of Canada is the dollar. In my opinion, these provisions do not go so far as to support the parties’ contention that wherever the word “amount” is used in the *ITA*, it must refer to an amount in Canadian dollars.

#### J. *Interpretation of Section 20(1)(f)*

The respondents’ argument places much emphasis on the statutory definition of “principal amount” in s. 248(1) of the *ITA*, which contemplates the possibility that the principal amount can fluctuate (e.g., where an obligation is repaid in increments and “principal” refers to the outstanding portion of the obligation). However, that definition does not expressly address whether or how foreign currency fluctuations are to be taken into account in determining the “principal amount” of an obligation denominated in foreign currency. In my opinion, the arguments based on the use of the phrase “maximum amount” in the definition of “principal amount” fail because there is no indication that foreign currency conversions were in Parliament’s contemplation when that section was drafted. Whether foreign exchange losses are covered by s. 20(1)(f) must be ascertained with respect to the text, scheme and context of that provision.

Although the word “discount” does not appear in s. 20(1)(f), the opening words of s. 20(1)(f)(i) set out what is commonly accepted as the definition of a discount. Moreover, there is no express mention in s. 20(1)(f) of a foreign currency exchange.

en dollars canadiens. Le paragraphe 248(1) *LIR* donne la définition suivante du terme « montant » : « Argent, droit ou chose exprimés sous forme d’un montant d’argent, ou valeur du droit ou de la chose exprimée en argent. » Les parties invoquent cette définition ainsi que les dispositions de la *Loi sur la monnaie*, L.R.C. 1985, ch. C-52, pour affirmer que chaque fois que le mot « montant » est employé dans la *LIR*, il doit s’entendre d’un montant en dollars canadiens. L’article 14 de la *Loi sur la monnaie* prévoit que « [l]es sommes exprimées en dollars et en cents dans [. . .] toutes les lois fédérales le sont, sauf indication contraire, en monnaie canadienne. » Le paragraphe 3(1) de la même loi précise que l’unité monétaire du Canada est le dollar. Selon moi, ces dispositions ne vont pas jusqu’à étayer l’argument des parties voulant que, chaque fois que le terme « montant » est employé dans la *LIR*, il s’entende d’un montant en dollars canadiens.

#### J. *Interprétation de l’al. 20(1)f)*

Dans leur argumentation, les intimées insistent beaucoup sur la définition du terme « principal » contenue au par. 248(1) *LIR*, qui envisage la possibilité que le principal fluctue (par exemple, lorsqu’une obligation fait l’objet d’un remboursement échelonné et que le « principal » s’entend de la portion non acquittée de l’obligation). Cependant, cette définition n’aborde pas expressément la question de savoir si, ou de quelle façon, les fluctuations de change doivent être prises en compte pour déterminer le « principal » d’une obligation libellée en devises étrangères. À mon avis, les arguments fondés sur l’emploi de l’expression « somme maximale » dans la définition de « principal » ne peuvent être retenus parce que rien n’indique que le législateur envisageait les conversions en monnaie étrangère lorsque cette disposition a été rédigée. La question de savoir si l’al. 20(1)f) s’applique aux pertes sur change doit être tranchée en fonction du texte, de l’esprit et du contexte de cet alinéa.

Bien que le terme « escompte » ne figure pas à l’al. 20(1)f), les mots introductifs du sous-al. 20(1)f)(i) énoncent ce qui est communément reconnu comme étant la définition de l’escompte. De plus, l’al. 20(1)f) ne traite pas expressément de

These facts suggest that the *primary referent* of s. 20(1)(f) is something other than foreign exchange losses, namely, payments in the nature of discounts. As a result, the appropriate approach is to begin by determining the meaning of s. 20(1)(f) in the context of Canadian dollar obligations, and then to consider whether foreign currency losses are comparable such that they would also be covered by that provision. Where an obligation is denominated (and repayable) in Canadian dollars, the issue of a fluctuating principal amount does not arise. In such cases, the formulas in s. 20(1)(f) have the effect of isolating the difference between the face value (principal amount) of the obligation and the amount for which it was issued (i.e., the “discount”). Where the discount is 3% or less (i.e., a “shallow discount”), it is fully deductible from income under s. 20(1)(f)(i), and where it is more than 3% (i.e., a “deep discount”), it is deductible at the capital rate (75% at the relevant time for the instant case). In the context of debts issued and repayable in Canadian dollars, each branch of s. 20(1)(f) has a clear application and together they encompass what are generally referred to as original issue discounts (see V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (8th ed. 2004), at pp. 353 and 722). In this context, the deduction in s. 20(1)(f) is in respect of a point-in-time expense that is actually incurred only when the debt is repaid — it does not encompass the appreciation or depreciation of the principal amount over time (see reasons of Miller J. at para. 44).

change. Ces faits indiquent que le *principal référent* de l'al. 20(1)f) est quelque chose d'autre que la perte sur change, soit les paiements tenant de l'escompte. Par conséquent, la méthode appropriée consiste à dégager, dans un premier temps, le sens de l'al. 20(1)f) dans le contexte des titres en dollars canadiens, puis à se demander si les pertes sur change sont comparables au point d'être également visées par cet alinéa. Lorsque le titre est libellé (et remboursable) en dollars canadiens, la question de la fluctuation du principal ne se pose pas. Dans de tels cas, les formules contenues à l'al. 20(1)f) ont pour effet d'isoler la différence entre la valeur nominale (le principal) du titre et la somme pour laquelle il a été émis (c'est-à-dire l'« escompte »). Lorsque l'escompte est de 3 % ou moins (c'est-à-dire un « faible escompte »), il est entièrement déductible du revenu selon le sous-al. 20(1)f)(i), et s'il est supérieur à 3 % (c'est-à-dire un « fort escompte »), il est déductible au taux du capital (75 % à l'époque pertinente en l'espèce). Dans le contexte des titres de créance émis et remboursables en dollars canadiens, chaque volet de l'al. 20(1)f) s'applique clairement et, ensemble, ces volets englobent ce qui est généralement qualifié d'escompte initial d'émission (voir V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (8<sup>e</sup> éd. 2004), p. 353 et 722). Dans ce contexte, la déduction prévue par l'al. 20(1)f) vise une dépense ponctuelle qui n'est réellement engagée que lorsque la dette est remboursée — elle n'englobe ni l'appréciation ni la dépréciation du principal au fil du temps (voir les motifs du juge Miller, par. 44).

63 The question in the case at bar is whether, where the obligation is denominated or repaid in something other than Canadian dollars, s. 20(1)(f) encompasses the cost of dealing in commodities or foreign currencies. To address this question, a closer look at the wording of s. 20(1)(f) is required. Section 20(1)(f)(i) applies “in any case where the obligation was issued for an amount not less than 97% of its principal amount”, while s. 20(1)(f)(ii) applies “in any other case”. In its factum, the respondent Imperial Oil concedes that the words of s. 20(1)(f)(i) describe “shallow discounts of the principal amount of up to 3% to account for market fluctuations in the interest rate between the time

En l'espèce, la question est de savoir si, dans les cas où l'obligation est libellée ou remboursée dans une monnaie autre que le dollar canadien, l'al. 20(1)f) englobe les coûts du commerce des marchandises ou des devises étrangères. Pour répondre à cette question, il faut examiner de plus près le libellé de l'al. 20(1)f). Le sous-alinéa 20(1)f)(i) s'applique « chaque fois que le titre a été émis pour une somme non inférieure aux 97 % de son principal », alors que le sous-al. 20(1)f)(ii) s'applique « dans les autres cas ». Dans son mémoire, l'intimée, la Compagnie pétrolière Impériale, concède que le libellé du sous-al. 20(1)f)(i) désigne [TRADUCTION] « les faibles escomptes, pouvant aller jusqu'à 3 %,

of setting the rate and the time of issue” (Imperial Oil’s factum, at p. 8). It argues, however, that s. 20(1)(f)(ii) contemplates the capital cost of all borrowing (*including* deep discounts) such that it encompasses the foreign exchange losses incurred in the present case. The question, then, is whether the opening words — “in any other case” — of s. 20(1)(f)(ii) refer to “any case in which the obligation was issued for an amount less than 97%” or to “any case in which the cost of repaying the principal amount exceeds the amount for which the debt was issued”.

In my opinion, Parliament intended s. 20(1)(f)(i) to apply to shallow discounts. Further, the better reading of the opening words of s. 20(1)(f)(ii) is the one that preserves a higher degree of parallelism of expression (i.e., “any case in which the obligation was issued for an amount less than 97%”). This reading is consistent with the Technical Notes issued by the Minister in 1988 (reasons of Miller J., at para. 56). This does not dispose of the matter, however, because if the “principal amount” can fluctuate with the cost of repayment in Canadian dollars, then the “discount amount” can be ascertained in relation to the value of the principal in Canadian dollars *at the time of repayment*, rather than in relation to the face value of the obligation (i.e., the term “discount” may not be limited to “original issue discounts” but may encompass discounts that arise out of fluctuations of commodity or currency prices over time). To resolve this issue, it is necessary to determine whether Parliament intended foreign exchange losses to be covered by s. 20(1)(f) in the same way as discounts.

As the respondent Imperial Oil notes, Parliament encourages companies to raise capital by allowing them to deduct virtually all costs of borrowing under the provisions of s. 20(1). The respondent accordingly argues that a restrictive approach to the interpretation of s. 20(1)(f) is not warranted. On the other hand, the appellant refers to s. 18(1)(b),

consentis à l’égard du principal de manière à tenir compte des fluctuations du taux d’intérêt sur le marché entre la date de fixation du taux et la date d’émission » (mémoire de la Compagnie pétrolière Impériale, p. 8). Cependant, elle soutient que le sous-al. 20(1)(f)(ii) vise le coût en capital de tout emprunt (*y compris* les forts escomptes) de sorte qu’il englobe les pertes sur change subies en l’espèce. Il s’agit donc de savoir si les mots introductifs — « dans les autres cas » — du sous-al. 20(1)(f)(ii) s’entendent de « chaque fois que le titre a été émis pour une somme inférieure aux 97 % » ou de « chaque fois que le coût de remboursement du principal est supérieur à la somme pour laquelle le titre de créance a été émis ».

Selon moi, le législateur a voulu que le sous-al 20(1)(f)(i) s’applique aux faibles escomptes. En outre, la meilleure interprétation des mots introductifs du sous-al. 20(1)(f)(ii) est celle qui maintient un degré plus élevé de parallélisme dans la formulation (comme dans « chaque fois que le titre a été émis pour une somme inférieure aux 97 % »). Cette interprétation est compatible avec les notes techniques publiées par le ministre en 1988 (motifs du juge Miller, par. 56). Toutefois, cela ne règle pas la question parce que si le « principal » peut varier en fonction du coût du remboursement en dollars canadiens, alors les « escomptes » peuvent être établis en fonction de la valeur en dollars canadiens du principal *au moment du remboursement*, plutôt qu’en fonction de la valeur nominale du titre (c’est-à-dire qu’il se peut que le terme « escompte » ne soit pas limité à l’« escompte initial d’émission », mais englobe les escomptes qui découlent des fluctuations du prix des marchandises ou des devises au fil du temps). Pour résoudre cette question, il faut se demander si le législateur a voulu que les pertes sur change soient, de la même façon que les escomptes, visées par l’al. 20(1)(f).

Comme le fait remarquer l’intimée, la Compagnie pétrolière Impériale, le législateur encourage les sociétés à mobiliser des capitaux en leur permettant de déduire presque tous leurs coûts d’emprunt en vertu des dispositions du par. 20(1). L’intimée fait donc valoir qu’une interprétation restrictive de l’al. 20(1)(f) n’est pas justifiée. L’appelante, quant à elle,

which provides that payments on account of capital may not be deducted from business income unless the deduction thereof is expressly permitted. Like Miller J. and Bonner J., I am not convinced that the cost of dealing in a foreign currency is an intrinsic cost of borrowing for the purposes of the *ITA* (see reasons of Bonner J., at para. 19). While the other deductions in s. 20(1) relate to expenses that arise directly out of the borrower-lender relationship, a foreign exchange loss is a cost of borrowing only where the thing borrowed is *foreign currency*. For this reason, I am not persuaded by the respondents' argument that the scheme of s. 20, which provides deductions for virtually all costs of borrowing, implies that foreign exchange losses are also deductible under s. 20. The other costs enumerated in s. 20 are intrinsic costs of borrowing, such as interest payments and premiums. Foreign exchange losses arise only where the debtor chooses to deal in foreign currency. They belong to a different class than the costs referred to in s. 20. As a result, the scheme of s. 20, although not dispositive, does not assist the respondent.

mentionne l'al. 18(1)*b*), qui prévoit que les paiements à titre de capital ne sont pas déductibles du revenu d'entreprise à moins que leur déduction ne soit expressément permise. À l'instar des juges Miller et Bonner, je ne suis pas convaincu que les coûts du commerce en devises étrangères font intrinsèquement partie du coût d'emprunt pour les besoins de la *LIR* (voir les motifs du juge Bonner, par. 19). Alors que les autres déductions prévues au par. 20(1) se rapportent à des dépenses qui découlent directement de la relation prêteur-emprunteur, la perte sur change ne constitue un coût d'emprunt que lorsque la chose empruntée est une *devise étrangère*. C'est pourquoi je ne juge pas convaincant l'argument des intimées voulant que l'esprit de l'art. 20, qui prescrit la déduction de presque tous les coûts d'emprunt, implique que les pertes sur change sont également déductibles en vertu de cet article. Les autres coûts énumérés à l'art. 20, comme les versements d'intérêt et les primes, constituent des coûts d'emprunt intrinsèques. Les pertes sur change ne surviennent que lorsque le débiteur décide de faire du commerce en devises étrangères. Elles appartiennent à une catégorie différente de celle des autres coûts mentionnés à l'art. 20. En conséquence, bien qu'il ne soit pas déterminant, l'esprit de l'art. 20 n'est d'aucun secours à l'intimée.

66 If s. 20(1)(*f*) applied to foreign exchange losses, the section would operate quite differently in relation to obligations denominated in foreign currency than it does in relation to obligations denominated in Canadian dollars. In the context of foreign currency obligations, the deduction would reflect the appreciation or depreciation of the principal amount over time, whereas in the context of Canadian dollar obligations, the deduction would reflect a point-in-time expense. In the context of foreign currency obligations, the s. 20(1)(*f*) deduction would accordingly be available even where, as in *Inco*, there was no original issue discount. The respondents' approach also has the effect of altering the distinction between the two branches of s. 20(1)(*f*). Where fluctuations in the principal amount are not at issue, the distinction between the two branches is based on the "depth" of the discount. This is an amount that the taxpayer fixes when the debt instruments are issued and, as a result, a differential tax

Si l'alinéa 20(1)*f*) s'appliquait aux pertes sur change, son application différerait énormément selon qu'il s'agirait de titres libellés en devises étrangères ou de titres libellés en dollars canadiens. Dans le cas de titres en devises étrangères, la déduction refléterait l'appréciation ou la dépréciation du principal au fil du temps, alors que, dans le cas de titres en dollars canadiens, elle refléterait une dépense ponctuelle. Dans le cas de titres en devises étrangères, la déduction prévue à l'al. 20(1)*f*) serait donc possible même en l'absence de tout escompte initial d'émission, comme dans l'affaire *Inco*. L'interprétation préconisée par les intimées a également pour effet de modifier la distinction établie entre les deux volets de l'al. 20(1)*f*). Quand il n'est pas question de fluctuations du principal, la distinction entre ces deux volets repose sur l'« ampleur » de l'escompte. Il s'agit d'un montant que le contribuable fixe au moment de l'émission des titres de créance, et la différence de traitement fiscal peut donc

treatment can create incentives to structure obligations in a particular way. On the respondents' approach, the distinction between shallow and deep discounts is collapsed and replaced by a distinction of a different nature — one that can be ascertained only at the time of repayment.

In my view, s. 20(1)(f) was never intended to apply to foreign exchange losses. As we have seen above, a number of factors, which generally relate to the wording of the provision, are determinative in this respect. This interpretation best reflects the structure of the *ITA* and the intent of Parliament. The purpose of the provision is to address a specific class of financing costs arising out of the issuance of debt instruments at a discount. The interpretation advanced by the respondents in these appeals, on the other hand, turns s. 20(1)(f) into a broad provision allowing for the deductibility of a wide range of costs attendant upon financing in foreign currency, in the absence of any mention of such costs in the text of the *ITA*, and despite the fact that such costs are usually regarded as being on capital account.

The respondents' interpretation thus conflicts with the general treatment of capital gains and losses in the *ITA*. In particular, it indicates a failure to properly appreciate the role of s. 39. Although it is true that s. 39 is a residual provision, this section is also a statement of Parliament's intent to treat foreign exchange losses as capital losses. In addition, if Inco's submissions were correct, s. 20(1)(f) would apply to a class of financing costs that clearly lie beyond its reach. Section 20(1)(f) was designed to address the consequences of repayment of the debenture, not of its repurchase on the open market for cancellation purposes.

#### V. Disposition

For these reasons, I would allow the appeals, set aside the judgments of the Federal Court of Appeal, and confirm the Minister's assessments, as varied by Miller J. in the *Imperial Oil* case, with costs throughout.

inciter à structurer les titres d'une certaine façon. Selon l'interprétation préconisée par les intimées, la distinction entre les escomptes faibles et les escomptes forts disparaît pour être remplacée par une distinction d'une nature différente, qui ne peut être établie qu'au moment du remboursement.

Selon moi, l'al. 20(1)f) n'a jamais été censé s'appliquer aux pertes sur change. Comme nous l'avons vu, un certain nombre de facteurs, qui ont généralement trait au libellé de la disposition, sont déterminants à cet égard. Cette interprétation reflète on ne peut mieux la structure de la *LIR* et l'intention du législateur. La disposition est censée s'appliquer à une catégorie précise de frais de financement découlant de l'émission de titres de créance à escompte. Par contre, l'interprétation que préconisent les intimées dans les présents pourvois fait de l'al. 20(1)f) une disposition générale prévoyant la déductibilité d'un large éventail de frais liés au financement en devises étrangères, en l'absence de mention de ces frais dans le texte de la *LIR* et malgré le fait que ces frais sont généralement considérés comme étant au titre du capital.

L'interprétation préconisée par les intimées entre donc en conflit avec la méthode de traitement générale des gains et pertes en capital dans la *LIR*. Plus particulièrement, elle révèle une omission d'apprécier correctement le rôle de l'art. 39. Même s'il est exact qu'il constitue une disposition résiduelle, l'art. 39 est également un énoncé de l'intention du législateur de traiter les pertes sur change comme des pertes en capital. De plus, si les arguments d'Inco étaient justes, l'al. 20(1)f) s'appliquerait à une catégorie de frais de financement qu'il ne vise manifestement pas. L'alinéa 20(1)f) a été conçu pour s'attaquer aux conséquences du remboursement de la débenture, et non à celles de son rachat sur le marché libre aux fins d'annulation.

#### V. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir les pourvois, d'annuler les jugements de la Cour d'appel fédérale et de confirmer les cotisations établies par le ministre, telles que le juge Miller les a modifiées dans l'affaire *Compagnie pétrolière Impériale*, et ce, avec dépens dans toutes les cours.

67

68

69

The reasons of Binnie, Fish and Charron JJ. were delivered by

BINNIE J. (dissenting) —

### I. Introduction

70 Canadian capital markets are of relatively modest size, and it is common for corporations requiring significant amounts of capital to look elsewhere in the world for financing. Foreign lenders are prepared to give a preferred interest rate for a debt denominated in a currency with which they are familiar and which they consider stable, such as the U.S. dollar, a reserve currency. However, in the nature of things foreign currencies fluctuate in value against the Canadian dollar. These fluctuations are not incidental or collateral to the foreign debt transaction but are as inherent and inescapable as if the debt was denominated in bars of silver. The respondent taxpayers in these cases both issued debentures denominated in U.S. dollars, which they subsequently retired at a time when the U.S. dollar was trading at a higher premium to the Canadian dollar than it had at the date of issuance.

71 In discharging the foreign debt any adverse swing in the foreign exchange rate since its issuance will add to the “maximum total amount . . . payable on account of the obligation” (definition of “principal amount”: *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 248(1)) that is to be taken into account in determining the appropriate income tax deduction of the “amount paid in the year in satisfaction of the principal amount of any . . . debenture . . . or similar obligation” (s. 20(1)(f)). The Federal Court of Appeal therefore allowed the respondent taxpayers to deduct the excess cost to them of purchasing the requisite U.S. funds to satisfy their U.S. debenture obligations over and above the amount in Canadian dollars received by them at the date of issuance.

72 I have read the reasons of my colleague LeBel J. proposing to allow the Crown’s appeals. I respect-

Version française des motifs des juges Binnie, Fish et Charron rendus par

LE JUGE BINNIE (dissident) —

### I. Introduction

Les marchés financiers canadiens sont de taille relativement modeste et il arrive souvent que des sociétés ayant besoin de capitaux importants aillent chercher du financement à l’extérieur du pays. Les bailleurs de fonds étrangers sont disposés à consentir à un taux d’intérêt avantageux pour une créance libellée dans une devise qu’ils connaissent bien et qu’ils jugent stable, tel le dollar américain, qui est une monnaie de réserve. Toutefois, il est dans l’ordre des choses que la valeur des devises étrangères fluctue par rapport au dollar canadien. Ces fluctuations ne sont ni consécutives ni liées à la créance en monnaie étrangère, mais elles sont inhérentes et inévitables comme si la créance était libellée en lingots d’argent. Dans les présents pourvois, les contribuables intimées ont toutes les deux émis des débetures libellées en dollars américains, qu’elles ont subséquemment rachetées au moment où la valeur du dollar américain par rapport au dollar canadien dépassait ce qu’elle était à la date d’émission.

Toute fluctuation défavorable du taux de change entre la date d’émission et la date d’acquittement du titre de créance libellé en monnaie étrangère s’ajoutera à « la somme globale maximale [. . .] payable [. . .] au titre de l’obligation » (définition du terme « principal » au par. 248(1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.)), qui doit être prise en compte pour déterminer le montant de la déduction fiscale relative à la « somme payée au cours de l’année en acquittement du principal de quelque obligation [. . .] ou titre semblable » (al. 20(1)(f)). La Cour d’appel fédérale a donc permis aux contribuables intimées de déduire le montant qu’elles ont dû payer de plus, que celui reçu en dollars canadiens au moment de l’émission, pour acheter les dollars américains nécessaires pour acquitter leurs débetures américaines.

J’ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge LeBel qui propose d’accueillir les



fully disagree with his conclusion that the language of s. 20(1)(f) should be read as limited to “original issue discounts”. As he notes, no such restriction is expressed in the section and I would not imply it. For the reasons that follow, I believe the taxpayers’ claim fits squarely with s. 20(1)(f) and I would dismiss the Crown’s appeals.

## II. Analysis

### A. *Overview*

The *Income Tax Act* is the battlefield on which over 21 million Canadian taxpayers engage with the Minister of National Revenue (“Minister”) and his or her various tax assessors, adjudicators and collectors. The rules of engagement, hammered out in countless rulings, adjudications and statutory amendments, are immensely complex. Issues of interpretation can be approached with a degree of confidence that in the various detailed provisions of the Act, Parliament can be taken at its word (or will quickly introduce an amendment if this turns out not to be the case). As the Court pointed out in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 601, 2005 SCC 54:

... the particularity and detail of many tax provisions have often led to an emphasis on textual interpretation. Where Parliament has specified precisely what conditions must be satisfied to achieve a particular result, it is reasonable to assume that Parliament intended that taxpayers would rely on such provisions to achieve the result they prescribe. [para. 11]

My colleague has fully outlined the relevant facts and background. I agree with him that “the question is whether the deduction provided for in para. (f) is exclusively one for original issue discounts or whether it is instead a broader deduction that applies more generally to the capital cost of borrowing” (para. 32 (emphasis added)). I note, parenthetically, that in the course of oral argument the Court raised the question of whether Inco’s purchase of 1992 debentures on the open market

pourvois du ministre du Revenu national (« ministre »). En toute déférence, je ne suis pas d’accord avec sa conclusion selon laquelle l’al. 20(1)f) doit être interprété comme visant seulement l’« escompte initial d’émission ». Comme il le fait remarquer, cet alinéa ne fait pas état d’une telle restriction, dont j’estime qu’il n’y a pas lieu d’en déduire l’existence. Pour les motifs qui suivent, je crois que la déduction demandée par les contribuables est entièrement conforme à l’al. 20(1)f), et je rejette donc les pourvois du ministre.

## II. Analyse

### A. *Aperçu*

La *Loi de l’impôt sur le revenu* est le champ de bataille où plus de 21 millions de contribuables canadiens affrontent le ministre et ses divers répartiteurs, agents et percepteurs. Les règles d’engagement établies dans d’innombrables décisions et modifications législatives sont extrêmement complexes. On peut aborder les questions d’interprétation en étant assuré jusqu’à un certain point que le législateur peut être pris au mot dans les diverses dispositions détaillées de la Loi (ou qu’il s’empressera de les modifier s’il appert que ce n’est pas le cas). Comme la Cour l’a souligné dans l’arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601, 2005 CSC 54,

le caractère détaillé et précis de nombreuses dispositions fiscales a souvent incité à mettre l’accent sur l’interprétation textuelle. Lorsque le législateur précise les conditions à remplir pour obtenir un résultat donné, on peut raisonnablement supposer qu’il a voulu que le contribuable s’appuie sur ces dispositions pour obtenir le résultat qu’elles prescrivent. [par. 11]

Mon collègue a exposé en détail les faits pertinents et le contexte. Je conviens avec lui qu’« il s’agit de déterminer si la déduction prévue à l’al. f) s’applique uniquement à l’escompte initial d’émission ou s’il s’agit plutôt d’une déduction plus large qui s’applique plus généralement au coût en capital de l’emprunt » (par. 32 (je souligne)). Je signale en passant que, pendant les plaidoiries, la Cour a soulevé la question de savoir si l’achat sur le marché libre des débentures de 1992 effectué par Inco

(described by LeBel J. at para. 3) was an amount paid “in satisfaction of [its] principal amount” within the meaning of s. 20(1)(f). The Crown indicated that it did not construe s. 20(1)(f) to exclude “those repurchases” (transcript, at p. 23).

75 LeBel J. and I also agree that the interpretation of the *Income Tax Act*, as with any statute, must proceed on the basis of a “textual, contextual and purposive analysis” while keeping in mind, as the Court said when interpreting the *Income Tax Act* in *Canada Trustco*, at para. 10, that “[w]hen the words of a provision are precise and unequivocal, the ordinary meaning of the words play a dominant role in the interpretive process” (a point reiterated by my colleague at para. 28).

76 I would add (and there seems to be no disagreement on this point as well) that Canadian tax law knows only Canadian dollars: *Eli Lilly and Co. (Canada) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1955] S.C.R. 745, at p. 750. This means that for calculations required by the *Income Tax Act* an “amount” of foreign currency must at some point be converted into Canadian dollars. The dispute between the Minister and the taxpayers, simply put, is whether this conversion should be done at the foreign exchange rate prevailing at the date of issuance of the debentures (as the Minister contends) or the foreign exchange rate at the date of redemption, when the actual cost to the taxpayer can be ascertained (as the taxpayers contend).

77 We have the advantage of full and meticulous reasons from Sharlow J.A. of the Federal Court of Appeal in the *Imperial Oil* case ([2005] 1 C.T.C. 65, 2004 FCA 361), adopted by a different panel of that court in the *Inco* case ([2005] 1 C.T.C. 369, 2005 FCA 38). I agree substantially with her analysis. When the relevant language of s. 20(1)(f) and s. 248(1) is read in light of the statutory purpose, the only way the “maximum total amount . . . payable on account of the obligation” can be ascertained is by using the exchange rate prevailing when the

(dont le juge LeBel fait état au par. 3) représentait une somme payée « en acquittement du principal » au sens de l’al. 20(1)f). Le ministre a indiqué que, selon lui, l’al. 20(1)f) n’exclut pas « ces rachats » (transcription, p. 23).

Je conviens également avec le juge LeBel que l’interprétation de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, comme celle de toute autre loi, doit être fondée sur une « analyse textuelle, contextuelle et téléologique », et ce, tout en conservant à l’esprit, comme la Cour l’a affirmé en interprétant la *Loi de l’impôt sur le revenu* au par. 10 de l’arrêt *Trustco Canada*, que « [l]orsque le libellé d’une disposition est précis et non équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus d’interprétation » (un point repris par mon collègue au par. 28).

J’ajouterais (et il ne semble pas non plus y avoir de désaccord sur ce point) que le droit fiscal canadien ne s’intéresse qu’aux dollars canadiens : *Eli Lilly and Co. (Canada) Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1955] R.C.S. 745, p. 750. Cela signifie que, pour faire les calculs requis par la *Loi de l’impôt sur le revenu*, un « montant » en devises étrangères doit à un moment donné être converti en dollars canadiens. Le différend qui oppose le ministre aux contribuables porte tout simplement sur la question de savoir si cette conversion devrait être effectuée selon le taux de change en vigueur à la date d’émission des débetures (comme le prétend le ministre) ou selon le taux en vigueur à la date de rachat, lorsqu’il est possible d’établir le coût réel pour le contribuable (comme le prétendent les contribuables).

Nous bénéficions des motifs complets et détaillés que la juge Sharlow de la Cour d’appel fédérale a rédigés dans l’arrêt *Compagnie pétrolière Impériale* ([2004] A.C.F. n° 1793 (QL), 2004 CAF 361) et qu’une formation différente de cette cour a adoptés dans l’arrêt *Inco* ([2005] A.C.F. n° 169 (QL), 2005 CAF 38). Je souscris pour l’essentiel à son analyse. Lorsqu’on interprète les passages pertinents de l’al. 20(1)f) et du par. 248(1) à la lumière de l’objet de la Loi, on constate que la « somme globale maximale [. . .] payable [. . .] au titre de l’obligation » ne

obligation becomes payable. It was at that time the “obligation” arose on the part of the taxpayers to purchase U.S. dollars to retire their debt. Those U.S. dollars cost the taxpayers more Canadian dollars than would have been the case at the exchange rate prevailing when the debentures were issued. The extra cost of buying the U.S. dollars payable to satisfy the requirements of the debentures was part of the cost of the financing arising directly out of the debtor-creditor relationship. The source of the taxpayers’ cost was “the obligation” they had undertaken to pay their debts on the due date in U.S. dollars. As it was put by Sharlow J.A.:

A foreign currency loan is the loan of a specified number of units of foreign currency on terms that require the same number of units of that foreign currency to be returned to the lender at the end of the term. It is implicit in the terms of repayment that the Canadian dollar equivalent of the repayment may be more or less than the Canadian dollar equivalent of the amount borrowed. Thus, the fluctuation in the “principal amount” of the debt, as that term is defined in the *Income Tax Act*, is mandated by the contractual terms governing the debt. [para. 48]

The Crown’s argument rests on its attempt to bifurcate a single foreign loan transaction into a “loan” contract and a “foreign exchange” loss, which is really a variation of what the Crown unsuccessfully argued in *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622. In that case, the Crown tried to conflate a series of debenture agreements entered into by the taxpayer with the taxpayer’s separate forward exchange contract. The conflation would have resulted in a higher tax liability than without conflation. The Court rejected the Crown’s argument because “absent a specific provision of the Act to the contrary or a finding that they are a sham, the taxpayer’s legal relationships must be respected in tax cases” (para. 39). Here, instead of conflation the Crown seeks to bifurcate, but whether it is bifurcation or conflation the essential legal objection remains, namely that the Crown’s argument does not respect the

*peut* être établie qu’au moyen du taux de change en vigueur au moment où l’obligation devient payable. C’est à cette époque qu’est née l’« obligation » des contribuables d’acheter des dollars américains pour rembourser leur dette. Le montant en dollars canadiens que les contribuables ont alors déboursé pour acheter ces dollars américains était plus élevé que ce qu’elles auraient payé si le taux de change en vigueur au moment de l’émission des débentures s’était appliqué. Le coût plus élevé des dollars américains requis pour acquitter les débentures faisait partie des frais de financement découlant directement de la relation débiteur-créditeur. Les frais des contribuables découlaient de « l’obligation » qu’elles avaient contractée de payer leurs dettes en dollars américains à la date d’échéance. Comme l’a affirmé la juge Sharlow,

[u]n prêt en monnaie étrangère est le prêt d’un nombre précis d’unités de la monnaie étrangère, à des conditions qui font que le même nombre d’unités de cette monnaie étrangère devra être retourné au prêteur à la fin du terme. Il est implicite, dans les conditions de remboursement, que l’équivalent en dollars canadiens du remboursement pourra être supérieur ou inférieur à l’équivalent en dollars canadiens de la somme empruntée. Ainsi, la fluctuation du « principal » de la dette, tel que ce mot est défini dans la *Loi de l’impôt sur le revenu*, est contenue dans les conditions contractuelles régissant la dette. [par. 48]

L’argument du ministre repose sur sa tentative de scinder une seule opération de prêt en monnaie étrangère en un contrat de « prêt » et une perte sur « change », ce qui, en réalité, constitue une variante de ce qu’il a avancé sans succès dans l’affaire *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622. Dans cette affaire, le ministre a tenté d’assimiler une série de contrats d’achat de débentures conclus par la contribuable au contrat de change à terme distinct qu’elle avait également conclu, ce qui aurait eu effet d’assujettir la contribuable à un impôt plus élevé. La Cour a rejeté l’argument du ministre pour le motif qu’« en l’absence d’une disposition expresse contraire de la Loi ou d’une conclusion selon laquelle l’opération en cause est un trompe-l’œil, les rapports juridiques établis par le contribuable doivent être respectés en matière fiscale » (par. 39). En l’espèce, le ministre cherche à scinder une opération plutôt qu’à l’assimiler à une

precise nature of the taxpayer's actual legal relationships and obligations.

79

My colleague LeBel J. initiates his analysis of s. 20(1)(f) by looking at its operation in the context of a Canadian dollar debenture (para. 36). This reflects to some extent the Crown's attempt to bifurcate the transaction into a loan transaction and a foreign exchange transaction. In the same vein, my colleague concludes at para. 65 that:

While the other deductions in s. 20(1) relate to expenses that arise directly out of the borrower-lender relationship, a foreign exchange loss is a cost of borrowing only where the thing borrowed is *foreign currency*. [Emphasis in original.]

In my view, with respect, the foreign currency obligation is a cost that *does* arise *directly* out of these debtor-creditor relationships. The "thing borrowed" is the very essence of the contract that defines their relationship. As we will see, a foreign currency loan is not the only type of debt repayment tied to commodity prices considered under s. 20(1)(f). Some forms of debt are required to be repaid in the commodities themselves (e.g. convertible or exchangeable debentures). In such cases, the Minister has routinely allowed a s. 20(1)(f) deduction. The Minister has not (and nor should the Minister have) taken the view that s. 20(1)(f) is limited to "original issue discounts". There is no principled reason to treat foreign currency loans differently. On this point, I agree with the observation of Sexton J.A. in a related context:

I do not believe that it is possible to separate the currency of the borrowed funds from the borrowing itself so as to make the denomination of the borrowing a discrete transaction in and of itself. It is the borrowing which is the transaction, not the denomination of the currency.

(*Canada v. Canadian Pacific Ltd.*, [2002] 3 F.C. 170, 2001 FCA 398, at para. 23)

autre, mais, dans un cas comme dans l'autre, son argument ne peut être retenu sur le plan juridique, essentiellement parce qu'il ne tient pas compte de la nature particulière des relations et des obligations juridiques réelles de la contribuable.

Mon collègue le juge LeBel amorce son analyse de l'al. 20(1)f) en examinant son application dans le contexte d'une débenture libellée en dollars canadiens (par. 36). Cela reflète dans une certaine mesure la tentative du ministre de scinder l'opération en cause en une opération de prêt et une opération de change. Dans le même ordre d'idées, mon collègue tire la conclusion suivante au par. 65 :

Alors que les autres déductions prévues au par. 20(1) se rapportent à des dépenses qui découlent directement de la relation prêteur-emprunteur, la perte sur change ne constitue un coût d'emprunt que lorsque la chose empruntée est une *devise étrangère*. [En italique dans l'original.]

En toute déférence, j'estime qu'un titre en devises étrangères *est effectivement* un coût qui découle *directement* de ces relations débiteur-crédancier. La « chose empruntée » est l'essence même du contrat qui détermine leur relation. Comme nous le verrons plus loin, un prêt en monnaie étrangère n'est pas le seul type de remboursement de dette lié au cours d'une marchandise dont il est question à l'al. 20(1)f). Certains types de dettes doivent être remboursés en nature (par exemple, les obligations convertibles ou échangeables). Dans ces cas, le ministre a systématiquement autorisé la déduction prévue à l'al. 20(1)f). Il n'a pas adopté (et ne devrait pas adopter) le point de vue selon lequel l'al. 20(1)f) ne vise que l'« escompte initial d'émission ». Il n'y a aucune raison logique de traiter différemment les prêts en devises étrangères. À cet égard, je souscris à l'observation que le juge Sexton a faite dans un contexte similaire :

Je ne crois pas qu'il soit possible de faire une distinction entre la monnaie des fonds empruntés et l'emprunt lui-même de telle sorte que le choix de la monnaie dans laquelle l'emprunt est libellé devienne lui-même une opération. C'est l'emprunt qui est l'opération, non le choix de la monnaie dans laquelle il est libellé.

(*Canada c. Canadien Pacifique Ltée*, [2002] 3 C.F. 170, 2001 CAF 398, par. 23)

Having identified the transaction as a loan in the nature of a commodity obligation, I turn to a “textual, contextual and purposive” interpretation of s. 20(1)(f).

#### B. *The Text of the Act*

The Act contains a general prohibition in s. 18(1)(b) against the deduction of capital amounts in computing a taxpayer’s income, subject to a number of express exceptions which are found at s. 20. Under s. 20, various capital amounts are effectively deemed to be income and may thus be deducted against income from business or property rather than only against allowable capital gains. I agree with my colleague that unless the cost of borrowing at issue in this case falls within the scope of s. 20, it retains its character as a capital amount and cannot be deducted against income.

Section 20(1)(f) permits the taxpayer to deduct:

#### 20. (1) . . .

(f) an amount paid in the year in satisfaction of the principal amount of any bond, debenture, bill, note, mortgage, hypothecary claim or similar obligation . . . on which interest was stipulated to be payable, to the extent that the amount so paid does not exceed,

(i) in any case where the obligation was issued for an amount not less than 97% of its principal amount, and the yield from the obligation, expressed in terms of an annual rate . . . does not exceed 4/3 of the interest stipulated to be payable on the obligation, expressed in terms of an annual rate on

(A) the principal amount of the obligation, if no amount is payable on account of the principal amount before the maturity of the obligation, or

(B) the amount outstanding from time to time as or on account of the principal amount of the obligation, in any other case,

the amount by which the lesser of the principal amount of the obligation and all amounts paid

Ayant décidé que l’opération en cause est un prêt tenant d’une obligation basée sur le cours d’une marchandise, je vais procéder à une interprétation « textuelle, contextuelle et téléologique » de l’al. 20(1)(f).

#### B. *Le libellé de la Loi*

La Loi contient, au par. 18(1)(b), une interdiction générale de déduire des montants en capital en calculant le revenu d’un contribuable, sous réserve d’un certain nombre d’exceptions explicitement prévues à l’art. 20. Aux termes de l’art. 20, divers montants en capital sont effectivement réputés constituer un revenu et peuvent donc être déduits du revenu tiré d’une entreprise ou d’un bien plutôt que d’être uniquement déduits des gains en capital admissibles. Je conviens avec mon collègue qu’à moins que le coût de l’emprunt en cause dans la présente affaire ne soit visé par l’art. 20, il demeure un montant en capital et n’est pas déductible du revenu.

L’alinéa 20(1)(f) permet au contribuable de déduire :

#### 20. (1) . . .

f) une somme payée au cours de l’année en acquittement du principal de quelque obligation, effet, billet, créance hypothécaire ou titre semblable [. . .] sur lequel un intérêt a été déclaré payable, dans la mesure où la somme ainsi payée ne dépasse pas :

(i) chaque fois que le titre a été émis pour une somme non inférieure aux 97 % de son principal et que le rendement du titre, exprimé en pourcentage annuel [. . .] ne dépasse pas les 4/3 de l’intérêt déclaré payable sur le titre, exprimé en pourcentage annuel :

(A) du principal du titre, si aucune somme n’est payable sur le principal avant l’échéance du titre,

(B) de la somme restant à rembourser sur le principal du titre, dans les autres cas,

l’excédent du moins élevé du principal du titre et du total des sommes payées au cours de l’année

80

81

82

in the year or in any preceding year in satisfaction of its principal amount exceeds the amount for which the obligation was issued, and

(ii) in any other case, 3/4 of the lesser of the amount so paid and the amount by which the lesser of the principal amount of the obligation and all amounts paid in the year or in any preceding taxation year in satisfaction of its principal amount exceeds the amount for which the obligation was issued;

ou d'une année antérieure en acquittement du principal de ce titre sur la somme pour laquelle le titre a été émis,

(ii) dans les autres cas, les 3/4 du moins élevé de la somme ainsi payée et de l'excédent du moins élevé du principal du titre et du total des sommes payées au cours de l'année ou d'une année d'imposition antérieure en acquittement du principal du titre sur la somme pour laquelle le titre a été émis;

83

Section 20(1)(f) thus permits a deduction of the amount by which the original issue proceeds of the debt are exceeded by the amount paid in satisfaction of the principal amount of the debt. In the present case, the threshold conditions of s. 20(1)(f) are unquestionably met by the debentures issued by both Imperial and Inco. What remains to be determined is whether the deduction is pursuant to s. 20(1)(f)(i) or (ii) and, more importantly, the extent of the deduction. Specifically, does it include only the original issue discount (as LeBel J. finds) or does the provision further capture the increase in the cost to the taxpayers of buying U.S. dollars between the date the obligations were issued and the date they were satisfied (as held by the Federal Court of Appeal)?

L'alinéa 20(1)f) permet donc de déduire l'excédent de la somme payée en acquittement du principal de la dette sur le produit initial d'émission de la dette. En l'espèce, il ne fait aucun doute que les débetures émises par l'Impériale et Inco satisfont aux conditions préliminaires de l'al. 20(1)f). Il reste donc à déterminer si la déduction est fondée sur le sous-al. 20(1)f)(i) ou le sous-al. 20(1)f)(ii) et, qui plus est, quelle en est l'ampleur. Plus particulièrement, la déduction se limite-t-elle à l'escompte initial d'émission (comme le conclut le juge LeBel) ou la disposition vise-t-elle également l'augmentation du coût des dollars américains que les contribuables ont connue entre la date d'émission des obligations et la date de leur acquittement (comme le conclut la Cour d'appel fédérale)?

84

The repetitive use of the expression “principal amount” nine times in the course of s. 20(1)(f) signals its importance to the analysis. The Crown treats it in this context as equivalent to the “face” amount of the debenture, but that is not how Parliament has defined “principal amount” in s. 248(1):

L'emploi à neuf reprises du terme « principal » dans l'al. 20(1)f) témoigne de l'importance qu'il revêt dans l'analyse. Le ministre considère que, dans le présent contexte, il correspond à la valeur « nominale » de la débeture, mais ce n'est pas de cette façon que le législateur a défini le terme « principal » au par. 248(1) :

**248.** (1) In this Act,

**248.** (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

“principal amount”, in relation to any obligation, means the amount that, under the terms of the obligation or any agreement relating thereto, is the maximum amount or maximum total amount, as the case may be, payable on account of the obligation by the issuer thereof, otherwise than as or on account of interest or as or on account of any premium payable by the issuer conditional on the exercise by the issuer of a right to redeem the obligation before the maturity thereof;

« principal » S'agissant du principal d'une obligation donnée, la somme maximale ou la somme globale maximale, selon le cas, payable, d'après les conditions de l'obligation ou de toute convention y afférente, au titre de l'obligation, par celui qui l'a émise, autrement qu'au titre des intérêts ou d'une prime que verserait l'émetteur s'il exerçait son droit de racheter l'obligation avant l'échéance de celle-ci.

As Sharlow J.A. put it, “the question in this case becomes this: what was the maximum amount payable on account of the debentures immediately before they were redeemed on October 15, 1999 (disregarding interest and the redemption premium)?” (para. 43)

It is in the nature of a contract to pay at a future date foreign currency (or bars of silver, or any other commodity whose price is subject to market fluctuation) that the maximum total amount actually “payable on account of the obligation by the issuer thereof” is unknown and unknowable at the date of issuance. The amount that must be paid “in satisfaction of its principal amount” (s. 20(1)(f)) may, depending on market swings, be either higher or lower than the equivalent in Canadian dollars of the face value of the U.S. dollar debentures at the rate prevailing at the date of issue. The number of Canadian dollars “payable” to buy the units of foreign currency necessary to satisfy the contractual obligation can only be ascertained at the date fixed for redemption. It is the redemption not the issuance that triggers the tax deduction. The only time Canadian dollars are deployed “in satisfaction of its principal amount” (to quote s. 20(1)(f)(ii)) is the date of redemption. It follows that the relevant exchange rate is the rate prevailing at the date of redemption. It is not until that date that it is possible to determine the “maximum amount . . . payable on account of the obligation” as required by the statutory definition of “principal amount”. The Crown’s interpretation, by way of contrast, is that “principal amount” should be taken to mean the Canadian amount the taxpayers *would* have required to purchase enough U.S. dollars to retire the debentures on the date of their *issuance* (which, of course, was not part of the obligation the taxpayers actually entered into). Such a construction has nothing to do with the reality of the taxpayers’ obligations and should, I believe, be rejected.

In light of my conclusion that the principal amount of the obligation must be ascertained at the

Comme l’a dit la juge Sharlow, « la question à laquelle il faut répondre ici est la suivante : quelle était la somme maximale payable pour les débetures immédiatement avant leur rachat le 15 octobre 1999 (compte non tenu des intérêts et de la prime de rachat)? » (par. 43)

Lorsqu’on s’engage par contrat à faire, à une date ultérieure, un paiement en devises étrangères (ou en lingots d’argent ou encore en toute autre marchandise dont le cours est sujet aux fluctuations du marché), il est normal que la somme globale maximale « payable [. . .] au titre de l’obligation, par celui qui l’a émise » soit inconnue et impossible à connaître à la date d’émission. Le montant qui doit être payé « en acquittement du principal du titre » (al. 20(1)f)) peut, selon les fluctuations du marché, être supérieur ou inférieur à l’équivalent en dollars canadiens de la valeur nominale des débetures libellées en dollars américains, déterminé selon le taux en vigueur à la date d’émission. C’est seulement à la date prévue du rachat qu’il sera possible d’établir le nombre de dollars canadiens « payables » pour acheter les unités de monnaie étrangère requises pour satisfaire à l’obligation contractuelle. C’est le rachat et non l’émission qui donne lieu à la déduction fiscale. Ce n’est qu’à la date de rachat que des dollars canadiens sont déboursés « en acquittement du principal du titre » (pour citer le sous-al. 20(1)f)(ii)). Il s’ensuit que le taux de change applicable est celui en vigueur à la date de rachat. Ce n’est qu’à cette date qu’il est possible de déterminer la « somme maximale [. . .] payable [. . .] au titre de l’obligation », comme l’exige la définition légale du terme « principal ». Par contre, selon l’interprétation préconisée par le ministre, le « principal » devrait correspondre au montant en dollars canadiens dont les contribuables *auraient* eu besoin pour acheter suffisamment de dollars américains pour rembourser les débetures à la date de leur *émission* (ce qui, de toute évidence, ne faisait pas partie de l’obligation contractée par les contribuables). Une telle interprétation n’a rien à voir avec les obligations réelles des contribuables et devrait, selon moi, être rejetée.

Étant donné que j’ai conclu que le principal du titre doit être déterminé à la date de rachat, les

85

86

87

date of redemption, the debentures in these cases do not meet the criteria of s. 20(1)(f)(i). Consequently, the taxpayers are entitled only to the deduction permitted by s. 20(1)(f)(ii).

*C. The Minister's Treatment of Other Commodity-Type Loans Under Section 20(1)(f)*

88

The Crown's argument that s. 20(1)(f) is limited to "original issue discounts" is not only inconsistent with its text, as I have endeavoured to show, but is also contradicted by the Minister's acknowledged practice of applying s. 20(1)(f) to exchangeable, convertible and commodity-linked debt in a manner that clearly does not limit s. 20(1)(f) to an "original issue discount". Ministerial practice is not binding in the Court's interpretation of course, but

[b]y considering administrative interpretations, the courts are merely recognizing a real or presumed expertise. At times, an administrative agency may be required to interpret enactments which it has itself drafted. Such authentic interpretation (*i.e.*, by the author) deserves particular consideration.

. . . .

The rationale is obvious: usage creates expectations, and the application of a contrary interpretation will sometimes cause serious prejudice. A settled interpretation, if consistent with the text of the enactment, should not be overruled without good reason.

(P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at pp. 548-49)

89

There are a number of relevant instances of ministerial rulings under s. 20(1)(f) in respect of commodity-based loans, one of which was cited by Sharlow J.A. (at para. 47): in the 1980s, the Farm Credit Corporation offered prairie farmers a favourable ten-year mortgage interest rate of 6%, but required that the principal of the mortgage would increase to the extent that the price of the corn and wheat grown on the land increased over those ten years. It was to that extent a

débetures en cause dans les présentes affaires ne satisfont pas aux critères du sous-al. 20(1)(f)(i). Par conséquent, les contribuables n'ont droit qu'à la déduction autorisée par le sous-al. 20(1)(f)(ii).

*C. La façon dont le ministre traite, sous le régime de l'al. 20(1)(f), les autres prêts basés sur le cours d'une marchandise*

L'argument du ministre selon lequel l'al. 20(1)(f) ne vise que l'« escompte initial d'émission » n'est pas seulement incompatible avec le libellé de cet alinéa, comme je me suis employé à le démontrer, mais il est également contredit par la pratique ministérielle reconnue consistant à appliquer l'al. 20(1)(f) aux créances échangeables, convertibles et basées sur le cours d'une marchandise, d'une manière qui ne limite clairement pas cet alinéa à l'« escompte initial d'émission ». Il va sans dire qu'une pratique ministérielle ne lie pas la Cour dans son interprétation des textes, mais

[e]n accordant du poids à l'opinion administrative, le tribunal reconnaît simplement cette expertise réelle ou présumée. D'ailleurs, il arrive qu'un même organisme soit appelé à interpréter les textes qu'il a lui-même rédigés : on a alors affaire à une interprétation authentique qui mérite considération.

. . . .

La raison de ce principe est évidente : un usage interprétatif fait naître des attentes qui ne peuvent être trompées sans entraîner des préjudices parfois graves. Il faut donc un motif valable pour rejeter un usage interprétatif qui n'est pas contraire au texte.

(P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3<sup>e</sup> éd. 1999), p. 693)

Il existe un certain nombre de décisions ministérielles rendues, en vertu de l'al. 20(1)(f), au sujet de prêts basés sur le cours d'une marchandise, dont l'une a été citée par la juge Sharlow (par. 47) : pendant les années 1980, la Société du crédit agricole a offert aux agriculteurs des Prairies un taux d'intérêt hypothécaire avantageux de 6 % pour une période de dix ans, mais elle exigeait que le principal de l'hypothèque augmente en fonction de la hausse, au cours de cette période de dix ans, du prix du



commodity-based loan, and the Minister ruled that

where it can be said that the taxpayer has paid an amount on account of principal in excess of the amount for which the obligation was issued, then paragraph 20(1)(f) would apply. It is our view that for purposes of paragraph 20(1)(f) the principal amount under the terms of the [commodity-based loan] is [the] total amount paid on maturity plus the total of all payments in satisfaction of principal paid over the life of the obligation. [Emphasis added.]

(Income Tax Rulings Directorate, Technical Interpretation No. 9703377, April 17, 1997)

Similarly, the Minister ruled in 1990 that where a debenture may be exchanged at maturity for shares (called “target” shares),

[t]he Issuer would be entitled to a deduction under paragraph 20(1)(f) of the Act with respect to the difference between the fair market value of the Target Shares (the amount paid in satisfaction of the principal amount) and the face amount of the debenture (the amount for which it was issued). [Emphasis added.]

(Income Tax Rulings Directorate, Advance Income Tax Ruling No. 90063-3, July 30, 1990)

Again, in the case of convertible debentures, i.e., where the shares to be delivered are those of the issuing corporation, the Minister ruled in 2000:

[TRANSLATION] The provisions of paragraph 20(1)(f) of the Act will be applicable in the event that an Issuer is required to repay debentures following the exercise of exchange rights of the holders . . . and that the amount which the Issuer is required to pay [i.e., the fair market value of the shares] exceeds the sum for which the debentures were issued (including the premium on issuance).

(Income Tax Rulings Directorate, Advance Income Tax Ruling No. 1999-0008753, January 1, 2000)

In none of these situations did the Minister take the view (nor, in my view, was the Minister entitled to take the view) that s. 20(1)(f) was restricted to

maïs et du blé cultivés sur le bien-fonds. Il s’agissait, dans cette mesure, d’un prêt basé sur le cours d’une marchandise, et le ministre a statué que

[TRADUCTION] dans les cas où l’on peut dire que le contribuable a payé sur le principal du titre une somme supérieure au prix d’émission, l’alinéa 20(1)(f) s’appliquerait. Nous sommes d’avis que, pour les besoins de l’alinéa 20(1)(f), le principal selon les conditions du [prêt basé sur le cours d’une marchandise] est [le] montant total payé à l’échéance plus le total de tous les paiements effectués en acquittement du principal pendant la durée de vie du titre. [Je souligne.]

(Direction des décisions de l’impôt, interprétation technique n° 9703377, 17 avril 1997)

De même, le ministre a décidé en 1990 que, lorsqu’une obligation peut être échangée à l’échéance contre des actions (appelées les actions « cibles »),

[TRADUCTION] [l]’émetteur aurait droit à une déduction en vertu de l’alinéa 20(1)(f) de la Loi relativement à la différence entre la juste valeur marchande des actions cibles (la somme payée en acquittement du principal) et la valeur nominale de l’obligation (le prix de son émission). [Je souligne.]

(Direction des décisions de l’impôt, décision anticipée en matière d’impôt sur le revenu n° 90063-3, 30 juillet 1990)

Là encore, en ce qui concerne les obligations convertibles, c’est-à-dire dans les cas où les actions qui seront remises sont celles de la société émettrice, le ministre a décidé ceci en 2000 :

Les dispositions de l’alinéa 20(1)(f) de la Loi seront applicables dans l’éventualité où un Émetteur est tenu de rembourser des débetures par suite de l’exercice du droit d’échange des détenteurs [. . .] et que le montant que l’Émetteur est tenu de verser [c’est-à-dire la juste valeur marchande des actions] excède la somme pour laquelle les débetures ont été émises (incluant la prime à l’émission).

(Direction des décisions de l’impôt, décision anticipée en matière d’impôt sur le revenu n° 1999-0008753, 1<sup>er</sup> janvier 2000)

Dans aucun de ces cas, le ministre n’a estimé (ni n’aurait-il pu, selon moi, le faire) que l’al. 20(1)(f) se limitait à l’escompte initial d’émission. Il ne croyait

90

91

92

original issue discounts. Nor did the Minister think that the principal amount of the obligation within the meaning of s. 20(1)(f) should be calculated at the price prevailing at the date of issuance rather than at the price prevailing at the date the borrower was required to buy (or issue) the commodity to retire the obligation. The reason is obvious. The “principal amount” could not be calculated until the date of payment, issuance, or redemption because of the fluctuations inherent in commodity pricing, and it was only on that date that the actual cost of satisfying the “obligation” could be ascertained in Canadian dollars.

93 My colleague acknowledges as “troubling” (para. 59) the Minister’s consistent position until now that s. 20(1)(f) is *not* limited to original issue discounts. In each of those other instances, the Minister interpreted the “principal amount” as the maximum total amount payable at the date of redemption or discharge “on account of the obligation” (s. 248(1)) and allowed a deduction for the difference in “commodity price” between the date of issuance and the date of payment.

94 I believe the Minister was correctly interpreting s. 20(1)(f) in those other cases and is wrong now to try to read down the words to encompass only original issue discounts.

95 In my view, there is no principled basis to distinguish a debt obligation denominated in a foreign currency and the above-mentioned instances of a debt obligation requiring repayment in, or based on the price of, a commodity, the value of which is not known at the time of the borrowing.

96 Equally, as pointed out by counsel for the intervenor Teck Cominco Limited, “there is no reason justifying a treatment different between debt obligations issued at a discount and debt obligations repaid at a premium: in both situations the borrower has repaid more than it has borrowed” (factum, at para. 9).

pas non plus que le principal du titre au sens de l’al. 20(1)f) devrait être calculé en fonction du prix en vigueur à la date d’émission plutôt qu’en fonction du prix en vigueur à la date à laquelle l’emprunteur était tenu d’acheter (ou d’émettre) la marchandise afin de rembourser l’obligation. La raison est évidente. Le « principal » ne pouvait être calculé qu’à la date de paiement, d’émission ou de rachat en raison des fluctuations inévitables du cours des marchandises, et ce n’est qu’à cette date que le montant requis pour acquitter l’« obligation » pouvait être établi en dollars canadiens.

Mon collègue reconnaît que la position adoptée systématiquement par le ministre jusqu’à maintenant — selon laquelle l’al. 20(1)f) *ne vise pas* seulement l’escompte initial d’émission — est « préoccupante » (par. 59). Dans chacun de ces autres cas, le ministre a considéré que le « principal » équivalait à la somme globale maximale payable à la date du rachat ou de l’acquittement « au titre de l’obligation » (par. 248(1)) et a permis une déduction correspondant à la différence entre le « cours de la marchandise » à la date d’émission et son cours à la date de paiement.

Je crois que le ministre a interprété correctement l’al. 20(1)f) dans ces autres cas et qu’il a maintenant tort d’essayer de donner aux mots une interprétation atténuée selon laquelle ils ne visent que l’escompte initial d’émission.

Je ne vois aucune raison logique de distinguer une créance libellée en monnaie étrangère des cas susmentionnés où une créance doit être remboursée au moyen, ou en fonction du cours, d’une marchandise dont la valeur n’est pas connue au moment de l’emprunt.

De même, comme l’a souligné l’avocat de l’intervenante Teck Cominco Limited, [TRADUCTION] « rien ne justifie de traiter différemment les créances émises à escompte et celles remboursées avec prime : dans les deux cas, le montant du remboursement est supérieur au montant de l’emprunt » (mémoire, par. 9).

Accordingly, unless some latent ambiguity or difficulty is raised by a consideration of the words of s. 20(1)(f) in the larger context of the *Income Tax Act* as a whole or overriding conflict with some demonstrated legislative purpose, the conclusion of the Federal Court of Appeal in these cases should be upheld.

#### D. *The Context of the Act*

I agree with my colleague that the marginal notes referring to “discounts” relied on by the Crown are unhelpful because everyone agrees s. 20(1)(f) applies to discounts. The question is whether, as my colleague says, s. 20(1)(f) is “restricted to discounts” (para. 58 (emphasis in original)).

The Crown puts some reliance on the inter-relationship between s. 20(1)(f) and s. 39(2). The latter section says in effect that a gain or loss on capital account that is caused by a change in the value of a foreign currency relative to Canadian currency is deemed to be a *capital* gain or loss from the disposition of foreign currency. However, by its own terms, s. 39(2) is confined to a residual status and applies only to the extent that a foreign currency loss is not otherwise deductible in computing income. As observed by Miller J. in his trial judgment in *Imperial Oil*:

[The Crown’s] approach however puts the cart before the horse. In the ordering of the *Act*, foreign exchange losses under subsection 39(2) only follow after the appropriate deduction under section 20 has been taken. So, I do not accept that one can calculate what may seem logical under subsection 39(2) and work back to limit a paragraph 20(1)(f) deduction. This is not a matter of specific provisions overriding general provisions, but is more a matter of how the *Act* provides a road map for the computation of income, primarily in section 3.

([2004] 2 C.T.C. 3030, 2004 TCC 207, at para. 16)

Par conséquent, à moins que l’examen du libellé de l’al. 20(1)f) dans le contexte général de l’ensemble de la *Loi de l’impôt sur le revenu* permette de constater l’existence d’une ambiguïté ou difficulté latente ou d’un conflit majeur avec un objectif législatif manifeste, il y a lieu de confirmer la conclusion de la Cour d’appel fédérale dans les présentes affaires.

#### D. *Le contexte de la Loi*

Je conviens avec mon collègue que les notes marginales mentionnant un « escompte », que le ministre a invoquées, ne sont d’aucun secours parce que tous s’accordent pour dire que l’al. 20(1)f) s’applique aux escomptes. Comme l’affirme mon collègue, il s’agit de savoir si l’al. 20(1)f) « *se limite aux escomptes* » (par. 58 (en italique dans l’original)).

Le ministre s’appuie jusqu’à un certain point sur la corrélation entre l’al. 20(1)f) et le par. 39(2). Cette dernière disposition prévoit, en fait, qu’un gain ou une perte en capital découlant d’un changement de la valeur d’une devise étrangère par rapport à la monnaie canadienne est réputé être un gain ou une perte *en capital* résultant de la disposition de la devise étrangère. Toutefois, de par son libellé, le par. 39(2) n’est qu’une disposition résiduelle et s’applique seulement dans la mesure où une perte sur change n’est pas par ailleurs déductible dans le calcul du revenu. Comme l’a fait remarquer le juge Miller dans son jugement de première instance dans l’affaire *Compagnie pétrolière Impériale* :

Toutefois [la] méthode [proposée par le ministre] revient à mettre la charrue devant les bœufs. Dans l’ordonnancement de la *Loi*, les pertes sur change prévues au paragraphe 39(2) viennent seulement après que la déduction pertinente prévue à l’article 20 a été faite. Je n’admets donc pas qu’on puisse calculer ce qui semble logique en vertu du paragraphe 39(2) et qu’on revienne en arrière pour restreindre une déduction prévue à l’alinéa 20(1)f). Il n’est pas question de dispositions particulières qui l’emportent sur des dispositions générales; il est davantage question de la façon dont la *Loi* fournit une feuille de route pour le calcul du revenu, principalement à l’article 3.

([2004] A.C.I. n° 122 (QL), 2004 CCI 207, par. 16)

97

98

99

100 More relevant, it seems to me, is that in sections of the *Income Tax Act* dealing with specific situations such as mortgage foreclosure (s. 79) and debt forgiveness (s. 80), Parliament has specified that the calculations are to be based on the value of the foreign debt in Canadian currency at the time of the issuance date. There is no such specification in s. 20(1)(f), which has a much broader focus and purpose, as is shown by the Minister's treatment of exchangeable, convertible and commodity-based debt.

101 Notwithstanding these observations, I agree with my colleague LeBel J. that there is little help to be had from other sections of the Act. In these circumstances, subject to overall considerations of purpose, the text of s. 20(1)(f) and s. 248(1) provide the best guidance to Parliament's intent with respect to the deductibility of foreign exchange losses in this context under the *Income Tax Act*.

#### E. *The Purpose of the Act*

102 My colleague concludes that s. 20(1)(f) is designed "to address a specific class of financing costs arising out of the issuance of debt instruments at a discount" (para. 67). Such a narrow focus, as stated earlier, is nowhere expressed in the Act, although it would have been a simple thing to say so if that was Parliament's intent. Of relevance at this point are the observations of McLachlin J. in *Shell Canada*:

... courts must therefore be cautious before finding within the clear provisions of the Act an unexpressed legislative intention . . . . Finding unexpressed legislative intentions under the guise of purposive interpretation runs the risk of upsetting the balance Parliament has attempted to strike in the Act. [para. 43]

103 On the other hand, I agree with my colleague's observation at para. 65 that "Parliament encourages companies to raise capital by allowing them to deduct virtually all costs of borrowing under the provisions of s. 20(1)." It was not always thus. In

Il me paraît plus utile de noter que, dans les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui traitent de cas particuliers comme la forclusion d'hypothèques (art. 79) et la remise de dette (art. 80), le législateur a précisé que les calculs doivent être fondés sur la valeur en dollars canadiens que le titre de créance libellé en monnaie étrangère avait à la date de son émission. Aucune précision de cette nature ne figure à l'al. 20(1)(f), dont l'objet et le champ d'application sont beaucoup plus larges, comme en témoigne la façon dont le ministre traite les obligations échangeables, les obligations convertibles et les obligations basées sur le cours d'une marchandise.

Malgré ces remarques, je souscris à l'opinion de mon collègue le juge LeBel selon laquelle les autres dispositions de la Loi ne sont pas d'un grand secours. Dans les présentes circonstances, sous réserve de considérations générales en matière d'objet, c'est le texte de l'al. 20(1)(f) et du par. 248(1) qui permet le mieux de dégager l'intention du législateur quant à la déductibilité, dans le présent contexte, des pertes sur change selon la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

#### E. *L'objet de la Loi*

Mon collègue conclut que l'al. 20(1)(f) est censé « s'appliquer à une catégorie précise de frais de financement découlant de l'émission de titres de créance à escompte » (par. 67). Comme nous l'avons vu, la Loi ne mentionne nulle part une portée aussi restreinte, même s'il aurait été simple de le faire si telle avait été l'intention du législateur. Il est utile, à ce stade, de se référer aux observations de la juge McLachlin dans l'arrêt *Shell Canada* :

... les tribunaux doivent par conséquent faire preuve de prudence lorsqu'il s'agit d'attribuer au législateur, à l'égard d'une disposition claire de la Loi, une intention non explicite [ . . . ] En concluant à l'existence d'une intention non exprimée par le législateur sous couvert d'une interprétation fondée sur l'objet, l'on risque de rompre l'équilibre que le législateur a tenté d'établir dans la Loi. [par. 43]

Par contre, je suis d'accord avec l'observation de mon collègue, au par. 65, selon laquelle « le législateur encourage les sociétés à mobiliser des capitaux en leur permettant de déduire presque tous leurs coûts d'emprunt en vertu des dispositions du par.

*Montreal Coke and Manufacturing Co. v. Minister of National Revenue*, [1944] A.C. 126 (P.C.), affirming this Court's decision, [1942] S.C.R. 89 (*sub nom. Montreal Light, Heat and Power Consolidated v. Minister of National Revenue*), it was held that costs incurred in refinancing a company's debt (being referable to the capital account) are *not* deductible against revenue for the purpose of calculating income tax. Parliament subsequently recognized that capital borrowings used productively generate income, which may itself be taxed, and are to be encouraged: *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32, at p. 45; *Tennant v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 305, at para. 16. Parliament therefore enacted a series of provisions to "deem" various costs of capital borrowings to be deductible. Viewed in that light, the decisions of the Federal Court of Appeal herein advance Parliament's purpose whereas the conclusion reached by my colleague would act as a deterrent. With respect, it would be counterproductive in a global economy to discourage foreign borrowings. Nor is there any principled reason to impose disadvantageous tax treatment on such borrowings when compared with the treatment given to comparable domestic borrowings such as exchangeable, convertible and commodity linked debt.

It all comes back to the simple proposition that in Canadian tax terms foreign currency is a commodity, and its fluctuations will inevitably carry costs (or benefits). Had the Canadian dollar appreciated against the U.S. dollar in the relevant period of time, for instance, the taxpayers would have *lost* the original issue discount to which they might otherwise have been entitled. What the taxing authority loses on the swings it will make up on the roundabouts. At the end of the day it will have its just desserts.

### III. Conclusion

For the foregoing reasons, I would affirm the decisions of the Federal Court of Appeal and dismiss the appeals.

20(1) ». Il n'en a pas toujours été ainsi. Dans l'arrêt *Montreal Coke and Manufacturing Co. c. Minister of National Revenue*, [1944] A.C. 126 (C.P.), confirmant l'arrêt de notre Cour, [1942] R.C.S. 89 (*sub nom. Montreal Light, Heat and Power Consolidated c. Minister of National Revenue*), on a statué que les frais de refinancement de la dette d'une société (qui sont au titre du capital) *ne* sont *pas* déductibles du revenu dans le calcul de l'impôt sur le revenu. Le législateur a, par la suite, reconnu que les emprunts de capitaux utilisés de manière productive génèrent des revenus, eux-mêmes imposables, et doivent être encouragés : *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32, p. 45; *Tennant c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 305, par. 16. Il a, par conséquent, édicté une série de dispositions selon lesquelles divers frais d'emprunt de capitaux sont « réputés » déductibles. Vues sous cet angle, les décisions que la Cour d'appel fédérale a rendues dans les présentes affaires favorisent la réalisation de l'objectif du législateur alors que la conclusion de mon collègue aurait un effet dissuasif. En toute déférence, il serait plus néfaste que bénéfique dans une économie mondiale de décourager les emprunts contractés à l'étranger. Il n'y a également aucune raison logique de réserver à ces emprunts un traitement fiscal désavantageux par rapport à celui réservé aux emprunts comparables contractés au pays, notamment sous forme d'obligations échangeables, d'obligations convertibles ou d'obligations basées sur le cours d'une marchandise.

Tout cela revient simplement à dire qu'en droit fiscal canadien la monnaie étrangère est une marchandise dont les fluctuations génèrent inévitablement des coûts (ou des profits). Si, par exemple, le dollar canadien avait augmenté de valeur par rapport au dollar américain pendant la période pertinente, les contribuables auraient *perdu* l'escompte initial d'émission auquel ils auraient peut-être par ailleurs eu droit. Ce que le fisc perd à cause des fluctuations, il le récupère en bout de ligne. En fin de compte, il obtient sa juste part.

### III. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, je confirmerais les décisions de la Cour d'appel fédérale et je rejetterais les pourvois.

*Appeals allowed with costs, BINNIE, FISH and CHARRON JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Department of Justice, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent Imperial Oil Limited: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Solicitors for the respondent Inco Limited: Thorsteinssons, Toronto.*

*Solicitors for the intervener: Ogilvy Renault, Montréal.*

*Pourvois accueillis avec dépens, les juges BINNIE, FISH et CHARRON sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante : Ministère de la Justice, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimée la Compagnie pétrolière Impériale limitée : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée Inco limitée : Thorsteinssons, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante : Ogilvy Renault, Montréal.*