

Shell Canada Limited *Applicant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: SHELL CANADA LTD. v. CANADA

File No.: 26596.

1998: December 16.

Present: Binnie J.

MOTION FOR DIRECTIONS

Practice — Supreme Court of Canada — Cross-appeal — Court of Appeal reversing Tax Court's finding on interest expense deduction but affirming finding that gain realized by taxpayer in currency transaction is capital gain not income — Taxpayer granted leave to appeal to Supreme Court — Respondent wishing to keep capital gain issue alive without seeking leave to cross-appeal — Respondent's argument on capital gain issue would not, if accepted, uphold Court of Appeal's judgment — Respondent required to obtain leave to cross-appeal to raise capital gain issue in Supreme Court — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, s. 29(1), (3).

Cases Cited

Referred to: *R. v. Keegstra*, [1995] 2 S.C.R. 381.

Statutes and Regulations Cited

Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.).
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, s. 29(1) [repl. SOR/95-325, s. 2], (3) [repl. SOR/93-488, s. 2].

MOTION for directions on whether leave to cross-appeal required before certain issues can be raised. Motion granted.

Shell Canada Limitée *Requérante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: SHELL CANADA LTÉE c. CANADA

N° du greffe: 26596.

1998: 16 décembre.

Présent: Le juge Binnie.

REQUÊTE VISANT À OBTENIR DES DIRECTIVES

Pratique — Cour suprême du Canada — Appel incident — Cour d'appel infirmant la décision de la Cour canadienne de l'impôt concernant la déduction d'intérêts à titre de dépense, mais confirmant la décision qu'un gain réalisé par le contribuable dans le cadre d'une opération en devises est un gain en capital et non pas un revenu — Contribuable autorisé à interjeter appel devant la Cour suprême — Intimée souhaitant garder ouverte la question du gain en capital sans demander l'autorisation d'interjeter un appel incident — Argument de l'intimée sur la question du gain en capital ne mènerait pas, s'il était retenu, à la confirmation du jugement de la Cour d'appel — Nécessité pour l'intimée d'obtenir une autorisation d'appel incident pour soulever une question de gain en capital devant la Cour suprême — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 29(1), (3).

Jurisprudence

Arrêt mentionné: *R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381.

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.).
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 29(1) [repl. DORS/95-325, art. 2], (3) [repl. DORS/93-488, art. 2].

REQUÊTE visant à obtenir des directives sur le point de savoir si une autorisation d'appel incident est requise pour que certaines questions puissent être soulevées. Requête accueillie.

Written submissions by *Alnasir Meghji*, for the applicant.

Written submissions by *Patricia Lee* and *Harry Erlichman*, for the respondent.

The following is the order delivered by

BINNIE J. — The appellant Shell Canada seeks a ruling that the respondent, having failed to seek leave to cross-appeal under Rule 29 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74 (the “Rules”), is precluded from attacking the finding of the Court of Appeal that the “gain” realized in a New Zealand-United States currency transaction entered into by the appellant is a capital gain.

This appeal concerns the proper tax treatment of a sophisticated financing transaction, known as a “weak currency financing scheme”, undertaken by the appellant. In 1988, the appellant required about \$100 million in United States currency (“US\$”) for general corporate purposes. The market rate for a direct borrowing of US\$ was 9.1 percent. Instead of borrowing US\$ directly, however, the appellant entered into two agreements. The first agreement (the “Borrowing Contract”), involved the appellant borrowing \$150 million in New Zealand currency (“NZ\$”) at an interest rate of 15.4 percent per annum (which was found to be the market rate for borrowing NZ\$). The second agreement (the “Purchasing Contract”), involved the appellant using the New Zealand funds to purchase US\$100 million at the market price.

In order to fulfill the appellant’s requirement for New Zealand dollars, the Purchasing Contract provided for the appellant to purchase enough New Zealand dollars to satisfy the interest payments under the Borrowing Contract and for the appellant to purchase NZ\$150 million for US\$79 million on the date when the principal came due under the Borrowing Contract. The difference in the cost of the NZ\$150 million at the time the Borrowing Contract was entered (US\$100 million) and at the time the principal was to be repaid (US\$79

Argumentation écrite par *Alnasir Meghji*, pour la requérante.

Argumentation écrite par *Patricia Lee* et *Harry Erlichman*, pour l’intimée.

Version française de l’ordonnance rendue par

LE JUGE BINNIE — L’appelante, Shell Canada, demande à la Cour de statuer que l’intimée, qui n’a pas déposé de demande d’autorisation d’appel incident en application de l’art. 29 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74 (les «Règles»), ne peut pas contester la conclusion tirée par la Cour d’appel selon laquelle le «gain» réalisé dans le cadre d’une opération en dollars néo-zélandais et américains à laquelle l’appelante était partie constitue un gain en capital.

Le pourvoi porte sur le traitement fiscal qu’il convient d’accorder à une opération financière complexe appelée «plan de financement en devises faibles», que l’appelante a effectuée. En 1988, l’appelante avait besoin d’environ 100 millions de dollars américains aux fins générales de l’entreprise. Le taux courant du marché pour un emprunt direct en dollars américains était 9,1 pour 100. Plutôt que d’emprunter directement des dollars américains, l’appelante a signé deux conventions. Dans le cadre de la première (le «contrat de prêt»), l’appelante a emprunté 150 millions de dollars néo-zélandais à un taux d’intérêt de 15,4 pour 100 par année (le taux du marché pour un emprunt en dollars néo-zélandais). Dans le cadre de la deuxième convention (le «contrat d’achat»), l’appelante a utilisé les devises néo-zélandaises pour acheter 100 millions de dollars américains au prix du marché.

Pour combler les besoins de l’appelante en dollars néo-zélandais, le contrat d’achat prévoyait que l’appelante achèterait suffisamment de dollars néo-zélandais pour payer les intérêts prévus par le contrat de prêt et pour acheter 150 millions de dollars néo-zélandais en échange de 79 millions de dollars américains à la date à laquelle le principal deviendrait exigible en vertu du contrat de prêt. La différence entre le coût des 150 millions de dollars néo-zélandais au moment de la conclusion du contrat de prêt (100 millions de dollars américains) et au

1

2

3

million) resulted in a US\$21 million “gain” to the appellant.

4 In computing its tax liability, the appellant deducted the 15.4 percent interest it had paid under the Borrowing Contract and characterized the US\$21 million gain as a capital gain.

5 The respondent reassessed the appellant by allowing only the cost of directly borrowing US\$ (9.1 percent) as an interest expense and characterized the “gain” as income.

6 The appellant appealed to the Tax Court where the court found in favour of the appellant and allowed the full 15.4 percent to be deducted as an expense. The Tax Court also characterized the gain as a capital gain: [1997] 3 C.T.C. 2238.

7 The Court of Appeal reversed the Tax Court’s finding with respect to the interest deduction applying an “economic substance over form” doctrine which essentially dictated that the Borrowing Contract and Purchasing Contract be considered together: [1998] 3 F.C. 64. This in turn led the Court of Appeal to a determination that the 15.4 percent interest rate expense claimed failed to comply with three of the requirements that must be satisfied for a claimed expense to qualify as “interest” under the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.): it was not interest, it was not used for the purpose of earning income and it was not reasonable. Therefore, the Court of Appeal disallowed any interest expense claimed above 9.1 percent — the direct cost of borrowing US\$. It is on that issue that the appellant sought and obtained leave to appeal in this Court.

8 The Court of Appeal did, however, agree with the Tax Court that the gain of US\$21 million should be considered a capital gain. The respon-

moment où le principal devait être remboursé (79 millions de dollars américains) s’est traduite par un «gain» de 21 millions de dollars américains pour l’appelante.

Dans le calcul de l’impôt exigible, l’appelante a déduit les intérêts de 15,4 pour 100 qu’elle a versés en vertu du contrat de prêt et qualifié le gain de 21 millions de dollars américains de gain en capital.

L’intimée a établi une nouvelle cotisation à l’égard de l’appelante, limitant la déduction admissible au titre des intérêts au coût d’un emprunt direct en dollars américains (9,1 pour 100) et qualifiant le «gain» de revenu.

L’appelante a interjeté appel devant la Cour canadienne de l’impôt qui lui a donné raison et lui a permis de déduire comme dépense la totalité des intérêts de 15,4 pour 100. La Cour canadienne de l’impôt a aussi qualifié le gain de gain en capital: [1997] 3 C.T.C. 2238.

La Cour d’appel a infirmé la décision de la Cour canadienne de l’impôt relativement à la déduction des intérêts en appliquant le principe selon lequel «le fond de l’opération économique l’emporte sur la forme» qui veut pour l’essentiel que le contrat de prêt et le contrat d’achat soient considérés ensemble: [1998] 3 C.F. 64. Cette conclusion a amené la Cour d’appel à statuer que la déduction des intérêts au taux de 15,4 pour 100 ne remplissait pas trois des conditions nécessaires pour qu’une dépense puisse être déduite au titre des «intérêts» en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.): ce montant ne constituait pas des intérêts, il n’a pas été utilisé en vue de gagner un revenu et il n’était pas raisonnable. En conséquence, la Cour d’appel a déclaré que les intérêts en sus du taux de 9,1 pour 100 — le coût d’un emprunt direct en dollars américains — n’étaient pas déductibles. C’est relativement à cette question que l’appelante a demandé et reçu l’autorisation de former un pourvoi devant notre Cour.

La Cour d’appel a toutefois confirmé la conclusion de la Cour canadienne de l’impôt selon laquelle le gain de 21 millions de dollars améri-

dent has indicated that it intends to keep that issue alive on the appeal to this Court. The appellant disputes the respondent's right to do so.

Rule 29 provides as follows:

29. (1) A respondent who seeks to set aside or vary the whole or any part of the disposition of the judgment appealed from shall apply for leave to cross-appeal within 30 clear days after the service of the application for leave, in the case of an appeal for which leave is required, or 30 clear days after the service of the notice of appeal, in all other cases.

(3) A respondent who seeks to uphold the judgment on a ground or grounds not raised in the reasons for the judgment appealed from may do so in the respondent's factum without applying for leave to cross-appeal, and the appellant may serve and file a factum in reply in accordance with Rule 41. [Emphasis added.]

The gist of the Rule is that where a respondent wishes to vary the judgment appealed from, that respondent must apply for leave to cross-appeal that part of the judgment. Where, however, the respondent seeks to uphold the judgment of the lower court on a ground not raised in the reasons of the judgment appealed from, no leave to cross-appeal is required. *R. v. Keegstra*, [1995] 2 S.C.R. 381, at para. 29.

The respondent's argument on the capital gain issue would not, if accepted, uphold the judgment of the Court of Appeal. According to that judgment, the appellant may claim an interest expense of 9.1 percent per annum on the principal amount borrowed under the Borrowing Contract in the computation of its taxable income. The respondent says that if the appeal against that ruling succeeds, the respondent ought to be free to argue that the tax burden thus reduced should nevertheless be restored in whole or in part by recharacterizing the

cains devait être considéré comme un gain en capital. L'intimée a indiqué son intention de garder cette question ouverte devant notre Cour. L'appelante conteste le droit de l'intimée de procéder ainsi.

Voici ce que prévoit l'art. 29:

29. (1) L'intimé qui cherche à faire infirmer ou modifier en tout ou en partie le dispositif du jugement du tribunal de juridiction inférieure doit déposer une demande d'autorisation d'appel incident au plus tard dans 30 jours francs après la signification de la demande d'autorisation, si une autorisation d'appel est requise, ou au plus tard dans 30 jours francs après la signification de l'avis d'appel dans tous les autres cas.

(3) L'intimé qui cherche à faire confirmer le jugement du tribunal de juridiction inférieure pour des motifs différents de ceux invoqués dans ce jugement peut, sans déposer de demande d'autorisation d'appel incident, le faire dans son mémoire et l'appelant peut, en réponse, signifier et déposer un mémoire conformément à l'article 41. [Je souligne.]

Cette règle porte essentiellement que l'intimé qui désire faire modifier le jugement dont appel doit présenter une demande d'autorisation d'appel incident relativement à cette partie du jugement. Toutefois, l'intimé qui veut faire confirmer le jugement du tribunal de juridiction inférieure en s'appuyant sur un moyen qui n'est pas mentionné dans les motifs du jugement dont appel n'est pas tenu de demander l'autorisation de former un appel incident. *R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381, au par. 29.

L'argument de l'intimée sur la question du gain en capital ne mènerait pas, s'il était retenu, à la confirmation du jugement de la Cour d'appel. Selon ce jugement, l'appelante peut déduire, dans le calcul de son revenu imposable, des intérêts au taux de 9,1 pour 100 par année sur le principal de l'emprunt contracté en vertu du contrat de prêt. L'intimée affirme que, si le pourvoi à l'encontre de cette conclusion est accueilli, elle devrait pouvoir plaider que le fardeau fiscal ainsi réduit devrait néanmoins être rétabli en totalité ou en partie en

gain on the Borrowing Contract as income rather than capital.

imputant le gain réalisé grâce au contrat de prêt au revenu plutôt qu'au capital.

11 In my view, the respondent would be required to obtain leave to cross-appeal before raising this issue at the hearing of the appeal.

Je suis d'avis que l'intimée devrait obtenir une autorisation d'appel incident pour soulever cette question à l'audition du pourvoi.

12 In the first place the judgment of the Federal Court of Appeal dated February 18, 1998 refers the matter back to the Minister "to be reassessed in accordance with the Reasons for Judgment herein". The Minister's authority is thus closely circumscribed by the reasons as well as the outcome of the appeal to that court.

Premièrement, le jugement rendu par la Cour d'appel fédérale le 18 février 1998 renvoie l'affaire au ministre «pour qu'il établisse une nouvelle cotisation conformément aux motifs du jugement». Le pouvoir du ministre est donc strictement limité par les motifs et le résultat de l'appel devant la Cour fédérale.

13 Secondly, there is no reason to believe (and the respondent has not offered any proof) that the net effect of reclassifying the US\$21 million gain as income would be the same as the net effect on the appellant's tax burden of the reasons for judgment of the Court of Appeal. If the tax burden calculated under the respondent's alternative argument differs from the tax burden calculated under the Court of Appeal's judgment, then recharacterizing the gain as income rather than capital would not uphold even the outcome, much less the reasons for judgment of the Federal Court of Appeal.

Deuxièmement, il n'existe aucune raison de croire (et l'intimée n'a présenté aucun élément de preuve en ce sens) que l'imputation au revenu du gain de 21 millions de dollars aurait le même effet net sur le fardeau fiscal de l'appelante que les motifs du jugement de la Cour d'appel. Si le fardeau fiscal calculé en conformité avec l'argument subsidiaire de l'intimée diffère de celui qui est calculé selon les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel, le fait d'imputer le gain au revenu plutôt qu'au capital n'emporterait pas la confirmation du résultat, et encore moins des motifs de l'arrêt.

14 Accordingly, if the respondent wishes to keep the capital gain issue alive in this Court, she cannot do so without leave. The proper procedure would be to now serve and provide the Court with the proposed leave application with respect to the cross-appeal, accompanied by an application for an extension of time within which to file same, as set out in the *Notice to the Profession* dated January 1996. The leave panel may then determine whether it is appropriate to have all aspects of the "weak currency financing scheme" before the Court on the main appeal.

En conséquence, si l'intimée désire garder ouverte la question du gain en capital devant notre Cour, elle ne peut le faire sans obtenir d'autorisation. La procédure à suivre consisterait à signifier et à transmettre à la Cour, dès maintenant, la demande d'autorisation d'appel incident, accompagnée d'une demande de prorogation du délai imparti pour déposer une telle demande, conformément à l'*Avis aux avocats* du mois de janvier 1996. La formation saisie de la demande d'autorisation pourrait alors déterminer s'il convient de soumettre à la Cour tous les aspects du «plan de financement en devises faibles» dans le cadre de l'appel principal.

Motion granted.

Requête accueillie.

Solicitors for the applicant: Bennett Jones, Calgary.

Procureurs de la requérante: Bennett Jones, Calgary.

Solicitor for the respondent: The Deputy Attorney General of Canada, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le sous-procureur général du Canada, Toronto.