

Shell Canada Ltée c. Canada, [1999] 3 R.C.S. 622

Shell Canada Limitée

*Appelante/Intimée
au pourvoi incident*

c.

Sa Majesté la Reine

*Intimée/Appelante
au pourvoi incident*

et

Canadien Pacifique Limitée et Sa Majesté la Reine

Intervenantes

Répertorié: Shell Canada Ltée c. Canada

N° du greffe: 26596

Audition et jugement: 14 juin 1999.

Motifs déposés: 15 octobre 1999.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

en appel de la cour d'appel fédérale

*Impôt sur le revenu – Revenu tiré d'une entreprise – Déductions – Intérêt –
Conclusion par le contribuable de contrats d'achat de débentures avec des prêteurs
étrangers pour emprunter des dollars néo-zélandais – Affectation par le contribuable*

des dollars néo-zélandais à l'achat de dollars américains en application d'un contrat de change à terme intervenu avec une banque étrangère – Paiements semestriels d'intérêts sur les débetures au taux du marché – L'article 20(1)c)(i) de la Loi de l'impôt sur le revenu permet-il au contribuable de déduire de son revenu la totalité des intérêts versés tous les six mois aux prêteurs conformément aux contrats d'achat de débetures? – Dans l'affirmative, l'art. 67 ou l'ancien art. 245(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu s'appliquent-ils de façon à ramener le montant de la déduction à la somme qui aurait été versée si les dollars américains avaient été empruntés directement? – Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.), art. 20(1)c)(i), 67 – Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 245(1).

Impôt sur le revenu – Revenu ou gain en capital – Gain de change net – Le gain de change net est-il imposable à titre de revenu ou de gain en capital?

En 1988, Shell avait besoin d'environ 100 000 000 \$ US pour les fins générales de l'entreprise. Pour obtenir ces fonds au coût après impôt le moins élevé possible, Shell a tout d'abord conclu avec trois prêteurs étrangers des contrats d'achat de débetures suivant lesquels elle a emprunté 150 000 000 \$ NZ au taux du marché, soit 15,4 pour 100 par année. Shell était tenue d'effectuer 10 versements semestriels d'intérêts de 11 550 000 \$ NZ chacun. Le principal devait être remboursé aux prêteurs en 1993. Puis, Shell a conclu avec une banque étrangère un contrat de change à terme par lequel elle a affecté les 150 000 000 \$ NZ à l'achat d'environ 100 000 000 \$ US. Le contrat de change à terme permettait également à Shell d'échanger un montant déterminé de dollars américains contre 11 550 000 \$ NZ le jour du versement semestriel des intérêts aux prêteurs et d'échanger un autre montant précis de dollars américains contre 150 000 000 \$ NZ le moment venu de rembourser le principal aux prêteurs. Les taux de

change prévus dans le contrat de change à terme ont été établis en fonction des taux de change à terme applicables aux dollars néo-zélandais pendant la durée du prêt.

Dans le calcul de son revenu aux fins de l'impôt, Shell s'est appuyée sur l'al. 20(1)c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour déduire l'intérêt de 15,4 pour 100 par année qu'elle payait conformément aux contrats d'achat de débentures. Pour l'année d'imposition 1993, Shell a déclaré un gain en capital d'environ 21 000 000 \$ US. Le ministre du Revenu national a établi pour les années d'imposition 1992 et 1993 de nouvelles cotisations suivant lesquelles Shell ne pouvait déduire que l'intérêt qu'elle aurait payé si elle avait emprunté des dollars américains, soit 9,1 pour 100 par année. Une nouvelle cotisation a aussi été établie à l'égard du gain en capital déclaré pour l'année d'imposition 1993 qui a été imputé au revenu. La Cour canadienne de l'impôt a annulé les nouvelles cotisations. Le ministre a eu gain de cause en Cour d'appel fédérale, mais cette dernière a statué que Shell pouvait déclarer le gain de change net à titre de gain en capital. Shell se pourvoit maintenant devant notre Cour pour ce qui est de la question du taux d'intérêt. Le ministre a formé un pourvoi incident en ce qui a trait à la question du gain en capital.

Arrêt: Le pourvoi principal est accueilli. Le pourvoi incident est rejeté.

(1) *Pourvoi principal*

Shell pouvait déduire de son revenu la totalité des intérêts qu'elle a versés semestriellement aux prêteurs au cours des années d'imposition en cause en application des contrats d'achat de débentures. Le sous-al. 20(1)c)(i) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* permet au contribuable de déduire de son revenu l'intérêt payé relativement à de

l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien. La disposition comporte quatre conditions: (1) la somme doit être payée au cours de l'année ou être payable pour l'année au cours de laquelle le contribuable cherche à la déduire; (2) elle doit l'être en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur l'argent emprunté; (3) celui-ci doit être utilisé en vue de tirer un revenu non exonéré d'une entreprise ou d'un bien; et (4) la somme doit être raisonnable compte tenu des trois premiers critères.

En l'espèce, les quatre conditions sont remplies. Premièrement, les sommes versées par Shell aux prêteurs l'ont été au cours des années pour lesquelles la déduction est demandée. Deuxièmement, Shell avait l'obligation légale d'effectuer les versements semestriels aux prêteurs suivant les contrats d'achat de débentures. Troisièmement, il existe un lien suffisamment direct entre les fonds empruntés et l'utilisation admissible actuelle. En l'espèce, les 150 000 000 \$ NZ que Shell a empruntés aux prêteurs ont été utilisés directement pour tirer un revenu de l'entreprise. La confusion des fonds empruntés avec des fonds affectés à d'autres fins n'est pas nécessairement déterminante dans la mesure où les fonds empruntés peuvent dans les faits être rattachés à une utilisation admissible actuelle. Quatrièmement, suivant l'al. 20(1)c), le contribuable peut déduire le moins élevé (1) du montant effectivement versé ou (2) d'un montant raisonnable à l'égard «d'une somme payée [. . .] en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur [. . .] de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien». En l'occurrence, l'argent emprunté qui a été utilisé pour produire un revenu, ce sont les 150 000 000 \$ NZ, au taux de 15,4 pour 100, soit le taux du marché en 1988 pour le prêt de dollars néo-zélandais pendant cinq ans. Lorsqu'un taux d'intérêt est fixé sur un marché de prêteurs et d'emprunteurs sans lien de dépendance, il s'agit généralement d'un taux raisonnable.

Les tribunaux doivent tenir compte de la réalité économique qui sous-tend l'opération et ne pas se sentir liés par la forme juridique apparente de celle-ci. Cependant, des précisions doivent être apportées. Premièrement, 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. Une nouvelle qualification n'est possible que lorsque la désignation de l'opération par le contribuable ne reflète pas convenablement ses effets juridiques véritables. Deuxièmement, il est bien établi que l'examen de la «réalité économique» d'une opération donnée ou de l'objet général et de l'esprit de la disposition en cause ne peut jamais dispenser le tribunal de l'obligation d'appliquer une disposition non équivoque de la Loi à une opération du contribuable. Lorsque la disposition en cause est claire et non équivoque, elle doit simplement être appliquée.

Les tribunaux doivent 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 l'absence d'une disposition expresse contraire, il n'appartient pas aux tribunaux d'empêcher le contribuable de recourir, dans le cadre de ses opérations, à des stratégies complexes qui respectent les dispositions pertinentes de la Loi, pour le motif que ce serait inéquitable à l'égard des contribuables qui n'ont pas opté pour cette solution.

Lorsque, à l'instar du sous-al. 20(1)c)(i), le libellé de la disposition applicable renvoie lui-même au «caractère raisonnable», l'art. 67 ne peut s'appliquer sans que cela n'aille à l'encontre du sens manifeste de la disposition plus particulière. En effet, si une déduction est «raisonnable» au sens du sous-al. 20(1)c)(i), il est difficile de concevoir qu'elle ne soit pas également «raisonnable» au sens de l'art. 67.

Comme l'interprétation même la plus généreuse de l'ancien par. 245(1) de la Loi n'a pas pour effet de limiter les déductions de Shell, il n'est pas nécessaire de statuer, dans le cadre du présent pourvoi, sur l'interprétation qu'il faut lui donner. Quoiqu'il en soit, suivant le critère général formulé par la Cour d'appel fédérale relativement à l'ancien par. 245(1), la décision de Shell de déduire les intérêts versés au taux annuel de 15,4 pour 100 ne peut être attaquée. Premièrement, la déduction des intérêts calculés à ce taux n'est pas contraire à l'objet et à l'esprit du sous-al. 20(1)c(i). Deuxièmement, les déductions étaient fondées sur des opérations conformes aux habitudes normales du commerce. Troisièmement, les contrats d'achat de débentures dont découlent les déductions en cause avaient un objet commercial véritable.

(2) *Pourvoi incident*

Le gain de change net de 21 000 000 \$ US doit être imposé à titre de gain en capital. La qualification à titre de revenu ou de gain en capital d'un gain de change issu d'une opération de couverture dépend de la qualification de la dette à laquelle se rapporte l'opération de couverture. Shell a conclu le contrat de change à terme pour se couvrir, au moyen de dollars américains, contre le risque du marché auquel l'exposaient les contrats d'achat de débentures libellés en monnaie néo-zélandaise. Le gain réalisé sur les contrats d'achat de débentures a été qualifié de gain en capital, et le gain réalisé sur le contrat de change à terme devrait l'être aussi.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32; *Tennant c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 305; *Canada c. Fording Coal Ltd.*, [1996] 1 C.F. 518,

autorisation de pourvoi refusée, [1996] 3 R.C.S. viii; *Canada c. Central Supply Co. (1972) Ltd.*, [1997] 3 C.F. 674, autorisation de pourvoi refusée, [1997] 3 R.C.S. vii; **arrêts mentionnés:** *Canada Safeway Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1957] R.C.S. 717; *Reference as to the Validity of Section 6 of the Farm Security Act, 1944 of Saskatchewan*, [1947] R.C.S. 394, conf. par [1949] A.C. 110; *Mohammad c. La Reine*, 97 D.T.C. 5503; *Canada c. Irving Oil Ltd.*, [1991] 1 C.T.C. 350; *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; *Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 963; *Canderel Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *Duha Printers (Western) Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 795; *Neuman c. M.R.N.*, [1998] 1 R.C.S. 770; *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336; *Canada c. Mara Properties Ltd.*, [1995] 2 C.F. 433; *La Reine c. Nova Corporation of Alberta*, 97 D.T.C. 5229; *Produits LDG Products Inc. c. La Reine*, 76 D.T.C. 6344; *La Reine c. Alberta and Southern Gas Co.*, [1978] 1 C.F. 454; *Tip Top Tailors Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1957] R.C.S. 703; *Alberta Gas Trunk Line Co. c. M.R.N.*, [1972] R.C.S. 498; *Columbia Records of Canada Ltd. c. M.R.N.*, [1971] C.T.C. 839; *Beauchamp (H.M. Inspector of Taxes) c. F. W. Woolworth plc.*, [1989] B.T.C. 233; *Friedberg c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 285; *Ikea Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 196.

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.), art. 9(1), (3), 18(1)b), 20(1)c)(i), 67.

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 245(1) [abr. & rempl. 1988, ch. 55, art. 185].

Doctrine citée

Broadhurst, David G. «Income Tax Treatment of Foreign Exchange Forward Contracts, Swaps, and Other Hedging Transactions», in *Report of Proceedings of the Forty-First Tax Conference*. Toronto: The Canadian Tax Foundation, 1990.

Hogg, Peter W., and Joanne E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 2nd ed. Scarborough: Carswell, 1997.

Ruby, Stephen S. «Recent Financing Techniques», in *Report of Proceedings of the Forty-First Tax Conference*. Toronto: The Foundation, 1990.

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1998] 3 C.F. 64, [1998] 2 C.T.C. 207, 157 D.L.R. (4th) 655, 223 N.R. 122, 98 D.T.C. 6177, [1998] A.C.F. n° 194 (QL), qui a accueilli en partie l'appel formé par le ministre contre une décision de la Cour canadienne de l'impôt, [1997] 3 C.T.C. 2238, 97 D.T.C. 395, [1997] A.C.I. n° 285 (QL), accueillant l'appel interjeté par le contribuable relativement à la nouvelle cotisation établie par le ministre. Pourvoi principal accueilli et pourvoi incident rejeté.

Anasir Meghji, Ronald B. Sirkis, Gerald A. Grenon et Edward Rowe, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident.

S. Patricia Lee et Harry Erlichman, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident/intervenante.

Michael E. Barrack et Gabrielle M. R. Richards, pour l'intervenante Canadien Pacifique Limitée.

1 LE JUGE MCLACHLIN -- Le présent pourvoi de Shell Canada Limitée («Shell») et le pourvoi incident du ministre du Revenu national (le «ministre») exigent de notre Cour qu'elle se penche sur la façon dont il convient de traiter, pour les fins de l'impôt sur le revenu, une opération de financement complexe de l'entreprise. À l'issue de l'audience, notre Cour a accueilli le pourvoi de Shell et a rejeté le pourvoi incident du ministre, les motifs devant être rendus ultérieurement quant aux deux décisions. Voici ces motifs.

I. Les faits

2 En 1988, Shell avait besoin d'environ 100 millions de dollars américains («\$ US») pour les fins générales de l'entreprise. Pour obtenir ces fonds au coût après impôt le moins élevé possible, Shell a eu recours à une stratégie de financement complexe comportant deux étapes. Premièrement, elle a conclu avec trois prêteurs étrangers des contrats d'achat de débetures (les «contrats d'achat de débetures») suivant lesquels elle a emprunté environ 150 millions de dollars néo-zélandais («\$ NZ») au taux annuel du marché, soit 15,4 pour 100. Shell était tenue de verser aux prêteurs étrangers la somme de 11 550 000 \$ NZ le 10 novembre et le 10 mai de chaque année jusqu'en 1993. Le principal de 150 000 000 \$ NZ devait être remboursé aux prêteurs étrangers le 10 mai 1993.

3 Deuxièmement, Shell a conclu avec Sumitomo Bank Ltd. («Sumitomo») un contrat de change à terme (le «contrat de change à terme») par lequel elle a affecté la somme de 150 000 000 \$ NZ empruntée aux prêteurs étrangers à l'achat d'environ 100 000 000 \$ US. Cette somme a ensuite servi à l'exploitation de l'entreprise de Shell. Le contrat de change à terme conclu avec Sumitomo permettait également à Shell

(1) d'échanger un montant déterminé de dollars américains contre 11 550 000 \$ NZ le jour du versement semestriel des intérêts aux prêteurs étrangers et (2) d'échanger un autre montant précis de dollars américains contre 150 000 000 \$ NZ le moment venu de rembourser le principal aux prêteurs étrangers.

4 Les taux de change prévus dans le contrat de change à terme ont été établis en fonction des taux de change à terme (futurs) applicables aux dollars néo-zélandais pendant la durée du prêt, c'est-à-dire combien il en coûterait à Shell pour acheter des dollars néo-zélandais lorsqu'elle en aurait besoin. Comme le dollar néo-zélandais se dépréciait, on prévoyait que la valeur à terme (exprimée en dollars américains) des 150 000 000 \$ NZ que Shell devait rembourser aux prêteurs étrangers en 1993 serait inférieure à la valeur courante ou au comptant (exprimée en dollars américains) de la somme au moment de son emprunt en 1988. Shell s'attendait donc à réaliser un gain de change à l'échéance du contrat de change à terme et au remboursement du principal aux prêteurs étrangers au moyen des dollars néo-zélandais dévalués.

5 Shell savait aussi que l'écart entre le cours au comptant et le cours à terme des deux monnaies correspondait précisément à l'écart des taux d'intérêt sur ces monnaies pendant la période du prêt. Le montant du gain de change que Shell s'attendait à réaliser refléterait donc l'écart entre les taux d'intérêt sur les deux monnaies pendant la durée des contrats d'achat de débentures. Par conséquent, en s'engageant à acheter ultérieurement des dollars néo-zélandais au cours à terme inférieur, Shell pouvait non seulement se «couvrir» contre la fluctuation de la monnaie néo-zélandaise sur le marché, mais aussi ramener le taux d'intérêt qu'elle devait verser à l'égard des dollars néo-zélandais à peu près au taux d'intérêt qu'elle aurait payé pour des dollars américains.

6 Les contrats d'achat de débentures et le contrat de change à terme sont intervenus le 10 mai 1988. Shell n'était liée par les contrats d'achat de débentures que s'il y avait également conclusion du contrat de change à terme. Même s'il appert que les prêteurs étrangers ont reçu de Sumitomo les dollars néo-zélandais qu'ils ont versés à Shell, qui à son tour les a revendus à Sumitomo pour obtenir des dollars américains, Shell n'a appris la provenance des fonds des prêteurs étrangers qu'après s'être engagée à conclure les contrats d'achat de débentures. Tous les contrats ont été menés à bonne fin, et les transferts de fonds ont été effectués comme convenu.

7 Le juge de première instance a tiré un certain nombre de conclusions précises au sujet des contrats d'achat de débentures et du contrat de change à terme. Il a notamment conclu que Shell avait résolu de conclure ces accords parce qu'elle espérait pouvoir déduire de son revenu l'intérêt payé en application des contrats d'achat de débentures et s'attendait à ce que le gain de change soit imposé à titre de gain en capital. Ce traitement fiscal aurait été à l'avantage de Shell parce que (1) seulement 75 pour 100 du gain aurait été imposable, comparativement à 100 pour 100 si le gain était imputé au revenu et (2) le gain pourrait compenser certaines des pertes en capital subies par Shell. Le juge de première instance a aussi statué que Shell n'aurait pas conclu les contrats d'achat de débentures sans le contrat de change à terme, qu'il n'était question de frime dans aucune des opérations et que si Shell avait simplement emprunté des dollars américains au taux d'intérêt du marché, elle aurait payé 9,1 pour 100 par année, et non 15,4 pour 100 par année (le taux applicable aux dollars néo-zélandais qu'elle a achetés).

8 Dans le calcul de son revenu pour les années d'imposition 1988 à 1993 inclusivement, Shell s'est appuyée sur l'al. 20(1)c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.) (la «Loi»), pour déduire l'intérêt, au taux de 15,4 pour

100 par année, qu'elle a payé aux prêteurs étrangers conformément aux contrats d'achat de débetures. Pour l'année d'imposition 1993, année de l'échéance du contrat de change à terme et du remboursement du principal aux prêteurs étrangers suivant les contrats d'achat de débetures, Shell a déclaré un gain en capital d'environ 21 000 000 \$ US.

9 Le ministre a refusé les déclarations de revenus et a établi pour les années d'imposition 1992 et 1993 de nouvelles cotisations suivant lesquelles Shell ne pouvait déduire que l'intérêt qu'elle aurait payé si elle avait emprunté des dollars américains, soit 9,1 pour 100 par année pendant une période de cinq ans. Le ministre était d'avis que seuls les dollars américains -- et non les dollars néo-zélandais -- avaient directement servi à l'exploitation de l'entreprise. Une nouvelle cotisation a aussi été établie à l'égard du gain en capital déclaré pour l'année d'imposition 1993 qui a été imputé au revenu.

10 La Cour canadienne de l'impôt a accueilli l'appel interjeté par Shell contre les nouvelles cotisations. L'appel du ministre a été partiellement accueilli par la Cour d'appel fédérale qui a statué que Shell ne pouvait déduire l'intérêt qu'au taux inférieur déterminé par le ministre, mais pouvait déclarer le gain de change net à titre de gain en capital. Shell se pourvoit maintenant devant notre Cour à l'encontre du jugement de la Cour d'appel fédérale pour ce qui est de la question du taux d'intérêt. Le ministre a formé un pourvoi incident en ce qui a trait à la question du gain en capital.

11 Les intervenantes sont parties à un autre pourvoi dont notre Cour est saisie: *Canadien Pacifique Ltée c. La Reine*, C.S.C., n° du greffe 27163*. Vu les similitudes

* Le 10 novembre 1999, l'affaire *Canadien Pacifique Ltée c. La Reine* a été renvoyée à la Cour d'appel fédérale pour qu'elle soit tranchée conformément au présent arrêt.

entre cette affaire et le présent pourvoi, ces parties ont obtenu l'autorisation d'intervenir en l'espèce.

II. Dispositions législatives

12 *Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.)*

9. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, le revenu qu'un contribuable tire d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition est le bénéfice qu'il en tire pour cette année.

...

(3) Dans la présente loi, le revenu tiré d'un bien exclut le gain en capital réalisé à la disposition de ce bien, et la perte résultant d'un bien exclut la perte en capital résultant de la disposition de ce bien.

20. (1) Malgré les alinéas 18(1)*a*), *b*), et *h*), sont déductibles dans le calcul du revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition celles des sommes suivantes qui se rapportent entièrement à cette source de revenus ou la partie des sommes suivantes qu'il est raisonnable de considérer comme s'y rapportant:

...

c) la moins élevée d'une somme payée au cours de l'année ou payable pour l'année (suivant la méthode habituellement utilisée par le contribuable dans le calcul de son revenu) et d'une somme raisonnable à cet égard, en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur:

(i) de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien (autre que l'argent emprunté et utilisé pour acquérir un bien dont le revenu serait exonéré ou pour contracter une police d'assurance-vie),

67. Dans le calcul du revenu, aucune déduction ne peut être faite relativement à une dépense à l'égard de laquelle une somme est déductible par ailleurs en vertu de la présente loi, sauf dans la mesure où cette dépense était raisonnable dans les circonstances.

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

III. Jugements des juridictions inférieures

A. *Cour canadienne de l'impôt*, [1997] 3 C.T.C. 2238, [1997] A.C.I. n° 285 (QL)

13 Le juge en chef adjoint Christie a tout d'abord signalé qu'il était loisible à tout contribuable de diriger ses affaires de façon à bénéficier d'avantages fiscaux. Les considérations d'ordre fiscal font partie de la réalité commerciale et économique en fonction de laquelle les décisions d'affaires sont prises. Il a rejeté, au par. 20, la déclaration sur laquelle «s'appuie essentiellement» l'argumentation du ministre, savoir que les dispositions prises par Shell ont eu pour effet de fusionner les contrats d'achat de débentures et le contrat de change à terme aux fins de l'impôt. Le juge en chef adjoint a statué qu'il ne pouvait procéder à une nouvelle qualification des rapports juridiques distincts établis par le contribuable s'il n'y était clairement autorisé par un texte législatif ou la jurisprudence.

14 En ce qui concerne la déductibilité des versements d'intérêts faits par Shell aux prêteurs étrangers, le juge en chef adjoint a conclu que le taux annuel de 15,4 pour 100 était le taux du marché et qu'en tant que tel, il était «raisonnable» au sens du sous-al. 20(1)c)(i) de la Loi. Même si les dollars néo-zélandais ont été immédiatement échangés contre des dollars américains avant d'être affectés aux fins générales de l'entreprise, il s'agissait néanmoins d'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise. Shell pouvait donc déduire l'intérêt calculé au taux de 15,4 pour 100 par année.

15 Le ministre a également invoqué l'art. 67 et l'ancien par. 245(1) de la Loi. Le juge en chef adjoint a rejeté l'argument selon lequel l'art. 67 permettait de réduire le taux admissible de l'intérêt déductible lorsque ce taux avait déjà été jugé raisonnable au sens du sous-al. 20(1)c)(i). Pour la même raison, il a écarté l'application de l'ancien par. 245(1), qui visait les cas où une déduction réduit «indûment ou de façon factice» le revenu du contribuable. Même si le par. 245(1) pouvait s'appliquer pour réduire le montant d'une déduction par ailleurs autorisée par la Loi, le juge a conclu que ce n'était pas le cas en l'espèce. Les opérations de Shell n'étaient pas contraires à l'objet et à l'esprit du sous-al. 20(1)c)(i), et il ressortait de la preuve qu'elles étaient conformes aux habitudes normales du commerce.

16 En ce qui concerne le gain réalisé en 1993, le juge en chef adjoint Christie a conclu que, règle générale, l'emprunt d'une somme donnée pour une durée fixe de cinq ans contracté pour produire un revenu doit être considéré comme une opération en capital. Il n'y avait aucune raison de conclure en sens contraire. S'il y avait deux gains -- l'un issu des contrats d'achat de débentures et l'autre, du contrat de change à terme -- ils devaient être traités de la même manière. Le juge en chef adjoint a accueilli l'appel formé par Shell à l'encontre de la nouvelle cotisation établie par le ministre.

B. *Cour d'appel fédérale*, [1998] 3 C.F. 64

17 Le ministre a interjeté appel en Cour d'appel fédérale. Après s'être penché sur l'origine du sous-al. 20(1)c)(i) et des dispositions qu'il a remplacées, le juge Linden a conclu que le législateur avait voulu «limiter la déduction [de l'intérêt] aux montants qui étaient raisonnables et qui correspondaient à la réalité économique de la situation»

(par. 31). En l'espèce, ce montant correspondait au taux de 9,1 pour 100 par année, soit le taux auquel des dollars américains pouvaient être empruntés directement par Shell.

18 Le juge Linden a conclu que le sous-al. 20(1)c)(i) renfermait quatre conditions. Pour qu'une somme soit déductible, (1) elle doit être payée ou payable dans l'année où elle est déduite; (2) elle doit l'être en exécution d'une obligation légale de payer des intérêts sur l'argent emprunté; (3) l'argent emprunté doit être utilisé pour tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien; et (4) la somme doit être calculée en fonction d'un taux raisonnable. La déduction demandée par Shell ne satisfaisait qu'à la première exigence.

19 Le juge Linden a conclu que la deuxième condition n'était pas remplie. Estimant qu'il n'avait pas à se «plier à la théorie des contrats» (par. 59) et qu'«[i]l ne s'agi[ssai]t pas de savoir ce dont les parties [avaient convenu] ni ce qu'[était] leur intention» (par. 59), il a conclu que les contrats d'achat de débentures et le contrat de change à terme devaient être considérés ensemble pour déterminer si les montants dont Shell demandait la déduction constituaient véritablement des «intérêts». Selon lui, pour déterminer les montants d'«intérêts» véritables, il fallait soustraire des paiements d'intérêts présumés le gain de change découlant du cours à terme escompté applicable aux dollars néo-zélandais, amorti sur la durée du prêt. Il a donc jugé que les sommes déduites par Shell ne constituaient pas en totalité des intérêts, c'est-à-dire que la portion en sus de l'intérêt calculé au taux de 9,1 pour 100 par année devait être un remboursement du principal.

20 Le juge Linden a conclu que la troisième condition n'était pas non plus remplie puisqu'«[i]l ressort[ait] d'un examen réaliste du fond de l'affaire qu'il n'y a[vait]

eu aucune utilisation ni fin autre que celle d'éviter un impôt à l'égard de l'emprunt en \$ NZ» (par. 60). Il ne s'agissait pas selon lui d'une utilisation admissible. Comme seuls les dollars américains avaient servi à produire un revenu admissible, le sous-al. 20(1)c)(i) ne permettait que la déduction d'intérêts calculés au taux annuel de 9,1 pour 100.

21 La déduction réclamée par Shell ne satisfaisait pas non plus à la quatrième condition. Même s'il était raisonnable que les prêteurs étrangers exigent, en contrepartie du prêt des dollars néo-zélandais, des intérêts calculés au taux annuel de 15,4 pour 100, le juge Linden a conclu qu'il n'était pas raisonnable que Shell paie ce taux d'intérêt. À son avis, les seuls fonds utilisés à une fin admissible étaient les dollars américains, et le caractère raisonnable de la déduction devait être apprécié sur ce fondement: «Shell devrait être dans la même situation que le contribuable qui a directement emprunté des \$ US. Le taux d'intérêt applicable était de 9,1 p. 100» (par. 63). Selon le juge Linden, cette quatrième exigence constituait une sorte d'outil «anti-évitement» qui devait être utilisé pour empêcher le contribuable de réduire de façon factice l'impôt exigible. C'est ce qui s'était produit, en l'espèce, d'après lui.

22 Vu sa conclusion au sujet du sous-al. 20(1)c)(i), le juge Linden n'avait pas à se pencher sur l'application de l'art. 67 ni du par. 245(1).

23 Examinant la question de savoir si le gain réalisé en 1993 était imputable au revenu ou au capital, le juge Linden a conclu qu'il y avait deux gains. L'un était issu du contrat de change à terme parce que le cours à terme prévu dans ce contrat était inférieur au cours au comptant applicable à la conversion des dollars américains en dollars néo-zélandais en 1993. Le second découlait des contrats d'achat de débentures, car la valeur des 150 000 000 \$ NZ que Shell avait remboursés aux prêteurs étrangers en 1993

était inférieure à celle des fonds néo-zélandais empruntés en 1988. Selon le juge Linden, le juge en chef adjoint Christie avait eu raison de conclure que la qualification du gain de change dépend de la nature de l'opération en cause. En l'occurrence, les opérations en cause, celles prévues par les contrats d'achat de débentures et le contrat de change à terme, étaient des opérations en capital, et les gains devaient par conséquent être aussi des gains en capital. Le juge Linden a fait remarquer que le ministre avait indiqué que s'il avait gain de cause sur la question du taux d'intérêt, des rajustements seraient apportés au montant du gain de change imposable.

24 Le juge Stone a rédigé des motifs concordants portant uniquement sur l'argument subsidiaire du ministre selon lequel le par. 245(1) s'appliquait aux opérations de Shell s'il était statué que le sous-al. 20(1)c)(i) n'avait pas pour effet de ramener le taux d'intérêt réel à 9,1 pour 100 par année. Il a rejeté l'argument pour le motif que les opérations n'étaient pas contraires à l'objet et à l'esprit du sous-al. 20(1)c)(i), qu'elles étaient conformes aux habitudes normales du commerce et qu'elles avaient un objet commercial véritable, savoir l'obtention de capitaux pour une fin d'entreprise légitime.

IV. Questions en litige

25 Le pourvoi de Shell soulève deux questions principales. Premièrement, le sous-al. 20(1)c)(i) de la Loi permet-il à Shell de déduire de son revenu la totalité des paiements d'intérêts faits tous les six mois aux prêteurs étrangers en application des contrats d'achat de débentures? Deuxièmement, si tel est le cas, l'art. 67 ou l'ancien par. 245(1) de la Loi s'applique-t-il de façon à limiter la déduction à ce que Shell aurait payé si elle avait emprunté des dollars américains directement?

26 La question que soulève le pourvoi incident du ministre est de savoir si le gain de change net d'environ 21 000 000 \$ US réalisé par Shell doit être imposé à titre de revenu ou de gain en capital.

V. Analyse

A. *Le sous-alinéa 20(1)c)(i) permet-il à Shell de déduire de son revenu la totalité des sommes versées aux prêteurs étrangers en application des contrats d'achat de débetures?*

1. Comment convient-il d'appliquer le sous-al. 20(1)c)(i) en l'espèce?

27 Je me propose tout d'abord d'exposer à grands traits la manière dont le sous-al. 20(1)c)(i) paraît s'appliquer aux faits de la présente affaire avant d'examiner les motifs d'opposition invoqués par le ministre et auxquels la Cour d'appel fédérale a fait droit.

28 Le sous-al. 20(1)c)(i) permet au contribuable de déduire de son revenu l'intérêt payé relativement à de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien. Il s'agit d'une exception à l'art. 9 et à l'al. 18(1)b), qui interdisent par ailleurs la déduction des sommes dépensées au titre du capital, c'est-à-dire l'intérêt payé à l'égard de fonds empruntés et utilisés pour produire un revenu: *Canada Safeway Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1957] R.C.S. 717, aux pp. 722 et 723, le juge en chef Kerwin et à la p. 727, le juge Rand; *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32, à la p. 45, le juge en chef Dickson. La disposition comporte quatre conditions: (1) la somme doit être payée au cours de l'année ou être payable pour l'année au cours de laquelle le contribuable cherche à la déduire; (2) elle

doit l'être en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur l'argent emprunté; (3) celui-ci doit être utilisé en vue de tirer un revenu non exonéré d'une entreprise ou d'un bien; et (4) la somme doit être raisonnable compte tenu des trois premiers critères.

29 La première condition est manifestement remplie. Nul ne conteste que les sommes versées par Shell aux prêteurs étrangers l'ont été au cours des années pour lesquelles la déduction est demandée.

30 La deuxième condition est également respectée. Shell avait l'obligation légale de faire des versements semestriels aux prêteurs étrangers suivant les contrats d'achat de débentures. Ces versements semestriels constituaient des «intérêts» ou [TRADUCTION] «la contrepartie ou le dédommagement de l'utilisation ou la détention par une personne d'une certaine somme d'argent qui appartient, au sens courant de ce mot, à une autre ou qui lui est due»: *Reference as to the Validity of Section 6 of the Farm Security Act, 1944 of Saskatchewan*, [1947] R.C.S. 394, conf. par [1949] A.C. 110 (C.P.). Dans les rapports entre Shell et les prêteurs étrangers, rien n'indique que les versements semestriels correspondaient à autre chose qu'à la contrepartie fournie pour l'utilisation, pendant cinq ans, des 150 000 000 \$ NZ que Shell avait empruntés. Il ne s'agissait pas d'un prêt artificiel de dollars américains consenti par les prêteurs étrangers à Shell, cette dernière ayant effectivement touché 150 000 000 \$ NZ en application des contrats d'achat de débentures et ayant véritablement payé des intérêts en contrepartie de leur utilisation.

31 La troisième condition – que l'argent emprunté soit utilisé en vue de tirer un revenu non exonéré d'une entreprise ou d'un bien -- est également remplie. Elle met

l'accent non pas sur l'objet de l'emprunt comme tel, mais plutôt sur l'objectif poursuivi par le contribuable en utilisant la somme empruntée. Comme l'a dit le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Bronfman Trust*, précité, à la p. 46, «l'examen de la situation doit être centré sur l'usage que le contribuable a fait des fonds empruntés». Il a par ailleurs précisé que c'est l'utilisation actuelle des fonds empruntés qui est déterminante, et que la disposition exige généralement «que les fonds empruntés aient été affectés à une utilisation admissible précise»: *Bronfman Trust*, précité, aux pp. 53 et 54. La déduction est donc exclue lorsqu'il n'y a qu'un lien indirect entre les fonds empruntés et l'utilisation admissible. L'intérêt est déductible seulement s'il existe un lien suffisamment direct entre les fonds empruntés et l'utilisation admissible actuelle: *Tennant c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 305, aux par. 18 à 20, le juge Iacobucci. En outre, la confusion des fonds empruntés avec des fonds affectés à d'autres fins n'est pas nécessairement déterminante dans la mesure où les fonds empruntés peuvent dans les faits être rattachés à une utilisation admissible actuelle.

32 Dans la présente affaire, Shell a emprunté aux prêteurs étrangers 150 000 000 \$ NZ qu'elle a immédiatement échangés contre approximativement 100 000 000 \$ US avant de les affecter à son entreprise. La somme n'en est pas moins demeurée de l'«argent emprunté». L'argent est fongible. Les 100 000 000 \$ US correspondaient simplement aux 150 000 000 \$ NZ convertis en une autre monnaie, et même si leur forme juridique et leur valeur relative ont changé, leur nature fondamentale est demeurée la même. Il s'agissait toujours d'argent. Simplement, la valeur n'était plus exprimée en monnaie néo-zélandaise mais en monnaie américaine. Il appert donc que la totalité des 150 000 000 \$ NZ que Shell a empruntés aux prêteurs étrangers était de l'argent emprunté qui a fait l'objet d'une utilisation actuelle et directe en vue de tirer un revenu de l'entreprise de Shell. Le lien direct entre l'argent emprunté et l'activité devant

produire un revenu peut difficilement être comparé à l'utilisation indirecte qui était en cause dans l'affaire *Bronfman Trust*, précitée.

33 Le simple fait qu'un échange devait avoir lieu avant que des fonds utilisables puissent être obtenus n'est pas spécialement déterminant. Sauf dans le cas où l'emprunteur est un cambiste, l'argent emprunté peut rarement produire lui-même un revenu. Il doit toujours être échangé contre quelque chose, qu'il s'agisse de matériel ou de marchandises, lesquels produisent alors un revenu. La nécessité d'un tel échange ne fait pas en sorte que la production ultérieure d'un revenu constitue une utilisation indirecte de l'argent emprunté. Si un lien direct peut être établi entre l'argent emprunté et une utilisation admissible, le troisième critère est respecté. C'est manifestement le cas en l'espèce.

34 Notre Cour ne s'est encore jamais prononcée au sujet de la quatrième exigence -- que la somme que l'on cherche à déduire soit la somme effectivement payée ou «une somme raisonnable à cet égard». Il est clair, toutefois, compte tenu de la formulation de l'al. 20(1)c), que ces termes renvoient au sous-al. 20(1)c)(i) en entier. Le contribuable peut donc déduire le moins élevé (1) du montant effectivement versé ou (2) d'un montant raisonnable à l'égard «d'une somme payée [. . .] en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur [. . .] de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien». En l'occurrence, l'argent emprunté qui a été utilisé pour produire un revenu, ce sont les 150 000 000 \$ NZ. En première instance, le juge en chef adjoint Christie a conclu que le taux du marché en 1988 pour le prêt de dollars néo-zélandais pendant la durée de cinq ans prévue dans les contrats d'achat de débentures était 15,4 pour 100 par année. C'est le taux d'intérêt que Shell a payé. Lorsqu'un taux d'intérêt est fixé sur un marché de prêteurs et d'emprunteurs sans

lien de dépendance, il s'agit généralement d'un taux raisonnable: *Mohammad c. La Reine*, 97 D.T.C. 5503 (C.A.F.), à la p. 5509, le juge Robertson; *Canada c. Irving Oil Ltd.*, [1991] 1 C.T.C. 350 (C.A.F.), à la p. 359, le juge Mahoney. Le quatrième critère est donc respecté.

35 Il ressort de cette analyse que Shell pouvait déduire de son revenu la totalité des intérêts qu'elle a payés semestriellement aux prêteurs étrangers au cours des années d'imposition en cause.

2. Les motifs d'opposition du ministre

36 Le ministre s'oppose à une telle application du sous-al. 20(1)c)(i). Il avance deux arguments principaux. Premièrement, comme seuls les fonds américains ont été utilisés en vue de tirer un revenu d'une entreprise, il fait valoir que Shell ne peut déduire à titre d'«intérêts» que les sommes se rapportant aux dollars américains. Il ajoute que ces intérêts doivent être calculés au taux annuel de 9,1 pour 100, soit le taux applicable en 1988 à l'emprunt de dollars américains. Deuxièmement, le ministre soutient que les termes «une somme raisonnable à cet égard» qui figurent au sous-al. 20(1)c)(i) doivent être interprétés comme désignant une somme raisonnable devant être versée pour l'emprunt des dollars américains qui ont effectivement été utilisés en vue de produire un revenu. Cette somme doit également, selon le ministre, être calculée au taux annuel de 9,1 pour 100. À titre subsidiaire, le ministre soutient que les fonds empruntés à un taux annuel supérieur à 9,1 pour 100 ont, dans les faits, été utilisés pour réaliser un gain en capital, et non pour tirer un revenu admissible d'une entreprise ou d'un bien comme l'exige le sous-al. 20(1)c)(i). Ces arguments ont été accueillis favorablement par la Cour d'appel fédérale. Avec égards, ils ne peuvent cependant être retenus étant donné

l'approche constante adoptée par notre Cour pour interpréter la Loi en général et le sous-al. 20(1)c)(i) en particulier.

37 Ces arguments s'appuient sur l'idée que seuls les dollars américains ont été utilisés pour tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien. Je le répète, cela est inexact. Ces arguments sont dénués de fondement parce que les dollars néo-zélandais peuvent être directement rattachés à une utilisation générant un revenu conformément au libellé du sous-al. 20(1)c)(i) et aux décisions de notre Cour dans les affaires *Bronfman Trust* et *Tennant*, précitées.

38 De plus, ces prétentions résultent d'une méconnaissance fondamentale de la portée du sous-al. 20(1)c)(i) et des principes d'interprétation applicables. Tant le ministre que la Cour d'appel fédérale paraissent laisser entendre que la disposition justifie un examen général de ce que le juge Linden appelle, au par. 44, la «réalité économique» de la situation du contribuable. L'argument semble fondé sur l'idée que le contribuable est en quelque sorte privé de l'application du sous-al. 20(1)c)(i) lorsque la volonté de réduire le montant de l'impôt exigible détermine la structure de l'opération.

39 Notre Cour a statué à maintes reprises que les tribunaux doivent tenir compte de la réalité économique qui sous-tend l'opération et ne pas se sentir liés par la forme juridique apparente de celle-ci: *Bronfman Trust*, précité, aux pp. 52 et 53, le juge en chef Dickson; *Tennant*, précité, au par. 26, le juge Iacobucci. Cependant, deux précisions à tout le moins doivent être apportées. Premièrement, notre Cour n'a jamais statué que la réalité économique d'une situation pouvait justifier une nouvelle qualification des rapports juridiques véritables établis par le contribuable. Au contraire, nous avons décidé 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. Une nouvelle qualification n'est possible que lorsque la désignation de l'opération par le contribuable ne reflète pas convenablement ses effets juridiques véritables: *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298, au par. 21, le juge Bastarache.

40 Deuxièmement, la jurisprudence fiscale de notre Cour est bien établie: l'examen de la «réalité économique» d'une opération donnée ou de l'objet général et de l'esprit de la disposition en cause ne peut jamais soustraire le tribunal à l'obligation d'appliquer une disposition non équivoque de la Loi à une opération du contribuable. Lorsque la disposition en cause est claire et non équivoque, elle doit simplement être appliquée: *Continental Bank*, précité, au par. 51, le juge Bastarache; *Tenant*, précité, au par. 16, le juge Iacobucci; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312, aux pp. 326, 327 et 330, le juge Iacobucci; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, au par. 11, le juge Major; *Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 963, au par. 15, le juge Cory.

41 Parce qu'ils n'ont pas suffisamment tenu compte de ces principes très importants, j'estime avec égards que le ministre et la Cour d'appel fédérale ont commis une erreur. Tout d'abord, la Cour d'appel fédérale a en effet requalifié, aux fins de l'impôt, la relation juridique établie par Shell avec les prêteurs étrangers. Le juge Linden a conclu que si le contrat de change à terme liant Shell et Sumitomo était considéré de pair avec les contrats d'achat de débetures conclus par Shell et les prêteurs étrangers, «[l]e taux d'intérêt plus élevé et le taux à terme escompté combinés donnaient lieu à un paiement confondu des intérêts et du principal» (par. 58). Avec égards, cette conclusion fait fi de la véritable relation créée entre Shell et les prêteurs étrangers, une relation à

laquelle Sumitomo était étrangère. Dans le contexte de la relation entre Shell et les prêteurs étrangers, la totalité des versements semestriels étaient des «intérêts» payés en contrepartie du prêt de 150 000 000 \$ NZ. Cette qualification ne saurait être modifiée par les autres rapports juridiques que Shell a pu établir avec des tiers ni par son utilisation des fonds empruntés qu'elle a obtenus des prêteurs étrangers.

42 Il ne fait aucun doute que Shell a réussi à récupérer les intérêts plus élevés versés aux prêteurs étrangers en convenant avec Sumitomo d'acheter ultérieurement des dollars néo-zélandais à un taux escompté. Shell a ainsi réalisé un gain de change et, si on considère l'ensemble des opérations, elle a ramené le taux d'intérêt stipulé dans les contrats d'achat de débentures au taux du marché pour le prêt de dollars américains. Or, comme je l'indique précédemment, le texte du sous-al. 20(1)c)(i) est très clair. Le contribuable peut déduire une somme raisonnable au titre d'intérêts payés à l'égard de fonds empruntés et utilisés en vue de tirer un revenu admissible d'une entreprise ou d'un bien. La relation juridique entre Shell et les prêteurs étrangers satisfait à ce critère, et Shell peut donc bénéficier de l'application du sous-al. 20(1)c)(i).

43 En deuxième lieu, en mettant à tort l'accent sur la «réalité économique», j'estime avec égards que la Cour d'appel fédérale s'est éloignée du libellé exprès du sous-al. 20(1)c)(i) et a tenu compte de considérations de principe étrangères qui, selon elle, étaient inhérentes à l'objet de la disposition. La Loi est un texte législatif complexe au moyen duquel le législateur tente d'établir un équilibre entre d'innombrables principes. La jurisprudence de notre Cour est constante: 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: *Canderel Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147, au par. 41, le juge Iacobucci; *Banque Royale du Canada c. Sparrow*

Electric Corp., [1997] 1 R.C.S. 411, au par. 112, le juge Iacobucci; *Antosko*, précité, à la p. 328, le juge Iacobucci. 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.

44 Bien que le sous-al. 20(1)c)(i) soit clair, la Cour d'appel fédérale semble y avoir décelé l'intention du législateur que les tribunaux, afin d'être équitables envers les contribuables moins habiles, fassent preuve de vigilance pour empêcher les contribuables de recourir à des opérations complexes visant à réduire leur obligation fiscale. Ainsi, les tribunaux devaient en quelque sorte analyser les opérations et déterminer l'obligation fiscale en fonction des effets véritables des opérations sur les plans économique et commercial. On peut soutenir que des remarques incidentes formulées dans certaines affaires appuient ce point de vue: *Bronfman Trust*, précité, à la p. 53, le juge en chef Dickson; *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, à la p. 576, le juge Estey.

45 Cependant, il ressort des arrêts plus récents de notre Cour qu'en l'absence d'une disposition expresse contraire, il n'appartient pas aux tribunaux d'empêcher les contribuables de recourir, dans le cadre de leurs opérations, à des stratégies complexes qui respectent les dispositions pertinentes de la Loi, pour le motif que ce serait inéquitable à l'égard des contribuables qui n'ont pas opté pour cette solution. Notre Cour s'est précisément penchée sur cette question dans *Duha Printers (Western) Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 795, au par. 88, le juge Iacobucci. Voir également *Neuman c. M.R.N.*, [1998] 1 R.C.S. 770, au par. 63, le juge Iacobucci. Il incombe aux tribunaux d'interpréter et d'appliquer la Loi telle qu'elle a été adoptée par le Parlement. Les remarques incidentes formulées dans des arrêts antérieurs dont on peut dire qu'elles

appuient un principe d'interprétation plus large et moins certain ont donc été supplantées par les arrêts que notre Cour a rendus depuis en matière fiscale. Sauf disposition contraire de la Loi, le contribuable a le droit d'être imposé en fonction de ce qu'il a fait, et non de ce qu'il aurait pu faire et encore moins de ce qu'un contribuable moins habile aurait fait.

46 Examen la «réalité économique» d'une situation donnée, au lieu d'appliquer simplement une disposition claire et non équivoque de la Loi aux opérations juridiques effectuées par le contribuable a des répercussions regrettables en pratique. Cette démarche favorise à tort l'application d'une règle voulant que, s'il existe deux manières de structurer une opération pour produire le même effet économique, le tribunal doive ne tenir compte que de l'option qui ne confère aucun avantage fiscal. Avec égards, cette démarche n'accorde pas l'importance voulue à la jurisprudence de notre Cour selon laquelle, en l'absence de dispositions législatives expresses contraires, le contribuable peut diriger ses affaires de façon à réduire son obligation fiscale: *Stuart*, précité, à la p. 540, le juge Wilson, et à la p. 557, le juge Estey; *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336, au par. 8, le juge McLachlin; *Duha*, précité, au par. 88, le juge Iacobucci; *Neuman*, précité, au par. 63, le juge Iacobucci. Le tribunal qui adopte sans réserve une démarche fondée sur «l'effet économique» fait indirectement ce que, selon la jurisprudence constante de notre Cour, le législateur n'a pas voulu que la Loi fasse directement.

47 La préoccupation première de la Cour d'appel fédérale en ce qui concerne l'évitement fiscal a non seulement influé sur sa démarche générale en l'espèce, mais elle a aussi pu l'amener à interpréter incorrectement le libellé même du sous-al. 20(1)c)(i), bien qu'il soit clair et non équivoque. Dans ses motifs, le juge Linden insiste sur le fait

que Shell a décidé d'emprunter des dollars néo-zélandais aux prêteurs étrangers uniquement parce qu'elle voulait tirer avantage du taux d'intérêt supérieur applicable aux dollars néo-zélandais. Pourtant, comme le juge en chef Dickson l'a dit clairement dans l'arrêt *Bronfman Trust*, précité, à la p. 46, la raison pour laquelle un mode d'emprunt est préféré à un autre importe peu pour l'application du sous-al. 20(1)c)(i). Ce qui est déterminant, c'est l'utilisation de la somme empruntée. La raison pour laquelle l'opération d'emprunt est structurée comme elle l'est n'a pas d'importance, pas plus d'ailleurs que la raison pour laquelle l'argent est emprunté.

48 Que Shell ait structuré ses opérations de façon à tirer avantage des différentes dispositions de la Loi n'a donc aucune importance. Il lui était parfaitement loisible de le faire. Shell a emprunté des dollars néo-zélandais en vue de les utiliser pour tirer un revenu admissible d'une entreprise ou d'un bien, de sorte qu'elle a droit à la déduction prévue au sous-al. 20(1)c)(i).

B. L'article 67 ou l'ancien par. 245(1) s'appliquent-ils en l'espèce?

49 Si le sous-al. 20(1)c)(i) ne plafonne pas à 9,1 pour 100 par année le taux auquel Shell peut déduire les intérêts, le ministre fait valoir que l'art. 67 et l'ancien par. 245(1) s'appliquent pour ramener la déduction à la somme qu'aurait payée Shell si elle avait emprunté des dollars américains directement. Toutefois, aucune de ces dispositions n'étaye l'argument du ministre.

1. L'article 67

50

Le libellé de l'art. 67 de la Loi est le suivant:

67. Dans le calcul du revenu, aucune déduction ne peut être faite relativement à une dépense à l'égard de laquelle une somme est déductible par ailleurs en vertu de la présente loi, sauf dans la mesure où cette dépense était raisonnable dans les circonstances.

La Cour d'appel fédérale ne s'est pas prononcée au sujet de cette disposition, et Shell n'a pas présenté à notre Cour d'observations s'y rapportant. Le ministre soutient que la seule somme «raisonnable dans les circonstances» est celle que Shell aurait payée si elle avait emprunté des dollars américains directement. L'argument paraît identique à celui qui a été avancé relativement au sous-al. 20(1)c)(i), c'est-à-dire que les seuls fonds utilisés en vue de produire un revenu seraient les dollars américains. Je signale que le ministre n'a pas insisté sur ce point lors de sa plaidoirie devant notre Cour.

51

Ayant déjà conclu que les dollars néo-zélandais avaient effectivement été utilisés en vue de produire un revenu admissible, je ne puis faire droit à l'argument du ministre. En outre, il me semble que l'intention du législateur était que l'art. 67 s'applique principalement aux sommes déduites en application de dispositions de la Loi ne comportant pas elles-mêmes de restrictions: voir également P. W. Hogg et J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (2^e éd. 1997), aux pp. 244 et 245. L'exemple classique est celui du contribuable qui tente de déduire un loyer ou un salaire déraisonnablement élevé qu'il verse à une personne ayant un lien de dépendance. Un autre exemple est celui des frais de déplacement pour affaires déraisonnablement élevés. Lorsque, à l'instar du sous-al. 20(1)c)(i), le libellé de la disposition applicable renvoie lui-même au «caractère raisonnable», l'art. 67 ne peut s'appliquer sans que cela n'aille

à l'encontre du sens manifeste de la disposition plus particulière. En effet, si une déduction est «raisonnable» au sens du sous-al. 20(1)c(i), je vois mal comment elle pourrait ne pas être également «raisonnable» au sens de l'art. 67.

2. Le paragraphe 245(1)

52 Le ministre invoque également l'ancien par. 245(1), dont voici le libellé:

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

Cette disposition a été abrogée et remplacée par une nouvelle «règle générale anti-évitement» en vigueur depuis le 13 septembre 1988: L.C. 1988, ch. 55, art. 185. Comme les contrats d'achat de débentures et le contrat de change à terme sont intervenus entre les parties avant cette date, seul l'ancien par. 245(1) s'applique en l'espèce.

53 Le ministre ne prétend pas que Shell a réduit son revenu de façon «factice», mais bien que permettre à Shell de déduire des frais d'intérêts au taux annuel de 15,4 pour 100 applicable aux dollars néo-zélandais réduirait «indûment» son revenu. Cet argument s'appuie à nouveau sur l'idée que ce sont les dollars américains qui ont été utilisés pour produire un revenu admissible, et non les dollars néo-zélandais. Comme je suis en désaccord avec le ministre sur ce point, je ne puis faire droit aux arguments connexes qu'il avance au sujet du par. 245(1).

54 Dans une série d'affaires récentes, la Cour d'appel fédérale a examiné le sens qu'il fallait donner au par. 245(1): *Canada c. Fording Coal Ltd.*, [1996] 1 C.F. 518,

autorisation de pourvoi refusée, [1996] 3 R.C.S. viii; *Canada c. Central Supply Co. (1972) Ltd.*, [1997] 3 C.F. 674, autorisation de pourvoi refusée, [1997] 3 R.C.S. vii. Dans *Central Supply*, précité, à la p. 691, le juge Linden, résume les trois étapes de la démarche préconisée pour l'application du par. 245(1): (1) La déduction revendiquée est-elle contraire à l'objet et à l'esprit de la disposition de la Loi? (2) La déduction est-elle fondée sur une opération échappant aux habitudes normales du commerce? (3) L'opération a-t-elle un objet commercial véritable? Il signale que ces trois critères s'appliquent même lorsque la déduction est par ailleurs autorisée par une disposition particulière de la Loi.

55 Je fais remarquer que la Cour d'appel fédérale n'a pas toujours adopté ce point de vue relativement à l'ancienne disposition anti-évitement de la Loi: voir *Canada c. Mara Properties Ltd.*, [1995] 2 C.F. 433, aux pp. 437 et 438, le juge Marceau, et à la p. 452, le juge McDonald (dissident), autorisation de pourvoi accordée pour d'autres motifs, [1996] 2 R.C.S. 161; *Fording Coal*, précité, aux pp. 541 à 544, le juge McDonald (dissident); *Central Supply*, précité, aux pp. 712 à 716, le juge McDonald (dissident); *La Reine c. Nova Corporation of Alberta*, 97 D.T.C. 5229, à la p. 5236, le juge McDonald. En effet, particulièrement en ce qui concerne l'accent qui est mis sur la question de savoir si l'opération a un «objet véritable», la démarche adoptée dans *Fording Coal* et *Central Supply*, précités, semble aller à l'encontre de l'interprétation que la Cour d'appel fédérale donne à cette disposition et à celles qu'elle a remplacées dans certaines décisions antérieures: *Produits LDG Products Inc. c. La Reine*, 76 D.T.C. 6344, à la p. 6349, le juge Pratte; *La Reine c. Alberta and Southern Gas Co.*, [1978] 1 C.F. 454, aux pp. 462 et 463, le juge en chef Jackett; *Irving Oil*, précité, à la p. 360, le juge Mahoney. Voir aussi *Stuart*, précité, aux pp. 569 et 570, le juge Estey.

56 Le ministre fait valoir que les facteurs énoncés dans les arrêts *Fording Coal* et *Central Supply*, précités, ne s'appliquent que lorsqu'il est allégué que la déduction réduirait le revenu de façon «factice», et non «indûment» comme en l'espèce. Bien que tout doute ne soit pas exclu à cet égard, un examen des motifs rendus par la Cour d'appel fédérale dans ces affaires n'appuie pas une interprétation aussi restrictive du critère. En fait, le juge Stone, de la Cour d'appel fédérale, le seul membre de la formation qui a donné son avis à ce sujet, a certainement estimé que ces facteurs s'appliquaient au par. 245(1) dans sa totalité. Je conviens que telle était vraisemblablement l'opinion de la Cour d'appel fédérale dans les arrêts *Fording Coal* et *Central Supply*, précités. Je m'empresse d'ajouter que je ne suis pas nécessairement d'accord pour dire que les trois facteurs constituent des critères d'interprétation valables relativement au par. 245(1). Mais comme l'interprétation même la plus généreuse du par. 245(1) n'a pas pour effet de limiter les déductions de Shell, il n'est pas nécessaire que notre Cour statue, dans le cadre du présent pourvoi, sur l'interprétation qu'il faut donner au par. 245(1).

57 En l'espèce, l'application des facteurs énoncés par la Cour d'appel fédérale donne lieu à l'analyse suivante. Premièrement, la déduction des intérêts versés aux prêteurs étrangers au taux annuel de 15,4 pour 100 n'est pas contraire à l'objet et à l'esprit du sous-al. 20(1)c)(i). Dans l'arrêt *Bronfman Trust*, précité, le juge en chef Dickson a conclu, à la p. 45, que cette disposition avait pour but de «favoriser l'accumulation de capitaux productifs de revenus imposables»; voir également *Tennant*, précité, au par. 16, le juge Iacobucci. Permettre à Shell de déduire les intérêts payés au taux exigé par les prêteurs étrangers en contrepartie des 150 000 000 \$ NZ, qui ont ensuite été utilisés pour produire un revenu, ne va pas à l'encontre de l'objet et l'esprit du sous-al. 20(1)c)(i), bien au contraire.

58 Deuxièmement, les déductions découlaient d'opérations conformes aux habitudes normales du commerce. En première instance, le juge en chef adjoint Christie a reconnu que c'était le cas en signalant également que le fait «[q]ue des opérations commerciales puissent être jugées compliquées ne signifie certes pas qu'elles sont anormales» (par. 31). Le juge Stone, de la Cour d'appel fédérale, s'est dit d'accord et a conclu qu'«[e]n choisissant d'emprunter les fonds en \$ NZ plutôt qu'en \$ US, l'intimée a tenu compte des répercussions fiscales globales de l'opération, ce qui est une préoccupation commerciale commune» (par. 5). Il ressort de certains éléments de preuve présentés à notre Cour que ce genre d'arbitrage international sur taux d'intérêt est courant et que même des organismes gouvernementaux non assujettis à l'impôt y ont recours. Si l'on tient compte également du fait que les contrats d'achat de débentures permettaient à Shell d'obtenir les capitaux dont elle avait besoin, force est de conclure que l'opération était conforme aux habitudes normales du commerce.

59 Selon la Cour d'appel fédérale, il faut déterminer, en troisième lieu, si les contrats d'achat de débentures conclus par Shell avaient un objet commercial véritable. Certes, Shell a structuré l'opération ainsi parce qu'elle voulait emprunter les fonds dont elle avait besoin au coût après impôt le plus bas possible. Le ministre soutient qu'il ne s'agissait pas d'un objet commercial véritable. Même si on pouvait prétendre que l'obtention de fonds au coût après impôt le moins élevé possible ne constitue pas un objet commercial véritable -- ce sur quoi je n'ai pas à me prononcer -- la nécessité, pour Shell, d'emprunter les dollars néo-zélandais dans le cadre de son plan de financement de l'entreprise constitue clairement un tel objet. En conséquence, même si, pour les fins de la discussion, je faisais droit à l'argument du ministre, les contrats d'achat de débentures auraient néanmoins un «objet commercial véritable» donnant droit aux déductions en cause. La troisième condition est donc remplie.

60 Quant au critère général formulé par la Cour d'appel fédérale relativement à l'ancien par. 245(1), la décision de Shell de déduire les intérêts au taux annuel de 15,4 pour 100 qu'elle a versés aux investisseurs étrangers ne peut être attaquée. Il est donc inutile de déterminer si la Cour d'appel fédérale a bien circonscrit l'intention qu'avait le législateur en adoptant cette disposition, laquelle, je le répète, a depuis été abrogée et remplacée par une nouvelle disposition anti-évitement.

61 Pour ces motifs, notre Cour a accueilli le pourvoi de Shell et statué que le sous-al. 20(1)c)(i) permettait la déduction de la totalité des intérêts versés aux prêteurs étrangers en application des contrats d'achat de débentures.

C. Le gain de change net réalisé par Shell est-il imposable à titre de revenu ou de gain en capital?

62 La question que soulevait le pourvoi incident du ministre était de savoir si le gain de change net d'environ 21 000 000 \$ US que Shell a réalisé grâce à la conclusion des contrats d'achat de débentures et du contrat de change à terme devait être inclus dans son revenu aux fins de l'impôt ou s'il devait être imposé à titre de gain en capital. Pour le cas où il échouerait à convaincre notre Cour que la déduction des intérêts payés par Shell en sus du taux annuel de 9,1 pour 100 devait être refusée, le ministre a fait valoir à titre subsidiaire que le gain de change net devait s'ajouter au revenu de Shell. Notre Cour a rejeté le pourvoi incident du ministre et a statué que le gain de change net devait être imposé à titre de gain en capital.

63 Les sommes en cause devant être déclarées en dollars canadiens aux fins du calcul de l'impôt sur le revenu, il peut y avoir un gain ou une perte de change lorsque

l'entreprise effectue des opérations en monnaie étrangère. Bien qu'ils reconnaissent généralement que, dans la présente affaire, Shell a réalisé un gain de change net grâce aux contrats d'achat de débentures et au contrat de change à terme, le ministre et Shell ne s'entendent pas sur sa qualification. Le ministre soutient simplement qu'en 1988, Shell a emprunté l'équivalent de 100 000 000 \$ US aux prêteurs étrangers, mais qu'en 1993, en raison du contrat de change à terme, elle a pu rembourser le prêt en utilisant seulement 79 500 000 \$ US. Il en aurait résulté un gain d'environ 21 000 000 \$ US, lequel doit évidemment être converti en dollars canadiens aux fins de l'impôt.

64 Pour sa part, Shell soutient qu'il y a eu deux gains qui mènent ensemble au même résultat net que l'approche suivie par le ministre. L'un est attribuable aux contrats d'achat de débentures: Shell a emprunté l'équivalent de 100 000 000 \$ US en 1988 mais n'a utilisé que l'équivalent de 81 500 000 \$ US pour rembourser le prêt en 1993 (compte tenu du taux du marché pour les dollars néo-zélandais en 1993). Cependant, le coût réel supporté par Shell pour rembourser le principal aux prêteurs étrangers n'a pas été de 81 500 000 \$ US parce qu'elle s'était protégée contre une fluctuation défavorable au moyen du contrat de change à terme. Un deuxième gain résulte donc du contrat de change à terme en 1993: alors qu'il aurait fallu déboursier 81 500 000 \$ US pour acheter 150 000 000 \$ NZ au taux du marché, Shell a pu bénéficier du taux escompté convenu en 1993 pour ramener le coût des 150 000 000 \$ NZ à 79 500 000 \$ US. Elle soutient donc avoir réalisé ainsi un gain de 1 980 000 \$ US. Au total, le gain de change net est d'environ 21 000 000 \$ US, somme qui doit également être convertie en dollars canadiens aux fins de l'impôt.

65 En première instance, le juge en chef adjoint Christie a conclu qu'il importait peu qu'il y ait un ou deux gains, car même s'il y en avait deux, chacun devait être

imposé à titre de gain en capital. Le juge Linden, de la Cour d'appel fédérale, a conclu à l'existence de deux gains. Il me semble en effet que Shell a raison: deux gains sont issus de deux opérations et ce n'est que globalement qu'un gain net d'environ 21 000 000 \$ US a été réalisé: voir S. S. Ruby, «Recent Financing Techniques», dans *Report of Proceedings of the Forty-First Tax Conference* (1990), aux pp. 27.3 à 27.6. Compte tenu du taux du marché à l'égard des dollars néo-zélandais en 1993, un gain a été réalisé lors du remboursement des 150 000 000 \$ NZ aux prêteurs étrangers en application des contrats d'achat de débentures et un autre, moindre, à l'échéance du contrat de change à terme conclu avec Sumitomo. Le résultat net est le même que celui auquel conduit l'interprétation préconisée par le ministre, mais il est tenu compte du fait que Shell a effectué deux opérations distinctes avec deux parties sans lien de dépendance, également distinctes, ce qui a donné lieu à la réalisation de deux gains de change.

66 Je signale incidemment qu'on peut interpréter d'une autre manière l'opération intervenue à l'échéance du contrat de change à terme: Ruby, *op. cit.*, à la p. 27.12; D. G. Broadhurst, «Income Tax Treatment of Foreign Exchange Forward Contracts, Swaps, and Other Hedging Transactions», dans *Report of Proceedings of the Forty-First Tax Conference* (1990), 26:1. Selon Shell, il faut envisager l'opération comme une disposition de dollars américains en faveur de Sumitomo en contrepartie de 150 000 000 \$ NZ. Le gain ou la perte de change est ensuite calculé en comparant le taux fixé dans le contrat de change à terme et le cours au comptant des dollars néo-zélandais en 1993. Il est également possible, toutefois, de considérer l'opération comme l'acquisition de 150 000 000 \$ NZ au prix de 79 500 000 \$ US. Ce prix d'acquisition -- calculé conformément au taux de change fixé dans le contrat de change à terme -- constituerait le prix de base, pour Shell, des 150 000 000 \$ NZ. Lorsque Shell

a utilisé ces 150 000 000 \$ NZ pour rembourser les prêteurs étrangers conformément aux contrats d'achat de débentures, son prix de base pour ces fonds pouvait alors être établi en fonction du cours au comptant en vigueur au moment du remboursement afin de déterminer si Shell avait réalisé un gain de change ou subi une perte de change relativement au contrat de change à terme. Ce qui s'ajouterait à tout gain ou perte de change lors du remboursement du principal aux prêteurs étrangers en application des contrats d'achat de débentures.

67 Toutefois, comme Shell a immédiatement utilisé les 150 000 000 \$ NZ obtenus de Sumitomo pour s'acquitter de ses obligations vis-à-vis des prêteurs étrangers, le cours au comptant des dollars néo-zélandais et le gain réalisé par Shell sur le fondement du contrat de change à terme sont les mêmes quel que soit le point de vue adopté. Il s'ensuit que le montant du gain de change est également identique. Il est par conséquent inutile de déterminer, dans le cadre du présent pourvoi, de quelle façon il convient le mieux d'interpréter l'opération.

68 La question en litige est de savoir si les gains de change réalisés par Shell constituent un revenu, auquel cas ils sont imposables en totalité ou s'ils constituent un gain en capital, de telle sorte que les trois quarts seulement sont imposables. La qualification du gain ou de la perte de change découle généralement de la qualification de l'opération en cause: *Tip Top Tailors Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1957] R.C.S. 703, à la p. 707, le juge Locke, et à la p. 712, le juge Rand; *Alberta Gas Trunk Line Co. c. M.R.N.*, [1972] R.C.S. 498, à la p. 505, le juge Martland; *Columbia Records of Canada Ltd. c. M.R.N.*, [1971] C.T.C. 839 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 845, le juge Gibson; Hogg et Magee, *op. cit.*, à la p. 344. Par conséquent, si l'opération en cause a été conclue en vue d'obtenir des fonds devant servir de capitaux, le gain de change réalisé

ou la perte de change subie relativement à cette opération constitue un gain ou une perte en capital.

69 L'objet des contrats d'achat de débentures était de procurer à Shell un fond de roulement pour une durée de cinq ans. Il s'agissait d'une dette contractée au titre du capital: voir généralement *Beauchamp (H.M. Inspector of Taxes) c. F. W. Woolworth plc.*, [1989] B.T.C. 233 (H.L.), à la p. 237, lord Templeman; *Columbia Records*, précité, à la p. 845, le juge Gibson. Partant, le gain de change réalisé parce que la valeur des 150 000 000 \$ NZ que Shell a remboursés aux prêteurs étrangers en 1993 était inférieure à la valeur des 150 000 000 \$ NZ qu'elle avait empruntés en 1988 constituait également un gain en capital.

70 La qualification à titre de revenu ou de gain en capital d'un gain de change issu d'une opération de couverture dépend de la qualification de la dette à laquelle se rapporte l'opération de couverture. Comme je le mentionne précédemment, Shell a conclu le contrat de change à terme pour se couvrir, au moyen de dollars américains, contre le risque du marché auquel l'exposaient les contrats d'achat de débentures libellés en monnaie néo-zélandaise. Shell n'aurait pas conclu les contrats d'achat de débentures sans le contrat de change à terme. Le gain réalisé sur les contrats d'achat de débentures a été qualifié de gain en capital, et le gain réalisé sur le contrat de change à terme doit l'être aussi. Les deux gains sont des gains en capital dont les trois quarts sont imposables.

71 À l'encontre de ces conclusions, le ministre fait valoir que le gain de change net constitue un revenu parce que Shell l'a amorti sur la durée des contrats d'achat de débentures dans sa comptabilité générale établie à des fins non fiscales, que le gain net

était lié au paiement actuel d'intérêts, ce qui constituait une dépense en vue de gagner un revenu aux fins du sous-al. 20(1)c)(i), que Shell agissait comme un négociant et que le gain net n'a pas été réalisé de façon fortuite, mais bien grâce à un plan exécuté avec soin.

72 Les prétentions du ministre traduisent en grande partie sa conviction qu'un seul gain a été réalisé à l'occasion d'une opération artificielle par laquelle Shell a pu rembourser un prêt de 100 000 000 \$ US en utilisant seulement 79 500 000 \$ US. Pourtant, il importe de noter qu'il y a eu en réalité deux gains issus d'opérations distinctes, conclues avec des parties différentes n'ayant aucun lien de dépendance entre elles, et que c'est combinés seulement qu'ils permettent la réalisation d'un gain de change net de 21 000 000 \$ US. Le ministre ne fait pas la distinction de sorte que, à nouveau, je ne peux lui donner raison. Les autres arguments avancés par le ministre ne me convainquent pas non plus.

73 Premièrement, la façon dont Shell a inscrit le gain de change net dans sa comptabilité générale établie à des fins non fiscales n'est pas déterminante quant à son traitement sur le plan fiscal. Notre Cour a souvent statué que les méthodes comptables n'établissent pas, en elles-mêmes, de règles de droit en matière d'impôt sur le revenu: *Canderel*, précité, aux par. 32 à 37, le juge Iacobucci. De toute façon, la comptabilité générale établie à des fins non fiscales reflète généralement la situation financière globale de l'entreprise en entier. Or, le sous-al. 20(1)c)(i) de la Loi s'applique au traitement fiscal d'opérations précises. Il ne devrait donc pas être étonnant qu'une même opération puisse être qualifiée différemment en fonction de fins différentes: voir généralement *Friedberg c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 285, à la p. 286, le juge Iacobucci.

74

Deuxièmement, le seul fait que les gains soient liés aux frais d'intérêts engagés en application des contrats d'achat de débentures, dont le sous-al. 20(1)c)(i) permet la déduction du revenu, ne signifie pas que le gain de change net doit également être considéré comme étant imputable au revenu. Le ministre fonde son argument sur l'arrêt rendu par notre Cour dans *Ikea Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 196. Dans cette affaire, un paiement d'incitation à la location a été jugé si directement lié au loyer du contribuable qu'il devait être considéré comme un revenu. Cependant, cet arrêt n'appuie pas la thèse du ministre. Shell n'a pas touché de paiement de la part des prêteurs étrangers ni de Sumitomo pour la rembourser de frais qu'elle avait engagés. En outre, il importe de souligner que les frais d'intérêts versés à l'égard de fonds utilisés pour produire un revenu tiré d'une entreprise ou d'un bien sont seulement réputés, au sous-al. 20(1)c)(i), être des dépenses courantes et que, en l'absence de cette disposition, ils seraient considérés comme des dépenses en capital: *Canada Safeway*, précité, le juge Rand, à la p. 727. Aucune des parties au présent pourvoi n'a demandé à notre Cour de modifier cette qualification des frais d'intérêts. Ceux-ci demeurent donc des dépenses en capital qui sont réputées, suivant le sous-al. 20(1)c)(i), être déductibles du revenu brut de Shell malgré l'interdiction générale de toute déduction d'une dépense en capital prévue au par. 18(1). Par conséquent, même si l'analyse générale qui sous-tend l'arrêt *Ikea* s'appliquait en l'espèce, elle tendrait plutôt à appuyer la conclusion que les gains doivent être considérés comme des gains en capital.

75

Troisièmement, l'argument du ministre voulant que Shell ait agi à titre de négociant en empruntant des dollars néo-zélandais au moyen des contrats d'achat de débentures et en les échangeant contre des dollars américains en application du contrat de change à terme ne peut être retenu. Shell se procurait des fonds devant être affectés à son entreprise. Tel était l'objet des contrats d'achat de débentures, et ces derniers ont

rendu nécessaire la conclusion du contrat de change à terme. D'aucune façon Shell ne s'est engagée dans un «projet comportant un risque de caractère commercial».

76 Quatrièmement, il n'est pas particulièrement déterminant que le gain de change net n'ait pas été réalisé de manière fortuite, mais soit plutôt attribuable aux obligations que Shell a contractées volontairement. Comme je l'indique précédemment, le traitement fiscal d'un gain de change réalisé lors de l'emprunt initial et de toute opération de couverture s'y rapportant doit être déterminé à la lumière de la qualification de la dette sous-jacente. Les opérations donnant naissance aux dettes n'ont manifestement pas à revêtir un caractère spéculatif pour être considérées comme des opérations en capital. Il s'ensuit que les gains de change n'ont pas à résulter d'opérations spéculatives pour être imposés à titre de gains en capital. Dans la présente affaire, par exemple, la dette sous-jacente constatée par les contrats d'achat de débentures a été contractée afin de réunir des capitaux destinés à l'entreprise de Shell. Ni cette opération ni l'opération de couverture connexe n'ont perdu cette caractéristique du seul fait qu'elles ont été délibérées et planifiées.

77 Pour ces motifs, notre Cour a rejeté le pourvoi incident du ministre et a statué que le gain de change net réalisé par Shell au remboursement des 150 000 000 \$ NZ aux prêteurs étrangers et à l'échéance du contrat de change à terme est imputable au compte de capital.

VI. Conclusion

78 À la fin de l'audience, notre Cour a accueilli le pourvoi de Shell et a rejeté le pourvoi incident du ministre. L'affaire est donc renvoyée au ministre du Revenu

national afin qu'il procède à un nouvel examen et à une nouvelle cotisation conformément au jugement de la Cour canadienne de l'impôt. Les dépens devant notre Cour et les tribunaux inférieurs sont adjugés à Shell.

Pourvoi principal accueilli avec dépens. Pourvoi incident rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante/intimée au pourvoi incident: Bennett Jones, Calgary.

Procureur de l'intimée/appelante au pourvoi incident/intervenante: Le Sous-procureur général du Canada, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Canadien Pacifique Limitée: McCarthy Tétrault, Toronto.