

A-147-80

A-147-80

The Queen (Appellant)

v.

Melford Developments Inc. (Respondent)

Court of Appeal, Thurlow C.J., Urie J. and Kelly D.J.—Toronto, January 14 and 15, 1981.

Income tax — Non-residents — Withholding tax — Appeal from Trial Division decision vacating assessments respecting guarantee fees paid by respondent to non-resident corporation, a German commercial bank — Whether Canada-Germany Income Tax Convention exempts corporation from Canadian tax liability and thus respondent from deducting and remitting tax otherwise payable — Submission by appellant that since the payment of guarantee fees is deemed a payment of interest, the fee itself is interest and the income received by the corporation is income from “interest” payments and taxable under Art. III(5) of the Convention — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 212(1)(b), 214(15)(a) and 215(1),(6) — Canada-Germany Income Tax Agreement Act, 1956, S.C. 1956, c. 33, ss. 2, 3, Convention, Arts. II(2), III(1),(5).

This is an appeal from a judgment of the Trial Division vacating assessments by the Minister of National Revenue arising as a result of the respondent's failure to deduct and remit tax on the guarantee fees paid by it to a non-resident corporation, a German commercial bank. The issue is whether the Canada-Germany Income Tax Convention exempts the corporation from Canadian tax liability on such payments and thus exempts the respondent from deducting and remitting the tax otherwise payable. Appellant contends that since subsection 214(15) of the *Income Tax Act* deems the payment of guarantee fees to be a payment of interest, the fee itself is interest, and the income received by the corporation is income from “interest” payments and thus subject to tax liability pursuant to Article III(5) of the Convention.

Held, the appeal is dismissed. Subsection 214(15) does not deem that the guarantee fee is “interest” but only that the payment of it shall be deemed to be “a payment of interest”. The deeming of the payment to be what it is not does not change the character or nature of the thing that was paid. It could never in fact be a payment of interest because it was always a payment of a fee which a guarantor receives for assuming a risk for which he may never be called upon to indemnify the lender, as opposed to “interest”. Furthermore, the Convention does not encompass a conversion of guarantee fees into interest. Article III(5) is referable to the kinds of income specifically dealt with later in the Convention (i.e. those which Canada may tax). Deemed payments of interest, or even something which is not interest but is deemed to be interest, are

La Reine (Appelante)

c.

a

Melford Developments Inc. (Intimée)

Cour d'appel, le juge en chef Thurlow, le juge Urie et le juge suppléant Kelly—Toronto, 14 et 15 janvier 1981.

Impôt sur le revenu — Non-résidents — Retenue au titre de l'impôt — Appel formé contre le jugement de la Division de première instance qui a infirmé les cotisations visant les frais de garantie payés par l'intimée à une banque commerciale allemande, société non résidente — Il échet d'examiner si la Convention entre le Canada et l'Allemagne en matière d'impôt sur le revenu exonère cette société de tout impôt canadien et, par voie de conséquence, exonère l'intimée de l'obligation de retenir et de payer au fisc l'impôt qui eût été payable — L'appelante soutient que le paiement de frais de garantie étant assimilable au paiement d'intérêts, les frais de garantie sont eux-mêmes assimilables aux intérêts, et que par conséquent, le revenu reçu par cette société, qui provient de paiements d'«intérêts», est imposable sous le régime de l'Art. III(5) de la Convention — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, c. 63, art. 212(1)(b), 214(15)(a) et 215(1),(6) — Loi de 1956 sur un accord entre le Canada et l'Allemagne en matière d'impôt sur le revenu, S.C. 1956, c. 33, art. 2, 3, Convention, Art. II(2), III(1),(5).

Il s'agit d'un appel formé contre le jugement de la Division de première instance qui a infirmé les cotisations établies par le ministre du Revenu national à la suite du défaut, par l'intimée, de retenue et de paiement au fisc, de l'impôt sur les frais de garantie payés à une société non résidente, en l'occurrence une banque commerciale allemande. Il échet d'examiner si la Convention entre le Canada et l'Allemagne en matière d'impôt sur le revenu exonère cette société de tout impôt canadien sur ces paiements et, par voie de conséquence, exonère l'intimée de l'obligation de retenir et de payer au fisc l'impôt qui eût été payable. L'appelante soutient que le paragraphe 214(15) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* assimilant le paiement de frais de garantie au paiement d'intérêts, les frais de garantie sont eux-mêmes assimilés aux intérêts, et que le revenu reçu par la société, provenant de paiements d'«intérêts», est par conséquent imposable sous le régime de l'Article III(5) de la Convention.

Arrêt: l'appel est rejeté. Le paragraphe 214(15) n'assimile pas les frais de garantie aux «intérêts»; il prévoit seulement que le paiement de ces frais est réputé être «un paiement d'intérêt». Le simple fait d'attribuer au paiement un caractère qu'il n'a pas ne change rien à la nature de ce qui est payé. On ne pourrait jamais assimiler à un paiement d'intérêt ce qui a toujours été le paiement de frais que le garant perçoit pour assumer un risque, alors qu'il n'aura peut-être jamais à indemniser le prêteur, ce qui n'est pas le cas des «intérêts». En outre, la Convention n'autorise pas la conversion des frais de garantie en intérêts. L'Article III(5) se rapporte aux revenus expressément visés par les Articles suivants de la Convention (c.-à-d. les revenus imposables au Canada). N'y sont pas incluses les opérations réputées être des paiements d'intérêts, ni les sommes

not included. The meaning of "interest" cannot be enlarged. Article II(2) of the Convention refers to the meaning of the terms as accepted by the parties from the taxing statutes as they existed when the Convention was negotiated.

In re Farm Security Act, 1944 [1947] S.C.R. 394, considered. *Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.* [1963] S.C.R. 570, considered. *R. v. The County Council of Norfolk* (1891) 60 L.J.Q.B. 379, considered.

INCOME tax appeal.

COUNSEL:

C. G. Pearson for appellant.
J. R. Dingle for respondent.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Blaney, Pasternak, Smela & Watson, d
Toronto, for respondent.

The following are the reasons for judgment delivered orally in English by

THURLOW C.J.: I agree with Mr. Justice Urie's reasons for concluding that the guarantee fees in question in this appeal are exempted from tax under the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, by the *Canada-Germany Income Tax Agreement Act, 1956*, S.C. 1956, c. 33, and that the appeal fails and should be dismissed with costs.

* * *

The following are the reasons for judgment delivered orally in English by

URIE J.: This is an appeal from a judgment of the Trial Division [[1980] 2 F.C. 713] vacating assessments made by the Minister of National Revenue which required payment of tax and penalties for the 1975, 1976 and 1977 taxation years. These assessments arose as a result of the respondent's failure to deduct and remit tax of \$9,000 in each of the years 1975 and 1976 on the sum of \$60,000 paid by the respondent in each of those years to a non-resident of Canada and of the sum of \$4,500 in 1977 on the \$30,000 paid by it in 1977 to that non-resident.

qui ne sont pas véritablement des intérêts mais qui sont réputées tels. On ne saurait étendre le sens du mot «intérêt». Ce que l'Article II(2) de la Convention entend par sens des termes est le sens attribué à ces termes par la loi en vigueur au moment où la Convention fut négociée.

^a Arrêts examinés: *In re Farm Security Act, 1944* [1947] R.C.S. 394; *Le procureur général de l'Ontario c. Barfried Enterprises Ltd.* [1963] R.C.S. 570; *R. c. The County Council of Norfolk* (1891) 60 L.J.Q.B. 379.

^b APPEL en matière d'impôt sur le revenu.

AVOCATS:

C. G. Pearson pour l'appelante.
J. R. Dingle pour l'intimée.

^c

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante.
Blaney, Pasternak, Smela & Watson, d
Toronto, pour l'intimée.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement prononcés à l'audience par

^e

LE JUGE EN CHEF THURLOW: Je souscris aux motifs du juge Urie pour conclure que les frais de garantie en cause dans cet appel sont, par application de la *Loi de 1956 sur un accord entre le Canada et l'Allemagne en matière d'impôt sur le revenu*, S.C. 1956, c. 33, exemptés de l'impôt prévu à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, c. 148, et que l'appel n'est pas fondé et doit être rejeté avec dépens.

^g

* * *

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement prononcés à l'audience par

^h

LE JUGE URIE: Il s'agit de l'appel formé contre un jugement de la Division de première instance [[1980] 2 C.F. 713] infirmant les cotisations faites par le ministre du Revenu national qui exigeait le paiement de l'impôt et des pénalités pour les années d'imposition 1975, 1976 et 1977. Ces cotisations faisaient suite au défaut, par l'intimée, de retenue et de paiement au fisc, respectivement pour les années 1975 et 1976, de la somme de \$9,000 sur les \$60,000 qu'elle avait payés les mêmes années à un non-résident et pour 1977, de la somme de \$4,500 sur les \$30,000 payés cette dernière année au même non-résident.

The decision was determined at trial on an agreed statement of facts. Summarized, those facts follow. The respondent, which is in the business of developing real property for resale, arranged to borrow the sum of \$6,000,000 (Canadian) in 1973 from The Bank of Nova Scotia. The lender required a guarantee for the loan. As a result one was obtained for the full amount of the indebtedness from Bayerische Vereinsbank Incorporating Bayerische Staatsbank AG (hereinafter called "Vereinsbank"), a German commercial bank. For providing the guarantee Vereinsbank charged a fee calculated at the rate of 1% per annum of the principal sum, payable in quarterly instalments of \$15,000 each. Vereinsbank was not a resident of Canada nor did it have a permanent establishment of any kind in Canada. In remitting the moneys required to be paid by it to Vereinsbank, the respondent did not deduct or withhold any tax from the quarterly payments in any of the periods which are the subject of the assessments in issue, as it is alleged by the appellant it was required to do by virtue of Part XIII of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148 as amended by s. 1 of c. 63, S.C. 1970-71-72.

It is common ground that unless the provisions of the Canada-Germany Income Tax Convention entered into in 1956, made part of the Canadian law by the enactment of the *Canada-Germany Income Tax Agreement Act*, 1956, S.C. 1956, c. 33, exempt Vereinsbank from liability for Canadian income tax, Part XIII of the *Income Tax Act* imposed a duty on the respondent to withhold tax on each payment made to the bank at the rate of 15% and to remit such withheld amounts to the Receiver General of Canada. The issue, then, is whether the Convention exempted Vereinsbank from Canadian tax liability on such payments and thus exempted the respondent from deducting and remitting the tax otherwise payable. The learned Trial Judge held that it did.

The relevant sections of Part XIII of the *Income Tax Act* follow:

212. (1) Every non-resident person shall pay an income tax of 25% on every amount that a person resident in Canada pays or credits, or is deemed by Part I to pay or credit, to him as, on account or in lieu of payment of, or in satisfaction of,

La décision a été rendue en instance sur le fondement d'un exposé conjoint des faits qui se résument comme suit. En 1973, l'intimée, qui est une entreprise de promotion immobilière, négocia un emprunt de \$6,000,000 (canadiens) auprès de La Banque de Nouvelle-Écosse. La garantie requise par la banque a été assurée, pour le montant total de la dette, par une banque commerciale allemande, la Bayerische Vereinsbank Incorporating Bayerische Staatsbank AG (ci-après appelée «Vereinsbank»). En contrepartie, la Vereinsbank demanda des frais de garantie calculés au taux annuel de 1 p. 100 du principal, et payables par versements trimestriels de \$15,000. La Vereinsbank n'était pas une résidente du Canada et n'y disposait d'aucun établissement de quelque nature que ce soit. En payant à cette dernière l'argent qu'elle lui devait, l'intimée n'a rien retenu, au titre de l'impôt, des versements trimestriels faits au cours des années visées par les cotisations en cause alors que, selon l'appelante, elle y était tenue par application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, c. 148, modifiée par l'art. 1, c. 63, S.C. 1970-71-72.

Il est constant que si la Vereinsbank n'est pas exonérée de l'impôt sur le revenu du Canada par la Convention de 1956 entre le Canada et l'Allemagne en matière d'impôt sur le revenu, mise en vigueur par la *Loi de 1956 sur un accord entre le Canada et l'Allemagne en matière d'impôt sur le revenu*, S.C. 1956, c. 33, l'intimée est requise par la Partie XIII de la *Loi de l'impôt sur le revenu* de retenir l'impôt à raison de 15 p. 100 de chaque paiement fait à la banque, et de le remettre entre les mains du receveur général du Canada. Il échet donc d'examiner si la Convention exonère la Vereinsbank de tout impôt canadien sur ces paiements et, par voie de conséquence, exonère l'intimée de l'obligation de retenir et de payer au fisc l'impôt qui eût été payable. Le savant juge de première instance a décidé qu'il en est bien ainsi.

Voici les articles applicables de la Partie XIII de la *Loi de l'impôt sur le revenu*:

212. (1) Toute personne non résidente doit payer un impôt sur le revenu de 25% sur toute somme qu'une personne résidant au Canada lui paie ou porte à son crédit, ou est réputée en vertu de la Partie I lui payer ou porter à son crédit, au titre ou en paiement intégral ou partiel

(b) interest except

214. (15) For the purposes of this Part,

(a) where a non-resident person has entered into an agreement under the terms of which he agrees to guarantee the repayment, in whole or in part, of the principal amount of a bond, debenture, bill, note, mortgage, hypothec or similar obligation of a person resident in Canada, any amount paid or credited as consideration for the guarantee shall be deemed to be a payment of interest on that obligation; . . .

215. (1) When a person pays or credits or is deemed to have paid or credited an amount on which an income tax is payable under this Part, he shall, notwithstanding any agreement or any law to the contrary, deduct or withhold therefrom the amount of the tax and forthwith remit that amount to the Receiver General of Canada on behalf of the non-resident person on account of the tax and shall submit therewith a statement in prescribed form.

(6) Where a person has failed to deduct or withhold any amount as required by this section from an amount paid or credited or deemed to have been paid or credited to a non-resident person, that person is liable to pay as tax under this Part on behalf of the non-resident person the whole of the amount that should have been deducted or withheld, and is entitled to deduct or withhold from any amount paid or credited by him to the non-resident person or otherwise recover from the non-resident person any amount paid by him as tax under this Part on behalf thereof.

It should be noted that the non-resident tax rate of 25% in respect of interest is reduced by the Convention to 15%.

It is also common ground that Vereinsbank was not taxable under Part I of the *Income Tax Act* because it was not resident in Canada. Neither was it employed in nor did it carry on business in Canada, nor did it dispose of taxable Canadian property at any time during the taxation years in question. However, the appellant contends that the above quoted sections provide the basis for Vereinsbank's liability for tax and for the respondent's liability to deduct and remit the tax to the Receiver General arising from any of the quarterly payments made to the guaranteeing bank.

On the other hand, the respondent contends that the guarantee fees paid to Vereinsbank were "industrial and commercial profits" within the meaning of that term in the Convention and were thus exempt from Canadian tax liability. Conse-

b) d'intérêts, sauf

214. (15) Aux fins de la présente Partie,

a) lorsqu'une personne non résidente a conclu une entente aux termes de laquelle elle consent à garantir le remboursement, en tout ou en partie, du principal d'une obligation, d'un billet, d'un *mortgage*, d'une hypothèque ou d'un titre semblable d'une personne résidente au Canada, toute somme versée ou créditée en contrepartie de la garantie est réputée être un paiement d'intérêt sur cette obligation; . . .

215. (1) Lorsqu'une personne verse ou crédite ou est réputée avoir versé ou crédité une somme sur laquelle un impôt sur le revenu est exigible en vertu de la présente Partie, elle doit, nonobstant toute disposition contraire d'une convention ou d'une loi, en déduire ou en retenir le montant de l'impôt et le remettre immédiatement au receveur général du Canada au nom de la personne non résidente, à valoir sur l'impôt, et l'accompagner d'un état en la forme prescrite.

(6) Lorsqu'une personne a omis de défalquer ou de retenir, comme l'exige le présent article, une somme sur un montant payé à une personne non résidente ou porté à son crédit ou réputé avoir été payé à une personne non résidente ou porté à son crédit, cette personne est tenue de verser à titre d'impôt sous le régime de la présente Partie, au nom de la personne non résidente, la totalité de la somme qui aurait dû être défalquée ou retenue, et elle a le droit de défalquer ou de retenir sur tout montant payé par elle à la personne non résidente ou portée à son crédit, ou par ailleurs de recouvrer de cette personne non résidente toute somme qu'elle a versée pour le compte de cette dernière à titre d'impôt sous le régime de la présente Partie.

Il y a lieu de noter que la Convention réduit à 15 p. 100 le taux de prélèvement fiscal de 25 p. 100 sur les intérêts reçus par les non-résidents.

Il est aussi constant que la Vereinsbank, n'étant pas résidente du Canada, n'était pas assujettie à l'impôt sous le régime de la Partie I de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Elle n'était pas employée dans une entreprise au Canada, elle n'y exerçait aucune entreprise et, à aucun moment durant les années d'imposition en question, elle n'a disposé d'un bien canadien imposable. L'appelante soutient cependant qu'il ressort des articles rappelés ci-dessus que la Vereinsbank est tenue à l'impôt, et l'intimée à l'obligation de retenir et de verser au receveur général l'impôt provenant des paiements trimestriels à la banque garante.

De son côté, l'intimée soutient que les frais de garantie versés à la Vereinsbank étaient des «bénéfices industriels et commerciaux» au sens de la Convention et étaient ainsi exemptés de l'impôt canadien. En conséquence, l'intimée n'était pas

quently, the respondent had no duty to withhold and remit tax pursuant to subsection 215(1) of the *Income Tax Act*.

The *Canada-Germany Income Tax Agreement Act, 1956* contains, *inter alia*, the following provisions:

2. The Agreement entered into between Canada and the Federal Republic of Germany, set out in the Schedule, is approved and declared to have the force of law in Canada.

3. In the event of any inconsistency between the provisions of this Act, or the Agreement, and the operation of any other law, the provisions of this Act and the Agreement prevail to the extent of the inconsistency.

The Convention, annexed as a Schedule to the above Act, discloses that among the taxes which are the subject of the Convention are Canadian income taxes.

Article II(2) provides that:

ARTICLE II

(2) In the application of the provisions of this Convention by one of the contracting States any term not otherwise defined in this Convention shall, unless the context otherwise requires, have the meaning which it has under the laws in force in the territory of that State relating to the taxes which are the subject of this Convention.

Article III(1) provides the foundation for the respondent's claim that Vereinsbank is exempt from Canadian tax liability by reason of the fact that the fees for guaranteeing the respondent's loan received by it are "industrial or commercial profits" from an enterprise which does not carry on a trade or business in Canada through a permanent establishment situated therein. That Article reads as follows:

ARTICLE III

(1) The industrial or commercial profits of an enterprise of one of the territories shall not be subject to tax in the other territory unless the enterprise carries on a trade or business in the other territory through a permanent establishment situated therein. If it carries on a trade or business in that other territory through a permanent establishment situated therein, tax may be imposed on those profits in the other territory but only on so much of them as is attributable to that permanent establishment.

The appellant, on the other hand, takes the position that Vereinsbank is excluded from that exemption by virtue of Article III(5) which reads:

requis par le paragraphe 215(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* de retenir et de payer l'impôt.

La Loi de 1956 sur un accord entre le Canada et l'Allemagne en matière d'impôt sur le revenu prévoit, entre autres, ce qui suit:

2. L'accord conclu entre le Canada et la République fédérale d'Allemagne, reproduit dans l'Annexe, est ratifié et il est déclaré que cet accord a force de loi au Canada.

3. En cas d'incompatibilité entre les dispositions de la présente loi ou de l'accord et l'application de toute autre loi, les dispositions de la présente loi et de l'accord l'emportent dans la mesure de cette incompatibilité.

L'impôt sur le revenu canadien figure parmi ceux qui font l'objet de la Convention, reproduite dans l'annexe de la Loi.

L'Article II(2) porte:

ARTICLE II

2. Pour l'application des dispositions de la présente Convention par l'un des Etats contractants, tout terme ou expression que la présente Convention ne définit pas autrement a, sauf indication contraire du contexte, le sens qui lui est attribué dans la législation en vigueur sur le territoire de cet Etat et relative aux impôts qui constituent l'objet de la présente Convention.

L'intimée se prévaut de l'Article III(1) pour soutenir que la Vereinsbank est exemptée de l'impôt canadien par ce motif que les frais de garantie par elle reçus sont des «bénéfices industriels ou commerciaux» d'une entreprise n'exerçant aucune activité commerciale ou industrielle au Canada par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé. Cet Article porte:

ARTICLE III

1. Les bénéfices industriels ou commerciaux d'une entreprise de l'un des territoires ne sont soumis à l'impôt de l'autre territoire que si l'entreprise exerce une activité commerciale ou industrielle dans celui-ci par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé. Si l'entreprise exerce une activité commerciale ou industrielle dans l'autre territoire par l'intermédiaire d'un établissement stable y situé, lesdits bénéfices peuvent être imposés dans ce territoire, mais seulement dans la mesure où ils proviennent dudit établissement stable.

De son côté, l'appellante soutient que la Vereinsbank est exclue de l'exemption par l'Article III(5) qui porte:

ARTICLE III

(5) Paragraphs (1) and (2) shall not be construed as preventing one of the contracting States from imposing pursuant to this Convention a tax on income (e.g. dividends interest, rents or royalties) derived from sources within its territory by a resident of the other territory if such income is not attributable to a permanent establishment in the first-mentioned territory.

The learned Trial Judge held that the quarterly instalments for the guarantee fees were in the nature of "industrial and commercial profits" within the meaning of Article III(1). As I understood him, counsel for the appellant did not contest that finding. However, his submission was that by virtue of paragraph (5) of Article III the income received by Vereinsbank being income arising from "interest" payments "derived from sources within its territory by a resident of the other territory" (i.e. Germany) was excluded from the exemption arising from paragraph (1) of Article III. That contention was founded on his view that the effect of subsection 214(15), which deems the payment of guarantee fees to be payments of interest on the obligation is to deem the fee itself to be interest.

I am unable to agree with this contention. Whatever is the meaning of the phrase concluding the subsection, namely, "shall be deemed to be a payment of interest on that obligation" (presumably that obligation referring to the repayment of the mortgage) it is clear that it does not deem that the guarantee fee is "interest" but only that the payment of it shall be deemed to be "a payment of interest." Clearly the deeming of the payment to be what it is not does not change the character or nature of the thing that was paid. It could never in fact be a payment of interest because it was always a payment of a fee as consideration for the provision of the guarantee.

Even if subsection 214(15) could be read to mean that guarantee fees are deemed to be interest and not just a payment of interest, it would not in fact be interest. In the case of *The Queen v. The County Council of Norfolk*¹ it was said that:

... generally speaking, when you talk of a thing being deemed to be something, you do not mean to say that it is that which it is deemed to be. It is rather an admission that it is not what it is

ARTICLE III

5. Les alinéas 1 et 2 n'ont pas pour effet d'empêcher l'un des Etats contractants de lever, dans le cadre de la présente Convention, un impôt sur le revenu, c'est-à-dire sur les dividendes, intérêts, droits de location ou redevances, provenant de sources situées dans son territoire par un résident de l'autre territoire si ledit revenu n'est pas attribuable à un établissement stable situé dans le territoire du premier Etat.

Le savant juge de première instance a décidé que les versements trimestriels des frais de garantie constituaient des «bénéfices industriels et commerciaux» au sens de l'Article III(1). Il appert que l'avocat de l'appelante n'a pas contesté cette conclusion. Il soutenait cependant que par application de l'alinéa 5 de l'Article III, la Vereinsbank était exclue de l'exemption prévue à l'alinéa 1 de l'Article III car elle recevait un revenu issu de paiements d'«intérêts» «provenant de sources situées dans son territoire par un résident de l'autre territoire» (c'est-à-dire l'Allemagne), parce que, à son avis, le paragraphe 214(15) qui assimilait les frais de garantie à un paiement d'intérêt sur l'obligation, avait pour effet d'assimiler ces frais aux intérêts.

Je ne saurais accueillir cette thèse. Quel que soit le sens attribué au dernier membre de phrase: «réputée être un paiement d'intérêt sur cette obligation» (il s'agit en toute vraisemblance du remboursement du *mortgage*), il est clair que les frais de garantie ne sont pas assimilés aux «intérêts», et que c'est seulement le paiement de ces frais qui est réputé être «un paiement d'intérêt». Évidemment, le simple fait d'attribuer au paiement un caractère qu'il n'a pas ne change rien à la nature de ce qui est payé. En fait, on ne pourrait jamais assimiler à un paiement d'intérêt ce qui a toujours été le paiement de frais en contrepartie d'une garantie.

A supposer même que le paragraphe 214(15) puisse s'interpréter comme assimilant les frais de garantie aux intérêts et non simplement à un paiement d'intérêt, ces frais ne sont pas, en fait, des intérêts. Dans l'arrêt *La Reine c. The County Council of Norfolk*¹, il a été ainsi jugé:

[TRADUCTION] ... de manière générale, de dire qu'une chose est réputée être quelque chose d'autre ne revient pas à dire qu'elle est exactement ce qu'elle est réputée être. Cela revient

¹ (1891) 60 L.J.Q.B. 379 at pp. 380 and 381.

¹ (1891) 60 L.J.Q.B. 379, aux pp. 380 et 381.

to be deemed to be, and that, notwithstanding it is not that particular thing, nevertheless, for the purposes of the Act, it is to be deemed to be that thing.

That being so, there being no definition of "interest" in the Convention, by virtue of Article II(2), *supra*, the term for the purposes of the Convention must have the meaning attributable to it in Canada. In *In re Farm Security Act, 1944*² "interest" was defined as follows:

Interest is, in general terms, the return or consideration or compensation for the use or retention by one person of a sum of money, belonging to, in a colloquial sense, or owed to, another.

This definition was adopted in *The Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.*³ Accepting this as a proper definition of interest it is difficult to see how guarantee fees can be characterized as "interest". A lender who receives interest from the money he lends, has, until the money is repaid, lost control over his money. For that loss of control and the risk inherent therein he is paid interest. On the other hand, a guarantor retains complete control of his money until, if ever, he is called upon to honour his guarantee. The fee he receives for providing the guarantee cannot, therefore, be characterized as interest for provision of money on loan, over which money he has lost control. It is strictly a fee which he receives for assuming a risk for which he may never be called upon to indemnify the lender.⁴

On the basis of these authorities, therefore, I am of the opinion that the payment of the guarantee fees was not a "payment of interest". That being so, *a fortiori*, the guarantee fees cannot be said to be "interest".

Furthermore, even if the appellant's submission is accepted that subsection 214(15) has the effect of converting guarantee fees into interest, for the purpose of the *Income Tax Act*, it is my opinion that Article III, paragraph (5), of the Convention does not encompass such a conversion. I hold this view for two reasons.

First, as earlier stated it is common ground that the guarantee payments in question are "industrial

² [1947] S.C.R. 394 at p. 411.

³ [1963] S.C.R. 570 at p. 575.

⁴ Compare—*Holder v. Inland Revenue Commissioners* [1932] All E.R. Rep. 265 at p. 271 and *Bennett and White Construction Co. Ltd. v. M.N.R.* [1949] C.T.C. 1, at p. 4.

plutôt à reconnaître qu'elle n'est pas exactement ce qu'elle est réputée être, mais que, même si elle ne l'est pas, elle est réputée l'être aux fins de la Loi.

Il s'ensuit qu'en l'absence d'une définition du terme «intérêt» dans la Convention, il faut donner à ce terme, aux fins de la Convention et en application de l'Article II(2) précité, le sens qui lui est attribué au Canada. Dans l'arrêt *In re Farm Security Act, 1944*², «intérêt» a été défini comme suit:

[TRADUCTION] L'intérêt est, d'une manière générale, la contrepartie ou le dédommagement de l'utilisation ou de 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.

Cette définition a été reprise dans l'arrêt *Le procureur général de l'Ontario c. Barfried Enterprises Ltd.*³ Si l'on admet cette définition d'intérêt, on ne saurait voir comment des frais de garantie peuvent être qualifiés d'«intérêts». Le prêteur qui reçoit des intérêts sur l'argent qu'il a prêté n'a plus cet argent en sa possession avant le remboursement. Les intérêts lui sont payés en contrepartie de cette dépossession et du risque y afférent. Par contre, le garant garde toujours son argent jusqu'au moment où, le cas échéant, il doit honorer sa garantie. En conséquence, les frais qu'il perçoit en paiement de la garantie ne peuvent être considérés comme des intérêts perçus pour le prêt de l'argent dont il n'aurait plus la garde. Il s'agit là strictement de frais perçus pour assumer un risque, alors qu'il n'aura peut-être jamais à indemniser le prêteur.⁴

A la lumière de cette jurisprudence, je conclus que le paiement des frais de garantie ne constitue pas un «paiement d'intérêt». A plus forte raison, on ne peut dire que les frais de garantie sont des «intérêts».

En outre, même si l'on admet l'argument de l'appelante voulant qu'aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le paragraphe 214(15) ait pour effet d'assimiler les frais de garantie aux intérêts, j'estime que l'alinéa 5 de l'Article III de la Convention n'autorise pas une telle conversion. Ma conclusion est fondée sur les deux motifs suivants.

En premier lieu, comme indiqué plus haut, il est constant que les frais de garantie en question sont

² [1947] R.C.S. 394, à la p. 411.

³ [1963] R.C.S. 570, à la p. 575.

⁴ Comparer—*Holder v. Inland Revenue Commissioners* [1932] All E.R. Rep. 265, à la p. 271, et *Bennett and White Construction Co. Ltd. v. M.N.R.* [1949] C.T.C. 1, à la p. 4.

or commercial profits". Paragraph (5) of Article III provides that notwithstanding this, Canada could, pursuant to the Convention, impose tax on income derived from Canadian sources by a resident of Germany if the income is not attributable to a permanent establishment in Canada. In parentheses, examples of the kinds of income envisaged as being encompassed by the paragraph are set out viz. dividends interest, rents or royalties. The underlined words above—pursuant to the Convention—provide the key to the meaning to be ascribed to the paragraph. In my view the word "pursuant" in the context can only mean "within the limits of" or "as circumscribed by" the Convention. There may be other limiting words which could assist in defining the meaning of the word, but I think those illustrate it. If that is so then one must look to the rest of the Convention to ascertain the kinds of income which Canada could exclude by its tax laws from the exemption for industrial or commercial profits provided by paragraph (1) of Article III.

It will immediately be seen that Article VI deals with dividends, Article VII with "interest on bonds, securities, notes, debentures or any other form of indebtedness (exclusive of . . .)", Article VIII with copyright and industrial property and Article XIII with income from immovable property. All of the types of income referred to in those Articles are referred to parenthetically in paragraph (5) of Article III and as such they exemplify the kinds of income which Canada could tax notwithstanding that each might also be considered "industrial or commercial profits". The paragraph does not enable Canada to declare that a kind of income that was accorded exemption in the Convention as such profits and is not specifically provided for in the Articles that follow shall be taxable. Such a unilateral action would not be possible, in my view, because it would be in violation of the terms of a binding agreement freely entered into by sovereign states. Such an agreement can only be varied or amended by agreement of the parties not by the action of one party in changing its tax laws by the enactment of a section such as subsection 214(15) in 1974 some eighteen years after the agreement was entered into.

In summary then it is my opinion that the paragraph (5) of Article III is referable to the kinds of income specifically dealt with later in the

des «bénéfices industriels ou commerciaux». N'empêche que selon l'alinéa 5 de l'Article III, le Canada peut lever, dans le cadre de la Convention, un impôt sur le revenu reçu de sources canadiennes par un résident de l'Allemagne si ce revenu n'est pas attribuable à un établissement stable situé au Canada. L'alinéa énumère les revenus visés, savoir dividendes, intérêts, droits de location ou redevances. Le membre de phrase souligné ci-dessus—dans le cadre de la Convention—éclaire le sens à attribuer à cet alinéa. A mon avis, l'expression «dans le cadre de» ne peut signifier dans ce contexte que «dans les limites» de la Convention. D'autres expressions restrictives pourraient aider à déterminer le sens de l'expression «dans le cadre de», mais, à mon avis, celle-là l'illustre parfaitement. S'il en est ainsi, il faut examiner le reste de la Convention pour déterminer quels sont les revenus exclus par les lois fiscales du Canada de l'exemption prévue à l'alinéa 1 de l'Article III pour les bénéfices industriels ou commerciaux.

On voit immédiatement que l'Article VI traite des dividendes, l'Article VII de «l'intérêt des titres, valeurs, billets, obligations ou toutes autres créances (à l'exception de . . .)», l'Article VIII des droits d'auteur et de la propriété industrielle, et l'Article XIII de tout revenu provenant d'un bien immobilier. Tous les types de revenu visés par ces Articles sont repris à l'alinéa 5 de l'Article III et, comme tels, sont autant d'exemples de revenu que le Canada pourrait imposer, bien qu'ils puissent être aussi considérés comme des «bénéfices industriels ou commerciaux». Cet alinéa n'habilite pas le Canada à déclarer imposables les revenus exemptés par la Convention, au titre de ces bénéfices et qui ne sont pas expressément visés par les Articles qui suivent. A mon avis, une telle action unilatérale ne serait pas admissible, car elle violerait les clauses d'une convention ayant force obligatoire librement conclue par deux États souverains. Cette convention ne peut être modifiée que par un accord entre les parties et non par l'action d'une des parties, qui modifie ses lois fiscales par l'adoption d'une disposition comme le paragraphe 214(15) en 1974, quelque dix-huit ans après la signature de la convention.

En résumé, je conclus que l'alinéa 5 de l'Article III se rapporte aux revenus expressément visés par les Articles suivants de la Convention et qui relè-

Convention which are of a type parenthetically referred to in the paragraph. Actual interest is one of those. Deemed payments of interest, or even something which is not interest but is deemed to be interest, are not included.

The second reason which I believe leads to the conclusion that paragraph (5) does not assist the appellant is that I think that what is referred to in Article II(2) of the Convention as the meaning of terms is the meaning of the terms in the statutes in force when the Convention was negotiated. That accords with what is generally recognized as the rule that is used in determining the meaning of words or terminology embodied in an agreement (and the Convention here in issue is essentially an agreement between the contracting States) which is that such words or terminology ought to be given the meaning ordinarily ascribed to them in the contracting States at the time the agreement was entered into. I find it difficult to believe that it could have been intended that some years after the negotiation of the Convention, one of the parties could, without further negotiation or discussion or without entering into an amendment to the Convention, enlarge, restrict or otherwise vary the meaning of the words or terminology as accepted by the parties from the taxing statutes as they existed at the time of the negotiation and execution of the Convention. That is, in effect, what the appellant urges us to do by enlarging the meaning of "interest" as it was and is ordinarily understood, through the application of subsection 214(15) of the Act, enacted eighteen years after the Convention, and so reading it in conjunction with paragraph (5) of Article III of the Convention. I do not think that we ought to accept that submission.

I am, therefore, of the view that the learned Trial Judge did not err in concluding that the fees paid for Vereinsbank's guarantee were not taxable in Canada and that, thus, subsection 215(1) did not impose any obligation on the respondent to deduct and remit to the appellant taxes withheld from the fees paid to Vereinsbank.

Accordingly, I would dismiss the appeal with costs.

* * *

KELLY D.J.: I concur.

vent des catégories énumérées dans cet alinéa. L'intérêt proprement dit en fait partie. N'y sont pas incluses les opérations réputées être des paiements d'intérêts, ni les sommes qui ne sont pas véritablement des intérêts mais qui sont réputées tels.

En second lieu, l'appelante ne peut se prévaloir de cet alinéa 5 attendu qu'à mon avis, ce que l'Article II(2) de la Convention entend par sens des termes est le sens attribué à ces termes par les lois en vigueur au moment où la Convention fut négociée. Cette interprétation est conforme à la règle présidant à la détermination du sens des termes employés dans un accord (la Convention dont s'agit est essentiellement un accord entre les États contractants), savoir qu'il faut donner à ces termes le sens qui leur est habituellement attribué dans les États contractants au moment de l'adoption de l'accord. On conçoit mal que les parties contractantes aient pu prévoir que quelques années après la négociation de la Convention, l'une d'elles pourrait, sans autre négociation ou discussion et sans modification de la Convention, étendre, restreindre ou modifier de toute autre manière le sens des mots ou de la terminologie, admis par les parties dans leurs lois fiscales en vigueur au moment de la négociation et de la signature de la Convention. Voilà ce que l'appelante nous demande de faire en extrapolant le sens courant d'«intérêt», par le biais de l'application du paragraphe 214(15) de la Loi (adopté dix-huit ans après la Convention), rapproché de l'alinéa 5 de l'Article III de la Convention. Je ne saurais accueillir une telle conclusion.

Par ces motifs, je conclus que le savant juge de première instance n'a commis aucune erreur en concluant que les frais de garantie versés à la Vereinsbank ne sont pas imposables au Canada, et que le paragraphe 215(1) n'impose pas à l'intimée l'obligation de retenir et de remettre à l'appelante l'impôt sur les frais payés à la Vereinsbank.

En conséquence, je rejeterais l'appel avec dépens.

* * *

LE JUGE SUPPLÉANT KELLY: Je souscris aux motifs ci-dessus.